Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

1er Trimestre 2017 nº 10

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- La anunciada reforma negociada "exprés" para 2017 en el marco del pacto de Toledo
  José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- En cuanto al debate de las pensiones
  Jaime Cabeza Pereiro
- Figuras alternativas a la protección pública alternativas para la contención del gasto en el sistema de protección social. Apunte de algunos supuestos de figuras "precarias"
  Susana Rodríguez Escanciano y Henar Álvarez Cuesta
- Prohibiciones administrativas para el ejercicio de algunas profesiones e incapacidad permanente (en concreto, sobre la epilepsia)
  Arántzazu Vicente Palacio
- Libre circulación en la unión europea y prestaciones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social
  Cristina Sánchez-Rodas Navarro
- Problemas de transitoriedad en la delimitación de la edad de acceso a la jubilación parcial anticipada
  Mª de los Reyes Martínez Barroso
- Mujeres mayores y mujeres viudas en el debate sobre envejecimiento de la población y sostenibilidad del sistema de pensiones
  Mariola Serrano Argüeso

Estudios de Doctrina Judicial

- El recargo de prestaciones y recurso de casacion para la unificación de doctrina: cuando la valoración de los hechos es el problema comentario a la STS de 25 de octubre de 2016 (Rº 2943/2014)
  Jesús R. Mercader Uguina y Ana de la Puebla Pinilla
- El derecho a la prestación por maternidad del padre que contrata en solitario un vientre de alquiler comentario a la sentencia del pleno de la sala cuarta del tribunal supremo, núm. 881/2016, de 25 de octubre (Rº 3818/2015)
  Faustino Cavas Martínez
- Pensión de viudedad: improcedencia en caso superviviente de unión de hecho homosexual extinguida antes de la entrada en vigor de la ley 13/2005.
  Jesús García Ortega
- Incompetencia de la jurisdicción contencioso administrativa para el conocimiento de las prestaciones de Seguridad Social
  Juan Carlos Álvarez Cortés
- Viudedad en el RETA: El aplazamiento *posmortem* del pago no equivale a "estar al corriente". Comentario a la STS (UD) de 22 de junio de 2016
  Margarita Miñarro Yanini

Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- La incorporación a la Seguridad Social del trabajo no remunerado del hogar: La Experiencia Ecuatoriana
  Susana Barcelón Cobedo

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

- El Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente en España. Diagnóstico y propuestas de actuación
  Fernando Rocha Sánchez

Clásicos de la Seguridad Social

- Manuel Alonso Olea (1924-2003): Las bases del Sistema de Seguridad Social en España
  José Luis Monereo Pérez y Carolina Serrano Falcón

Ediciones Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

1er Trimestre 2017 Nº 10

© Ediciones Laborum, S.L.

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

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

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

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:

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

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

PRESIDENTE:
Manuel Abadía Vicente

DIRECCIÓN:
José Luis Monereo Pérez

COORDINACIÓN:
Guillermo Rodríguez Iniesta

CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

CONSEJO ASESOR:

Mario Ackerman
Jordi Agustí Juliá
Miguel A. Almendros González
María José Añón Roig
Joaquín Aparicio Tovar
Ángel Arias Domínguez
Alberto Arufe Varela
Guido Balandi
Guillermo Barrios Baudor
Francisco Blasco Lahoz
Ángel Blasco Pellicer
Paola Bozzao
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
Marco Esposito
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
Elena Signorini
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
Arántzazu Vicente Palacio
Borja Suárez Corujo
Carolina Gala Durán

EDITOR:
Francisco Ortiz Castillo

RED EUROPEA DE REVISTAS DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
(Red Europea de RDSS)

Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum
ISSN: 2386-7191
Editorial Laborum, España. Director, Prof. Jose Luis Monereo Pérez.
http://laborum.es/revsegsoc/

EJSS European Journal of Social Security
ISSN: 1388-2627
Editorial Intersentia, Países Bajos.
Editores, Profs. Frans Pennings, Universidad de Utrecht, y Michael Adler, Universidad de Edimburgo
http://www.ejss.eu/

JSSL Journal of Social Security Law
ISSN: 1354-7747
Publisher Sweet and Maxwell, Reino Unido Editor, Prof. Neville Harris, Universidad de Manchester
http://www.sweetandmaxwell.co.uk/

ERIPS e-Revista Internacional de la Proteccion Social
ISSN: 2445-3269
Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Directora, Prof. Cristina Sánchez-Rodas
http://institucional.us.es/revistapsocial/

RDSS Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale
ISSN: 1720-562X
Editorial il Mulino, Italia. Director responsable, Prof. Maurizio Cinelli, Universidad de Macerata
http://www.mulino.it/riviste/issn/1720-562X

Índice

EDITORIAL 13

LA ANUNCIADA REFORMA NEGOCIADA "EXPRÉS" PARA 2017 EN EL MARCO DEL PACTO DE TOLEDO **15**
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

ESTUDIOS DOCTRINALES 27

EN CUANTO AL DEBATE DE LAS PENSIONES **29**
JAIME CABEZA PEREIRO

1. EL PUNTO DE PARTIDA 29
2. SOBRE EL NIVEL CONTRIBUTIVO Y EL NO CONTRIBUTIVO 30
3. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA 33
4. SOBRE LA EDAD 39
5. ALGO MÁS SOBRE LAS REFORMAS DE 2011 Y 2013 43
6. PROPUESTAS 47

FIGURAS ALTERNATIVAS A LA PROTECCIÓN PÚBLICA ALTERNATIVAS PARA LA CONTENCIÓN DEL GASTO EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL. APUNTE DE ALGUNOS SUPUESTOS DE FIGURAS "PRECARIAS"* **51**
SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
HENAR ÁLVAREZ CUESTA

1. LAS QUIEBRAS DE LOS PRINCIPIOS DE "UNIVERSALIDAD SUBJETIVA" Y "GENERALIDAD OBJETIVA" 52
2. CARA Y CRUZ DE LA ANSIADA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GLOBAL DE PROTECCIÓN SOCIAL 54
3. LA ATENCIÓN DE NECESIDADES SOCIALES POR VOLUNTARIOS. EL RECURSO A LA TÉCNICA DEL SEGURO PRIVADO 57
4. LOS TRABAJADORES EN COLABORACIÓN SOCIAL. EL AHORRO EN LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO 61
5. CUIDADORES NO PROFESIONALES: LA POSIBILIDAD DE ACOGERSE A UN CONVENIO ESPECIAL A SU COSTA 64
6. EMPLEADOS DE HOGAR Y ATENCIÓN DE PERSONAS VULNERABLES. LAS LAGUNAS DEL SISTEMA ESPECIAL 70
7. LA PROTECCIÓN SOCIAL Y LAS ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL: EN TIERRA DE NADIE 75
8. CONCLUSIÓN. LA APUESTA POR UNA RENTA MÍNIMA GARANTIZADA 80

PROHIBICIONES ADMINISTRATIVAS PARA EL EJERCICIO DE ALGUNAS PROFESIONES E INCAPACIDAD PERMANENTE (EN CONCRETO, SOBRE LA EPILEPSIA) **83**
ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

1. INTRODUCCIÓN 83

2. EPILEPSIA, REALIZACIÓN DE ACTIVIDAD LABORAL Y PROFESIONES PROHIBIDAS: RELEVANCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CALIFICACIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE....86

LIBRE CIRCULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA Y PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL....113

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

1. EL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN EN EL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA....113
2. EL CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA COORDINACIÓN PARA FACILITAR LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA....114
3. EL DESLINDE JURISPRUDENCIAL ENTRE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL A EFECTOS DE LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN....115
4. LA REGULACIÓN DE LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS EN EL REGLAMENTO 883/2004....116
5. EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN Y DE SUS FAMILIARES....118
6. LA DIRECTIVA 2004/38....119
7. LAS PRESTACIONES DE ASISTENCIA SOCIAL CONDICIONANTES DEL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN....120
8. LAS PRESTACIONES ESPECIALES NO CONTRIBUTIVAS DEL REGLAMENTO 883/2004 ¿PRESTACIONES DE ASISTENCIA SOCIAL A EFECTOS DE LA DIRECTIVA 2004/38?....121
9. LAS PRESTACIONES FAMILIARES NO CONTRIBUTIVAS Y LA DIRECTIVA 2004/38: COMISIÓN CONTRA REINO UNIDO....125
10. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA MOTOR DE LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN PARA REFORMAR EL REGLAMENTO 883/2004....125
11. CONCLUSIONES....126

PROBLEMAS DE TRANSITORIEDAD EN LA DELIMITACIÓN DE LA EDAD DE ACCESO A LA JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA....127

Mª DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

1. CONSIDERACIONES GENERALES A PROPÓSITO DE LA JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA....127
2. LA EDAD DE ACCESO A LA JUBILACIÓN PARCIAL....131
3. PROBLEMAS DE TRANSITORIEDAD EN LA DELIMITACIÓN DE LA EDAD DE ACCESO A LA JUBILACIÓN PARCIAL. A PROPÓSITO DE DOS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 4ª) DE 14 SEPTIEMBRE 2016 (RECS. NÚMS. 2176 Y 2293/2015)....133

MUJERES MAYORES Y MUJERES VIUDAS EN EL DEBATE SOBRE ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE PENSIONES....139

MARIOLA SERRANO ARGÜESO

1. ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN TRABAJADORA *VERSUS* ENVEJECIMIENTO ACTIVO....139
2. LA SITUACIÓN DE LOS MAYORES EN EL MERCADO DE TRABAJO....142
3. LA ESPECÍFICA SITUACIÓN DE LAS MUJERES MAYORES EN EL MERCADO DE TRABAJO Y SU REPERCUSIÓN EN EL SISTEMA DE PENSIONES....152
4. REFLEXIONES FINALES....160

5. BIBLIOGRAFIA 161

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 165

EL RECARGO DE PRESTACIONES Y RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: CUANDO LA VALORACIÓN DE LOS HECHOS ES EL PROBLEMA. COMENTARIO A LA STS DE 25 DE OCTUBRE DE 2016 (Rº 2943/2014) 167

JESÚS R. MERCADER UGUINA
ANA DE LA PUEBLA PINILLA

1. ELEMENTOS DEL JUICIO DE CONTRADICCIÓN EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA 167
2. EL ENJUICIAMIENTO DE LA CONTRADICCIÓN 170
3. ¿IDENTIDAD DE HECHOS O VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS MISMOS? RELEVANCIA A EFECTOS DEL JUICIO DE CONTRADICCIÓN 174

EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD DEL PADRE QUE CONTRATA EN SOLITARIO UN VIENTRE DE ALQUILER. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO, NÚM. 881/2016, DE 25 DE OCTUBRE (RECUD. 3818/2015) 177

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

1. PRESENTACIÓN 177
2. REFERENCIAS NORMATIVAS RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO 178
3. PRONUNCIAMIENTOS DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL TRIBUNAL EUTROPEO DE DERECHOS HUMANOS 182
4. LA POSTURA DE LA ENTIDAD GESTORA 185
5. DISPARIDAD DE PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES INTERNOS SOBRE RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD A LOS PADRES INTENCIONALES 186
6. DOCTRINA UNIFICADA: LA PROTECCIÓN DEL MENOR COMO FIN ÚLTIMO DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD Y FUNDAMENTO DE SU RECONOCIMIENTO EN LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA 188
7. VALORACIÓN DE LA STS DE 15 DE OCTUBRE DE 2015 192

PENSIÓN DE VIUDEDAD: IMPROCEDENCIA EN CASO SUPERVIVIENTE DE UNIÓN DE HECHO HOMOSEXUAL EXTINGUIDA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 13/2005. (SITUACIÓN NO COMPARABLE A LA DE LAS PAREJAS DE HECHO HETEROSEXUALES CONTEMPLADA EN LA DA 10.2 DE LA LEY 30/1981). COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 14 DE JUNIO DE 2016 (ASUNTO TOMÁS ALDEGUER C. ESPAÑA, DEMANDA N. 35214/09) 195

JESÚS GARCÍA ORTEGA

1. HECHOS 196
2. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA INTERNA ESPAÑOLA SOBRE EL PENSIÓN DE VIUDEDAD DE LAS PAREJAS DE HECHO 197

3. JURISPRUDENCIA ORDINARIA Y CONSTITUCIONAL SOBRE LA PRETENSIÓN DE EQUIPARACIÓN ENTRE DE UNIONES DE HECHO HOMOSEXUALES EXTINGUIDAS ANTESDE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 13/2005 CON LAS PAREJAS HETEROSEXUALES CONTEMPLADAS EN LA DA 10.2 DE LA LEY 30/1981 198
4. LA STEDH DE 14 DE JUNIO DE 2016 (ASUNTO TOMÁS ALDEGUER C. ESPAÑA) 200

INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA PARA EL CONOCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL 203
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

1. INTRODUCCIÓN 203
2. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL 204
3. ASPECTOS PROCESALES PREVIOS INTERESANTES QUE SE DEDUCEN DE LA STS DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2016 208
4. SOBRE LOS MOTIVOS DE RECURSO 211

VIUDEDAD EN EL RETA: EL APLAZAMIENTO *POSMORTEM* DEL PAGO NO EQUIVALE A "ESTAR AL CORRIENTE". COMENTARIO A LA STS (UD) DE 22 DE JUNIO DE 2016 219
MARGARITA MIÑARRO YANINI

1. ASPECTOS CLAVE DEL SUPUESTO DE HECHO 219
2. MARCO JURÍDICO DE APLICACIÓN: UN ORDEN REGULADOR DISPERSO Y OBSOLETO 220
3. EL PRESUPUESTO DE LA CONTRADICCIÓN: LOS PRONUNCIAMIENTOS DISPARES PREVIOS Y LA SENTENCIA DE CONTRASTE 223
4. RAZONAMIENTO DEL TS: EFECTOS DEL APLAZAMIENTO SOBREVENIDO DE COTIZACIONES EN EL RETA 224
5. CONCLUSIONES: UN NUEVO FRENTE ABIERTO PARA LA REFORMA DE LAS PENSIONES 225

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 229

LA INCORPORACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL TRABAJO NO REMUNERADO DEL HOGAR: LA EXPERIENCIA ECUATORIANA 231
SUSANA BARCELÓN COBEDO

1. INTRODUCCIÓN 231
2. EL TRATAMIENTO DEL TRABAJO NO REMUNERADO EN EL HOGAR A LOS EFECTOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008 233
3. LOS ELEMENTOS CLAVE DE LA INCLUSIÓN DEL TRABAJO NO REMUNERADO DEL HOGAR EN LA SEGURIDAD SOCIAL 235
4. OBSERVACIONES FINALES 249

CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 251
MARÍA NIEVES MORENO VIDA

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 273

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 275

1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO) 275
2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL 275
3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL 276
4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES)..... 277
5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN 277
6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: 277
7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES 289
8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA 290
9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA) 290

NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 291

1. OBRAS *GENERALES* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 291
2. OBRAS *ESPECÍFICAS* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 292
3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA) 293
4. RECENSIÓN 293

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL 301

EL TRABAJO AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE EN ESPAÑA. DIAGNÓSTICO Y PROPUESTAS DE ACTUACIÓN 303

FERNANDO ROCHA SÁNCHEZ

1. INTRODUCCIÓN 303
2. EL TRABAJO AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE EN LA UNIÓN EUROPEA 307
3. EL TRABAJO AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE EN ESPAÑA 312
4. CONCLUSIONES 324

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 329

MANUEL ALONSO OLEA (1924-2003): LAS BASES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA 331

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ Y CAROLINA SERRANO FALCÓN

Editorial

Laborum

La anunciada reforma negociada "exprés" para 2017 en el marco del pacto de toledo

The announced reform negotiated 'espresso' for 2017 in the framework of the Pact of Toledo

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIVERSIDAD DE GRANADA

DIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LABORUM

PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESSS)

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE MURCIA

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

> *"LELIO.- Desde luego, Catón, puesto que esperamos o al menos queremos, sin lugar a dudas, llegar a viejos, nos harías un gran favor a los dos –puedo también asegurarlo en nombre de Escipión–, si pudiéramos aprender de ti los procedimientos con los que poder sobrellevar la edad, a medida que vaya pensando, con mayor facilidad."*
>
> Sobre la vejez. CICERÓN

Ha comenzado el año 2017 con el consenso por parte de los interlocutores sociales de que es preciso una inminente reforma de la Seguridad Social, que a juicio de los mismos debería de centrase en:

A) Mejorar los ingresos del sistema público de pensiones.

Figurando como líneas de actuación:

- Conseguir una nueva inyección económica al Sistema. Y para ello se habla de de crear un impuesto específico para financiar la Seguridad Social (como ocurre en Francia) o que alguno de los tributos existentes parciamente respondan o contribuyan a ello (sería el caso del IVA).
- Incrementar las cotizaciones acercándolas a los salarios reales. Sugiriendo eliminar el tope máximo de cotización ("destope" de bases cotización)
- La eliminación de las reducciones en la cotización como pretendida medida de fomento de la contratación por su repercusión en los ingresos de la Seguridad Social.

B) Reducción de los gastos de prestaciones contributivas.

Como líneas de trabajo se habla de la derivación de las pensiones de viudedad y orfandad al nivel no contributivo y por tanto a financiar por los Presupuestos Generales del Estado; o mantenerlas en el nivel contributivo, pero financiado por los impuestos. Lo que en definitiva supondría tener que abordar una reforma en profundidad de las pensiones de supervivencia.

C) La reforma del régimen de la jubilación activa.

Para ello se propugna la plena compatibilidad (o mayor apertura favoreciendo la compatibilidad) de la pensión de jubilación con los ingresos por trabajos por cuenta ajena o propia.

La urgencia de acometer tales reformas se explica o justifica (en lo que respecta a los apartados A y B) en que al ritmo actual de disposiciones del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, este se agotará a finales de 2017[1].

Resulta oportuno analizar estas posibles y futuras reformas poniéndolas en relación con las recomendaciones del Pacto de Toledo de 1995 (teniendo en cuenta su renovación y reforma aprobadas por Resolución de 2-10-2003 y de 25-1-2011 del Congreso de los Diputados, respectivamente) y el Informe de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social sobre el desarrollo del Pacto de Toledo 2011-2015[2].

Sobre la mejora de los ingresos.

En este punto se podrían ver afectadas las Recomendaciones 1 (Separación y clarificación de las fuentes de financiación; 2 (Mejoras de las bases); 6 (Cotizaciones orientadas al empleo); y 8 (Evolución de las cotizaciones).

En relación con el proceso de separación y clarificación de las fuentes de financiación parece que en el año 2013 quedó culminado el proceso de separación de fuentes, al menos en lo referente al complemento a mínimos de las pensiones. Por lo que respecta a la financiación de las prestaciones no contributivas y universales, la disposición adicional octogésima de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado estableció que de acuerdo con la disposición adicional duodécima de la Ley 27/2011, que el gobierno avanzaría procurando la compatibilidad de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera con los de plena financiación de las prestaciones no contributivas y universales a cargo de los presupuestos de las Administraciones Públicas, para lo cual debería de valorar las condiciones

[1] En este sentido pueden leerse noticias como esta: "El gobierno admite ante Bruselas que sólo hay "hucha" de las pensiones para un año. **El Fondo de Reserva de la Seguridad Social ya tiene fecha de defunción: diciembre de 2017**. Para entonces, y según los cálculos del propio Gobierno en funciones, el déficit acumulado habrá dejado casi vacía la hucha de las pensiones y, por lo tanto, hará imposible el abono de la paga extra de Navidad…. **El Fondo de Reserva de la Seguridad Social ya tiene fecha de defunción: diciembre de 2017**. Para entonces, y según los cálculos del propio Gobierno en funciones, el déficit acumulado habrá dejado casi vacía la hucha de las pensiones y, por lo tanto, hará imposible el abono de la paga extra de Navidad". La noticia se puede consultar en http://www.elmundo.es/economia/2016/11/22/58341544ca4741ae138b457a.html.

[2] El informe tuvo su entrada en el Registro del Congreso de los Diputados el 1-4-2016, con número 4499.

de las prestaciones incluidas en el sistema que tengan tal condición. Se reconocía pues la deficitaria financiación del Estado respecto a la cobertura de gastos y prestaciones comprendidas en el nivel no contributivo de la Seguridad Social.

Por otro lado el considerar que el sistema de Seguridad Social debe extender su acción no solamente a la acción protectora directa sino también a medidas de apoyo a la política social y económica, instrumentándose estas a favor de situaciones que precisan respuestas urgentes en sectores económicos en crisis o de actuaciones preferentes o estratégicas, no debe olvidarse las numerosas e importantes medidas relativas a exenciones, bonificaciones y reducciones en la cotización que han supuesto una importante merma en los ingresos del sistema[3]. Y que incluso se extienden a situaciones derivadas de fenómenos naturales que son financiadas por los presupuestos del SEPE, PGE o en algunas ocasiones por los de la TGSS[4].

Dentro de esta actuación de la Seguridad Social más allá de la acción protectora, su participación en las medidas de fomento de empleo relativas a bonificaciones y exoneración de las cotizaciones sociales supone en principio un menoscabo para las arcas de la Seguridad Social; con más que discutibles resultados en el campo del objetivo legitimador de la creación o fomento del empleo. Por ello la Recomendación 6 del Pacto de Toledo señalaba que "*Las políticas de bonificaciones estarán condicionadas al mantenimiento del equilibrio financiero de las cuentas públicas*". Y dado que las reducciones en las cotizaciones establecidas como medidas de fomento de empleo se consideran un riesgo en la cobertura de la financiación de las prestaciones y un perjuicio para el equilibrio presupuestario del sistema la modificación del Pacto de Toledo del año 2011, insistía en "…*en todo caso las políticas activas de empleo que introduzcan bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social deberán efectuarse exclusivamente con cargo a la fiscalidad general*…". Parecía que estas recomendaciones iban a ser atendidas tras el prometedor RD-ley 20/2012, que tenía como objetivos –entre otros– la reordenación del sistema de bonificación y nuevos incentivos a la contratación, pero del que se olvidó unos meses que más tarde ya que volvieron adoptarse medidas urgentes, como: a) de reforma del mercado laboral introduciendo medidas dirigidas a los jóvenes desempleados y PYMES con nuevas bonificaciones y una nueva modalidad contractual el contrato de apoyo a emprendedores (RD-ley 3/2012 y Ley 3/2012); b) de medidas de apoyo al emprendedor, buscando la mejora de la empleabilidad de los jóvenes y fomento del espíritu emprendedor incluyendo importantes incentivos a la contratación a tiempo parcial con vinculación a la

[3] En este sentido "La ministra de Empleo y Seguridad Social, **Fátima Báñez**, ha propuesto hoy en su comparecencia ante el Pacto de Toledo que las **reducciones de cotizaciones se conviertan en bonificaciones** a la Seguridad Social "para aliviar las cuentas del sistema", la noticia se puede consultar en http://www.elmundo.es/economia/2016/11/22/58341544ca4741ae138b457a.html.

[4] Financiaciones de este tipo pueden verse: RD-ley 6/2011, de 13 de mayo, medidas urgentes para reparar los daños causados por los movimientos sísmicos acaecidos en 2011 en Lorca; RD-ley 17/2011, de 31 de octubre, de medidas complementarias la RD-ley 6/2011; Ley 14/2012, de 26 de septiembre, daños producidos en incendios forestales y otras catástrofes naturales ocurridas en varias Comunidades Autónomas; RD 389/2013, de 31 de mayo, ampliación del ámbito de aplicación de la Ley 14/2012; RD-ley 2/2014, de 21 de febrero de medias urgentes para reparar los daños causados en los primeros meses de 2014 por las tormentas de viento y mar en la fachada atlántica y la costa cantábrica; y RD-ley 2/2015, d e 6 de marzo, para reparar los daños causados por las inundaciones y otros efectos de los temporales de lluvia, nieve y viento acaecidos en los meses de enero, febrero y marzo de 2015. Ver un resumen de ellas en Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo 2011-2015, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, págs. 42 y ss.

formación y para la contratación indefinida de jóvenes en microempresas y empresarios autónomos; c) medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, promoviendo el trabajo a tiempo parcial; d) medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida, incorporando una importante reducción de las cotizaciones sociales para favorecer la creación del empleo neto estable, creando la conocida tarifa plana reducida en la cotizaciones sociales para nuevas contrataciones indefinidas que mantenga empleo neto durante al menos tres años (RD-ley 3/2014 y su prórroga por RD-ley 17/2014; d) medidas de incentivo al empleo estable que han venido a consistir en la fijación de un mínimo exento en la cotización empresarial por contingencias comunes a la Seguridad Social por la contratación indefinida de trabajadores (RD-ley 1/2015); y e) las diversas medidas de actualización en materia de autoempleo, fomento y promoción del trabajo autónomo que se actualizado y mejorado con la Ley 31/2015.

Como se puede apreciar por lo reseñado, el propósito de la eliminación de las reducciones en la cotización como supuesta medida de fomento del empleo con cargo a la Seguridad Social no es ninguna novedad, sino un deseo que no ha encontrado luego la su respaldo por los distintos Gobiernos hasta la fecha. La idea es plausible pero no parece que esta sea la línea que quiera seguir y, ejemplo de ello es la Proposición de Ley de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos[5] en la que se proponen: a) medidas para reducir las cargas administrativas de los trabajadores autónomos como una modulación (rebaja) de los recargos por ingresos fuera de plazo de las cuotas y la posibilidad de cambios de bases de cotización dentro del año (hasta cuatro); b) medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo entre las que se propone una tarifa plana de cotización para los trabajadores autónomos, mejoras en la bonificación de cuotas durante las situaciones de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y paternidad.

Y finalmente nos encontramos con una nueva propuesta de mejora de los ingresos vía incremento de las cotizaciones por acercamiento de las bases de cotización a los salarios reales y la revisión de bases en aquellos regímenes/sistemas especiales en que la cotización mayoritaria sigan efectuándose sobre bases mínimas es una de las recomendaciones del Pacto de Toledo (la 5ª), de su renovación y revisión[6]. Es obvio que si se "*destopa"* la base máxima de cotización tendrá un efecto positivo en los ingresos de la Seguridad Social, pero siembre que no se pierda de vista la función redistributiva de la misma, y por tanto habrá que "*destopar*" también el tope máximo de la pensión, al menos en unos términos razonables. Si no fuera así entraríamos en terrenos puramente confiscatorios que no tienen nada que ver con la solidaridad intergeneracional que tanto se pregona y que justifican el incremento de las bases de cotización y las subidas de las pensiones mínimas pero en menor cuantía las máximas.

[5] Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 18 de noviembre de 2016, núm. 56.1.

[6] Y así hemos podido leer que "Mariano Rajoy se ha mostrado dispuesto a estudiar la posible eliminación de los topes de cotización a la Seguridad Social de los salarios más elevados, **tal y como propone Podemos entre otras medidas para intentar garantizar la sostenibilidad de las pensiones**. "Sin duda se puede hablar de ello", ha afirmado. Así lo ha manifestado el presidente en el primer pleno de control al Gobierno en el Senado tras casi un año de parálisis. Ha sido en respuesta al senador Ramón Espinar de la formación morada cuando Rajoy ha asegurado **no ver con malos ojos algunos de los planteamientos del partido de Pablo Iglesias**.", la noticia se puede encontrar en http://www.elmundo.es/economia/2016/11/22/58347f70e5fdea2c658b45fb.html.

Estamos ante lo que se ha venido a conocer como *"las continuas reformas silenciosas"* de la Seguridad Social que no vienen a ser otra cosa que elevar la base de cotización de máxima más que lo hace la pensión máxima y que pasa desapercibido para los ciudadanos[7]. Medida esta que como elemento de contención del gasto es efectivo pero poco solidario con el esfuerzo de aquellos que cotizan por la base máxima. Ni agentes ni interlocutores sociales han concretado nada y resulta sumamente ilustrativo que "*El Partido Popular y el PSOE —también CCOO— **coinciden en que lo urgente es atacar el problema de las pensiones desde el lado de los ingresos** —lo prioritario ahora no son los **gastos**—, y en este sentido, está abierto a negociar la eliminación de los **topes** que hoy existen tanto en las cuantía de las **bases de las cotizaciones** como en la cantidad que hoy perciben los pensionistas. Es decir, habría 'destope', pero siempre que se mantuviera una cierta proporcionalidad, ya que no tendría sentido elevar las bases máximas de cotización actuales (3.642 euros mensuales) y, en paralelo, no elevar la cuantía máxima (2.567,28 euros brutos mensuales)"*[8]. Y si se elevaran los topes máximos de las prestaciones se daría una mayor proporcionalidad con el esfuerzo contributivo y casaría mejor con la recomendación 9ª del Pacto de Toledo "Sobre la equidad y el carácter contributivo del sistema".

Sobre la reducción de los gastos de prestaciones contributivas

En este aspecto de lo único que se habla es de las pensiones de viudedad y orfandad (no se incluyen otras prestaciones por muerte y supervivencia). El Pacto de Toledo en su recomendación 12ª *"Reforzamiento del principio de solidaridad*", se referirá a las pensiones de viudedad en el sentido de recomendar mejoras en aquellas situaciones de pensionista con menores ingresos y en cuanto a la orfandad para sugerir la elevación de la edad máxima de permanencia en su percibo. En el año 2003 con la renovación del Pacto de Toledo se hablará de la necesidad de "*una reformulación integral de las prestaciones de supervivencia que atiendan a un doble objetivo: por una parte cubrir de forma efectiva las necesidades familiares que se producen como consecuencia del fallecimiento de una persona y, por otra, mejorar sustancialmente las actuales prestaciones de viudedad de las personas que no disponen de otros ingresos, especialmente en el caso de los mayores de 65 años. Se recomienda asimismo, eliminar las contradicciones que se derivan de la aplicación de las normas reguladoras de la viudedad"*. Y en relación con la pensión de orfandad se *recomienda "… profundizar en mejoras…, especialmente en los casos en los que la cuantía de la prestación es muy reducida unido a situaciones de falta de ingresos alternativos o ingresos relativamente bajos"*. Por su parte en la modificación del Pacto de Toledo de 2011 y en relación con las prestaciones de viudedad y orfandad se propondrá una reformulación integral de las prestaciones por muerte y supervivencia –en especial viudedad y orfandad y concretamente lo siguiente[9]:

— "*Mejorar las pensiones de viudedad en particular la de las personas mayores de 65 años en riesgo de pobreza y orfandad*". Eso sí con el "*…mantenimiento del carácter contributivo de estas prestaciones, y*

[7] Ver CONDE-RUIZ J. I. y GONZÁLEZ, C.L: La "Reforma silenciosa": los efectos de los límites máximos y mínimos (de cotización y pensiones) sobre la sostenibilidad del sistema, Premios FIPROS 2011, resumen ejecutivo págs. 1 a 11, 2012.

[8] La noticia puede encontrarse en http://www.elconfidencial.com/economia/2016-10-24/pensiones-cotizaciones-seguridad-social-pacto-de-toledo-destope-fondo-de-reserva_1279168/

[9] Recomendaciones 13 y 14 de la Resolución de 25 de enero de 2011 del Congreso de los Diputados.

entiende que la adopción de medidas que introduzcan criterios basados en condiciones específicas para el acceso a ellas (edad, renta, hijos, compatibilidades,…) no puede modificar dicha naturaleza básica".

- Intensificar la protección de beneficiarios de la pensión de viudedad mayores de 65 años en que la pensión sea su fuente principal de ingresos.
- Extensión de la pensión de orfandad a los 25 años.
- Tratamiento fiscal más favorable a las pensiones de viudedad.

La Ley 27/2011, de 1 de agosto a través de su DA. 30ª pretendía dar cumplimiento a la mejora de las pensiones de viudedad de los mayores de 65 años mediante el establecimiento de un porcentaje nuevo, el 60 % en lugar del 52 % establecido con carácter general y mandataba al Gobierno para introducir un mecanismo corrector de la tributación en el IRPF de estas pensiones. Si bien no debe olvidarse que la aplicación de esta disposición adicional fue aplazada por la DA. 9ª del RD-ley 20/2011, de 30 de diciembre y luego sucesivamente por todas las Leyes de Presupuestos Generales del Estado hasta la fecha. Por otra parte la extensión de la pensión de orfandad hasta los 25 años, si fue atendida y puesta en marcha de forma gradual, siendo plenamente operativa en 2014.

En la actualidad la situación de las pensiones de viudedad es la siguiente[10]:

Pensiones de viudedad	Número	Gasto/año millones en euros
Con garantía de mínimos	765.904	6.524,79
Sin garantía de mínimos	1.564.184	14.158,23
TOTAL	2.330.088	20.683,02

Otros datos de interés son:

- La mayoría de las altas en pensiones de viudedad proceden de pasivos.
- La edad media de las pensiones en vigor de viudedad se sitúa en 76,4 años (72 años en caso de hombres).
- El sexo predominante en el disfrute de la pensión es el de mujeres que representan el 92,5 % y de ellas el 84,5 % tienen 65 o más años.
- El importe medio de las pensiones de las mujeres es superior al de hombres.
- Las pensiones de viudedad en vigor por grupos de edad son[11]:

GRUPOS DE EDAD	TOTAL		HOMBRES		MUJERES	
	Número	Importe Medio	Número	Importe Medio	Número	Importe Medio
Menores de 65 años	387.228	692,74	52.973	613,99	334.255	705,22
Con 65 o más años	1.942.770	622,33	120.907	420,11	1.821.863	635,75
TOTAL	2.330.088	634,04	173.883	479,18	2.156.205	646,52

[10] Los datos proceden del Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo 2011-2015, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, págs. 262 y ss.

[11] Los datos proceden del Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo 2011-2015, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, pág. 263.

— La pensiones de viudedad con mínimos por grupos de edad[12]

GRUPOS DE EDAD	TOTAL		HOMBRES		MUJERES	
	Número	Importe Medio	Número	Importe Medio	Número	Importe Medio
Menores de 65 años	88.857	558,23	7.983	556,29	80.874	558,42
Con 65 o más años	677.000	615,10	9.140	574,35	667.860	615,66
TOTAL	765.904	608,51	17.125	565,94	748.779	609,48

— Las pensiones de viudedad concurrentes sin complemento a mínimos (bien con ingresos por trabajo o con pensiones) son las siguientes13

GRUPOS DE EDAD	TOTAL		HOMBRES		MUJERES	
	Número	Importe Medio	Número	Importe Medio	Número	Importe Medio
Con trabajo	126.319	677,09	22.801	617,16	103.518	690,29
Con una o más pensiones concurrentes	799.319	488,01	112.009	390,80	687.310	503,85
TOTAL	815.638	1165.10	134.810	1.007,96	790.828	1194,14

— Las pensiones de viudedad únicas sin garantía de mínimos son14:

TOTAL		HOMBRES		MUJERES	
Número	Importe Medio	Número	Importe Medio	Número	Importe Medio
764.865	812,20	44.749	667,18	720.116	821,22

— Por lo que respecta a la pensión de orfandad merece destacar la ampliación paulatina de la edad en el percibo de la pensión de orfandad (que concluyó el 31-12-2013) ha supuesto un incremento notable del número de pensionistas:

Edad	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**
=<21	126.076	125.163	124.055	123.411	123.411
21	17.130	17.979	18.103	17.450	16.831
22	1.597	18.046	19.106	19.310	18.838
23	1.347	1.775	19.902	20.140	20.199
24	1.034	1.417	1.896	19.849	20.553
25	463	570	582	1.001	1.344
>25	127.430	130.271	132.712	135.170	137.248

La idea de la reforma de estas pensiones gira en torno a dos ideas que pudiera pensarse que están relacionadas:

a) La que propugna Comisiones Obreras que entiende "*...que su financiación con impuestos resolvería, a medio plazo, una parte significativa del incremento de financiación que es necesario asegurar para que el sistema público de pensiones*

[12] Los datos proceden del Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo 2011-2015, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, pág.263.
[13] Los datos proceden del Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo 2011-2015, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, pág.263.
[14] Los datos proceden del Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo 2011-2015, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, pág.263.

sea sostenible y pague prestaciones de calidad. Constituiría, por tanto, una medida muy relevante para garantizar la financiación del sistema, comparable, salvando las distancias, a las grandes decisiones tomadas en 1995 y 1996 (especialmente la adopción del principio de separación de fuentes), con excelentes resultados, que nos han traído hasta hoy" Añadiendo a continuación que "*En ningún caso se plantea desde CCOO la revisión del régimen jurídico de las pensiones derivadas de muerte y supervivencia que deben seguir teniendo naturaleza contributiva, y permanecer dentro del Sistema de Seguridad Social, respetando la singular condición que actualmente ostenta derivada de que la persona beneficiaria de la prestación es distinta de quien originó el derecho contributivo*"[15].

b) Y la que parece que interesa el Gobierno: "*El secretario de Estado de la Seguridad Social, **Tomás Burgos,** ha concretado que serían las llamadas pensiones de muerte y supervivencia las candidatas a dejar de ser **pensiones contributivas** y pasar a financiarse con cargo a los presupuestos a través de los impuestos*"[16].

La propuesta de CC.OO puede tener una quiebra y es no explica cómo salvar la contradicción con la Recomendación primera del Pacto de Toledo de "Separación y clarificación de las fuentes de financiación".

Por lo que respecta a la que parece proclive a presentar el Gobierno habría que decir que casa mal con lo antes reseñado acordado en el seno de la Comisión del Pacto de Toledo en 2011*"…mantenimiento del carácter contributivo de estas prestaciones, y entiende que la adopción de medidas que introduzcan criterios basados en condiciones específicas para el acceso a ellas (edad, renta, hijos, compatibilidades,…) no puede modificar dicha naturaleza básica*". Y eso supondría una asistencialización y deriva de la protección hacia el nivel no contributivo del sistema. La reforma de llevarse a cabo y ubicar la protección a la viudedad y orfandad en el nivel no contributivo, tendría importantes consecuencias. Si se quiere ser congruente con el régimen jurídico general de las prestaciones no contributivas habría que:

- Concretar las condiciones de acceso a la protección. Dejaría de tener sentido exigir afiliación, alta y cotización previa. No tendría mucho sentido mantener los actuales requisitos en los casos de las parejas de hecho o en las situaciones de ruptura o separación;
- Redefinir las condiciones de mantenimiento (por ejemplo, compatibilidades), suspensión y extinción de las pensiones.

[15] Véase el documento "Propuestas de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras para garantizar la calidad y sostenibilidad, actual y futura, del sistema público de pensiones. Presentado en la comparecencia del Secretario General de CCOO en la Comisión Parlamentaria de seguimiento y evaluación de los Pactos de Toledo, de 28 de noviembre de 2016, págs. 22 y ss.
Curiosamente la noticia que publicó el confidencial señala que lo *"… que plantea el sindicato de **Ignacio Fernández Toxo** es que sean los **impuestos**, y no las cotizaciones sociales, quienes financien tanto las pensiones de **viudedad** como las de **orfandad** **«Y la razón que se da es»** … que estas pensiones no son de naturaleza contributiva (los beneficiarios no han cotizado por ello), y, por ello, debe ser el Estado, a través de sus propios recursos, quien debe correr con el gasto"*. La noticia se puede encontrar en http://www.elconfidencial.com/economia/2016-10-17/ccoo-pensiones-toxo-salarios-viudedad-orfandad-deficit-seguridad-social_1275745/

[16] La noticia puede verse http://cadenaser.com/ser/2015/08/19/economia/1439987834_297829.html

— Concretar cuál sería el importe de las mismas. Dejarían de tener sentido las fórmulas de cálculo y determinación de la pensión y habría que ir a una cuantía única que la lógica de las prestaciones no contributivas sería siempre inferior incluso a las actuales cuantías mínimas.
— Etc.

Lo que se nos ofrece no es simplemente un mero cambio en la financiación. Eso no es lo que se está diciendo. Si se quiere abordar una reforma de las prestaciones de supervivencia hágase con claridad y a sabiendas de a lo que se quiere llegar. El déficit de la Seguridad Social no lo han provocado las pensiones de supervivencia. Los datos estadísticos facilitados por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social son sumamente elocuentes del "peso" en el déficit de estas prestaciones.

Sobre la reforma del régimen de compatibilidades de la pensión de jubilación

En la editorial del número 9º de esta revista, que titulábamos *"El imparable camino hacía la flexi-jubilación o la compatibilidad plena entre trabajo y pensión"*[17], ya comentábamos esta idea. Una declaración genérica de compatibilidad de la pensión de jubilación con las rentas de trabajo (bien por cuenta ajena o cuenta propia), se esté de acuerdo o no con ello, tiene importantes consecuencias, a saber:

— Ya no tendrá sentido hablar en *ius strictum* de contingencia protegida, a recordar el cese en el trabajo por el cumplimiento de una edad.
— Ni tampoco de situación de necesidad a cubrir es decir, la pérdida de rentas derivada del cese en el trabajo.
— Y entonces la pensión de jubilación de la Seguridad Social no será otra cosa que un ahorro de futuros, de manera análoga a la derivada de un plan de pensiones privado.

Hay que partir de una obviedad, una cosa es introducir medidas en el sistema que contribuyan al sostenimiento y viabilidad del mismo como aquellas que tienen como objetivo retrasar el acceso a la jubilación ordinaria o evitar jubilación anticipadas, y otra son aquéllas que pretenden favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores mayores y promover el envejecimiento activo. Estas últimas, han tenido especialmente eco en el nuevo marco legal que se instaura a partir de 2011. Primero con la DA. 31 de la Ley 27/2011, que amplió los supuestos de compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y la realización de actividades por cuenta propia cuando los ingreso no superen el SMI; y la segunda con la introducida por el RD-ley 5/2013, de 15 de marzo, en la que se introdujo la modalidad de denominada jubilación activa que permite compatibilizar el trabajo por cuenta propia o ajena con la realización de una actividad, con independencia de los ingresos que se tengan por ello si bien reduciendo el percibo de la pensión al 50 % de su importe con unas obligaciones de cotización limitadas a una cuota de solidaridad.

El problema de la compatibilidad o no y de si estas últimas medidas de potenciación de la presencia activa de los trabajadores de más edad en la sociedad que son necesarias, han

[17] *RDSS. Laborum*, Número 9, págs. 13 a 20.

cobrado un especial auge hace unos meses, concretamente desde primeros del año 2016. Comenzamos el año pasado con noticias como esta *"… El conflicto de las pensiones sacude la literatura española. El Ministerio de Empleo reclama la pensión a autores jubilados que siguen publicando. Decenas de creadores son inspeccionados"*[18]. La noticia no quedó aquí sino que incluso llevó a que el Defensor del Pueblo abriera actuaciones (Queja número 15009913), a instancia de "La Plataforma Seguir Creando" para conocer las razones por las que se estaban llevando a cabo la suspensión de la pensión de jubilación por trabajos literarios, el requerimiento de devolución de prestaciones consideradas como indebidas y sanciones por infracciones sociales. La actuación concluyó en unas recomendaciones, de fecha 11-8-2016, dirigidas al Ministerio de Empleo y Seguridad Social con el siguiente tenor:

> ***"1. Estudiar la aprobación de modificaciones legislativas que permitan declarar compatible el cobro de las pensiones públicas del régimen de la Seguridad Social con la percepción de derechos de autor por creaciones u obras nuevas realizadas a partir de la jubilación.***
>
> *2. Mientras lo anterior no pueda realizarse, efectuar una interpretación normativa, en atención al interés cultural de esta labor, que permita la continuidad de la actividad creadora de los autores pensionistas de modo que no sufran menoscabo en sus respectivos niveles de renta por el hecho de crear.*
>
> *3. Revisar los requisitos del artículo 214 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sobre pensión de jubilación y envejecimiento activo, para permitir el acceso a la jubilación activa al mayor número de ciudadanos que pretendan prolongar su vida laboral.*
>
> *4. Promover, en coordinación con los restantes departamentos competentes, la elaboración de un Estatuto del Artista y del Creador, que aborde la protección integral y las necesidades específicas de este grupo social.*
>
> *Agradeciendo su preceptiva respuesta, en el plazo no superior a un mes a que hace referencia el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en el sentido de si se acepta o no la recomendación formulada, así como, en caso negativo, las razones que se estimen para su no aceptación".*

En realidad, el supuesto conflicto que parece que se nos presenta como generalizado y con un futuro apocalíptico *"…un daño de proporciones incalculables al desarrollo intelectual de nuestro país, impidiendo que nuestro autores puedan seguir aportando en una etapa de su vida en la que el grado de madurez, experiencia y sabiduría puede ser volcado en mejorar una sociedad cada vez más necesitada de peso intelectual*"[19] hay que situarlo en sus justos términos. Todo está en función de cómo se desarrolle esa actividad tras el acceso a la pensión de jubilación. Si la actividad se mantiene en similares condiciones de profesionalidad que en su momento llevaron a su inclusión en el sistema de Seguridad Social[20], resulta obvio como ocurre con cualquier otro pensionista, que tendrá que sujetarse a las condiciones generales y por tanto, o bien se pide la suspensión de la pensión y se continúa desarrollando con normalidad esa actividad creativa; o se acoge alguna de las

[18] http://cultura.elpais.com/cultura/2016/01/21/actualidad/1453404951_724842.html.

[19] Noticia publicada en el diario El País en 23-1-2016. La noticia completa se puede leer en la siguiente dirección: http://cultura.elpais.com/cultura/2016/01/22/actualidad/1453484477_281268.html.

[20] Bien como trabajador por cuenta ajena en el Régimen General o en el RETA si la actividad era desarrollada por cuenta propia. También y para la continuación de actividad de los funcionarios públicos con posterioridad a su cese o en los residuales regímenes de funcionarios públicos, de la administración de justicia o militares.

múltiples formas en las que se permite percibir simultáneamente pensión con ingresos por actividades, como son la jubilación parcial, la jubilación flexible, la jubilación activa o bien simplemente desarrollando la misma pero no superando determinado volumen de ingresos (arts. 213 a 215 LGSS). No se entendería una diferencia de trato respecto de otros trabajadores también jubilados por muy creativo o sabio que nos pueda parecer y por sus futuras aportaciones al saber o al conocimiento. Piénsese en la pérdida que también puede suponer la sociedad la jubilación de un ebanista, un escultor, un cocinero, un cirujano, etc.; y a nadie se le ocurre pedir que se le declare exento de la aplicación de la ley.

Cosa distinta a lo anterior es como tratar o debería de tratarse determinadas actividades que se puedan proseguir tras el acceso a la jubilación y si son o no merecedoras de considerarlas incompatibles.

Volviendo a las recomendaciones que sugiere el Defensor del Pueblo, algunas observaciones habría que señalar sobre ellas:

— Respecto a declarar compatible las pensiones públicas con la percepción de derechos de autor por creaciones u obras nuevas a partir de la jubilación. Se está con ello diciendo que el autor puede seguir realizando la misma actividad que ya realizaba cuando no era pensionista, ¿dónde está entonces el cese en la actividad? Que recordemos es el elemento configurador de la pensión de jubilación y que da lugar a una situación de necesidad de pérdida de rentas.
— Respecto a que mientras que no se lleve a cabo las reformas legislativas que la entidad gestora haga una interpretación normativa en razón al interés cultural de esta labor, de modo que no sufra el autor un menoscabo en sus respectivos niveles de renta por el hecho de crear. Se le está diciendo a la entidad gestora que se olvide de la legalidad y la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Cuando alguien se jubila, normalmente, sufre una pérdida de rentas que la pensión no repara plenamente, pero no se olvide que a ella se llega por voluntad del interesado. Y que la actividad creadora no solo es predicable de los autores, salvo que se entienda que ellos por ser quienes son deban de tener un trato singular.
— Que hay que revisar el régimen de compatibilidades con el trabajo previsto en el art. 214 LGSS. Aquí se podría coincidir y es cierto, que las severas condiciones que norma para poder compatibilizar la pensión con el trabajo y que en muchas ocasiones el trabajo tras la pensión no es buscado sino necesitado por las escasas cuantías de las pensiones.

El problema del que no se quiere hablar es que el admitir percibir la pensión de jubilación y seguir trabajando es reconocer la realidad. Y que en muchas ocasiones es una necesidad seguir trabajando para junto con la pensión mantener un nivel de rentas similar al que se tiene en activo. La cuestión es que si se admite sin más la compatibilidad la pensión de jubilación con el trabajo, la pensión dejará de ser tal y la convertiremos en un ahorro de futuro como ya se ha indicado. Y de ahí, a un sistema de planes de pensiones habrá muy poca distancia. Por ello no tendría mucho sentido de hablar de contingencia, situación de necesidad, etc.

En todo caso, el problema no se trata sólo de pensar en las posibles reformas *de "lege ferenda"* (estaríamos ahora ante la gran tercera reforma de las pensiones en los últimos cinco años), sino también de replantear las medidas de "reforma" (en muchos casos un eufemismo que oculta la reducción de derechos de Seguridad Social) ya adoptadas y que pueden y deberían ser revisadas o replanteadas. Es el caso, de las introducidas en el año 2013 sobre el "doble" factor de sostenibilidad –Ley 23/2013 Reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social–, y que su proceso de elaboración y promulgación supuso en sí mismo una "ruptura" del consenso político-social inherente al proceso del Pacto de Toledo; y la imposibilidad de mantener un modelo de Seguridad Social en la lógica del Estado Social con una ordenación del mercado de trabajo basado en "empleo precario" (antónimo de "empleo decente" o de "calidad")[21] y la sistemática utilización instrumental de los recursos de la Seguridad Social al servicio de fracasadas medidas de fomento o creación de empleo –v.gr., las "tarifas planas". Por lo demás, la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social (que, entre otros objetivos constitucionales, debe garantizar pensiones suficientes y adecuadas –que incluye su calidad y el mantenimiento de su poder adquisitivo– es un problema de decisión política (y en particular de política del Derecho); y desde luego un imperativo constitucional (artículos 41 y 50 de la Constitución, en relación necesaria con el obligado canon hermenéutico del art.10.2 del Texto Constitucional, que forma parte del bloque constitucional regulador de la Seguridad Social en su conjunto) sobre la asignación y distribución de los recursos disponibles en un determinado sistema económico. Y es una decisión de política del Derecho que continuará exigiendo la previa búsqueda en términos de democracia deliberativa de un amplio consenso político-social en el marco del Pacto de Toledo.

Ahora bien, siempre nos quedará pensar que:

> *"El arma mejor adaptada como estrategia para combatir la vejez es el ejercicio de los valores humanos, éstos cultivados a todas edades, cuando has vivido mucho tiempo e intensamente, producen frutos asombrosos, no sólo porque nunca te abandonan, ni siquiera en la última parte de la vida, por larga que sea, sino también por lo gratísima que resulta la conciencia de una vida bien vivida y el recuerdo de muchos buenos actos"*
>
> ***Sobre la vejez,* Cicerón**

Y tampoco está de más recordar que conforme al artículo 25 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en una perspectiva integradora de todos "los derechos de las personas mayores", se *garantiza* que "La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural"[22].

[21] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO DEL TRABAJO: *Empleo y protección social en el nuevo contexto demográfico*, Informe aprobado por la Conferencia Internacional del Trabajo en la 102ª reunión de 2013, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2013. En el capítulo 3 de este Informe se examinan las respuestas de política posibles y observadas, y se destaca la necesidad de mejorar las oportunidades de trabajo *decente* para todos los grupos de población en edad de trabajar, y de ampliar a la vez la protección social para proporcionar transferencias sociales adecuadas y sostenibles y pensiones dignas.

[22] Véase VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 557 y sigs., y 893 y sigs.

Estudios Doctrinales

Laborum

En cuanto al debate de las pensiones
On the discussion about pensions

JAIME CABEZA PEREIRO
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
UNIVERSIDAD DE VIGO

Resumen

Se abre el debate público acerca de la reforma del sistema español de Seguridad Social. En el centro de los debates, los problemas de financiación de las prestaciones contributivas se derivan de la progresiva insuficiencia de las cotizaciones. Por otra parte, las últimas reformas legislativas han introducido nuevos recortes en las pensiones, han creado un factor de sostenibilidad y han modificado las reglas de revalorización. En este artículo se reflexiona sobre cómo incrementar los ingresos a través de las cotizaciones y cómo mejorar la salud financiera del sistema. Además, se plantea la pregunta del gasto necesario para poder mantener las pensiones en unos niveles próximos a los actuales. Asimismo, se contiene un comentario crítico de las últimas reformas, que han afectado con más intensidad las prestaciones más reducidas. Finalmente, se sugieren algunas medidas de mejora que podrían proponerse en esta época de cambios legales.

Palabras clave

pensiones, financiación, factor de sostenibilidad, edad

Abstract

It has been opened the public discussion about the reform of the Spanish Social Security system. At the heart of the debates, the funding problems of the contributory pensions arise from the progressive insufficiency of contributions. Otherwise, the last legislative reforms have brought new cuts in benefits, have built a sustainability factor and have modified the revaluation rules. This paper contains a reflection about how to increase the incomes through contributions and how to improve the financial health of the system. In addition it is posed the question of the waste necessary to sustain the pensions at similar quantities than the current level. Moreover it is developed a critical analysis about the last reforms that have affected with more intensity to the lower pensions. Lastly some improvement measures that could be proposed in a time of legal changes are suggested.

Keywords

pensions, funding, sustainability factor, age

1. EL PUNTO DE PARTIDA

Cuando se reabre formalmente el debate sobre la reforma de nuestro sistema de Seguridad Social, parece necesario cierta toma de postura en la doctrina académica sobre las futuras reformas. El modelo constitucional de Seguridad Social, de acuerdo con la doctrina de su mayor intérprete, ha sido muy acomodaticio a nuestra tradición y a nuestros vaivenes legislativos[1]. Por esta circunstancia, no cabe esperar demasiado amparo por parte del Tribunal Constitucional en la defensa de un modelo muy definido. Con todo, si las palabras algo significan, el art. 41 es rico en contenidos, cuando alude al "mantenimiento" de un sistema basado en la "suficiencia" de las prestaciones ante situaciones de "necesidad". La

[1] Un análisis de interés, que todavía conserva actualidad, en SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *Seguridad Social y Constitución*¸ Civitas (Madrid, 1995). Recientemente, APARICIO TOVAR. J., *La sostenibilidad como excusa para una reestructuración del sistema de Seguridad la Social*, Cuadernos de Relaciones Laborales, vol. 33, nº 2, 2015, p. 302.

fórmula constitucional expresa una voluntad política concreta que vincula al legislador ordinario dentro de ciertos parámetros de elección. Máxime, y por lo que al tema de la jubilación se refiere, cuando se pone en conexión con el precepto expresamente dedicado a las pensiones durante la tercera edad, el art. 50.

A este empeño de debate se dedican las páginas que siguen. La cuestión sobre la vertiente de la financiación del sistema, a partir de los límites a los que se enfrenta la suficiencia de las cotizaciones, quizá sea la que más acapare los comentarios políticos. Sin embargo, íntimamente ligados a ella, se plantean otros, relativos a las consecuencias en el retraso de la edad de jubilación en sus diversas modalidades y a la regulación en 2013 del factor de sostenibilidad y de un nuevo y discutible índice de revalorización de las pensiones. Además, la Ley 27/2011, casi cuatro años después de su entrada en vigor, avanza en sus efectos, una vez que las disposiciones transitorias van desplegando paso a paso sus consecuencias. Pese a que no pueda todavía hacerse un balance de estas reformas suficientemente contrastado por unas consecuencias que no han dejado sentirse en toda su intensidad, sí que pueden criticarse algunas variables y proponer determinadas correcciones para contrarrestar sus efectos perjudiciales más evidentes.

Así pues, las páginas que siguen son de comentario seguido de formulación de algunas propuestas, de diferente calado unas de otras. Con todo, ninguna implica un cambio drástico de los grandes pilares que sostienen nuestro edificio de Seguridad Social. Más bien se trata de sugerir algunos retoques, por más trascendencia que algunos puedan tener. La opción ha sido por plantear medidas que podrían aceptarse sin demasiado rechazo desde distintas posturas, aunque en algún caso supongan una crítica intensa a las reformas más recientes.

2. SOBRE EL NIVEL CONTRIBUTIVO Y EL NO CONTRIBUTIVO

La diferencia entre el nivel contributivo, financiado con cotizaciones, y el no contributivo, con otras aportaciones presupuestarias del Estado fue, sin duda alguna, la proposición más importante de los Pactos de Toledo de 1995. En efecto, en el "Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse"[2], se expresa que "*la financiación de las prestaciones de naturaleza contributiva dependerá básicamente de las cotizaciones sociales y la financiación de las prestaciones no contributivas y universales (sanidad y servicios sociales entre otras) exclusivamente de la imposición general*". Con esta admonición no se excluía el recurso a figuras impositivas para sufragar estas prestaciones, pues el adverbio "básicamente" permitiría importantes márgenes de flexibilidad. Sin embargo, se decía posteriormente que "*las cotizaciones sociales deberán ser suficientes para la cobertura de las prestaciones contributivas, para lo cual, se efectuarán las previsiones necesarias para garantizar el equilibrio presente y futuro de esta parte del sistema de la Seguridad Social*". En esta segunda proposición radicaba realmente el pilar básico de la separación de las fuentes de financiación: la suficiencia de las cotizaciones para sustentar las prestaciones contributivas. A partir de este axioma deberían formularse las consecuentes reglas de equilibrio. El ingreso por cotizaciones podría incrementarse o reducirse en función de diversas variables, pero debería ser en todo caso

[2] Aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 6 abril 1995 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, del 12 abril 1995). MTIN (Madrid, 1996)

suficiente para sostener las prestaciones contributivas[3]. Cuáles sean éstas constituye una operación de deslinde que le corresponde realizar al legislador ordinario, dentro, claro está, de los límites comúnmente aceptados de qué debe entenderse necesariamente por prestaciones de uno y otro tipo. Desgraciadamente, la financiación ha condicionado que el legislador le otorgue a las prestaciones de Seguridad Social la condición de contributivas o no contributivas por criterios no tanto sustantivos como de sostenimiento de las mismas. De hecho, el art. 109.3 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 2015 (LGSS), que es el que lleva a efecto el deslinde, se encuentra sistemáticamente ubicado entre los preceptos relativos al régimen económico de la Seguridad Social, en la sección relativa a los recursos y sistemas financieros de la Seguridad Social. En realidad, esta ubicación sistemática muestra hasta qué punto el legislador es fiel al mandato de la suficiencia de las cotizaciones para sostener las prestaciones contributivas. Aun en perjuicio de la real naturaleza de las prestaciones y, en particular, de la finalidad a la que se dirigen.

El cuestionamiento de los pilares de los Pactos de Toledo, en su dinámica de matizaciones producidas a partir de 1995, está en el centro de intereses de las disposiciones adicionales 11 y 12 de la Ley 27/2011, de 1 agosto. Su carácter admonitorio plantea retos al Gobierno y a las partes sociales. En particular, la primera de ellas anuncia implícitamente que el principio de suficiencia de las cotizaciones tendrá que ser revisado para el sostenimiento de las pensiones en el medio y largo plazo. Claramente, ya el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2010 advertía del desequilibrio futuro de los ingresos por cotizaciones y de los gastos por pensiones cuando recomendaba mantener el poder adquisitivo de las pensiones "*mediante la adopción de medidas encaminadas a asegurar el equilibrio financiero del sistema de pensiones en el futuro*"[4].

En verdad, y como ha expresado la doctrina, la separación de las fuentes de financiación no debiera ser más que una técnica contable, sin que pueda alcanzar la categoría de principio organizativo[5]. El factor delimitador entre lo contributivo y lo no contributivo debiera ser si una concreta prestación se somete al criterio de la insuficiencia de rentas (*means-tested*) o a la acreditación de una mayor o menor carrera de cuotas acreditadas o de períodos asimilados a cotización. También puede suceder que ni a uno ni a otro, sino solo al advenimiento de una determinada contingencia –como puede ser, por ejemplo, el supuesto especial de subsidio por maternidad de los arts. 181 y 182 LGSS, cuya consideración como no contributiva no se liga a una situación de necesidad, sino al incumplimiento del requisito de cotización–. En este sentido, pudiera pensarse que lo no contributivo se define en negativo, no en términos de falta de recursos suficientes, sino de inexigibilidad de cotización. Lo que sucede es que, en tal caso, tampoco se entiende que se califique como contributivo el complemento por maternidad a las pensiones contributivas del art. 60 LGSS, que no se somete a ningún requisito de cotización adicional al de la propia pensión a la que complementa. En definitiva, la diferencia se concibe como instrumental, destinada solo a definir la fuente de financiación de cada prestación. Y este es, desde luego, un mal punto de partida.

[3] Sobre estas cuestiones, vg., BARRIOS BAUDOR, G., "La «revisión» del Pacto de Toledo", *Temas Laborales*, nº 73, 2004, pp. 149 ss.

[4] Aprobado en el Congreso el 25 enero 2011

[5] APARICIO TOVAR. J., *La sostenibilidad como excusa…*, p. 302, con cita de otros autores.

Se han hecho muchas valoraciones de la separación de las fuentes de financiación. No cuenta con una gran tradición histórica en nuestro sistema de Seguridad Social: hasta el año 1995 no se había expresado formalmente el principio de equilibrio entre pensiones y cotizaciones[6]. Antes bien, los déficits se enjugaban a través de los impuestos. Con todo, ha servido para poner de manifiesto la capacidad de las cotizaciones para soportar las prestaciones contributivas. Ha permitido concluir que el saldo contributivo del sistema ha sido positivo en el período de tiempo transcurrido desde 1005 hasta 2011[7]. Y ha permitido constituir el Fondo de Reserva, cuya trayectoria, por suficientemente conocida, no va a ser objeto de mayores comentarios en estas páginas. Claro que no se ha tratado de una técnica estática, sino dinámica, pues se han ido trasvasando prestaciones del brazo contributivo al no contributivo, como ha sido el caso del muy debatido problema de los complementos de mínimos.

Con todo, ahora este proceso puede darse por culminado, aunque se avanzan ideas que, hasta cierto punto, pueden considerarse "heterodoxas", como es la financiación mediante impuestos de las prestaciones de muerte y supervivencia. Si este paso se avanza, como se propone desde distintos foros, se dará la paradoja de que unas prestaciones que exigen –aunque solo en el caso de enfermedad común– acreditar cierta carrera de cotización, dejarán de pagarse con cargo a cotizaciones sociales. Podría reestructurarse esta acción protectora y cambiar su naturaleza, pero no parece ser ese el propósito que se baraje en la actualidad. Si culmina, se habrá claramente cruzado la frontera y dejará de sostenerse sin excusas el principio de que las cotizaciones deben ser suficientes para mantener las prestaciones contributivas. Las de muerte y supervivencia no pasarán a ser asistenciales, pero su coste se afrontará como si lo fueran. Y se habrá progresado irremisiblemente hacia el desmoronamiento de la racionalidad del art. 109 LGSS.

Ahora bien, desde una lógica simétrica, se formula la pregunta inversa: sobre el destino al que sirven las cantidades recaudadas en concepto de cotizaciones sociales. Habría que repetir, como premisa, que las cotizaciones no son impuestos. No se trata solo una cuestión de naturalezas jurídicas, ni de estructura de la obligación pública. Debe recordarse, sobre todo, su carácter esencialmente finalista, destinado a sufragar unas prestaciones específicas, las del sistema de Seguridad Social. Porque está bien expresar que las del brazo no contributivo no se deben sostener con cotizaciones. Pero habría que afirmar, y en términos todavía más rotundos, que las cuotas sociales no podrían en ningún caso destinarse a otras finalidades distintas.

En efecto, tradicionalmente –al menos hasta 2000, cuando se crea el fondo de reserva– los superávits podían dedicarse a financiar gastos públicos generales y así se hacía normalmente. Ahora, se plantean problemas distintos, que merecen también cierta atención. Por ejemplo, resulta discutible que la prestación en especie de asistencia sanitaria en el caso de contingencia profesional se sufrague a través de cotizaciones cuando, en realidad, tiene una naturaleza idéntica a la que se dispensa en caso de contingencias comunes. No parece que el hecho de que la preste las más de las veces una mutua colaboradora sea argumento

[6] ZUBIRI, I., "Cómo reformar las pensiones…y el coste de no hacerlo", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 33, nº 2, 2015, p. 282.

[7] Así lo manifiesta GARCÍA DÍAZ, M.A., "La financiación del sistema público de pensiones español ante el reto del envejecimiento", *Actum Social*, nº 107, monográfico 2016, p. 28.

suficiente para justificar esta regla del art. 109 de la LGSS. Otro tanto podría decirse de los gastos de gestión del sistema de Seguridad Social, por más que a este respecto la ley prevea también aportaciones del Estado para atenciones específicas. Por más que la regla cuente con arraigo histórico, no resulta sencillo encontrar un argumento sustantivo que imponga una específica financiación de la gestión de Seguridad social a través de cuotas de empresarios y trabajadores. Es cierto que no se trata de unas cuantías excesivamente relevantes en el gasto total, pero debería ponerse en entredicho su "contributividad" a efectos de financiación.

Más delicado es el tema de las exenciones de cotizaciones a la Seguridad Social, suficientemente conocido en su planteamiento: cuando se regulan exenciones –no bonificaciones– en las cotizaciones, el resultado es que se dejan de ingresar recursos en las arcas de la Tesorería General de la Seguridad Social. Se trata de una técnica de la que se ha abusado en los últimos años y se ha utilizado para un colectivo de destinatarios amplio[8]. No parece que deban utilizarse las cotizaciones a la Seguridad Social para desarrollar políticas de empleo. Éstas, en la justa medida en la que sea necesaria, deben sufragarse a través de otros recursos, pero no con cotizaciones sociales[9].

Es decir, el principio de contributividad debería ir acompañado de otro de integridad, conforme al cual la totalidad de las cotizaciones recaudadas –cuya existencia y cuantías no pueden ser condicionadas por políticas de empleo– deben dedicarse al pago de prestaciones económicas contributivas y no a otros menesteres distintos. También a este respecto queda algo de camino por andar.

3. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA

Es importante poner de manifiesto que los problemas de financiación del sistema de Seguridad Social español, como los de los demás sistemas, no son coyunturales, sino estructurales. La crisis, sin lugar a dudas, los ha agravado, pero existirían en todo caso. Su origen está en tendencias duraderas[10] que exigen respuestas estructurales de acomodo, y de acomodo dinámico y permanente. Si se acepta esta idea, puede incluso aventurarse que, en nuestro sistema, la recuperación económica no será por sí misma suficiente para volver a la senda de superávit que se abandonó en 2011. Bien es cierto que algunos de los problemas habrá que achacárselos a errores políticos o a decisiones contraproducentes. Pero unos y otras no pasan de ser factores agravantes de un problema más amplio que subyace. Si no se toman medidas, el déficit del sistema de Seguridad Social crecerá y progresivamente se considerará insostenible. De tal modo que solo caben dos respuestas: o bien incrementar los ingresos, o bien reducir las prestaciones. Por supuesto, ambas soluciones son compatibles y pueden actuar coordinadamente. Claramente, las reformas más recientes y, muy en particular, las de 2011 y 2013, han optado por la segunda de ellas, con práctico olvido de la primera.

[8] Véase, por ejemplo, el art. 8 de la Ley 25/2015, de 28 julio, o los arts. 31, 32 y 37 del texto refundido del Estatuto Básico del Trabajador Autónomo, en redacción procedente del art. primero de la Ley 31/2015, de 9 septiembre.

[9] Sobre el particular, MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., "La situación de la «hucha de las pensiones». A propósito de las últimas disposiciones del Fondo de Reserva de la Seguridad Social y las limitaciones intrínsecas de este instrumento de garantía", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 5, 2015, pp. 22-3.

[10] BARR, N. y DIAMOND, P., "Reforma de las pensiones: principios, errores analíticos y orientaciones políticas", *Revista Internacional de la Seguridad Social*, vol. 62, nº 2, 2009, p. 31.

La estricta observancia del criterio de la suficiencia de las cotizaciones para sufragar las prestaciones contributivas conduce, por supuesto, a esa opción de recorte, una vez que se va estrechando el margen para "transferir" al nivel no contributivo las prestaciones de naturaleza discutible. Es una concepción puramente "aseguradora" de la Seguridad Social, concebida como un contrato de seguro en el que las primas deben ser suficientes para cubrir las contingencias. La pensión "razonable" es, desde este punto de vista, la que pueda sostener, desde un punto de vista actuarial, un sistema que se sufraga con cuotas de empresarios y trabajadores casi en exclusiva.

Así definido, el asunto se trasladaría a un análisis de los ingresos del sistema a través, fundamentalmente, de cotizaciones –o, también, de primas por contingencias profesionales–. Hay que analizar, en consecuencia, la posibilidad de incrementarlas desde el análisis de su cuantía actual y de las circunstancias que las rodean en términos de competencia y de competitividad de las empresas españolas. O de incrementar el número de personas que contribuyen con medidas a medio y a largo plazo.

En cuanto a los salarios en España en el contexto de la UE, están por debajo de la media de los 28 Estados Miembros. Tomando como referencia las empresas de más de diez trabajadores y excluyendo la Administración Pública, la agricultura, la pesca, el hogar familiar y las organizaciones extraterritoriales, en España no alcanza los 10 euros por hora, en tanto que la media de la UE –incluyendo los 28 Estados Miembros– supera los 11 euros por hora. Se sitúa en una cantidad prácticamente idéntica a la de Chipre y escasamente por encima de Grecia[11]. Los ingresos promediados netos de los trabajadores en España en 2015 fueron de 14634,61 euros y en la Unión Europa, de 17275,61.

Al margen de comparaciones, debe recordarse, en cuanto al SMI, que nuestro sistema incumple el derecho a una remuneración suficiente del art. 4.1 de la Carta Social Europea, como ha declarado reiteradamente el Comité Europeo de Derechos Sociales[12], al situarse por debajo del 60 por 100 del salario neto promediado. En este sentido, indudablemente el incremento del 8 por 100 previsto en la disposición adicional única del Real Decreto-ley 3/2016, de 2 diciembre, constituye una buena noticia desde la perspectiva de las cotizaciones al sistema. Coherentemente, la base mínima de cotización se incrementa en un 8 por 100. No se trata solo de este efecto directo, sino de los inducidos que esta subida pueda tener en la negociación colectiva.

Por otra parte, se ha puesto de manifiesto que las cotizaciones que se pagan en nuestro sistema son comparativamente elevadas. En efecto, en términos de porcentaje del PIB están en la franja alta de los Estados de la UE, aproximadamente un punto y medio por encima de la media. No sucede lo mismo en el caso específico de la cuota obrera, más de punto y medio por debajo. Aunque estos datos hay que relacionarlos con los anteriores, pues se derivan de un salario medio inferior al promedio. Con todo, parece razonable concluir que hay poco

[11] De acuerdo con las estadísticas de Eurostat, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Median_gross_hourly_earnings,_all_employees_(excluding_apprentices),_2010_(%C2 %B9)_YB16.png. Son datos de 2 junio 2016.

[12] Recientemente, en las Conclusiones XX-3, de 5 diciembre 2014.

margen para una subida de las cuotas. Escaso en la patronal y también pequeño en la que soporta el trabajador, al menos con las cuantías salariales que se están pagando en España[13].

Distinta es la cuestión de la base máxima y del tope máximo de cotización, un asunto que en la actualidad está en el centro de la discusión política. Las reglas de los arts. 8 y 9 del referido RD-ley 3/2016 –incremento del 3 por 100 para 2017 y remisión futura a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Parlamentaria Permanente de Evaluación y Seguimiento de los Acuerdos del Pacto de Toledo y los acuerdos en el marco del diálogo social– no parecen sugerir radicales cambios en el futuro más próximo. Máxime cuanto se debate asimismo la necesidad de revisar al mismo tiempo la cuantía de la pensión máxima, revisión que, en mi opinión, resulta harto discutible. El argumento clásico de que eliminar ese tope máximo puede producir una fuga de recursos hacia los sistemas complementarios de Seguridad Social quizá debería ser objeto de revisión y replanteamiento en las circunstancias actuales. El hecho es que las rentas salariales altas están menos sujetas a cotización que las bajas, al menos en términos porcentuales. Otros planteamientos, relativos a que sería más ecuánime incrementar los tipos superiores de la tributación personal parecen razonables, pero se enfrentan a una realidad en la que la contestación hacia una subida de esta figura impositiva está muy generalizada.

Las valoraciones en torno a ciertos regímenes y sistemas especiales de la Seguridad Social pueden tener un alcance limitado. En el caso de los trabajadores autónomos, al margen del tema antes aludido de las exenciones previstas en el Estatuto del Trabajador Autónomo, es cierto que el sistema clásico de cotización produce unos ingresos comparativamente reducidos al sistema. El tópico de la compra de pensiones y de la imposibilidad de revisar al alza las bases más allá de cierta edad debería reconsiderarse con más generalidad a la vista de las nuevas reglas de cálculo de la base reguladora previstas en la Ley 27/2011, de 1 agosto. Pero, entretanto no se aborde una reforma realmente modernizadora de este régimen, es difícil que puedan mejorarse los ingresos. Menor margen hay en otros regímenes –como el del mar– o sistemas –como el agrario o el de empleados del hogar– en los que las reglas concretas de cotización tienen casi siempre que ver con la dificultad que las personas encuadradas en ellos afrontan para desarrollar carreras de cotización ordinarias.

Capítulo aparte merece el tema de la transferencia de recursos del Servicio Público de Empleo Estatal a la Tesorería en concepto de bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social y de cotizaciones por las prestaciones y subsidios de desempleo en la cuantía y por los conceptos previstos. Es evidente que, en cuanto a este segundo concepto, se produce un efecto de vasos comunicantes cuando la persona por la cual se producen esas cuotas encuentra empleo, puesto que no necesariamente se produce un incremento de los recursos con las nuevas contrataciones, que además pueden estar parcialmente exentas de cotización a la Seguridad Social. Ahora bien, el problema radica en el decreciente porcentaje de desempleados amparados por ambos niveles de la protección por desempleo. De hecho, en febrero de 2016 solo el 54,76 por 100 de los desempleados recibían prestaciones. En consecuencia, el agotamiento de las mismas produce también una merma de ingresos por

[13] En tal sentido, ZUBIRI, I., *op. cit.*, p. 278, aunque este autor sostiene que hay margen para cierta subida de la cuota obrera.

cotizaciones. Aunque, dicho con más precisión, el tránsito del nivel contributivo al asistencial es el paso decisivo en este descenso de los recursos habilitados para el sistema de Seguridad Social. En cuanto a las transferencias en concepto de bonificaciones, nuevamente hay que poner de manifiesto la inconveniencia de que se haga política de empleo con las cuotas de Seguridad Social a través de exenciones. La técnica de las bonificaciones es, evidentemente, la única admisible.

Y otro tema de cierto interés se refiere a la persecución del fraude. Un asunto no menor en los últimos años ha sido la admisibilidad de prácticas informales, incluso toleradas por los actores de las relaciones laborales en una situación de profunda crisis económica. Se han generado probablemente prácticas no del todo deseables que deben reconducirse con rigor.

En resumen, el recorrido por el incremento de las cotizaciones, aun reconociendo algún margen de mejora de la financiación del sistema, no permite proponer un cambio de tendencia que suponga un retorno a la senda de superávit del nivel contributivo. Más esperanzas habría que poner en una recuperación cuantitativa y cualitativa del empleo y en un incremento generalizado de los salarios. En cuanto al empleo, la tasa de actividad debería crecer, en particular la femenina. Si la tasa de actividad total se situaba a finales de 2015 en un 59,54 por 100, la femenina no superaba el 53,70 por 100, casi seis puntos por debajo de la media y doce puntos por debajo de la masculina, que alcanzaba en esas fechas un 65,69 por 100[14]. De nuevo los datos desagregados por sexos deberían de tenerse en cuenta en todo lo referente a la brecha salarial.

Consideraciones más a medio plazo merecería la cuestión de la inmigración a los efectos de incremento de la población activa cotizante. Y, por lo que respecta al asunto de la tasa de natalidad, las correcciones que puedan hacerse a través de unas políticas más razonables en esa materia solo han de surtir efectos a bastantes años vista. Ahora bien, un nivel de fecundidad incluso inferior a dos hijos por mujer añadido a cierto trasiego migratorio puede bastar para conseguir el objetivo del reemplazo generacional suficiente[15]. Es decir, aunque dilatada en el tiempo, la efectividad de un cambio de tendencia no parece una tarea inasumible ni implica una revolución excesiva de las pautas sociales de comportamiento comúnmente aceptadas.

***

Con todo, un sistema que se basara en la lógica del seguro no podría ser hacia el futuro congruente con el modelo constitucional de Seguridad Social, tal y como ha sido definido en sus trazos esenciales por el Tribunal Constitucional, por laxa que haya sido su jurisprudencia. La cuestión fundamental, pues, consiste en reconocer que el traje hecho a medida de 1995 ha quedado estrecho y que hay que buscar otras fuentes de financiación. Habrá que ver cuáles y en qué medida, al objeto de lograr unas prestaciones suficientes y adecuadas, en los términos de los arts. 41 y 50 de la Constitución. Ciertamente, el Pacto de

[14] Véanse estos datos estadísticos en la web del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades http://www.inmujer.gob.es/MujerCifras/EmpleoPrestaciones/TasasActividad.htm.

[15] Así lo asevera FERNÁNDEZ CORDÓN, J.A., "Relaciones intergeneracionales, demografía y economía en relación con las pensiones", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 33, nº 2, 2015, p. 245.

Toledo concibió el nivel contributivo desde la perspectiva de un flujo de entradas y salidas de dinero en un momento en el que ese punto de vista era sostenible en el corto y medio plazo. Pero mantenerse en él indefinidamente abocaría a un déficit progresivo y a la imposibilidad de equilibrar las cuentas de la Seguridad Social. En consecuencia, hay que plantear alternativas, que no pasan, desde luego, por negar la centralidad que las cotizaciones tienen y deberán tener en un futuro para pagar las prestaciones contributivas del sistema[16], pero sí por proponer y poner en marcha ingresos accesorios.

Ahora bien, quebrar el techo de gasto fijado por los ingresos a través de las cotizaciones plantea el debate directo del nivel concreto de gasto que debe dedicarse a la cobertura de la Seguridad Social, esto es, cuánto se debe dedicar a pensiones y a otras prestaciones del sistema, a partir del principio irrefutable de que los recursos públicos son limitados. Parece esta la operación correcta: definir el gasto para luego debatir acerca de los ingresos. Así se plantea en términos razonables un debate cuyo punto de partida debe ser la garantía de cierto nivel de pensiones al cual hay que ajustar el nivel de ingresos[17]. Dicho lo cual, es importante plantear, desde la perspectiva del Derecho, qué límites mínimos de suficiencia de prestaciones deben establecerse, qué margen de maniobra le debe corresponder al legislador ordinario y qué tutela jurídica concreta debe atribuírseles a las personas beneficiarias del sistema de Seguridad Social.

Propóngase el ejemplo de la actualización de pensiones del art. 50 de la Constitución. Sobre él ha impactado con intensidad la reforma de 2013 en unos términos que debilitan la revalorización, como va a analizarse más adelante. Sin que quepa inferir la inconstitucionalidad evidente de la misma, es obvio que, en el largo plazo, los pensionistas van a sufrir un claro detrimento de su poder adquisitivo. No es fácil, en el largo plazo, mantener la constitucionalidad de la Ley 23/2013, de 23 diciembre, en tanto en cuanto produce un vaciamiento material del carácter suficiente de las pensiones. Un modelo que implique un mero cálculo actuarial de la pensión posible en atención a las cuotas, las primas y otros recursos que graciosamente se aporten al sistema no puede conciliarse con el mandato constitucional de dicho art. 50.

No parece razonable permitir que una evolución normal de la economía y un crecimiento sostenido de la riqueza en el largo plazo –como es esperable que suceda– venga acompañado de una progresiva asfixia del sistema de pensiones, en cuyo círculo vicioso queden atrapadas las personas mayores en un proceso de empobrecimiento fácil de pronosticar, con las reglas relativas al factor de sostenibilidad y al de revalorización y con el escenario de unas futuras reformas de recorte que persigan el objetivo imposible de cuadrar el déficit producido por la cada vez mayor insuficiencia de las cuotas sociales. Aunque, tristemente, se trata de otro capítulo más del divorcio entre crecimiento económico y progreso social.

[16] En este sentido, SUÁREZ CORUJO, B., "El factor de sostenibilidad: ¿el caballo de Troya del sistema público de pensiones", *Temas Laborales*, nº 121, 2013, p. 27.; y ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad del sistema de pensiones. Análisis de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización de pensiones de la Seguridad Social*, Tecnos (Madrid, 2014), y la bibliografía allí citada.

[17] Por todos, ZUBIRI, I., *op. cit.*, p. 284.

Cómo se establece el gasto apropiado en pensiones constituye un tema de difícil respuesta. Se han planteado algunas hipótesis, todas ellas discutibles. Por ejemplo, se ha propuesto que las pensiones no pueden reducirse desde la perspectiva de la expectativa razonable de los cotizantes. Es decir, si éstos han contribuido al sostenimiento de unas pensiones relativamente elevadas, no es lícito que sean reducidas cuando les corresponde ser beneficiarios de las mismas. Por consiguiente, los recortes asumibles deben permanecer dentro de magnitudes estrechas, sin que puedan admitirse ajustes muy profundos[18]. Como variante de esta idea, se expresa que, si los cotizantes hasta 2011 procuraron recursos suficientes para una situación de superávit y generaron un fondo de reserva, en el contrato implícito entre generaciones se sobreentiende que no pueden sufrir una merma importante en relación con la riqueza que generaron. En el fondo, no son sino consecuencias razonablemente deducibles del principio de contributividad tan querido a partir de los años noventa. Desde todos estos puntos de vista, cabría proponer, entre otras alternativas, el establecimiento de un porcentaje mínimo de tasa de reposición en relación con el salario que se percibía en activo[19].

Otra posibilidad parte de fijar determinados porcentajes del PIB que deben ser dedicados a pensiones. Es decir, del establecimiento de cierto umbral que debe destinarse razonablemente a pensiones o, *lato sensu*, a prestaciones de Seguridad Social. Se trata de un ejercicio peligroso, porque dicho porcentaje debe condicionarse al de pasivos que haya sobre la totalidad de la población activa. Es decir, un umbral que en el 2016 puede ser razonable no lo será en 2030, cuando ya la generación del *baby boom* haya comenzado a jubilarse. Ahora bien, en datos procedentes de 2013 puede comprobarse que España está prácticamente equiparada al promedio de la Unión Europea, algo por encima del 12 y medio por ciento, pero claramente por debajo de sistemas de nuestra órbita jurídica como el italiano –por encima del 16 por 100–, el portugués –en torno al 15,5 por 100– o el francés –que alcanza casi el 15 por 100–[20]. Estos datos tienen un gran interés si se recuerda que el sistema español de Seguridad Social –al igual que el portugués o el italiano– no cuenta con un robusto nivel profesional de cobertura. Lo cual viene a significar que el referido porcentaje es, en realidad, relativamente bajo. En otras palabras, el Reino de España, en términos estáticos y comparativos, gasta poco en pensiones. Podría argumentarse que el colectivo de jubilados es más amplio en relación con los activos en otros sistemas como el francés o el alemán. Pero no precisamente si la comparación se establece con otros países mediterráneos.

Si se atendieran a estos datos, otra alternativa consistiría en fijar el nivel de gasto en un porcentaje del PIB, pero tendría que ser dinámico, como una relación razonable entre el porcentaje de pasivos en relación con activos y el porcentaje de gasto en pensiones en relación con el PIB.

***

[18] *Ibid*., p, 271.

[19] Es una de las alternativas que propone GARCÍA DÍAZ, M.A. (*op. cit.*, p.36).

[20] Véase datos de Eurostat en http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Expenditure_on_pensions_by_function,_2013_(%25_of_GDP_at_market_prices).png.

La financiación de este gasto en pensiones, en la medida en la que no pueda ser cubierto con cotizaciones sociales, es un tema discutible y que debería debatirse entre los expertos en la materia financiera y tributaria. Con todo, no estaría de más avanzar una hipótesis: puesto que son las rentas del trabajo o de las actividades profesionales o empresariales las que sostienen las cuotas de Seguridad Social, un mínimo ejercicio de equilibrio invitaría a pensar que deberían ser las rentas de capital las más afectadas a esta necesidad de complementar los ingresos por cotizaciones sociales. Además, en la medida en que se utilicen figuras impositivas indirectas, queda menos comprometida la competitividad de las entidades españolas en relación con las extranjeras. En cualquier caso, la identificación de las concretas fuentes públicas de ingreso excede con mucho del objetivo de estas páginas y de mi propio conocimiento.

4. SOBRE LA EDAD

La discusión sobre la edad en el acceso a la pensión de jubilación es multifacética e inabarcable para unas reflexiones breves. Su establecimiento depende de variables muy diversas, de entre los cuales la expectativa de vida ha sido sin duda la más tomada en consideración en los últimos años. Frente a su incremento, se ha dicho que la respuesta de retrasar la edad real de jubilación es, apriorísticamente, una solución más aceptable que otras tales como incrementar las cotizaciones o reducir las prestaciones[21]. Como alternativa algo más sofisticada, se han propuesto y se han regulado diversas modalidades del factor de sostenibilidad, las cuales se han ido introduciendo en los sistemas europeos a lo largo de los últimos años. Al margen de detalles, en el fondo, utilizan el progresivo envejecimiento de la población como argumento para bajar las pensiones, ya sea cuando se calculan inicialmente, ya de forma progresiva a lo largo de su disfrute. Cabe la respuesta más conocida y tradicional de modificar los parámetros de cálculo, para la cual el elemento edad pierde relevancia, al menos de forma explícita.

Sin embargo, cualquiera que sea la alternativa, o la suma de varias de ellas, sus consecuencias tienen una importancia grande y desigual en el colectivo de potenciales beneficiarios de las pensiones de jubilación. No tener en cuenta los matices resulta imposible, como ya ha reconocido tradicionalmente cualquier sistema de Seguridad Social al regular diversas edades de jubilación en atención a circunstancias específicas. No se trata ahora de entrar en las variables legales, sino de atender a las reglas generales y poner de manifiesto tales problemas inducidos.

De acuerdo con el art. 211 LGSS, es ineluctable, a salvo de reforma del mismo, que el factor de sostenibilidad entre en juego en el 2019. Si bien absolutamente todo puede someterse a revisión, máxime si se tiene en cuenta que la reforma de 2013 no ha sido objeto de acuerdo en las mesas de diálogo social ni tampoco en la comisión permanente del Congreso de los Diputados. La mayoría de las críticas al mismo se centran en dos aspectos: el primero, en el aislamiento de un factor como es la expectativa de vida, sin otro tipo de matizaciones. El segundo, en la urgencia con que se introduce, algunos años antes de que las cohortes más numerosas de trabajadores empiecen a jubilarse. Con respecto a esta segunda,

[21] HOLZMANN, R., "Sistemas de pensiones en el mundo y sus reformas: factores, tendencias y desafíos mundiales", *Revista Internacional de Seguridad Social*, vol. 66, nº 2, 2013, p. 7.

puede responderse fácilmente que tampoco hay una relación explícita causa-efecto entre la generación del *baby-boom* y el factor de sostenibilidad. Más bien, la hay entre el déficit del sistema y la exigencia de pagar durante más años unas pensiones relativamente más altas que las que se devengaban tiempo atrás. Con todo, su eficacia es grande ya en el medio plazo: para 2027 –que era cuando se preveía inicialmente su puesta en marcha– se prevé que ya haya producido una rebaja promediada de las pensiones en torno a cuatro puntos porcentuales. Es decir, las pensiones que se reconozcan para entonces serán un 4 por 100 menores de lo que serían sin la introducción de ese factor corrector. Si a ello se une la previsible pérdida progresiva de poder adquisitivo que van a sufrir las pensiones ya causadas por la aplicación del sistema de revalorización implantado en la ley de 2013 –art. 58 de la LGSS[22]–, puede pronosticarse un fuerte efecto acumulado de ambas medidas, que sin duda excede del concepto de "equidad intergeneracional" expresado en la exposición de motivos de la Ley 23/2013. Es curioso cómo ésta divide su justificación haciendo hincapié en la mayor esperanza de vida en cuento al factor de sostenibilidad y a la mayor tasa de dependencia en relación con el índice de revalorización.

Es cierto que una mayor esperanza de vida supone más años de cobro de una pensión y, en consecuencia, mayor porcentaje de años como pensionista en relación con los años cotizados como activo. Es decir, incluso puede apelarse a principio de contributividad, como hace dicha exposición de motivos. También lo es que, desde el punto de vista de la tasa de dependencia, no puede hacerse recaer sobre las espaldas de las generaciones más jóvenes el coste de las pensiones de los mayores y, así justificada, sería razonable la regla sobre la revalorización. No obstante, la aplicación combinada de ambas reglas produce efectos desproporcionados. Y, además, plantea la aporía de que los pensionistas afectados han contribuido al sostenimiento de unas pensiones proporcionalmente más altas.

Al margen de lo que más adelante se dirá sobre el índice de revalorización, conviene ahora incidir en el impacto desigual del factor de sostenibilidad. Ya se ha puesto de manifiesto, en este sentido, que la esperanza de vida depende en no pequeña media de la clase social. En efecto, las diferencias de mortalidad entre clases sociales, ya de por sí apreciables, tienden a ensancharse[23]. Pero hay otros óbices igual de importantes. La introducción de este factor se formula aislado de otros componentes del sistema que matizan sus consecuencias. Por ejemplo, y en positivo, el complemento de maternidad del art. 60 enjuga y aun trasciende el efecto del factor de sostenibilidad. Lo cual es coherente con los propios objetivos de reducir la brecha de pensiones entre mujeres y hombres y reconocer la maternidad como contribución esencial a la sociedad.

Sin embargo, en el cálculo de la pensión de jubilación hay una serie de reglas que perjudican efectivamente a determinados grupos de trabajadores, en particular a los de mano de obra directa y a los autónomos. Me refiero, en particular, a las lagunas existentes para el cálculo de la base reguladora de las pensiones. En el caso de los trabajadores de mano de obra directa, es evidente que están más expuestos a la existencia de lagunas en los años de cómputo de la base reguladora. Sobre los efectos a este respecto de la Ley 27/2011 se dirá algo más adelante, pero por ahora basta con poner de relieve que la pensión que reciben es

[22] Sobre este asunto SUÁREZ CORUJO, B., *El factor de sostenibilidad...*, cit., pp. 29 ss.
[23] FERNÁNDEZ CORDÓN, J.A., *op. cit.*, p. 247-8 y bibliografía ahí citada.

comparativamente desventajosa en relación con otros trabajadores que han hecho a lo largo de la vida activa un esfuerzo similar de cotización. Si se acepta, además, que su esperanza de vida puede ser, colectivamente considerada, inferior a la de otros trabajadores que han desarrollado trabajos menos exigentes físicamente, la consecuencia está clara, en términos de que el factor de sostenibilidad resulta especialmente lesivo para ellos. En fin, parejos motivos invitarían a repensar si es equitativo imponer el factor de sostenibilidad a las jubilaciones anticipadas por causa no imputable al trabajador del art. 207 LGSS.

En el caso de los autónomos, el problema reside, primeramente, en la ausencia de una regla que permita salvar, aunque sea mínimamente, las lagunas de cotización. Al margen de lo cual, las propias peculiaridades tradicionales de este régimen especial tal vez aconsejen no aplicar por ahora el factor. En términos promediados, las pensiones son mucho más reducidas a causa de una conjunción de factores históricos. La elección de las bases de cotización, así como las reglas de combate del fenómeno de la compra de pensiones, lastran incluso la posibilidad real de que los trabajadores por cuenta propia puedan acceder a una pensión de jubilación digna. Lo cual se ve agravado, además, por la regla del art. 211 LGSS.

Incluso debería de ponerse en entredicho la aplicación de esta regla a los trabajadores que no alcancen la totalidad de años de cotización para lucrar el 100 por 100 de la pensión. Las carreras irregulares y quebradas producen de por sí unas prestaciones mucho más reducidas, pues solo se toma en consideración, a efectos del porcentaje de la pensión, una parte del tiempo en el que formaron parte de la población activa. En correspondencia, y por elementales criterios de equidad, será razonable que el factor de sostenibilidad no se les aplique tomando en consideración toda la esperanza de vida que tengan en el momento de la jubilación, sino solo una parte proporcional similar a la proporción del tiempo que cotizaron en relación con los 37 años que dan lugar al 100 por 100 de la pensión. Se trataría, además, de una medida compensadora en términos de género. Por supuesto, resultaría más ajustada en términos de la "contributividad" tan cacareada por el legislador.

***

Más comentarios merecería la cuestión de la edad ordinaria de jubilación, en su régimen legal procedente de la Ley 27/2011. Al margen de muchas otras consideraciones, es evidente que el retraso en la misma ha encontrado como víctimas propiciatorias a las personas con mayores dificultades para mantenerse en el mercado de trabajo a partir de cierta edad[24]. La ley ha orquestado una batería de medidas con las que este colectivo siempre sale malparado, sin que merezca la más mínima atención para establecer algún tipo de regla compensadora. Más tarde se formulará algún comentario adicional en temas tales como la jubilación anticipada, la integración de lagunas o el porcentaje aplicable a la base reguladora. Pero, en cuanto al estricto tema del tránsito de la edad ordinaria de los 65 a los 67 años, y aun considerando las reglas transitorias, implica una transformación muy importante del modelo de pensión de jubilación en España. En términos materiales, solo las personas con carreras de cotización muy prolongadas van a mantener la edad de 65, en tanto en cuanto la de 67 se va a erigir en la realmente ordinaria.

[24] Así, MONEREO PÉREZ, J.L., "La política de pensiones tras el Acuerdo Social y Económico de 2011: la fase actual de la construcción de un *nuevo* sistema de pensiones", en VV.AA. (dir. y coord. MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., *La edad de jubilación*, Comares (Granada, 2011) p. 28.

Por consiguiente, los trabajadores con carreras más interrumpidas, con contratos atípicos y que intercalan períodos de actividad con períodos de inactividad, constituyen un grupo de afectados importante, con el añadido de que, por definición, sus pensiones serán más reducidas cuando por fin reúnan el requisito de edad. Es decir, el comportamiento del sistema a la finalización del período transitorio será más benévolo con los trabajadores con carreras más lineales: no solo es que a ellos van desinadas las medidas más estimuladoras de retraso en la edad de jubilación, sino que además pueden jubilarse a los 65 años –es decir, a una edad que se considera "anticipada", en los términos del art. 208 LGSS–. Puede formularse la siguiente comparación: con treinta y ocho años y medio de jubilación se obtiene el 100 por 100 de la pensión de jubilación a los 65 años. Con la mitad de cotización (19 años y ocho meses) se tendrá derecho a un 60,64 por 100 de la pensión a los 67 años. Hasta 2011, la edad era en ambos casos de 65, pero en el segundo se obtenía un 65 por 100 de pensión. Seguramente se dirá *a contrario* que, con la nueva regla, se mejora la contributividad desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, pero eso, más bien, ha sido a causa de la reordenación de los porcentajes aplicables a la cuota.

Sobre todo habrá que expresar hasta qué punto las personas con problemas laborales en los últimos años de su vida laboral sufren con el retraso en la edad pensionable a causa de varias medidas que, conjuntamente consideradas, tienen un fuerte efecto multiplicador. Su problema consiste, en esencia, en que no cuentan con capacidad de respuesta para volver al mercado de trabajo[25]. Mantenerse en él no es una posibilidad que esté siempre a su alcance y, desde luego, resulta complejo que los niveles salariales normales permitan un ahorro suficiente que posibilite el recurso a la protección social complementaria en tales circunstancias. En la práctica, su único asidero va a ser la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador –si reúne los angostos requisitos del art. 207 LGSS– o, en otro caso, acudir a la anticipada puramente voluntaria. Con los condicionantes legales que va a comentarse enseguida. Si, además, se recuerda el retraso en el acceso al subsidio de desempleo, que ya no es a los 52, sino a los 55 años[26], se aprecia todavía mejor este sombrío panorama.

Es casi indudable que el tránsito de los 65 a los 67 años resulta irreversible. Aceptado lo cual, el problema se deriva hacia un análisis de los efectos de esta medida en los distintos colectivos. A partir de 2027 se jubilarán generaciones de personas que habrán sufrido a lo largo de su vida activa períodos más o menos amplios de desempleo y que dispondrán de menos alternativas para mantener un nivel suficiente de rentas en los últimos años de sus carreras profesionales. Sin duda, gran parte del problema se remite a un entorno laboral menos hostil para con los trabajadores mayores. Sin embargo, desde la perspectiva de la Seguridad Social, se hace necesario prever algún tipo de medidas que eviten un fuerte empobrecimiento en la fase anterior a la jubilación. Probablemente, se haga necesario flexibilizar algo la jubilación anticipada por causas no imputables al trabajador y ampliar la que se deriva de la actividad desarrollada. Pero, sobre todo, es importante que el sistema ofrezca cobertura adecuada en unas franjas de edad que la pensión de jubilación deja de proteger y en las que se pueden producir situaciones muy precarias, de gran exposición a la pobreza.

[25] Así lo describe TORTUERO PLAZA, J.L., "Reflexiones sobre la reforma de la jubilación. Un planteamiento global", en VV.AA. (dir. y coord. MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., *La edad…*, cit., p. 204.

[26] Por artículo 17, siete, del RD-ley 20/2012, de 13 julio.

5. ALGO MÁS SOBRE LAS REFORMAS DE 2011 Y 2013

Ciertamente la reforma de 2011 siguió con bastante fidelidad el guion habitual de las reformas emprendidas en bastantes países de la OCDE, y que pueden calificarse de reformas "paramétricas": endurecimiento de las jubilaciones anticipadas –en requisitos y en penalización–, incremento de la edad ordinaria de jubilación, prolongación del período que se toma de referencia para su cálculo y, por diversos cauces, reducción de la cuantía de las prestaciones. Por consiguiente, nada debería sorprender y poco cabría objetar desde la perspectiva aislada de nuestro sistema. Sin embargo, por debajo de unas tendencias generales, que en principio surten efectos globales hacia todos los beneficiarios, actuales y futuros, del sistema de Seguridad Social hay unos "ganadores" y unos "perdedores". Es decir, de una parte, grupos a los que las reformas no les han afectado, o al menos no en gran medida y, de otra, colectivos que han sufrido –o van a sufrir– con más intensidad los cambios legales. La Ley 27/2011 no ha sido inocente en este sentido, aunque es probable que los efectos desfavorables hayan sido mayores de los deliberadamente pretendidos por el legislador.

En estas fechas en las que se abre el debate acerca del Pacto de Toledo y se vislumbran nuevas reformas en el futuro, es bueno hacer una reflexión de este tipo. Entre otros motivos porque, desde la ciencia económica, se aportan estudios con rigurosos estudios de datos, pero que llegan a conclusiones aparentemente separadas de las reglas de la evidencia. Probablemente ello suceda porque los economistas tan solo recurran a los grandes datos de las reformas legales y no reparan en las pequeñas cuestiones técnicas, o no disponen de todas las claves porque no han sido suficientemente concretadas. Las cuales, a la postre, son casi las más importantes. Otras veces sucede que los antecedentes históricos y la evolución de las normas determinan que las reformas causen efectos muy contrarios a los que aparentemente podrían esperarse.

Viene esta reflexión al caso porque se ha dicho que, claramente, la reforma de 2011 produce reducciones en las pensiones, pero el cálculo de la base reguladora de acuerdo con las nuevas reglas afecta con más intensidad a las pensiones altas[27]. El argumento que manejan es plausible: la bases de cotización de la franja alta de salarios se estabiliza en bases máximas –o próximas a ellas– en los últimos años, pero cuanto más se aleja el cálculo del año de jubilación, las bases serán asimismo más reducidas. En el caso de los trabajadores menos cualificados y con expectativa de pensión más baja, el recorrido sería justamente el contrario: los últimos años antes de la jubilación no necesariamente suponen mejoras en las bases de cotización. Antes bien, las más de las veces hay lagunas que deben ser integradas o, en el mejor de los casos, estancamientos salariales, cuando no retrocesos. Contemplar veinticinco años para el cálculo de la base reguladora, con las correspondientes revalorizaciones, resulta paradójicamente ventajoso en la mayoría de las ocasiones para estos grupos de trabajadores. Lo cual, en el fondo, expresa con toda crudeza el maltrato ante el sistema de pensiones que sufren trabajadores que se incorporaron al mercado laboral a muy

[27] MUÑOZ DEL BUSTILLO, R., DE PEDRAZA, P. ANTÓN, J.I. y RIVAS, 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, nº 1, 2011, p. 102.

temprana edad y que acreditan largas carreras de cotización, pero que se ven perjudicadas por un final de la vida activa difícil ante el mercado de trabajo.

Pero ahí se acaban las posibles "ventajas" para los trabajadores menos cualificados. En el fondo no es tanto una "ventaja" –la cual debería ser confirmada con datos estadísticos– como un menor perjuicio en relación con los trabajadores cualificados. Un segundo elemento de cálculo referido a las bases reguladoras es especialmente pernicioso para aquéllos: el asunto de la integración de lagunas, ahora sujeto a la regla b) del art. 209.1 LGSS y que solo admite integrar al 100 por 100 de la base mínima las primeras 48 mensualidades, de modo que las restantes, en su caso, se integran al 50 por 100. Está por evaluar esta medida, evaluación que debería haberse ya llevado a efecto de acuerdo con la disposición adicional octava de la Ley 27/2011[28]. Por hipótesis, sería más ventajoso las más de las ocasiones utilizar la técnica del paréntesis y computar hacia atrás bases de cotización efectivamente desembolsadas, con las revalorizaciones que procedan. La insistencia en una técnica tan distorsionante como la integración e lagunas no es sino un residuo de la imposibilidad anterior de acreditar cotizaciones reales y de una época pretérita –anterior a 1972– en la que las cotizaciones no eran las adecuadas en un sistema de Seguridad Social suficientemente desarrollado. Con todo, es claro que la modificación a la baja en la técnica de integración de lagunas tiene como destinatarios los futuros perceptores de pensiones ubicadas en la franja baja de cuantías, como regla general.

Un segundo asunto fuertemente lesivo para los trabajadores de ingresos reducidos se refiere a la regla que impide el acceso a la jubilación anticipada voluntaria de quienes tuvieran derecho al complemento de mínimos por no alcanzar su hipotética pensión la cantidad prevista en la correspondiente ley de presupuestos como de pensión mínima. La regla del art. 208.1 c) impide el acceso a la pensión cuando el importe resultante no supere el de dicha cantidad. Lo cual es muy pernicioso cuando la extinción del contrato no se produce por las causas previstas en el art. 207.1 d) o no se cumple alguno de los requisitos de este precepto. En realidad, el propio retraso de la edad de jubilación anticipada, con las excepciones transitorias previstas en el art. 8 del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 marzo, perjudica a estos colectivos de trabajadores que pierden su empleo en los años anteriores al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

Como puede comprobarse, una consecuencia común de todas las medidas legales que se están comentando consiste en someter a las personas en dificultades al final de sus vidas activas a un Vía Crucis de desamparo por parte del sistema, que además produce una rebaja todavía mayor de la pensión de jubilación definitiva que muy difícilmente diferirá de la que establezca la Ley de Presupuestos como pensión mínima. Por supuesto, con la batería de reformas descritas, cabe esperar que los trabajadores intenten acceder al sistema de pensiones por la vía de la incapacidad permanente. A este respecto, la actividad judicial seguro que está creciendo de forma sensible en los últimos años.

[28] "*El Gobierno evaluará en el plazo de un año los efectos y el impacto que sobre las variables que para determinar el cálculo de las pensiones tendrá lo dispuesto en los artículos 3 y 4.Tres de la misma, referidos ambos a la fórmula de la integración de lagunas. En función de los resultados de dicha evaluación se llevarán a cabo las adaptaciones, modificaciones y cambios que resulten precisos para corregir las distorsiones que tal evaluación haya evidenciado, y que permitan la incorporación de cotizaciones anteriores al periodo de cómputo como elemento de integración de lagunas*".

Un último elemento de análisis se refiere a los porcentajes aplicables a la base reguladora, contenidos en el art. 210.1 LGSS. En relación con los anteriores, procedentes de la Ley 24/1997, de 15 julio, se ha dicho que puede reducirse ligeramente la brecha de ingresos por pensiones entre hombre y mujer[29]. Nada más lejos de la realidad: en todo caso, la rebaja de los porcentajes lastra más las pensiones femeninas. Para comprobarlo, basta con recordar la historia que, sin remontarse más en el tiempo, puede definirse en tres fases: a) en la primera, a partir de la Ley 26/1985, de 31 julio, el tipo aplicable era del 60 por 100 con quince años cotizados y del 100 por 100 con 35 años cotizados. Entre medias, se incrementaba en un 2 por 100 por cada año a mayores a partir de los 15[30]. b) Con el art. 6 de la Ley 24/1997, se modificó la tabla de porcentajes, que se redujo al 50 por 100 con quince años cotizados y se mantuvo en el 100 por 100 con 35 años. Entre ambos extremos, el porcentaje crecía un 3 por 100 entre los 15 y 25 años cotizados y un 2 por ciento entre los veinticinco y los treinta y cinco. Y c) con la Ley 27/2011 la escala se calcula por meses y no por años. Pero, sobre todo, se homogeneiza en un 0,19 por mes a partir del decimosexto año y hasta el mes adicional número 248. Desde entonces, se incrementa un 0,18 por 100 hasta alcanzar el 100 por 100 de la base con 37 años cotizados. Es decir, con 15 años cotizados se mantiene el 50 por 100, hasta los treinta y cinco años y ocho meses sube un 0,19 por mes y, a partir de lo cual, y durante un año y cuatro meses, 0'18 por 100 mensual gasta llegar al 100 por 100 con 37 años.

Con la "mensualización" del porcentaje se evita la regla anterior que asimilaba al año completo la fracción de año[31]. Pero, más allá de la regla restrictiva, donde más afecta la reforma de los tipos es en la horquilla de va de los 15 a los 25 años cotizados –o, si se prefiere, la que abarca las 120 mensualidades adicionales a los primeros 15 años–. Es ahí donde más se achata la escala, sin perjuicio de que también se reducen los porcentajes entre los 25 y los 37 años, pero en menor medida, o al menos más escalonadamente. Por lo tanto, el beneficiario tipo perjudicado es alguien que se jubila con una cotización algo superior a la mínima. Por cierto, el mismo pensionista-tipo que salió perjudicado por la reforma de 1997. Si se hace un retrato tipo de este individuo, es una persona con carrera quebrada, que ha pasado por períodos de desempleo o de alejamiento del mercado de trabajo. Y, probablemente, una mujer[32]. En todo caso, la reforma de los tipos también agrava sus efectos para los beneficiarios de pensiones más reducidas.

Es decir, sin renegar de la parte de la reforma que fomenta el envejecimiento activo, la jubilación parcial y flexible y la compatibilidad con el trabajo, sí que debe destacarse que la ley de 2011 ha sido particularmente gravosa para las personas con expectativas de pensión más reducida.

***

[29] MUÑOZ DEL BUSTILLO, R., DE PEDRAZA, P. ANTÓN, J.I. y RIVAS, L.A., *Vida laboral…*, cit., p. 102.

[30] De acuerdo con el art. 4 del Decreto 1646/1972, de 23 junio, que remitía al anexo del Decreto 3158/1966, de 23 diciembre, y conforme a la regla de cotización mínima de 15 años del art. 2.1 de la Ley 26/1985, de 31 julio.

[31] Regla que procedía del art. 9 de la OM de 18 enero 1967.

[32] Un interesante análisis de los efectos de las pensiones en términos de género, en TRILLO GARCÍA, A., "Demografía y adecuación de las pensiones. Nuevos enfoques en la contributividad", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 119, 2015, pp. 23 ss.

La reforma de 2013 introdujo, como se ha dicho, el factor de sostenibilidad y el índice de revalorización. Sobre este último –actual art. 58 LGSS–, es preciso constatar, antes que nada, su profunda contradicción con el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2010. La segunda recomendación del mismo –*mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones*"–, concede que se pudieran estudiar mecanismos de revalorización distintos del PIB, tales como el crecimiento de los salarios o de las cotizaciones o la evolución de la economía. Pero formula, como proposición fundamental, que "*la Comisión…defiende el mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas, su garantía por Ley y su preservación*". La garantía del art. 58.2 de un incremento mínimo nominal del 0,25 por 100 –y máximo de IPC más medio punto– no parece suficiente para asegurar ese mantenimiento.

Se ha puesto de manifiesto alguna duda de inconstitucionalidad en relación con su aplicabilidad a todos los pensionistas, también a los que hayan obtenido el reconocimiento de la prestación antes de la entrada en vigor de la Ley 23/2013[33]. Con todo lo discutible que pueda resultar esa cuestión, más bien el asunto estriba en el análisis de la norma para poder predecir sus efectos. Como es, en realidad, una fórmula matemática, la técnica jurídica apenas tiene aquí utilidad alguna, al menos sin previamente descifrar los enigmas de dicha fórmula. En esencia fija la tasa de revalorización en el resultado de restar a la tasa de variación de ingresos de la Seguridad Social dos conceptos: la tasa de variación del número de pensionistas y la tasa de variación de la pensión media. Y, finalmente, tomar en consideración el porcentaje de eliminación de déficit del sistema.

Se ha dicho de esta fórmula que constituye el auténtico factor de sostenibilidad del sistema, puesto que su función consiste en garantizar que se preserve el equilibrio entre los ingresos y gastos en el medio y largo plazo. Y que, en el fondo, es ciega, pues no predetermina cuáles son los niveles de ingreso ni tampoco cuáles son los componentes del sustraendo. De tal modo que no puede culpabilizársele de la cuantía mayor o menor de las pensiones[34]. Eso sí, permite el ajuste automático de las mismas sin que se produzca déficit del sistema y sin que haya que abordar discusiones parlamentarias[35].

Ahora bien, al margen de cómo deba interpretarse la expresión "*ingresos del sistema de la Seguridad Social*" –si incluyendo o no las aportaciones progresivas del Estado, en los términos del art. 109 LGSS, pues en este segundo caso no habría duda alguna relativa a la intención perseguida por la fórmula–, es claro que los tres elementos del sustraendo producen una tensión a la baja de la revalorización. Es evidente que el número de pensionistas se incrementará, que subirá la pensión media del sistema y que hay un déficit que enjugar. Podría producirse la decisión política de incrementar la tasa de variación de ingresos mediante unas aportaciones presupuestarias del Estado incrementadas que produjera, por consiguiente, una revalorización mayor, siempre dentro de las bandas de 0,25 por 100 de incremento nominal mínimo e IPC más medio punto como incremento máximo. Pero en tal caso, la fórmula se convertiría en algo inútil, solo sustantiva en cuanto al incremento máximo y el mínimo. Parece claro, así pues, que tiene el deliberado objetivo de

[33] SUÁREZ CORUJO, B., *op. cit.*, pp. 29 ss.
[34] GARCÍA DÍAZ, M.A., *op. cit.*, pp. 34-5.
[35] ZUBIRI, I., *op. cit.*,p. 266.

reducir el déficit. En realidad, la lógica del precepto conecta directamente con el principio de estabilidad presupuestaria del art. 135 de la Constitución. Es decir, entre éste y el principio de la suficiencia de las prestaciones de Seguridad Social de los arts. 41 y 50 de la Constitución, inequívocamente se decanta por el primero de ellos.

Abominar del índice de revalorización no implica dejar de defender la suficiencia de los recursos de la Seguridad Social ni postular un déficit creciente de las cuentas públicas. Únicamente quiere decir que los ajustes no tienen que producirse empobreciendo progresivamente a las personas que ya han abandonado definitivamente la vida laboral. Este empobrecimiento es a lo que conduce –y lo que pretende– el índice introducido en 2013. Su neutralidad es falsa, como mucho una máscara. El art. 58 genera una norma solo presuntamente neutra, pero cargada de ideología y también de simbolismo: las pensiones ya devengadas no son intangibles para las medidas de recortes. El mensaje se lanza, además, en el mismo bienio en el que se han reducido a través de las reformas "paramétricas" de la Ley 27/2011 y al mismo tiempo que se achata su cuantía inicial mediante el factor de sostenibilidad. Es decir, además la normativa provoca una rebaja orquestada y profunda de la suficiencia económica en la tercera edad.

Se ha dicho que las reformas de los años 1985, 1997 y 2011 –entre otras– no han neutralizado una tendencia hacia el incremento de la tasa de reposición de las pensiones públicas, aunque la han ralentizado ligeramente. También se expresa que, para las pensiones que ahora se devengan en el régimen general, dicha tasa está alrededor del 94 por 100[36]. Sin duda ello es así. Pero, claramente, la tendencia va a cambiar de forma radical. La reforma del año 2013 va a tener unos efectos muy intensos si no se corrige, sin descontar además los que van a derivarse de las vicisitudes más complejas por las que atraviesan actualmente las carreras profesionales.

6. PROPUESTAS

Están muy al orden del día las propuestas de derogación de reformas habidas en los últimos años. Sin duda, la de Seguridad de 2013 no puede escapar a esta moda. Y la de 2011 merece profundos replanteamientos. No muy lejos de esas pretensiones, dado que se trata ahora de escribir a la vez que se ha reabierto la Comisión no permanente del Congreso, y puesto que no se he sido convocado para expresar mi opinión ante sus señorías, me parece oportuno cerrar estas páginas con algunas propuestas que podrán servir, cuando menos, para generar algo de debate y de polémica.

a) La primera propuesta se refiere al reconocimiento de algo que he definido como "integridad" de las cotizaciones, de la cual se derivarían dos consecuencias: la primera, la exigencia de dedicar todos los recursos del sistema de Seguridad Social –cuotas y otros ingresos– a prestaciones contributivas, sin que se dedique cantidad alguna a conceptos tales como gastos de gestión ni tampoco a prestaciones en especie pseudo-contributivas, como algún tipo de asistencia sanitaria. La segunda, que no puede dejar de ingresarse cotización alguna en concepto de exenciones o rebajas en las cotizaciones. En otros términos, no debe ser posible desarrollar políticas de empleo con cargo a las cotizaciones sociales. Solo ha de

[36] GARCÍA DÍAZ, M.A., *op. cit.*, pp. 30-31.

aceptarse, en su caso, el establecimiento de bonificaciones, de modo tal que las cuotas se ingresen en todo caso en la caja única de la TGSS. Las exenciones deben desaparecer inmediatamente.

b) La segunda se centra en el problema de los salarios y las cotizaciones. La política de incremento sustantivo del SMI, que parece que se va a hacer efectiva, implica una buena noticia también para las cotizaciones sociales, a la espera, además, de que la subida repercuta también en la negociación colectiva, como debería producirse. El incremento de las bases mínimas merecería acompañarse de un incremento, al menos en idénticos guarismos porcentuales, de la base máxima. Probablemente tenga sus riesgos "destopar" la base máxima de forma súbita. Pero una subida fuerte anual y escalonada permitiría ir evaluando sus efectos para, en su caso, adoptar las medidas correctoras oportunas. Por supuesto, ello no tiene que implicar una revalorización simétrica al alza de las pensiones máximas. Por otra parte, y como es obvio, la subida de la base mínima tiene una repercusión más intensa en el Régimen de Trabajadores Autónomos. A la espera de un replanteamiento más a fondo de sus normas relativas a la cotización, la adaptación progresiva que se está produciendo en torno a los topes máximos de cotización a partir de determinada edad –en 2016, a partir de los 47 años– parece razonable, así como la posibilidad, en cualquier caso, de cotizar por el 220 por 100 de la base mínima de cotización –art. 309 LGSS–.

c) La tercera atañe al tema del gasto público que debe dirigirse a pensiones. De acuerdo con el contrato entre generaciones, característico de un modelo de reparto como es el nuestro y con el modelo constitucional español, es razonable dedicar unas cantidades que permitan el pago de unas pensiones suficientes. Descartada la posibilidad de sufragar estas cuantías con cotizaciones cuando éstas no pueden bastar en un futuro para superar la situación de déficit en las cuentas de la Seguridad Social, habrá que fijar ese umbral. En atención al porcentaje del PIB que actualmente supone dicho gasto –en torno al 12,5 por 100 con una población pasiva de alrededor del 18 por 100 del total– parece razonable establecer una garantía de que no vaya a menguar ese porcentaje, al menos en términos muy importantes. Podría sugerirse una operación matemática que partiera de que, si en la actualidad hay un 50 por 100 menos aproximadamente de porcentaje del PIB dedicado a pensiones que de personas beneficiarias de pensiones en relación con la población total, y en este contexto se causan unas pensiones que suponen una aceptable tasa de reposición, sería aconsejable mantener una proporción no mucho más desventajosa para que no haya que recortar las pensiones a medida que el porcentaje de pensionistas sobre la población activa vaya creciendo. Con esta regla, que debería establecerse con un nivel jerárquico alto, se destina a pensiones una parte del crecimiento esperable en una evolución normal de la economía. Y, en caso de que existiese algún sobrante, podría dedicarse a reponer cantidades al Fondo de reserva.

d) La cuarta alude al factor de sostenibilidad. Antes de su plena vigencia a partir de 2019, sería conveniente valorar la posibilidad de excluir de su ámbito a ciertos colectivos, o de atemperar su aplicación. En torno a las exclusiones, parece razonable, al menos en una primera fase, dejar fuera a quienes causan pensiones en el Régimen de Trabajadores Autónomos y a ciertos grupos de trabajadores que sufren dificultades en los últimos años de su vida laboral. Por ejemplo, podría circunscribirse la exclusión a los que se jubilan anticipadamente por causas ajenas a su voluntad. Asimismo, sería aconsejable ponderar sus efectos para quienes se jubilen con carencias que no generan el derecho a una pensión del

100 por 100 de la base reguladora. Cabe proponer, en este sentido, una proporcionalidad del factor equivalente al del porcentaje de los años que se han cotizado sobre los 37 que dan lugar a dicho 100 por 100, o equivalente al tipo que se le aplica a la base reguladora. Lo cual sería más equitativo en términos de relación entre la vida laboral efectivamente desarrollada y la esperanza de vida en el momento de la jubilación.

e) La quinta versa sobre los efectos del retraso de la edad de jubilación de los trabajadores que son expulsados del mercado de trabajo en los años anteriores al cumplimiento de dicha edad. Una serie de técnicas acumuladas –retraso simultáneo en la jubilación anticipada, regulación más restrictiva de la integración de lagunas, mayores trabas de jubilación cuando se va a generar derecho al complemento de mínimos, entre otras– exigirían un examen de su impacto desde el año 2013. En particular, la propia Ley 27/2011 impone este estudio en cuanto al tema de la integración de lagunas. El cual se hace particularmente necesario, para proponer, en su caso, las correcciones oportunas. Por ahora, basta con proponer, como máxima de evidencia, el impacto especialmente gravoso de la reforma sobre estos colectivos que van a generar pensiones de más reducida cuantía. Como se comprueba también en la modificación relativa a los tipos aplicables a la base reguladora.

f) Por último, la sexta es la más rotunda de todas: el factor de revalorización regulado en 2013 debería ser derogado y restituida la regla que garantizaba y blindaba el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.

Figuras alternativas a la protección pública alternativas para la contención del gasto en el sistema de protección social. Apunte de algunos supuestos de figuras "precarias"*

Alternatives for the cost containment measures in the social protection system. About some "precarious" figures

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE LEÓN

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

TU DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE LEÓN

Resumen

La crisis de financiación y la deficiente cobertura de las necesidades que sufre el sistema español de protección social, además de las medidas legislativas de carácter presupuestario, ha propiciado la utilización de ciertas figuras dirigidas a la prestación directa de un servicio al beneficiario ahorrando gastos al sistema. Todas ellas cuentan con un denominador común: el desarrollo de su propia actividad profesional en condiciones laborales precarias y, por tanto, con carencias severas en materia de protección pública. El efecto es altamente pernicioso, pues, aun cuando cuentan con la virtud de contribuir a la contención del déficit público, se encuentran marginadas del bienestar institucionalmente garantizado. Partiendo de tal novedosa perspectiva, en este artículo se examinan las implicaciones que acarrea el voluntariado, los trabajos de colaboración social, la prestación desempeñada por cuidadores no profesionales, el trabajo de los empleados de hogar o el llevado a cabo en determinadas entidades de economía social, en particular en las cooperativas de trabajo asociado.

Palabras clave

protección social; voluntariado; cuidadores no profesionales; empleados de hogar; colaboración social; entidades de economía social

Abstract

The economical crisis and the deficient coverage of the requirements of the Spanish social protection system, in addition to legislative measures of a budgetary nature, has carried on the use of certain figures aimed at the direct provision of a service to the beneficiary, saving costs to the system. All of them have a common denominator: the development of their own professional activity in precarious working conditions and, therefore, with severe deficiencies in public protection. The effect is highly pernicious, since, even though they have the virtue of contributing to the containment of public budget, they are marginalized from public welfare. Starting from such a perspective, this paper examines the implications of voluntary work, social collaboration, informal careers, household employees or social economy entities, in particular the cooperatives of associated work.

Keywords

social protection; voluntary work; informal carers; domestic workers; social partnership; social economy entities

* El presente estudio se inscribe dentro de los Proyectos de Investigación "Juventud y experiencia en el fomento del empleo y del emprendimiento: un reto para Europa y para España. Subproyecto: Marco jurídico del empleo de los trabajadores jóvenes" del Ministerio de Economía y Competitividad, y LE091U14, financiado por la Junta de Castilla y León.

1. LAS QUIEBRAS DE LOS PRINCIPIOS DE "UNIVERSALIDAD SUBJETIVA" Y "GENERALIDAD OBJETIVA"

Desgraciadamente, la pobreza y la marginación social no son temas nuevos, sino que han acompañado irremediablemente a las sociedades en todos los tiempos, obligándolas, de una forma u otra, a tomar postura ante ellas, bien, en un principio, silenciándolas o ignorándolas, bien, en un segundo momento, tratando de aliviarlas, inicialmente mediante el recurso a la beneficencia, posteriormente revestida de determinados matices jurídicos y convertida en asistencia social[1]. La sensación de necesidad, el miedo a la incertidumbre, el peligro de afrontar daños ciertos (riesgos) o su actualización (siniestros), causando mermas de salud, pérdida de ingresos o exceso de gastos, han justificado, pues, la sucesiva aparición de mecanismos de cobertura, pudiendo diferenciar tres etapas[2]:

Durante siglos, quien no era capaz de protegerse por sí mismo quedaba sometido a la caridad de los demás, bien particulares, establecimientos eclesiásticos o, más adelante, instituciones públicas. Las notas características de esta protección benéfica o asistencial son tres: la limitación de los recursos dedicados a las ayudas, la necesidad de competir con otros para acceder a ellas y, finalmente, el carácter discrecional de su concesión. En esta etapa, los menesterosos tienen expectativas o intereses legítimos pero no derechos subjetivos a la protección social[3].

A finales del siglo XIX, razones políticas y económicas hacen que nazca, sobre el modelo del seguro privado, el seguro social[4]. En esta segunda etapa, se objetiviza la cobertura y el acceso a la protección no queda condicionado a la pobreza y consiguiente competición con otros, sino que la condición de obrero industrial es, a la vez que necesaria, presupuesto suficiente para exigirla. En sentido propio, no hay ya limitación de recursos sino que los gastos se equilibran mediante fórmulas financieras de capitalización con los ingresos aportados por las partes de la relación del seguro social (empleador y trabajadores) y, en su caso, por el Estado[5]. El corto espacio de tiempo que media entre el nacimiento del seguro social y la transformación de las ideas sobre la protección social, a raíz de los últimos años de la segunda guerra mundial, contrasta con la intensidad de aquél en la generalización de las formas de tutela configuradas como derechos subjetivos de los asalariados (paulatinamente, no ya sólo obreros de la industria). Cientos de seguros sociales, para cubrir los riesgos de enfermedad, accidente, invalidez, vejez, viudedad, orfandad, desempleo..., basan su eficacia en la obligatoriedad y en la irreversibilidad[6].

Las imperfecciones de los seguros sociales, su escaso ámbito de protección, los serios inconvenientes de descoordinación propios de su organización en compartimentos estancos

[1] GARCÍA NINET, J.I.: "Prólogo", en DE VICENTE PACHÉS, F.: *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*, Madrid, Cámara del senado, 2003, pág. 18.

[2] ALONSO SECO, J.M. Y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Madrid, BOE, 1977, págs. 24 y ss.

[3] DE LA VILLA GIL, L.E.: "El modelo constitucional de protección social", en AA.VV.: *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, Madrid, MTIn, 2003, pág. 67.

[4] PÉREZ LEÑERO, J.: *Servicio y asistencia social*, Madrid, Aguilar, 1966, págs. 26 y ss.

[5] BORRAJO DACRUZ, E.: "De la previsión social a la protección social en España", *Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 3, 1989, págs. 12 y ss.

[6] DE LA VILLA GIL, L.E.: "El modelo constitucional de protección social", cit., pág. 68.

y, sobre todo, la excepcional sensación de inseguridad durante la guerra, son óptimo caldo de cultivo para la consolidación de la idea de Seguridad Social[7] como profunda convergencia entre los dispositivos de protección social conocidos hasta entonces, particularmente, el seguro social, y la asistencia social[8]. Desde entonces, ninguna oportunidad ha sido despreciada para afirmar la nueva etapa (tercera) de protección, caracterizada por la idea de cobertura, a favor de cualquier persona, de todos sus estados de necesidad, en cualquier momento de su vida. Idea tan ambiciosa que las restricciones impuestas de inmediato por su coste descomunal han hecho que la Seguridad Social para todos los ciudadanos sea al mismo tiempo el techo (lo que se quiere) y el suelo (lo que se puede) o, lo que es igual, un mito y un dato raramente coincidentes[9].

Esta tensión dialéctica cobra pleno sentido en los momentos actuales, donde la recesión económica amenaza el mantenimiento de un sistema de mínimos expresamente recogidos en el art. 41 Constitución Española (CE)[10]: publificación institucional, universalidad subjetiva, generalidad objetiva y suficiencia prestacional[11]. De este modo, más allá del deseable carácter universal, lo cierto es que al mantener la regulación vigente la fórmula profesionalizada de los llamados seguros sociales que fueron el origen del actual modelo, su estructura sigue basándose en mecanismos de incorporación diferenciados de los beneficiarios en atención a su situación respecto del mercado de trabajo[12]. El nivel contributivo-profesional sigue siendo, pues, el predominante en la realidad social española, cuya finalidad principal está destinada a la cobertura de determinadas contingencias o situaciones de necesidad previstas legalmente, mediante pensiones económicas destinadas a suplir o compensar la ausencia, inexistencia o insuficiencia de ingresos de los beneficiarios, incluidos en el campo de aplicación por razón de la realización de una actividad profesional. Como con acierto se ha dicho, "el trabajador vive del fruto de su trabajo, es decir, de un salario o renta de trabajo suficientes; cuando falta o disminuye la retribución, el trabajador –o su familia– caen en una situación de necesidad (cargas familiares, falta de empleo adecuado –paro forzoso o desempleo involuntario–, pérdida o disminución de la capacidad de trabajo –incapacidad–, pérdida de la ocupación por edad –jubilación– o, en fin, fallecimiento del trabajador responsable de su familia –muerte y supervivencia–)"[13]. En términos generales, "son necesidades o contingencias caracterizadas por tratarse de un daño económico que afecta a la persona y no al patrimonio, al ocasionar la imposibilidad de trabajar o un aumento de los gastos familiares de quien trabaja"[14], de modo que la "Seguridad Social sigue manteniendo como núcleo principal de su acción protectora las técnicas "aseguratorias" (requisitos de afiliación, alta y cotización) y "contributivas" (reconocimiento y cálculo de las

[7] GALA VALLEJO, C.: *El sistema de Seguridad Social en España*, Madrid, MTAS, 1972, págs. 70 y ss.
[8] DE LA VILLA GIL, L.E.: "Asistencia social", en AA.VV.: *Enciclopedia laboral básica Alfredo Montoya Melgar*, Madrid, Civitas, 2009, pág. 204.
[9] DE LA VILLA GIL, L.E.: "El modelo constitucional de protección social", cit., pág. 68.
[10] RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "El modelo constitucional de Seguridad Social en España", *RT*, núm. 65, 1982, págs. 26 y ss. y "La Seguridad Social en la Constitución Española: desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional", *DL*, núm. 30, 1990, págs. 19 y 20.
[11] BORRAJO DACRUZ, E.: "El sistema público de Seguridad Social: presente inquieto y futuro abierto", *AL*, núm. 1, 1999, pág. 25.
[12] SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "Adecuación y sostenibilidad de las prestaciones contributivas (en especial, de las pensiones) del sistema de Seguridad Social", *NREDT*, núm. 161, 2014, pág. 146.
[13] BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 20ª edición, Madrid, Tecnos, 2011, pág. 51.
[14] AA.VV: *Introducción al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, McGraw Hill, 1999, pág. 582.

prestaciones en función de las cotizaciones acreditadas) que la han caracterizado en su formación y evolución históricas[15]. Es más, las últimas reformas han convertido el término "sostenibilidad" en sinónimo de "contributividad", intentando hacer desaparecer todos los elementos que distorsionen la relación directa entre la cotización y la prestación, aproximándose más, si cabe, a la técnica aseguративa privada existente entre prima e indemnización[16].

Ahora bien, la nueva coyuntura económica, marcada por un imparable crecimiento de situaciones de necesidad genérica, caracterizadas por la insuficiencia de recursos de grupos específicos en situación de especial necesidad o riesgo social, hace necesaria la ampliación del campo de aplicación de la Seguridad Social, más allá del ámbito profesional donde se ha formado y donde ha surgido, obligando a desplazar la frontera entre prestaciones de Seguridad Social y técnicas de asistencia social, no en vano, siguiendo las pautas constitucionales, la protección social en su conjunto tiene el carácter de servicio oficial de cuya responsabilidad no pueden abdicar los poderes públicos[17]. En contrapartida, este crecimiento expansivo de los requerimientos sociales de tutela provoca un aumento de los costes para su satisfacción, bien a través de la dotación de subsidios o auxilios monetarios, bien mediante la dispensa de servicios en especie, en ambos casos enfrentados a los cada vez más limitados recursos públicos disponibles, circunstancia capaz de exigir el diseño de nuevas fórmulas de financiación, a veces perniciosas, como se tratará de explicar en las páginas siguientes.

2. CARA Y CRUZ DE LA ANSIADA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GLOBAL DE PROTECCIÓN SOCIAL

Marcado ha sido el proceso de tránsito desde la "expansión" de la masa legislativa del Derecho de la Seguridad Social, que corresponde a la propia generalización o ampliación de su campo de aplicación a los más variados sectores de la población y a las más diversas actividades socio-económicas (signo de su *vis atractiva* o de su tendencia a universalización progresiva[18]), hasta la expulsión de determinados sectores de la población fuera del ámbito de protección del sistema, en algunos casos porque ellos mismos han optado por permanecer al margen [tal y como sucede con los profesionales liberales en uso de la facultad prevista en la disposición adicional 18ª RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS)], en otros, porque cuentan con ingresos económicos más que suficientes, pero en la mayoría, y crecientes en épocas de crisis, por no estar encuadrados dentro del marco profesional del nivel contributivo o del personal dentro del no contributivo. De este modo, "el principio de universalidad de la

[15] MARTÍN VALVERDE, A.: "Asistencia social: propuesta de reconstrucción de un concepto constitucional", en MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M.N., (Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes o futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, pág. 1130.

[16] LÓPEZ CUMBRE, L.: "La reforma de la Seguridad Social de 2011: exigida por los mercados, necesaria para el Estado", *RGDTSS*, núm. 29-30, 2012, pág. 10.

[17] BARCELÓN COBEDO, S.: "El derecho a la Seguridad Social como derecho social. El reconocimiento constitucional como compromiso político y realidad jurídica", *REDT*, núm. 139, 2008, pág. 533.

[18] MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones públicas*, Madrid, Tecnos, 1998, págs. 23 y ss.

protección no funciona de forma absoluta por lo que hace a las situaciones de necesidad"[19], circunstancia que, ante la falta de presupuesto suficiente, provoca un doble fenómeno preocupante: de un lado, quedan extramuros de la acción protectora pública determinados sujetos que no acreditan los requisitos legales exigidos; de otro, la cobertura es parcial o, más bien, pírrica, en ciertas situaciones. Tales efectos negativos cobran elevado protagonismo en los momentos actuales en los que el sistema de protección social manifiesta serias dificultades de viabilidad.

La ausencia de una ocupación remunerada, o su pérdida no deseada, supone en los tiempos presentes de crisis económica un problema social de primer orden ante el incremento exponencial del paro consecuencia de una fuerte desaceleración económica, capaz de exigir la dotación de cuantiosos recursos para su atención[20]. Al tiempo, la dificultad de acceso y permanencia en un mercado de trabajo cada vez más inseguro provoca la aparición de actividades laborales especialmente precarias (los denominados trabajos menores, ya por su corta duración, su desarrollo a tiempo parcial con carácter prácticamente marginal o por llevarse a cabo en condiciones laborales ínfimas) o de fórmulas "extralaborales" de inserción profesional al margen del contrato de trabajo, ancladas, además en algunos casos, en la economía sumergida[21]. Investigar las causas que motivan la situación descrita no se presenta, en absoluto, como una cuestión exenta de dificultad, pues obviamente influyen factores de muy distinta índole relativos al propio funcionamiento de la economía en la que el ahorro de costes empresariales adquiere una importancia meridiana como motor de la competitividad, modelo que además viene fomentándose por las últimas reformas laborales inspiradas en la idea de que las nuevas exigencias del sistema productivo no se consiguen en la zona del empleo fijo y regularizado[22].

A ello hay que añadir, como otra variable seriamente preocupante, la amenaza derivada del envejecimiento de la población y de las bajas tasas de natalidad, con la negativa confluencia de un doble factor: el previsible alargamiento de la esperanza de vida (en concreto, se estima que la expectativa vital en 2060 se sitúe en 87,4 años para los hombres y 90,6 años para las mujeres en el marco de la Unión Europea) y la jubilación más numerosa de la historia, la del *baby boom* (explosión de la natalidad que tuvo lugar después de la Segunda Guerra Mundial y que se prolongó unas décadas, lo que provocará que la población mayor de 64 años vaya a doblar su tamaño en 2060)[23].

Tales deplorables circunstancias, derivadas de un desempleo masivo, de empleos de muy baja calidad y del aumento exponencial de la población de avanzada edad, contribuyen

[19] ALARCÓN CARACUEL, M.R. Y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1997, pág. 68.

[20] MONEREO PÉREZ, J.L.: "El modelo de protección por desempleo: configuración técnica y orientaciones de la reforma", en AA.VV. MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M.N., (Dirs.): *La Seguridad Social a la luz de las reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Socia con motivo de su jubilación*, cit., pág. 1048.

[21] GARCÍA ROMERO, B.: "La protección social española frente a situaciones de exclusión social: deficiencias y propuestas de mejora", *DL*, núm. 104, 2015, vol. II, pág. 50.

[22] IGARTÚA MIRÓ, M.T.: "El empleo irregular en España: puntos críticos", *Trabajo y Derecho*, núm. 1, 2015, pág. 57.

[23] GARCÍA ROMERO, B.: "La protección social española frente a situaciones de exclusión social: deficiencias y propuestas de mejora", *DL*, núm. 141, 2015, vol. II, pág. 50.

decididamente a agravar la crisis financiera del sistema de protección Social, en una doble vertiente[24]: por un lado, los ingresos procedentes del trabajo (cuotas) se reducen de manera sensible, dado que la incorporación al mercado laboral es mucho más dificultosa y gran parte de las ocupaciones son precarias, y, además, quienes habían permanecido en él como trabajadores (cotizando ellos mismos y sus empleadores) pasan a integrarse en el grupo, cada vez más numeroso, de los parados o de los pensionistas. En este contexto adverso, ha tenido lugar, además, la reforma del art. 135 CE, desarrollado por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que define el primer concepto como "la situación de equilibrio o superávit estructural" (art. 2) y el segundo como "la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites del déficit y deuda pública", estando el sistema de protección social incluido dentro del ámbito de aplicación de esta Ley.

Desde la perspectiva del cumplimiento del techo de gasto y bajo la premisa de garantizar el futuro del sistema y su sostenibilidad teniendo en cuenta el drástico descenso de las cotizaciones sociales, el legislador, en los últimos años –y lo seguirá haciendo con intensidad– ha introducido una ingente batería de medidas, embarcado en un proceso de hiperactividad, para contrarrestar la cada vez más mermada disposición de liquidez, consecuencia de un sistema que se desequilibra y se hace inviable porque algunas de sus piezas no encajan, sobre todo porque al romperse el equilibrio o proporcionalidad entre población activa y pasiva[25]. Se trata de diseñar herramientas alternativas dirigidas a aliviar los costes de financiación, tanto para la dotación de recursos económicos, como para la disposición de atenciones técnicas o *in natura* destinadas a conseguir una existencia digna, no en vano ambas perspectivas son complementarias[26], de suerte que la asistencia social y los servicios sociales desarrollan una función auxiliar respecto de las prestaciones típicas, las monetarias, procurando la mejora de las condiciones de vida con una dimensión mucho más personalizada.

Sin importar, a efectos de este estudio, el poder público competente, bien sea el central del Estado (art. 149.1.17 CE) o bien los autonómicos, que no sólo han desarrollado Leyes propias de servicios sociales, sino que han llevado a cabo actuaciones en materia de asistencia social (art. 148.1.20 CE)[27]; sin lugar a dudas, algunas de las actuaciones reformadoras han tenido gran visibilidad, tal y como ha sucedido, sin necesidad de mencionar antecedentes más remotos, con las llevadas a cabo por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, y por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, centradas en establecer una proporcionalidad más intensa entre cotizaciones y prestaciones reforzando la contributividad del sistema en cuanto a la pensión de jubilación se refiere. La primera porque, al modificar aspectos relativos a la edad de jubilación, el porcentaje aplicable a la base reguladora

[24] MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "La situación de la hucha de las pensiones. A propósito de las últimas disposiciones del fondo de reserva de la Seguridad Social y las limitaciones intrínsecas de este instrumento de garantía", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 5, 2015, pág. 24.

[25] ROJAS RIVERO, G.P.: "Nuevas fórmulas de financiación de la Seguridad Social", *DL*, núm. 103, 2015, vol. I, pág. 18.

[26] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Asistencia social y Seguridad Social: relaciones en un contexto económico adverso", *Diario La Ley*, núm. 7799, 2012, pág. 9.

[27] OLARTE ENCABO, S.: "Los servicios sociales como mecanismo de atención a la dependencia", *TL*, núm. 89, 2007, pág. 187.

aumentando la escala que determina el mínimo de años cotizados necesarios para alcanzar el 100 por 100 y el período computable de ésta, provoca mermas cuantitativas importantes, endureciendo, además, el acceso a la jubilación anticipada y parcial. La segunda porque, al regular el factor de sostenibilidad (instrumento automático, aplicable a partir de 2019, revisable cada cinco años, que permite vincular el importe de las pensiones de jubilación a la evolución de la esperanza de vida, ajustando las cuantías que perciban aquellos que se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes) y el índice de revalorización de todas las pensiones (que ya no tendrá en cuenta el IPC sino el crecimiento de los ingresos, los gastos, el número de pensiones contributivas del sistema y la pensión media como consecuencia del efecto sustitución, entendido como diferencia de cuantías entre altas y bajas), va a provocar una reducción del importe inicial de las pensiones y del poder adquisitivo[28]. La última, llevada a cabo en virtud del RD Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social, actualiza el tope máximo y las bases máximas de cotización en el sistema de Seguridad Social mediante la subida de un 3 % de las mismas en 2017.

Otras actuaciones, sin embargo, han pasado más desapercibidas, pudiendo mencionar, dentro de un extenso elenco de nuevos planteamientos de carácter extrapresupuestario, la utilización de ciertas figuras, dirigidas a la prestación directa de un servicio al beneficiario ahorrando gastos al sistema, con un denominador común: el desarrollo de su propia actividad profesional en condiciones laborales precarias y, por tanto, con carencias severas en materia de protección pública. El efecto es altamente pernicioso, pues, aun cuando cuentan con la virtud de contribuir a la contención del déficit público, sufren una elevada "gravosidad" en materia de Seguridad Social al encontrarse marginados del bienestar institucionalmente garantizado[29].

3. LA ATENCIÓN DE NECESIDADES SOCIALES POR VOLUNTARIOS. EL RECURSO A LA TÉCNICA DEL SEGURO PRIVADO

Sin ninguna duda, la gratuidad deja fuera del ámbito de aplicación del RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET), "a los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad" [art. 1.3 d) TRET], entendiendo por los primeros aquellos que "implican una relación que afecta a dos personas, el uno y el otro amigo"; por los segundos, los consecuentes a "una actitud que, aunque pueda concretarse también en una persona determinada, descansa sobre un sentimiento que afecta a una colectividad más o menos amplia, o amplísima, incluida la totalidad de los sujetos, todo el género humano"; y, en fin, por los últimos, los derivados de "un difuso sentimiento social de ayuda mutua sin sanciones jurídicas", propio de "los núcleos de población rústicos o urbanos mínimos de épocas pasadas"[30]. Igualmente, este tipo

[28] SÁNCHEZ PÉREZ, J.: "Una ecuación a resolver: el futuro de las pensiones: reformas legales", *RGDTSS*, núm. 41, 2015, págs. 242.

[29] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social", *RL*, núms. 15-16, 2001, pág. 32.

[30] ALONSO OLEA, M.: "Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad", en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos), 1999, págs. 15 y ss.

de actividades se encuentra extramuros del sistema de Seguridad Social, tal y como reconoce el art. 137 a) TRLGSS[31].

En este contexto, frente al trabajo remunerado, cabe constatar en los últimos tiempos un aumento de las prestaciones a título benévolo, en paralelo a la generalización de estructuras sociales en defensa de determinadas ideologías o intereses comunes (empresas de tendencia, partidos políticos, sindicatos, sectas, organizaciones sin ánimo de lucro, fundaciones, entidades dedicadas al culto religioso, cooperativas, mutualidades, corporaciones de desarrollo populares, clubes deportivos, instituciones de educación superior, asociaciones culturales…), para las cuales sus miembros o simpatizantes prestan servicios desinteresados, como forma de manifestar su adhesión y corresponsabilización con los objetivos y tareas del ente. Asimismo –y en relación con este fenómeno–, no cabe ocultar tampoco el auge de las prestaciones del voluntariado –moderna manifestación de trabajo prestado de forma gratuita–, caracterizadas precisamente por la realización de un trabajo social en beneficio de la comunidad en general o de colectivos específicos necesitados, por un afán altruista o solidario, sin naturaleza de ocupación laboral profesional y sin ánimo de beneficio alguno[32], sin dejar de reconocer un posible efecto perverso, es decir, una cierta tensión hacia la utilización de la fuerza de trabajo voluntaria como fórmula de sustitución funcional de ocupaciones asalariadas, quedando un espacio para esconder formas de trabajo "irregular"[33].

La ampliación del campo objetivo de la actividad voluntaria, puesta de manifiesto por documentos tanto de la OIT[34] como de la UE[35], singularmente recogida en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la aplicación, los resultados y la evaluación general del Año Europeo del Voluntariado 2011[36], se debe al aumento de las organizaciones sociales orientadas a fines de interés general, que han crecido en número, presupuesto global, en calidad y volumen de sus actividades, presencia social, capacidad de negociación con los poderes públicos, etc. El Manual de Medición del Trabajo Voluntario de la OIT de 2011 pone de manifiesto que aproximadamente 140 millones de personas participan en alguna actividad voluntaria cada año, lo cual arroja un resultado de 20,8 millones de trabajadores equivalentes a tiempo completo. Asimismo, se calcula que en la Unión Europea hay unos 100 millones de personas voluntarias, estando explícitamente regulado este fenómeno en países como Bélgica, Chipre, República Checa, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Polonia, Rumanía, Portugal y España, e implícitamente en el marco de otras Leyes en

[31] FERNÁNDEZ PAMPILLÓN, A.: "Cuestiones jurídicas del voluntariado", *Cuadernos de La Plataforma para la Promoción del Voluntariado*, núm. 10, pág. 13.

[32] GARCÍA NINET, J.I.: "Régimen jurídico del personal voluntario", *RSS*, núm. 18, 1983, págs. 127 y ss.

[33] ZURDO ALAGUERO, A.: "El voluntariado como estrategia de inserción laboral en un marco de crisis del mercado de trabajo. Dinámicas de precarización en el tercer sector español", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 22, 2, 2004, págs. 11 y ss. También, SELMA PENALVA, A.: "Voluntariado y relación de trabajo: el valor indiciario del 'compromiso de vinculación' previsto en la Ley 6/1996, de Voluntariado Social", *RTSS (CEF)*, núm. 10, 2007, págs. 103 y ss.

[34] OIT: *Manual de medición del trabajo voluntario*, 2011.

[35] BENLLOCH SANZ, P.: "La actividad en régimen de voluntariado y el aprendizaje no formal desde la perspectiva del Derecho Social Comunitario", en ARETA MARTÍNEZ, M. Y SEMPERE NAVARRO, A.V., (Dirs.): *Cuestiones actuales sobre el Derecho Social Comunitario*, Murcia, Laborum, 2009, págs. 29 y ss.

[36] Bruselas, 19 febrero 2012 [COM (2012) 781 final].

Austria, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Lituania, Holanda, Eslovaquia, Suecia y Reino Unido. Únicamente carece de ordenación en Bulgaria y Eslovenia[37].

En nuestro país, el régimen jurídico de estas tareas de voluntariado, muy ligadas a la extensión del sector servicios de utilidad social, se encuentra actualmente en la Ley 45/2015, de 14 de octubre, que deroga a la Ley 6/1996, de 15 de enero (a la que hay que añadir la normativa autonómica y alguna disposición especial como la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación al Desarrollo), en virtud de la cual se definen como las prestaciones de servicios en el marco de actividades "de interés general" (art. 3), en gran parte coincidentes con los que se denominan "nuevos yacimientos de empleo" (vinculados muchas veces a la ayuda a domicilio y algunas al ocio, cultura, deporte, medioambiente…), que se realizan en el seno de organizaciones, sin ánimo de lucro, públicas o privadas (*non profit*). La presencia de una institución hace que sea natural el reembolso de los gastos realizados en el desarrollo de la actividad voluntaria, así como el aseguramiento contra los riesgos, por accidente y enfermedad, tal y como exige la Recomendación núm. (85) 9 del Consejo de Europa, de 21 de junio de 1985[38].

Con la finalidad de ahorrar costes sociales, aun cuando este tipo de trabajo se considera como altruista o no remunerado, los voluntarios tienen derecho a que la entidad suscriba una póliza de seguro u otra garantía financiera, adecuada a las características y circunstancias del cometido desarrollado, que cubra los riesgos de accidente y enfermedad derivados directamente de la actividad voluntaria [art. 14.2 c)][39], estando excluidos, por tanto, de la acción protectora de la Seguridad Social al quedar enmarcados en el ámbito de los seguros privados. Lógicamente, la exclusión es absoluta pero se produce en el solo concepto de actuación como voluntario, no en virtud de aquellas otras situaciones que pueden acaecer –antes o durante el ejercicio de la actividad como tal–, que de ocurrir, en efecto, determinarían la aplicación del sistema de Seguridad Social como beneficiarios del mismo y sus correspondientes prestaciones (por ejemplo, trabajador por cuenta ajena o funcionario, a la vez que voluntario). Igualmente, va a tener acceso a determinadas prestaciones del sistema de Seguridad Social en virtud de un título derivado, en cuanto beneficiario de otro familiar o asimilado[40].

Con todo, el aseguramiento no nace expresamente de lo previsto en la Ley, sino realmente de la celebración de un contrato de seguro. Es, por tanto, el mencionado nexo el que alumbra la relación jurídica de aseguramiento entre las entidades de acción voluntaria, públicas o privadas, el personal voluntario y la aseguradora y no el hecho de que su existencia venga impuesta legalmente, cosa bien distinta, aunque lógicamente interrelacionada. Al no definirse el concepto de accidente o enfermedad, la autonomía de la voluntad de las compañías puede jugar

[37] SERRANO GARCÍA, J.M.: "El voluntariado: de fórmula de participación social a instrumento para el empleo", *TL*, núm. 126, 2014, págs. 135-136.

[38] BAVIERA, I.: "Situaciones de empleo irregular y fraude a la Seguridad Social en los trabajos de voluntariado", *Ius Canonicum*, núm. 54, 2014, págs. 639 y ss.

[39] FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "La renovada ordenación jurídica del voluntariado (A propósito de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado)", *RTSS (CEF)*, núm. 393, 2015, págs. 5 y ss.

[40] MANRIQUE LÓPEZ, F. Y ARRIETA IDIAKEZ, F.J.: "Régimen jurídico de la prestación de servicios en las organizaciones sin ánimo de lucro de la Comunidad Autónoma de Euskadi", *REDT*, núm. 164, 2014, pág. 20.

un importante papel, máxime cuando la Ley 45/2015 exige relación de causalidad directa entre la actividad y las consecuencias del riesgo cubierto. A la luz de este tenor legal surge la duda de si se incluyen o no aquellos accidentes denominados *in itinere*, entendiendo por tales los que sufra el voluntario al ir o volver del lugar de su actividad, los motivados por acciones distintas a las habitualmente realizadas, por ejemplo, en interés del buen funcionamiento de las entidades de acción voluntaria, o los derivados de la participación en actos de salvamento y análogos que estando relacionados con su actividad no son propiamente objeto de ésta. Queda asimismo la duda de si se cubren o no las enfermedades padecidas con anterioridad pero manifestadas de nuevo o agravadas una vez iniciada su actividad de voluntariado como consecuencia de un accidente o una patología[41].

Aun cuando la Ley establece a las claras que la suscripción de pólizas de seguro va a ser distinta según las diferentes actividades de los voluntarios, adecuándose y adaptándose aquéllas a las "características y circunstancias" de éstas, nada precisa para aquellos supuestos en los que la entidad incumpla su obligación por no suscribir la correspondiente póliza o cuando la suscrita sea manifiestamente insuficiente, produciéndose un supuesto de infraseguro. Lógicamente, el voluntario o sus herederos podrán reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, muchas veces imposible de asumir por el escaso presupuesto del que dispone la institución, circunstancia que lleva a plantear la conveniencia de introducir en el tenor legal una garantía adicional para estos casos en aras a cubrir ese defecto o insuficiencia de cobertura, que no estaría reñida con la posibilidad de repetir con posterioridad contra la incumplidora. *De lege ferenda*, cabe pensar, ante los problemas de desprotección que pueden sufrir los voluntarios, en su inclusión en el Régimen General como asimilados a trabajadores por cuenta ajena o acudir a la vía del convenio especial[42].

Como no podía ser de otra manera, en el ámbito de los voluntariados especiales se amplían los riesgos cubiertos por las pólizas atendiendo a sus peculiares circunstancias, tal y como sucede, por ejemplo, en el seguro de los voluntarios de cooperación al desarrollo que incluye a los familiares acompañantes o los gastos de repatriación [art. 37.2 b) Ley 23/1998, de 7 de julio], si bien los cooperantes también pueden ser profesionales, estando, en este caso, incluidos dentro del ámbito de aplicación de la legislación laboral española, tal y como aclara el propio art. 1.4 TRET. Conforme aclara el RD 519/2006, de 28 de abril, en este caso, quedan encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social, recayendo en el agente de cooperación las obligaciones de afiliación, alta y cotización. Cuestión distinta es que dicho RD regule una "previsión social específica" para aquellos cooperantes que no tuviesen suficientemente cubierto alguno de los riesgos por el Régimen General de la Seguridad Social recurriendo a un seguro colectivo obligatorio.

La razón justificativa de este aseguramiento especial, que se suma a la protección pública, estriba en la inexistencia de convenios en materia de Seguridad Social con los países de destino o en la inexistencia de un sistema público de salud con garantías suficientes. En concreto, los riesgos a cubrir por el seguro colectivo son: a) Una atención médica y hospitalaria similar a la cobertura española por cualquier contingencia acaecida en el país de

[41] BARREIRO GONZÁLEZ, G.: "La Ley Gallega del Voluntariado Social. El aseguramiento de la actividad del personal voluntario", *La Ley*, núm. 5909, 2003.

[42] BENLLOCH SANZ, P.: *La actividad en régimen de voluntariado*, Pamplona, Aranzadi, 2007, págs. 325 y ss.

destino, incluyendo las revisiones periódicas generales y ginecológicas, embarazo, parto, maternidad y las derivadas de cualquier enfermedad o accidente, así como el gasto farmacéutico ocasionado y la medicina preventiva que requieren determinadas enfermedades, epidemias o pandemias existentes en los países de destino, al igual que la atención psicológica o psiquiátrica por sufrir angustias, estrés post traumático o cualquier otro trastorno de índole similar durante o al finalizar su actividad laboral y una revisión médico-sanitaria específica a su regreso a España; y b) La repatriación en caso de accidente, enfermedad grave, fallecimiento, catástrofe o conflicto bélico en el país o territorio de destino. Ello sin olvidar la posibilidad de aplicar a tales cooperantes el régimen previsto en el RD Ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad, cuando se den las condiciones establecidas, siendo incompatibles, no obstante, con las prestaciones derivadas del seguro colectivo por pérdida de la vida e incapacidad permanente[43].

Ahora bien y pese a la aparente claridad de este régimen jurídico, aun cuando en España la cifra de personas voluntarias (19 por 100) es inferior a la media de la Unión Europea (30 por 100), lo cierto es que la extensión de campos en los que pueden actuar las entidades sociales y la competencia por obtener subvenciones públicas ha contribuido a desdibujar los contornos clásicos de la figura del voluntario, que se ha profesionalizado en muchos casos, pasando de realizar actividades que precisaban personas con escasa formación a otras que demandan gran especialización[44], circunstancia explícitamente reconocida por el art. 6 Ley 45/2015, que adopta un carácter multidimensional al mencionar diversos tipos como el "voluntariado social, internacional, ambiental, cultural, deportivo, educativo, socio-sanitario, de ocio y tiempo libre, comunitario y de protección civil".

Así, aunque el legislador se encarga de aclarar que el voluntariado no implica la suplencia de profesionales remunerados, pues no admite contraprestación económica o material, ni se trata de prácticas o becas, lo cierto es que esta figura se viene utilizado como entrenamiento o pasarela para acceder al mundo laboral, como cauce para la dispensa de servicios sociales sin encuadramiento en la Seguridad Social, mediante un quehacer extralaboral en la que no puede percibir una ayuda económica que vaya más allá de la compensación de los gastos reembolsables[45], brillando por su ausencia, en muchos casos, una motivación altruista o solidaria[46].

4. LOS TRABAJADORES EN COLABORACIÓN SOCIAL. EL AHORRO EN LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Aun cuando los colaboradores sociales tuvieron su origen en el trabajo voluntario organizado por las Administraciones Públicas, han sido objeto de una reordenación normativa para alejarlos formalmente de tal procedencia (art. 3.3 Ley 45/2015) y también de

[43] MANRIQUE LÓPEZ, F. Y ARRIETA IDIAKEZ, F.J.: "Régimen jurídico de la prestación de servicios en las organizaciones sin ánimo de lucro de la Comunidad Autónoma de Euskadi", cit., pág. 22.

[44] BENLLOCH SANZ, P.: "Una nueva oportunidad para repensar el voluntariado: ¿hacia una nueva configuración legal de la acción voluntaria organizada?", *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 18, 2011, págs. 129 y ss.

[45] STSJ Andalucía/Sevilla 13 febrero 2013 (rec. 2130/2011).

[46] SERRANO GARCÍA, J.M.: "El voluntariado: de fórmula de participación social a instrumento para el empleo", *TL*, núm. 126, 2014, pág. 151.

la regulación laboral [art. 3.1 b) TRET], en tanto en cuanto falta la libertad de elección en la realización de la actividad. Rasgo nuclear del contrato de trabajo es el relativo a la voluntariedad y, en consecuencia, la presencia de situaciones compulsorias de tal envergadura que eliminen cualquier opción del trabajador contraria a la ejecución de lo ordenado[47], tal y como sucede con las tareas destinadas a satisfacer necesidades sociales a favor de Administraciones Públicas o de otras entidades sin ánimo de lucro, en las cuales perderá el trabajador su derecho a la prestación económica de desempleo que estuviera percibiendo en caso de negativa injustificada a realizarlas, hace que hayan sido calificadas con acierto como "técnicas (no contractuales) de empleo asistenciales" (art. 272.2 TRLGSS)[48]. Otra cosa es que los entes beneficiarios de esas prestaciones sociales asuman responsabilidades de tipo aseguratorio, pues han de ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social las cuotas correspondientes por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

La utilización de la figura de los trabajos de colaboración social se presenta como una vía de provisión de mano de obra para las Administraciones Públicas (no tanto para las entidades sin ánimo de lucro) en un momento de restricción de incorporación de efectivos, "sustituyendo" la labor de los empleados públicos dedicados a la prestación de servicios sociales minimizando costes. Así, la exigencia a los perceptores de prestaciones por desempleo de trabajos de colaboración social, desprovistos del carácter de relación laboral y que suponen compatibilizar una retribución no salarial con una parte de la percepción económica por desempleo (art. 272.2 TRLGSS), ha sido una manifestación que ha querido fundamentarse en el principio de solidaridad, pero hace tiempo que ha perdido en la práctica ese fundamento, pudiendo transformarse en una fórmula para la dispensa de servicios de interés general mediante mano de obra temporal a un bajo costo y en situación desfavorable para el trabajador, que no devenga nuevo derecho alguno de desempleo durante el desarrollo de aquellos trabajos[49].

No cabe duda, pues, que el Servicio Público de Empleo puede exigir de todo desempleado, que perciba la prestación o subsidio de desempleo, la realización temporal de un trabajo dotado de utilidad general y beneficioso para la comunidad y coincidente con sus aptitudes físicas y profesionales sin que pueda suponer cambio de residencia habitual, debiendo, no obstante, proporcionar la formación profesional necesaria para la adaptación de los trabajadores a las tareas que se les asignen. Se trata de una modalidad de fomento de empleo y de dispensa de quehaceres sociales sumamente "*sui generis*", en tanto su configuración jurídica viene determinada por dos elementos poco comunes: de una parte, la posibilidad de compatibilizar prestaciones o subsidios de desempleo con el trabajo por cuenta ajena para una entidad sin ánimo de lucro o una Administración Pública en sentido estricto (sector público administrativo), quedando excluidas cualesquiera de las diversas sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales y el resto de organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local, que conforme a la normativa vigente, forman

[47] MONTALVO CORREA, J.: *Fundamentos del Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1975, págs. 190 y ss.
[48] CASAS BAAMONDE, M.E. Y VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España", *RL*, 1989, Tomo I, págs. 240 y ss.
[49] MARTÍNEZ ABASCAL, V.: "Derecho al trabajo y políticas de empleo", en AA.VV. SEMPERE NAVARRO, A.V. Y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Dirs.): *El modelo social de la Constitución Española*, Madrid, MTAS, 2003, pág. 1360.

parte de tal sector pero no son Administraciones Públicas (sector público empresarial o fundacional)[50]; de otra, la predeterminación del contenido de la relación, no en vano las exigencias impuestas para convenirla son las siguientes[51]:

1. Aun cuando por esta vía no cabe proceder a la cobertura de puestos ordinarios de plantilla y sólo resulta apta para la realización de tareas excepcionales o marginales, esto es, como iniciativas que no sustituyan, ni puedan ser comprendidas, en el contenido normal de un servicio de interés general[52], lo cierto es que tradicionalmente los Tribunales venían admitiendo el recurso a la colaboración temporal para llevar a cabo actividades que son propias de la Administración[53].
2. La relación tiene un carácter estrictamente temporal, ceñido como máximo a la duración que le falte al trabajador por percibir la prestación o el subsidio[54]. No obstante, el Tribunal Supremo ha aclarado esta interpretación al considerar que la temporalidad no está en función de la duración máxima del vínculo, que se relaciona con la extensión de la prestación de desempleo, sino que debe predicarse del trabajo objeto del contrato, que no puede coincidir con tareas habituales o permanentes[55].
3. El seleccionado continúa percibiendo la prestación o el subsidio de desempleo a cargo de la entidad gestora, completados por la Administración receptora del trabajo con la cantidad necesaria para alcanzar el importe total de la base reguladora que sirvió para el cálculo del beneficio contributivo, garantizando, en todo caso, el importe del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento. Es más, este complemento no puede ser considerado como la contraprestación retributiva que se sufraga a cambio del trabajo en toda relación laboral, sino más bien se trata de una mejora a muy bajo coste de la prestación por desempleo obligatoriamente establecida por la norma a cargo del Ente beneficiario (art. 38.4 RD 1145/1982)[56].

Pese a todas estas ventajas desde el punto de vista del ahorro para las arcas públicas, hasta estos últimos años, se trataba de una herramienta de las políticas de empleo no demasiado utilizada, pues hasta fechas recientes se prefería que ciertas ocupaciones, que podrían ser desarrolladas a través de este tipo de programas, se llevaran a cabo, sin embargo, mediante contratos ordinarios, a fin de que las cifras de desempleo quedaran parcialmente reducidas. Ahora, sin embargo, la necesidad de contener el déficit público ha cambiado la

[50] SSTS 27 diciembre 2013 (rec. 217/2012, 2798/2012 y 3214/2012), comentadas por LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: "El cambio en la interpretación de la temporalidad de los trabajos de colaboración social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Trabajo y Derecho*, núm. 4, 2015, págs. 68 y ss.

[51] FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, CEF, 1995, págs. 182 y ss.

[52] STS 17 mayo 2000 (RJ 4635).

[53] SSTS 24 abril 2000 (rec. 2864/1999), 30 abril 2001 (rec. 2155/2000), 11 diciembre 2008 (rec. 69/2008), 18 septiembre 2012 (rec. 3597/2011) ó 4 febrero 2013 (rec. 4057/2011).

[54] SSTS 16 mayo 1988 (RJ 3621) y 24 abril 2000 (RJ 5147).

[55] SSTS 23 julio 2013 (rec. 2508/2012), 22 enero 2014 (rec. 309/2012), 6 mayo 2014 (rec. 906/2013) y 11 junio 2014 (rec. 1772/2013).

[56] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La intermediación en el mercado de trabajo: análisis y propuestas*, Madrid, La Ley, 2012, págs. 226 y ss.

senda a favor de la utilización de estos instrumentos por las Administraciones, con el riesgo de que si la actividad realizada tiene el carácter de normal y permanente, la colaboración social carece de cobertura legal y, en consecuencia, estaríamos en presencia de una relación laboral ordinaria que daría lugar al derecho a percibir las retribuciones correspondientes al trabajo realizado, con obligación de cotizar al Régimen General de la Seguridad Social y devolución por indebidas de las cantidades percibidas en concepto de prestación o subsidio de desempleo, pasando el afectado a tener la condición de "indefinido no fijo" (*tertium genus* entre contrato indefinido y temporal derivado de la necesidad de cohonestar la obligada observancia de los principios de mérito y capacidad en el reclutamiento de efectivos por parte de las Administraciones Públicas y las consecuencias previstas en el Estatuto de los Trabajadores para estabilidad ante las irregularidades cometidas en la contratación)[57].

5. CUIDADORES NO PROFESIONALES: LA POSIBILIDAD DE ACOGERSE A UN CONVENIO ESPECIAL A SU COSTA

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia (LD), representa la voluntad del Estado de intervenir en esta materia, diseñando un modelo de "asistencia social externa al sistema institucional de la Seguridad Social", justificado en el art. 149.1.1 CE, que reconoce al poder central la competencia "exclusiva" para "la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales", a través de la implementación de tres niveles (art. 7): uno de protección mínimo establecido por la Administración General del Estado; otro segundo acordado entre la citada Administración y la de cada una de las Comunidades Autónomas; y un tercer nivel adicional que puede establecer cada Autonomía[58].

Bajo tales premisas, problema particular ha venido planteando la situación en que se encontraban los cuidadores informales a efectos de Seguridad Social, pues, en situaciones extremas, después de muchos años dedicados a atender a una persona dependiente, al cesar en esta tarea, se podían encontrar sin la posibilidad de ingresar en un trabajo, fuera por cuenta ajena o autónomo, o con tan corto período de cotizaciones que resultara imposible obtener pensiones de jubilación o de invalidez en su nivel contributivo por falta del período de carencia, e incluso en el nivel no contributivo si tenían algunas rentas o ingresos propios que superaran los mínimos establecidos. Esta circunstancia adversa ha sido analizada en la R(91)2 de la Unión Europea, que se refiere en el apartado B de su Anexo a las "personas que en el hogar asumen responsabilidades familiares al cuidado de niños, de personas dependientes discapacitadas o mayores, de modo que si no ejercen ninguna actividad profesional, se les deberá tener en cuenta este período para la apertura del derecho a las prestaciones de invalidez, así como para el cálculo de estas prestaciones según las modalidades establecidas"[59]. En el ámbito europeo se considera que el seguro de

[57] SSTS 18 junio 2014 (RDJ 3081/2014), 24 junio 2014 (Ar. 4380), 14 julio 2014 (RDJ 3319/2014), 19 febrero 2015 (núm. 703/2015), 19 junio 2015 (núm. 4549/2015), 6 octubre 2015 (rec. 2592/2014), 4 febrero 2016 (rec. 2638/2014) y 7 noviembre 2016 (rec. 755/2015).

[58] DURÁN BERNARDINO, M.: "La distribución constitucional y legal de competencias en el modelo de protección social a la dependencia", *AS*, núm. 8, 2013 (BIB 2013/2373).

[59] SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M.: "En las fronteras del contrato de trabajo: el cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia", *RTSS (CEF)*, núm. 70, 2008, pág. 38.

dependencia con una compañía privada puede asumir también el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social del cuidador no profesional, cuando existiera, al menos para las prestaciones de jubilación y enfermedad, tal y como ha establecido el Tribunal de Justicia[60].

En el ordenamiento español, es sabido que, de conformidad con lo previsto en el art. 2.1 d) RD 1620/2011, quedan excluidos del marco de la relación laboral de carácter especial de empleados de hogar los cuidadores no profesionales o del entorno de la persona dependiente que le prestan atención domiciliaria, pues la configuración no profesional de esta dispensa excluye la retribución, no considerándose, por lo tanto, de carácter laboral ni, en consecuencia, dando lugar a relación de trabajo formal, pese a que hasta el 15 de julio de 2012 –fecha de entrada en vigor del RD Ley 20/2012–, quedaba incluida, de forma obligatoria, en el Régimen General de la Seguridad Social mediante un convenio especial, siendo actualmente tal convenio de suscripción voluntaria a tenor de lo previsto en la disposición adicional 14ª TRLGSS[61].

En sus justos términos, esta exclusión hace referencia a la figura del cuidador no profesional contemplada en el art. 18 LD, el cual, en su redacción original, preveía, con carácter excepcional, el reconocimiento de una prestación económica a la persona dependiente cuando esté siendo atendida por sujetos de su entorno familiar, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca el programa individual de atención (art. 14.4). De esta forma, el beneficiario de la prestación económica es el propio dependiente, no el cuidador, sin que se exija que se destine específicamente a remunerar la labor de este último, sino que su finalidad es contribuir a aliviar la situación económica de la unidad familiar y suplir la pérdida de ingresos provocada por tener que permanecer fuera del mercado laboral[62]. Además, el dependiente no reúne las características de empleador, ya que la labor del cuidador no está bajo su dirección y supervisión y no tiene la obligación de contratarle, ni darle de alta ni cotizar por él a la Seguridad Social. Tampoco debe cumplir la normativa de seguridad e higiene en el trabajo, derivada del vínculo laboral, puesto que no existe una relación contractual entre dependiente y cuidador, y el régimen jurídico que regula la figura se encuentra en la LD y no en el TRET[63].

Estas previsiones fueron objeto de desarrollo por el RD 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, y por el RD 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia (modificado posteriormente por el RD 175/2011, de 11 de febrero). Pese a que la prestación económica para cuidados no profesionales tiene una inequívoca naturaleza excepcional, lo cierto es que se convirtió, desde el principio y con mucha diferencia, en la prestación mayoritaria dentro del sistema. Por tanto, los servicios sociales, que son los que

[60] STJCE 8 julio 2004, asuntos acumulados *Gaumain-Cerri y Barth*.

[61] MIÑARRO YANINI, M.: *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*, Madrid, Reus, 2013, pág. 19.

[62] SELMA PENALVA, A. Y LUJÁN ALCARAZ, J.: "La reforma del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores empleados de hogar", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, págs. 113-114.

[63] GIL PÉREZ, M.E.: "Cuidadores no profesionales y derecho a la incapacidad permanente. Problemas que se plantean", *RDS*, núm. 64, 2013, pág. 112.

expresamente figuran en el catálogo enumerado en el art. 15 Ley 39/2006 como preferentes, se han visto relegados a un segundo plano, tal y como evidencian las estadísticas, pues a 1 de julio de 2012 esta prestación suponía el 45,3 por 100. Un cúmulo de factores han incidido en esta realidad: de un lado, en la sociedad española existe una muy arraigada cultura del cuidado presencial realizado directamente por los familiares del dependiente que, sin lugar a dudas, ha pesado extraordinariamente en el marcado relieve adquirido por la prestación económica que nos ocupa y que no fue tenido en cuenta suficientemente por el legislador; de otro, hay un sesgo de género imposible de obviar, ya que alrededor del 93 por 100 de las beneficiarias de las prestaciones por cuidados familiares son mujeres que, por medio de esta medida, han logrado la visibilización y el reconocimiento, aunque sea muy parcial, de un trabajo, en ocasiones muy arduo y penoso, realizado en el interior del hogar, con fuertes –y no siempre bien valorados socialmente– costes físicos y psicológicos, y todo ello a costa de no obtener un nivel de rentas suficiente y de quedar excluidas de la población activa[64].

La primera de las normas reglamentarias citadas precisa que podrán tener la condición de cuidadores no profesionales el cónyuge del dependiente y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado de parentesco (art. 12.2) o una persona de su entorno, que resida en el mismo municipio o en uno vecino, y haya venido atendiendo al necesitado durante el período previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud, si bien en este último caso deben concurrir una serie de circunstancias adicionales; en concreto, que la persona en situación de dependencia tenga su domicilio en un emplazamiento caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, la despoblación, o circunstancias geográficas o de diversa naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención (art. 12.3). Para evitar cualquier duda, la Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo exige que no exista ningún tipo de relación contractual, ni laboral ni de otra clase, tanto si el cuidador es un familiar de la persona dependiente como si es una persona de su entorno[65]. No obstante, el RD 615/2007 dispuso la inclusión obligatoria de los cuidadores no profesionales en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta, mediante la suscripción de un convenio especial cuyas cuotas eran pagadas con cargo a fondos públicos, en concreto, por el IMSERSO que firma al efecto el oportuno convenio con la TGSS (art. 2.1). A lo que hay que unir la cotización también por la Administración General del Estado en materia de formación mediante un tipo reducido (art. 4.4 y 5), incluyendo a los cuidadores no profesionales dentro de las acciones formativas de oferta dentro del subsistema de formación profesional para el empleo (disposición final 3ª)[66]. Con este modelo, ni los cuidadores, ni tampoco las personas dependientes, tenían que participar económicamente en dichas cotizaciones[67]. Únicamente en aquellos casos en los que el cuidador decidiera elevar o mantener la base por encima de lo establecido con carácter general (tope mínimo del Régimen General), asumiría personalmente la diferencia. De este modo, la cuota por Seguridad Social, incluida la correspondiente a formación profesional,

[64] ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Empleo en el sector de la dependencia", *DL*, núm. 102, 2014, vol. III, pág. 62.

[65] CORDERO GORDILLO, V.: *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar. Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pág. 25.

[66] GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia de los mayores en la Ley 39/2006", *TL*, núm. 89, 2007, págs. 297 y ss.

[67] ROQUETA BUJ, R.: "Las prestaciones económicas", en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La protección de la dependencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pág. 461.

fue para el año 2011 (último año en el que se contempló dicha cuota a cargo de la Administración General del Estado), de 164,54 euros mensuales (grado III y II, nivel 2 y 1) y de 82,27 (grado I, nivel 2)[68].

En relación al convenio, cabe destacar, por una parte, que para su suscripción no era necesario que el cuidador acredite período de cotización alguno, pero sí era preceptivo con el fin de acreditar dichos cuidados no profesionales que a la persona dependiente le hubiera sido reconocida la prestación económica en apoyo de estos cuidadores. De esta forma, se vinculaba la alternativa de la relación de inclusión en el sistema de la Seguridad Social con el reconocimiento de la prestación económica a recibir por el dependiente, asegurándose así la tarea de cuidado y asistencia que justifica su encuadramiento. Por otra parte, se ha de mencionar su carácter obligatorio, una vez que se cumplieran las exigencias legales, a no ser que el cuidador se encontrara incluido previamente en el sistema, pero al margen de su labor de cuidado. En este sentido, los cuidadores familiares se alojaban fuera de la cobertura que proporcionaba el convenio especial únicamente cuando desarrollaran una actividad profesional, fuere cual fuere su naturaleza –laboral, autónoma o funcionarial–, o fueran beneficiarios de una prestación de desempleo o tuviera la condición de pensionista de jubilación, de incapacidad permanente, o de viudedad o a favor de familiares, cuando tuvieran cumplidos 65 años de edad o, en los períodos en los que el cuidador estuviera disfrutando de una excedencia laboral en razón de cuidado de familiares (art. 2 RD 615/2007). Dichas exclusiones sólo contaban con una excepción, cual era la relativa a que el cuidador desempeñara su actividad profesional, pero hubiera decidido reducir su jornada de trabajo y, por tanto, su retribución, "como consecuencia de la realización de los cuidados no profesionales" (art. 2.4 RD 615/2007), supuesto en el que el convenio especial se aplicaría al mantenimiento de la base de cotización que tuviera el cuidador antes de reducir la jornada de trabajo o, dicho de otra forma, la suma de las bases de cotización por ambas situaciones no podía ser superior a dicha actividad[69].

El descrito modelo de protección de Seguridad Social de los cuidadores no profesionales instaurado por el RD 615/2007 representó un indudable avance en la dignificación y reconocimiento de los cuidados al permitir el tránsito de una "situación de invisibilidad" a la definición de un "estatuto ocupacional mínimo"[70], si bien no estaba exento de carencias y disfunciones, pues, en lo atinente a prestaciones, la incapacidad temporal queda excluida de la acción protectora y, además, las posibilidades de surgimiento mismo del derecho a las prestaciones incluidas –jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia– se veían seriamente mermadas por las dificultades de cobertura de los períodos de carencia exigibles, sin que fueran tampoco desdeñables los problemas de

[68] DURÁN BERNARDINO, M.: "La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y la protección social de los cuidadores no profesionales tras la entrada en vigor del Real Decreto ley 20/2012, de 13 de julio", *DL*, núm. 102, 2014, vol. III, pág. 192. Sobre esta modalidad de convenio especial, BLASCO LAHOZ, J.F.: *El sistema para la autonomía y atención a la dependencia*, Albacete, Bomarzo, 2009, págs. 90 y ss.

[69] MOLERO MARAÑÓN, M.L.: "El reajuste o revisión profunda de las prestaciones económicas en el funcionamiento del SAAD: en especial sobre la prestación por cuidados familiares", en MOLERO MARAÑÓN, M.L. (Coord.): *Retos para una implantación efectiva del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*, Madrid, Cinca, 2014, págs. 170-171.

[70] MOLINA NAVARRETE, C.: "El régimen cuasi-profesional de cuidados de las personas dependientes", *RTSS (CEF)*, núm. 297, 2007, págs. 397 y ss.

calificación de las contingencias profesionales que surgen en este escenario del cuidado del entorno familiar, debido tanto a las condiciones en que se desarrolla (el ámbito doméstico), cuanto a la misma naturaleza de la prestación (inespecífica)[71]. Incluso, desde algún sector de la doctrina se consideró más conveniente la inclusión de los cuidadores no profesionales en el RETA al identificarse con familiares en relación de parentesco hasta el tercer grado con la persona dependiente y teniendo en cuenta que el art. 12 TRLGSS excluye la existencia de relación laboral entre parientes que convivan en el hogar del empresario[72].

Con todo y pese a estas críticas, el relativo progreso que representó esta técnica garantista se ha volatilizado a consecuencia de la promulgación del RD Ley 20/2012, de 13 de junio, que impuso una batería de condiciones muy restrictivas en el derecho y disfrute de las prestaciones económicas en el entorno familiar por parte de cuidadores no profesionales y en el apoyo a los mismos, pudiendo señalar como más significativas las siguientes: a) las trabas en la delimitación de tal tipo de cuidadores, al exigir relación de convivencia durante un período previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud para el cuidador familiar y para los grados III y II cuando se trata de un cuidador del entorno, al tiempo que se controla y verifica su idoneidad, supervisando que cuente con la capacidad física, mental e intelectual suficiente para desarrollar la función de atención y cuidado; b) la atribución de la determinación de dichas prestaciones a la Administración competente, a propuesta de los servicios sociales, sin que sean estos últimos los que los establezcan en el programa individual de atención, esto es, otorgando mayores facultades a aquélla y eliminando el automatismo; c) la concesión de un plazo suspensivo máximo de dos años en el derecho a su acceso; d) el condicionamiento de la prestación a que no sea posible el reconocimiento de un servicio debido a la inexistencia de recursos públicos o privados acreditados, cuestión que con la anterior normativa sólo se exigía para el Grado I; y, en fin, la limitación de las cuantías máximas de las prestaciones de los anteriores y de los nuevos beneficiarios en un porcentaje que ronda el 15 por 100[73].

En paralelo, también –y todavía más criticable–, el RD Ley 20/2012 dio un golpe de timón a la protección social de los cuidadores no profesionales desde el momento en que puso fin al pago por la Administración General del Estado de las cuotas del convenio especial con la Seguridad Social de tal colectivo y pasó a convertirlo en una posibilidad voluntaria para los referidos cuidadores, recayendo, en su caso y de modo exclusivo, el coste del mismo sobre ellos (disposición adicional 8ª)[74], entendiendo que los convenios especiales existentes en dicha fecha se extinguirían el día 31 de agosto de 2012, salvo que el suscriptor solicitara expresamente el mantenimiento con anterioridad al día 1 de noviembre de 2012, en cuyo caso se entiende subsistente desde el 1 de septiembre de 2012, aplicándose, entre el 1

[71] GONZÁLEZ DE PATTO, R.: "La protección social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia. Últimas reformas, incertidumbres y retrocesos", en MONEREO PÉREZ, J.L.; MALDONADO MOLINA, J.A. Y RUBIO HERRERA, R. (Dirs.): *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, Granada, Comares, 2014, pág. 270.

[72] FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales", *RMTAS*, núm. 74, 2008, pág. 97.

[73] MALDONADO MOLINA, J.A.: "El reformado sistema de dependencia", *RDS*, núm. 71, 2015, pág. 95.

[74] BARCELÓN COBEDO, S.: "Seguridad Social y prestaciones en favor de cuidadores no profesionales", en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Dir.): *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*, Madrid, CES, 2013, págs. 387 y ss.

de septiembre y el 31 de diciembre de 2012, una reducción del 10 por 100 en el total de la cuota a abonar, siendo a cargo de la Administración General del Estado el 5 por 100 del total de la cuota y el 85 por 100 restante a cargo del cuidador no profesional (disposición transitoria 13ª)[75]. La disposición adicional 8ª RD Ley 20/2012 alteró el planteamiento regulado, hasta entonces, por el RD 615/2007, que había incluido en la Seguridad Social a dicho colectivo utilizando la vía del convenio especial obligatorio y gratuito para el cuidador, acabando con una medida beneficiosa para un amplio número de personas que ahora quedan desprotegidas y evidenciando, una vez más, el propósito de ahorro inmediato, con un gran impacto de género, no en vano –y como ya consta– se trata de un sector altamente feminizado[76]. En paralelo, se suprimió también la cotización de la Administración General del Estado en materia de formación[77]. Desde este momento, el mecanismo del convenio especial pasa a ser de utilización voluntaria, debiendo ingresar el cuidador las cotizaciones a su exclusiva costa como si fuera un trabajador autónomo. Como era de esperar, el número de convenios especiales de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia ha descendido drásticamente y de forma inmediata a la luz de esta previsión[78].

Sobre estas mismas circunstancias adversas para los cuidadores no profesionales insiste la Resolución de 13 de julio de 2012, que recoge el Acuerdo adoptado el 10 de julio de 2012 por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, afirmando que se han incumplido las expectativas generadas tanto en empleo como en actividad económica, al no haberse priorizado la atención a través de la Red de Financiación Pública de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas y al haberse primado las ayudas a cuidadores no profesionales, contraviniendo el espíritu y letra de la Ley que los consideraba una excepción, fijando como objetivo prioritario que el modelo evolucione aumentando la atención mediante la prestación de servicios frente a las ayudas económicas para cuidados en el entorno familiar.

En fin, el RD 1051/2013, de 27 de diciembre, modificado por el RD 291/2015, de 17 de abril, ha revisado a la baja la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, asegurando todavía más su excepcionalidad, pues el reconocimiento se condiciona a que no pueda proporcionarse un servicio debido a la inexistencia de recursos públicos o privados acreditados y, al regular el nivel mínimo de protección garantizado por la Administración General del Estado y los criterios de su asignación y la forma y procedimiento de su abono a las Comunidades Autónomas, ha incorporado, junto a las dos variables ya aplicadas hasta entonces –el elenco de beneficiarios y los grados de dependencia– un criterio adicional de reparto por el número y tipo de

[75] CORDERO GORDILLO, V.: *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar. Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre*, cit., pág. 25.

[76] ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "El empleo en el sector de la Dependencia", cit., pág. 63.

[77] El impacto de esta decisión no se hizo esperar, ya que a partir de noviembre de 2012, momento en que los convenios especiales de los cuidadores no profesionales de la Ley de la Dependencia pasan a tener un carácter voluntario, acusan un descenso generalizado. De un total de 171.713 cuidadores en alta en octubre de 2012, último mes en que la cotización era a cargo de la Administración General del Estado, a 25.350 en el mes siguiente, momento en el que son los cuidadores no profesionales los que tienen que pagar su cotización. FONTECHA LÓPEZ, A.: "Empleo y sistema para la autonomía y atención a la dependencia", *DL*, núm. 102, 2014, vol. III, pág. 91.

[78] DURÁN BERNARDINO, M.: "La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y su carácter excepcional a la luz de las últimas reformas", *TL*, núm. 124, 2014, págs. 172-173.

prestaciones reconocidas, ponderando positivamente las de servicios y de forma negativa las relativas a cuidados en el entorno familiar [art. 4.1 y 4.3 b)], todo ello acompañado de una merma del dinero público destinado a financiar los servicios. En fin, la ayuda económica se ha recortado decisivamente en su cuantía, los cuidadores se han quedado sin protección social y dichas restricciones no se han visto compensadas con prestaciones de servicios que pudieran suplir dichas limitaciones, como sería la extensión del auxilio a domicilio o los centros de día, en tanto se ha impuesto como regla general la de incompatibilidad entre prestaciones económicas y servicios (arts. 25 bis Ley 39/2006 y 16.1 RD 1051/2013)[79].

Como reflexión general, quizá hubiera sido más conveniente incardinar la protección de la dependencia en el art. 149.1.17ª CE, pues ello permitiría reservar al Estado la competencia para dictar "legislación básica" homogeneizadora y racionalizadora en todo el Estado español y garantizar la intervención de las Comunidades Autónomas en la regulación de las materias "no básicas", al mismo tiempo que se alcanzaría el tan necesario equilibrio entre las diferentes Administraciones Públicas en esta materia y, en consecuencia, una mejor cobertura de esta situación de necesidad social. Sin duda, la inclusión como derecho de la Seguridad Social hubiera aportado una mayor certeza de regulación, tanto del derecho como de su ámbito de cobertura, siendo su garantía *ex lege* y no por la vía del desarrollo reglamentario. Solo así se hubiera permitido el reconocimiento de un derecho subjetivo pleno y universal a las personas dependientes y la garantía de una cobertura uniforme, equitativa y pública a todos los ciudadanos al margen del territorio nacional en el que se ubiquen[80].

6. EMPLEADOS DE HOGAR Y ATENCIÓN DE PERSONAS VULNERABLES. LAS LAGUNAS DEL SISTEMA ESPECIAL

Teniendo en cuenta que España es uno de los países europeos con mayor empleo doméstico, causa gran extrañeza que la relevante función desarrollada por estos trabajadores sea, en la práctica y todavía al día de hoy, inversamente proporcional a su valoración y protección, debido a su invisibilidad y ausencia de proyección externa, así como a la particular vulnerabilidad de las personas a quienes emplea. Una aproximación al perfil real de quienes desarrollan este trabajo dibuja un colectivo abrumadoramente feminizado, generalmente compuesto por trabajadoras extranjeras, cuyos ingresos están por debajo del salario mínimo interprofesional en relación con las horas trabajadas y que muy frecuentemente no están dadas de alta en la Seguridad Social[81].

Pese a su consideración como una relación laboral especial y a las sucesivas reformas de su régimen jurídico de la mano del Convenio núm. 189 de la OIT, todavía no ratificado por España, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos, junto con la Recomendación 201[82], las todavía inferiores condiciones laborales reguladas en el RD

[79] MOLERO MARAÑÓN, M.L.: "El espacio de las prestaciones económicas en la protección social de las personas dependientes. Una reflexión sobre el sistema de cuidados deseable", *DL*, núm. 102, 2014, vol. III, pág. 178.

[80] DURÁN BERNARDINO, M.: "La distribución constitucional y legal de competencias en el modelo de la protección social a la dependencia", cit., pág. 20.

[81] MIÑARRO YANINI, M.: *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*, cit., págs. 10-11.

[82] APARICIO RUÍZ, M.G.: *La profesionalización de los empleados al servicio del hogar familiar. Desde el contraste comparado de la normativa francesa*, León, Eolas, 2014, págs. 23 y ss.

1620/2011, de 14 de noviembre, llevan a construir una cantera de trabajadores de "cuarta clase". Bien es cierto que otras relaciones especiales descansan también en la confianza de las partes, como la de los altos directivos; equiparan la temporalidad a la estabilidad en el empleo, como sucede con los artistas; o consagran la temporalidad, en el caso de los deportistas profesionales. Ahora bien, ninguna coloca a quienes prestan tareas de tanto calado social en destacado desamparo, y más teniendo en cuenta cómo, de un lado, la Inspección de Trabajo encontrará serias dificultades cuando no impedimentos para comprobar las condiciones laborales disfrutadas y, de otro, van a ser las mujeres, y entre ellas principalmente las inmigrantes, el colectivo más numeroso dentro de los empleados de hogar, hasta el punto de feminizar su denominación.

Las razones de su especialidad radican en la singularidad del lugar de trabajo (hogar familiar) y en otras dos características sustanciales: la necesaria e imprescindible convivencia y cercanía entre trabajador y empleador, unidas a una dirección y control muy estrecho por parte de este último, que siempre ha de ser persona física[83]. El trabajo prestado no consiste en la producción de bienes o la prestación de servicios en general, sino que está dirigido al autoconsumo del empleador, sin intermediación con el mercado, "pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos" (art. 1.4 RD 1620/2011)[84].

Por el contrario, quedan fuera del ámbito de esta relación laboral especial y el propio legislador los excluye: los trabajos "a la par", esto es, aquellas tareas realizadas a cambio de comida y manutención, marginales para quien las presta, regidos por el Acuerdo Europeo de 24 de noviembre de 1969; los familiares; los realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad; los llevados a cabo por cuidadores profesionales y no profesionales; y, por último, aquellos empleados que prestan servicios domésticos y otros comunes fuera del hogar, en tanto se presume relación laboral común, así como los contratados a través de empresas de trabajo temporal (art. 2 RD 1620/2011).

El régimen especial de Seguridad Social del Servicio del Hogar Familiar fue regulado por Decreto 2364/1969, de 29 de septiembre, esto es, en un momento histórico en el cual el trabajo doméstico estaba formalmente excluido del ordenamiento jurídico-laboral, lo que dio lugar a un sistema de aseguramiento articulado a través de mecanismos fundamentalmente similares a los establecidos para los trabajadores por cuenta propia y realmente de mínimos, en base a la existencia de una cuota única e indivisible, dando lugar a muy reducidas prestaciones, planeando siempre la sospecha de fraude en la afiliación. Por ello, y a grandes rasgos, en este régimen especial no existía distinción entre riesgos comunes y profesionales, la cotización era a cargo del propio empleado de hogar cuando el trabajo se prestaba de

[83] LÓPEZ CUMBRE, L.: "La relación especial del servicio del hogar familiar", *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 154.

[84] CORDERO GORDILLO, V.: *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar. Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre*, cit., págs. 19 y ss. o PALOMO SAURINA, P.: "La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar", *Información Laboral*, núm. 5, 2012, págs. 121 y ss.

forma discontinua y no exclusiva o cuando se hallaba en situación de incapacidad temporal, no existiendo tampoco cobertura por desempleo[85].

Como consecuencia del proceso iniciado con la Recomendación cuarta del Pacto de Toledo, que prioriza el objetivo de homogeneización gradual de los distintos regímenes especiales, la disposición adicional 39ª Ley 27/2011 dispuso que con efectos de 1 de enero de 2012, el régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar quedaría integrado en el Régimen General mediante el establecimiento de un sistema especial sustituyendo la regulación anterior incorporada al derogado RD 2346/1969[86], de modo que según el art. 251 TRLGSS, los empleados de hogar, entendidos en las circunstancias anteriormente esbozadas, tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social, si bien con las siguientes peculiaridades[87]:

a) El subsidio por incapacidad temporal, en caso de enfermedad común o accidente no laboral, se abonará a partir del noveno día de la baja en el trabajo, estando a cargo del empleador el pago de la prestación al trabajador desde los días cuarto al octavo, ambos inclusive. Al igual que sucedía con anterioridad, si el trabajador fuera interno tiene derecho a permanecer alojado en el domicilio donde presta sus servicios un mínimo de 30 días, salvo prescripción facultativa que decida su hospitalización, pese a estar su contrato de trabajo en suspenso.
b) El desembolso del subsidio por incapacidad temporal se efectuará directamente por la entidad a la que corresponda su gestión, no procediendo el pago delegado del mismo.
c) Con respecto a las contingencias profesionales, protegidas ahora por el Sistema Especial para Empleados de Hogar, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el art. 167 TRLGSS aunque sí se impondrán las sanciones administrativas correspondientes.
d) La acción protectora no comprenderá, todavía en el momento presente, la correspondiente al desempleo (tampoco del FOGASA), consecuencia de una permanente sospecha de fraude y de los elevados costes que podría llevar la extensión de esta prestación.
e) En cuanto a las reglas de encuadramiento, las peculiaridades responden a la propia singularidad de esta actividad. Así, en las solicitudes de alta en este sistema especial deben figurar, además de los datos establecidos con carácter general, el código de la cuenta de la entidad financiera en la que ha de domiciliarse el pago de la cotización y los extremos correspondientes al tipo de contrato de trabajo y al contenido mínimo del mismo, consistente en el número de horas de dedicación semanales, el importe del salario pactado,

[85] QUESADA SEGURA, R.: "De nuevo sobre el sistema especial de la Seguridad Social de las personas empleadas de hogar. Puntos críticos", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 3, 2015, págs. 59-60.
[86] MIÑAMBRES PUIG, C.: "El nuevo régimen jurídico de los empleados del hogar familiar", *NREDT*, núm. 157, 2013, pág. 151.
[87] FERNÁNDEZ COSTALES, J.: "La integración de los empleados domésticos en el RGSS", *AS*, núm. 6, 2003, págs. 115 y ss.

tanto por hora realizada como mensual, incluida la parte proporcional de las horas extraordinarias, así como, en su caso, el importe del salario mensual acordado en especie y en la existencia o no de pacto de horas de presencia y/o de horas de pernocta, junto con la retribución por horas pactadas[88].

f) También cabe destacar particularidades en materia de cotización, no en vano el art. 115.cuatro Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, establece que el tipo por contingencias comunes, aplicable a las bases correspondientes, será el 25,60 por ciento, siendo el 21,35 por ciento a cargo del empleador y el 4,25 por ciento a cargo del empleado. Para la cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, "se aplicará el tipo previsto al efecto en la tarifa de primas incluida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, siendo lo resultante a cargo exclusivo del empleador".

Bajo tales premisas, cabe destacar cómo, con la integración de estos trabajadores en el Régimen General a partir de 1 de enero de 2012, se introdujo un cambio significativo relacionado con la fórmula del cálculo de la base de cotización, que dejó de ser tarifada y única para ser sustituida por una lista o escala en función de los niveles salariales, de forma que, lógicamente, será más alta a medida que la retribución lo sea y que el tiempo de servicios prestados sea, igualmente, de mayor entidad. Junto a esta significativa novación, también se modificó la concepción de quiénes deberían de ser los sujetos obligados a cotizar, estableciéndose al efecto que, a partir de la fecha de integración de estos trabajadores en el Régimen General mediante el mecanismo del sistema especial, dicha obligación debía ser siempre compartida entre el empleado y el titular del hogar.

Se intenta eliminar, así, la diferencia existente con anterioridad, en virtud de la cual cuando el trabajador prestaba sus servicios de manera no exclusiva, es decir, lo hacía a jornada reducida, el empleado de hogar se venía considerando como un trabajador por cuenta propia a efectos de encuadramiento, de cotización y de acción protectora, corriendo a su cargo las obligaciones de alta, baja e ingreso de cuotas, si bien con un mecanismo tuitivo inferior, pues se cotizaba por una base mucho más baja con el fin de que fuera asequible para el trabajador[89]. La Ley 27/2011 trata de abolir la distinción entre empleado de hogar en exclusiva y por horas, a tiempo parcial o discontinuo, sin exigir tampoco un mínimo de dedicación según el criterio anteriormente establecido por las Resoluciones de 9 de septiembre de 1971, 5 de noviembre de 1985 y 25 de noviembre de 1986, que fijaron dicho mínimo en 72 horas al mes y en un número de jornadas no inferior a 12 días, introduciendo el concepto de habitualidad y profesionalidad por su equiparación de hecho con los trabajadores autónomos[90]. De este modo, el trabajo doméstico para varios empleadores daba lugar a una situación de pluriempleo ordinaria, en la que cada empresario –que había de obtener el pertinente código de cuenta de cotización– debía proceder al alta –y el primero de

[88] QUESADA SEGURA, R.: "De nuevo sobre el sistema especial de Seguridad Social de Personas Empleadas de Hogar. Puntos críticos", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 3, 2015, pág. 69.

[89] RUANO ALBERTOS, S.: "Integración del régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar en el régimen general de la Seguridad Social", *RGDTSS*, núm. 29-30, 2012, pág. 453.

[90] LÓPEZ GANDÍA, J. Y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: El nuevo régimen laboral y de Seguridad Social de los trabajadores al servicio del hogar familiar, Albacete, Bomarzo, 2012, pág. 67.

ellos eventualmente a la afiliación–, así como a comunicar las variaciones de datos y a solicitar la baja[91].

Ahora bien, la sobrecarga de deberes de Seguridad Social sobre tantos y tantos titulares del hogar familiar, a quienes venía sacudiendo la crisis económico-financiera desde el año 2008, provocó el efecto diametralmente contrario al pretendido por el legislador, pues si se comparan las cifras de afiliados al régimen especial de Seguridad Social de Empleados de Hogar a diciembre de 2011 y a enero de 2012, el resultado es desolador, pues se produjo un descenso masivo (en miles, pasaron de 284,9 a 277,7). Tal realidad llevó a modificar la obligación de cotización tras el RD Ley 29/2012, que convierte en eventuales sujetos responsables de la contribución a los trabajadores cuando éstos presten servicios menos de 60 horas mensuales para cada empleador, y siempre que hubiesen asumido la obligación en materia de encuadramiento previo de acuerdo con los empleadores, lo cual hace que en los supuestos más precarios, a efectos de la Seguridad Social, se les trate, de nuevo, como trabajadores autónomos. A fin de que en tales casos los empleados asuman todas las gestiones vinculadas a la afiliación y alta, se establece que deberán formalizar, por un lado, la cobertura de las contingencias profesionales con la entidad gestora o colaboradora de la Seguridad Social de su elección, y, por otro, ingresar la cotización propia y la correspondiente al empleador o empleadores con los que mantenga tal acuerdo, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales. La responsabilidad de ingreso de las cuotas por parte del empleado no supone que el empleador quede eximido del pago de la cotización, pues en estos casos este último estará obligado a entregar al trabajador, además del recibo de salarios en todo caso, la aportación propia y la correspondiente al empresario, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales, de modo que la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de cotizar al sistema especial para empleados de hogar en estos supuestos corresponderá al propio empleado y subsidiariamente al empleador, salvo que este último acredite la entrega de sus aportaciones y cuotas por cualquier medio admitido en derecho[92]. No cabe duda que esta medida, en la práctica, va a suponer que sea el trabajador quien realmente asuma, a su exclusivo cargo, el coste del aseguramiento, al igual que sucede con los autónomos[93].

Cierto es que la regulación incorporada por la Ley 27/2011 es distinta de la existente desde 1971, en virtud de la cual los trabajadores a tiempo parcial, es decir, aquellos que trabajaran menos de 72 horas al mes efectuadas durante al menos 12 días, eran considerados autónomos, de forma que era el empleado (no el empleador) quien soportaba la carga de cumplir los deberes de afiliarse, darse de alta y de baja y cotizar, pero no menos verdad resulta que la inercia conlleva a no cambiar la filosofía normativa de la mano del RD Ley 20/2012, especialidad peyorativa que también se produce en relación con la protección por desempleo de la que carecen los trabajadores domésticos, lo cual lleva a poner en duda el objetivo prioritario del RD 1620/2011, cual sería la dignificación de las condiciones de trabajo de los trabajadores que prestan servicios en el hogar familiar, máxime cuando

[91] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: "El nuevo sistema especial de empleados de hogar: una revolución inconclusa", *NREDT*, núm. 158, 2013, pág. 163.

[92] BARCELÓN COBEDO, S.: *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social (con las reformas introducidas por el Real Decreto Ley 11/2013)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pág. 84.

[93] MIÑARRO YANINI, M.: *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación,* cit., pág. 91.

dispensan, en muchos casos, servicios de interés general, proporcionando cuidados a personas vulnerables a bajo coste para el sistema público.

7. LA PROTECCIÓN SOCIAL Y LAS ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL: EN TIERRA DE NADIE

A la hora de abordar el concepto de economía social, la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, la define como el conjunto de las actividades económicas y empresariales que en el ámbito privado llevan a cabo aquellas entidades que, de conformidad con ciertos principios, persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos (art. 2 Ley 5/2011). Las empresas de economía social otorgan primacía a las personas y al fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social; aplican los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad; tienen independencia respecto a los poderes públicos; y promueven la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad[94]. Estas formas de producción surgen como una forma distinta de crear riqueza a partir de una actividad económica y responden –permítase la reiteración– a la valoración de las personas por encima del capital. Desde luego, estas organizaciones no dan la espalda al crecimiento económico ni a la productividad, al contrario, su fuerza de crecimiento asimismo se fundamenta en la energía que tienen los sectores de población que acometen sus propios proyectos empresariales y como consecuencia, se desarrollan en zonas geográficas donde el inversor tradicional no actúa porque no es rentable, en núcleos de población sin más alternativa que su propio proyecto, o en espacios sociales desatendidos por el sistema económico tradicional, donde la cohesión y la solidaridad juegan un papel clave[95]. Su capacidad como elemento de lucha contra el desempleo y mejora de la cohesión social es sobradamente reconocida. Muchas de tales entidades no buscan con su actuación la constitución de un sector más de la economía, sino más bien un enfoque distinto y alternativo de la concepción mayoritariamente actual de la misma, "hasta el punto de defender la solidaridad como eje transversal de la misma"[96]. La "economía solidaria" comporta una visión y una práctica que reivindica la economía como medio –y no como fin– al servicio del desarrollo personal y comunitario, como instrumento que contribuya a la mejora de la

[94] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Formas jurídicas de economía social en el nuevo urbanismo", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 39, 2016, págs. 390 y ss.

[95] BURGOS ROSADO, L.: "El autoempleo como fórmula de emancipación de los jóvenes. Especial referencia a las empresas de economía social", en *Jóvenes y políticas públicas*, Madrid, Wolters Kluwer, 2007, pág. 289.

[96] Siguiendo a CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: "Las cooperativas del (y en el) mar como entidades de economía social (y solidaria)", *Revista General de Derecho del Trabajo*, núm. 37, 2014, pág. 126.

calidad de vida de las personas y su entorno social[97], esto es, "una práctica fundamentalmente transformadora, dado que choca frontalmente con el modelo convencional de la actividad económica en nuestro mundo, concediendo a las personas, sus necesidades, capacidades y trabajo un valor por encima del capital y de su acumulación, a la vez que reivindica un modelo socioeconómico más redistributivo y equitativo"[98].

En cuanto a la forma jurídica que ampara la economía social, en una lista abierta, forman parte de ella las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los mismos principios (art. 5). Entre la enumeración anterior, y a los efectos analizados, conviene parar la atención en tres de ellas, las cooperativas, las sociedades laborales y las recientemente incorporadas sociedades participadas, aun cuando también cabría establecer relación entre varias de estas figuras y el "trabajo" voluntario *supra* analizado.

En cuanto a las primeras, son aquellas sociedades constituidas "por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional" (art. 1 Ley 27/1999). En los últimos tiempos han cobrado especial relevancia estas organizaciones para crear ocupación de calidad, que tiene como señas de identidad la estabilidad, constituir un factor de progreso en el ámbito local, conseguir una mejor redistribución de los recursos y prestar con mayor eficacia servicios de naturaleza social. Además, se hallan en una posición de ventaja para adaptarse a los nuevos cambios organizativos dada su versatilidad[99]. Por ello, el fomento del cooperativismo supone una fórmula que facilita la integración económica y laboral en el mercado y hace perfectamente compatibles los requisitos de rentabilidad y competitividad adaptadas al entorno[100].

Las cooperativas intervienen en el mercado de trabajo en tres niveles: a) a través del acceso, inserción y cualificación de las personas consideradas "inempleables"; b) mediante la gestión colectiva de la desintegración de los horarios y los espacios laborales, en tanto suponen un elemento recuperador y dinamizador de empleo[101]; c) y, en fin, por la promoción del estatuto de coempresario frente al empresario tradicional[102]. La primacía de la persona en estas sociedades se refleja en disposiciones específicas relativas a las condiciones de adhesión, renuncia y exclusión de los socios; en la regla una persona, un voto, y en la

[97] ASKUNZE, C.: "Economía social", en *Diccionario de Educación para el Desarrollo*, Hegoa, Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional. Nazioarteko Lankidetza eta Garapenari Buruzko Ikasketa Institutua, 2007, págs. 107-113.

[98] ASKUNZE, C.: "Economía social", cit., págs. 107-113.

[99] CUEVAS GALLEGOS, J.: *Las cooperativas de trabajo asociado: otra forma de creación de empleo*, Granada, Comares, 2011, págs. 154 y 241.

[100] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Formas jurídicas de economía social en el nuevo urbanismo", cit., págs. 390 y ss.

[101] BURGOS ROSADO, L.: "El autoempleo como fórmula de emancipación de los jóvenes. Especial referencia a las empresas de economía social", cit., pág. 301.

[102] DE NIEVES NIETO, N.: *Cooperativas de trabajo asociado: aspectos jurídico-laborales*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2005, pág. 164.

imposibilidad de que sus integrantes ejerzan un derecho sobre el activo de la sociedad cooperativa. En todo caso, deben estar integradas como regla general por tres socios (art. 8), constituidas mediante escritura pública e inscritas en el Registro de Sociedades Cooperativas.

En este sentido, sus características de funcionamiento dan lugar a niveles superiores de compromiso y solidaridad de los trabajadores, como sucede con todas las de economía social. Esta política de fomento de la pertenencia que desarrollan las cooperativas tiene consecuencias sobre la creatividad empresarial, la innovación por el riesgo, y la flexibilidad; factores que afloran más fácilmente en un contexto de confianza y de colaboración motivado por un componente comunitario[103]. Esta loa al cooperativismo como motor de crecimiento económico y generador de empleo de calidad es repetida hasta la saciedad por la Organización Internacional del Trabajo[104]; así, su Recomendación núm. 193 alienta el desarrollo y el fortalecimiento de la identidad de las cooperativas basándose en: a) los valores cooperativos de autoayuda, responsabilidad personal, democracia, igualdad, equidad y solidaridad, y una ética fundada en la honestidad, transparencia, responsabilidad social e interés por los demás, y b) los principios cooperativos elaborados por el movimiento cooperativo internacional. Dichos principios son los siguientes: adhesión voluntaria y abierta; gestión democrática por parte de los socios; participación económica de los socios; autonomía e independencia; educación, formación e información; cooperación entre cooperativas, e interés por la comunidad.

Entre los distintos tipos de cooperativas, y desde la perspectiva adoptada, conviene parar la atención en las de trabajo asociado, en tanto a la hora de articular iniciativas de desarrollo, presentan grandes ventajas: participan de modo directo en la generación de empleo y suponen una forma de organización diferente al resto de empresas, estrechamente relacionada con los objetivos instrumentales de las políticas de desarrollo (cooperación, participación, implicación de la población, inserción de parados de larga duración,…).

Frente a los nuevos retos globales, que exigen flexibilidad y creatividad, estas formas de organización parten en una posición de primacía, pues contribuyen a la formación y aprendizaje de sus socios. En los últimos años, mientras se destruían debido a la crisis puestos de trabajo en las organizaciones productivas tradicionales, se han creado en las cooperativas de trabajo asociado, manteniéndose dicho potencial a día de hoy[105]. Estas cooperativas de trabajo asociado, en la denominación estatal, son cuantas "tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros" (art. 80 Ley 27/1999).

[103] BURGOS ROSADO, L.: "El autoempleo como fórmula de emancipación de los jóvenes. Especial referencia a las empresas de economía social", cit., pág. 302.

[104] Informe V de la OIT: Promoción de las cooperativas de la Oficina Internacional del Trabajo tratado en el quinto punto del orden del día de la 89ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra en junio de 2001, págs. 20, 29, 39, 82, 139..., donde, al igual que en la legislación nacional, se hacen continuas referencias al papel que juegan las cooperativas en el aumento del empleo como oferente de oportunidades de trabajo, facilitando "[un] empleo regular, empleo remunerado[...]", incitadas "en gran medida por el desempleo, la reestructuración económica [...]".

[105] DE NIEVES NIETO, N.: *Cooperativas de trabajo asociado: aspectos jurídico-laborales*, cit., pág. 165.

En cuanto a las relaciones laborales dentro de este tipo de cooperativa, conviven los socios trabajadores con los tradicionales trabajadores por cuenta ajena. La relación que une a los primeros con la cooperativa es un vínculo societario[106] ("relación societaria y autogestionada de acuerdo con las normas estatales y autonómicas reguladoras sobre la materia"[107]), pero las condiciones de su prestación de servicios se asemejan a las previstas para un empleado por cuenta ajena[108] (puede decirse así que el trabajador de la cooperativa de trabajo asociado tiene "alma" de trabajador autónomo y "cuerpo" de trabajador dependiente[109]), pero pasadas por el tamiz de la cooperativa[110]. En relación con su protección social, las cooperativas de trabajo asociado pueden optar, estatutaria y globalmente, por el encuadramiento de sus socios trabajadores como autónomos o como asimilados a trabajadores por cuenta ajena. La flexibilidad concedida permite elegir el régimen más conveniente en cada caso teniendo en cuenta las características de cada uno y las prestaciones que ofrece (elección de bases, compatibilidad, jubilación anticipada,…). Sin embargo, para los nuevos cooperativistas deviene una imposición, sobre todo si la opción se realiza a favor del Régimen de Autónomos, con las carencias en protección social de todos conocidas (y más si se "opta" por la base mínima de cotización). Más aún, si la elección desaparece para los nuevos cooperativistas, para los socios fundadores puede eliminarse también en aquellos casos en los que el recurso a este tipo de entidad deviene imposición y no decisión, con la consiguiente falta de maniobra a la hora de definir el encuadramiento en el sistema.

Aun cuando respecto a las dos últimas entidades analizadas no cabe extender las deficiencias analizadas en materia de protección social, el legislador sopesando ambas medidas (que nada indica que sean contradictorias) parece haber inclinado la balanza a favor de una regulación menos social y solidaria.

Así, las sociedades laborales se asemejan a las cooperativas en la participación de los trabajadores en la titularidad de la empresa y su configuración como medio de autoempleo, con frecuencia como respuesta frente a situaciones de crisis en empresas, aunque se diferencian en el elemento personalista y democrático y en las finalidades de ayuda mutua y responsabilidad social propios de aquéllas y no, en principio y conceptualmente, de éstas[111].

[106] Sobre las zonas grises provocadas, por todos MONEREO PÉREZ, J.L. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: "La configuración técnica de la relación laboral del socio trabajador de cooperativas de trabajo asociado", *Revista General de Derecho del Trabajo*, núm. 37, 2014, págs. 14 y ss.

[107] "Convirtiendo materialmente al socio en trabajador por cuenta propia, aunque, en menor medida, trabajador autónomo independiente, ya que las exigencias propias de cualquier actividad productiva colectiva y organizada imponen normalmente cierto grado de dependencia o subordinación técnica o profesional en el desempeño de la prestación coordinada de servicios, incluido el sometimiento al régimen disciplinario cooperativo, de carácter societario", GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: *El trabajo asociado: cooperativas y otras sociedades de trabajo*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008.

[108] GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: *El trabajo asociado: cooperativas y otras sociedades de trabajo*, cit.

[109] GARCÍA BLASCO, J.: "La protección social de los trabajadores de cooperativas de trabajo social: entre la crisis económica y las nuevas reglas ¿mayor protección?", *Revista General de Derecho del Trabajo*, núm. 37, 2014, pág. 2.

[110] Esta regulación también les será de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas agrarias, de las de enseñanza y sanitarias y a los de aquéllas calificadas como de iniciativa social (Ley 27/1999). Al respecto, MONTOYA MELGAR, A.: "Sobre el socio-trabajador de la cooperativa de trabajo asociado", en AA.VV. *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Bayón*, Madrid, Tecnos, 1980, págs. 145 y ss.

[111] GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: *El trabajo asociado: cooperativas y otras sociedades de trabajo*, cit., pág. 131.

Aparecen reguladas, con carácter general para toda España al carecer las Comunidades Autónomas de competencia en la materia, por la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas.

Estas organizaciones son sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que la mayoría del capital social es propiedad de trabajadores con contrato indefinido y acrediten cumplir los requisitos establecidos en dicha norma reguladora (art. 1.2): a) que al menos la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido; b) que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social, salvo que la sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en la que tanto el capital social como los derechos de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento, con la obligación de que en el plazo máximo de 36 meses se ajusten al límite; se trate de socios que sean entidades públicas, de participación mayoritariamente pública, entidades no lucrativas o de la economía social, en cuyo caso la participación podrá superar dicho límite, sin alcanzar el cincuenta por ciento del capital social; c) que el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios no sea superior al cuarenta y nueve por ciento del cómputo global de horas-año trabajadas en la sociedad laboral por el conjunto de los socios trabajadores. No computará para el cálculo de este límite el trabajo realizado por los trabajadores con discapacidad de cualquier clase en grado igual o superior al treinta y tres por ciento.

La gran diferencia con las sociedades anónimas y limitadas "ordinarias" radica en la división de las acciones y participaciones en dos clases: las que sean propiedad de los trabajadores cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido –clase laboral– y las restantes –clase general– (art. 5). La adquisición, transmisión y cambio de clase están sujetas a la norma específica contenida en la Ley reguladora[112]. En estas sociedades, como en el resto, la participación en la toma de decisiones no es democrática, sino proporcional a la participación en el capital, igual que el reparto de beneficios[113].

En fin, y como último ejemplo, la Ley 44/2015 regula las sociedades participadas por los trabajadores, definiendo por primera vez en España dicho concepto. Considera como tales no solo a las propias sociedades laborales, sino a cualesquiera otras sociedades en las que los socios trabajadores posean capital social y derechos de voto. Conforme a la definición, las sociedades participadas son sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no cumplen los requisitos para añadir el calificativo de laboral, pero promueven el acceso a la condición de socios de los trabajadores, así como las distintas formas de participación de los mismos, en particular a través de la representación legal de los trabajadores, y cumplen alguno de los siguientes requisitos (art. 19): a) que cuenten con trabajadores que posean participación en el capital y/o en los resultados de la sociedad; b)

[112] Sobre su reforma, LÓPEZ I MORA, F.: "Las sociedades laborales a reforma", en AA.VV.: *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, págs. 73 y ss.

[113] BURGOS ROSADO, L.: "El autoempleo como fórmula de emancipación de los jóvenes. Especial referencia a las empresas de economía social", cit., pág. 303.

que cuenten con trabajadores que posean participación en los derechos de voto y/o en la toma de decisiones de la sociedad; c) que adopten una estrategia que fomente la incorporación de trabajadores a la condición de socios, y; d) que promuevan los principios recogidos en el artículo anterior.

En todo caso, su actuación deberá ser diligente, leal, responsable y transparente; deberán favorecer la generación de empleo estable y de calidad, la integración como socios de los trabajadores, y adoptarán políticas o estrategias de responsabilidad social, fomentando las prácticas de buen gobierno, el comportamiento ético y la transparencia.

Los principios que rigen su actuación son semejantes al resto de entidades de economía social, si bien más diluida (art. 18.2): a) promoción del acceso de los trabajadores al capital social y/o a los resultados de la empresa; b) fomento de la participación de los trabajadores en la toma de decisiones de la sociedad, y; c) promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad.

El tratamiento dado a estas sociedades participadas ha merecido la calificación de "parca, incompleta e insuficiente"[114], pues, al cabo, parece limitarse a realizar declaraciones de intenciones ("los poderes públicos promoverán la constitución y desarrollo de las sociedades participadas por los trabajadores"; "la participación de los trabajadores en los resultados y en la toma de decisiones de las sociedades contribuye al aumento de la autonomía del trabajador en su lugar de trabajo, y fomenta la colaboración en la estrategia futura de la empresa" –art. 18–).

8. CONCLUSIÓN. LA APUESTA POR UNA RENTA MÍNIMA GARANTIZADA

Aun cuando todas estas figuras contribuyen, en el corto plazo, a abaratar costes al sistema de protección social, lo cierto es que, a su vez, aglutinan todas las notas inherentes a un trabajo precario o no debidamente protegido, que exige una reflexión en un horizonte temporal más dilatado con el fin de acometer de una vez por todas deficiencias estructurales. Si difícil es, para ellos, el acceso a una prestación contributiva por desempleo, no lo es menos el disfrute de un subsidio. Sólo les asiste, por tanto, la posibilidad de conseguir la renta social de su Comunidad Autónoma, que, amparada en la asunción de competencias autonómicas en materia de asistencia social, tendrá mayor o menor duración y cuantía económica en función del lugar de residencia. Ello sin olvidar que este recurso va deviniendo también limitado, pues los fondos destinados a su sostenimiento, lejos de aumentar han sufrido un descenso fruto del compromiso de las Autonomías de reducir el déficit[115].

Conviene plantear, en este contexto, la conveniencia de unificar, bajo la cobertura del art. 149.1.1ª CE o del art. 149.1.17ª CE, en una única norma estatal, la atención todas las situaciones

[114] Dictamen del CES núm. 6/2015.

[115] VIQUEIRA PÉREZ, C.: "El sistema de protección social ante las situaciones de exclusión: exclusión social y desempleo", *DL*, núm. 104, 2015, vol. II, pág. 42.

de necesidad[116], reformulando a tal fin el diseño actual de las prestaciones no contributivas, que más allá de los complementos a mínimos de las pensiones de incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia, del tercer nivel de desempleo, del núcleo de las pensiones asistenciales de jubilación e incapacidad permanente y de las atenciones familiares, dejan variadas situaciones de necesidad sin cubrir, ligadas sobre todo a circunstancias relacionadas con la precariedad o con la dispensa de prestaciones de servicios no cubierta por los cauces ordinarios del contrato de trabajo, que, sin embargo, ayudan de forma clara a reducir costes al sistema de Seguridad Social. Es menester, pues, promulgar una Ley Estatal sobre la materia que establezca criterios homogéneos de acceso, cuantías y niveles de protección, acompañada de una dotación presupuestaria adecuada que garantice la inmediatez del derecho, agilizando tiempos de respuesta y simplificando la tramitación administrativa para no agravar la situación de los solicitantes[117]. El propio Comité Europeo de Derechos Sociales ha alertado sobre la vulneración por el Estado Español del art. 13.1 de la Carta Social Europea por cuatro motivos concretos: el reconocimiento de la renta mínima se subordina a una condición de residencia, que oscila entre seis meses y tres años según las Comunidades Autónomas; se condiciona a criterios de edad; no es satisfecha durante todo el tiempo que persista la situación de necesidad; y el nivel de asistencia social es manifiestamente insuficiente, excepto en el País Vasco y Navarra, que son las únicas Autonomías en las que se supera el umbral de pobreza. En este escenario, el Comité Europeo hace notar que la circunstancia relativa a que, en el orden jurídico interno, la asistencia social sea competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, no constituye pretexto alguno para "exonerar a un Estado parte de las obligaciones que ha suscrito al ratificar la Carta", puesto que incluso "cuando el Derecho interno atribuye a instancias locales o regionales la responsabilidad de ejercer una concreta función, los Estados parte siguen compelidos, en virtud de sus obligaciones internacionales, a velar por que esas responsabilidades sean correctamente asumidas"[118].

Cabe apostar, pues, por la creación de una nueva prestación de renta mínima garantizada (recurso mínimo de subsistencia, renta básica o salario ciudadano)[119]. Dentro del nivel no contributivo del sistema de Seguridad Social, siendo asumida íntegramente su financiación a través del Presupuesto del Estado[120], lo cual va a permitir caminar hacia un cumplimiento más completo del art. 41 CE, que recoge la exigencia de proteger a todos los ciudadanos que se encuentren en situación de necesidad económica, abstracción hecha de la causa u origen inmediato de ella[121].

[116] ROJO TORRECILLA, E.: "Empleo y protección social ante situaciones de exclusión. Reflexiones generales y análisis de los programas PREPARA y PAE", *DL*, núm. 104, 2015, Vol. II, pág. 24.

[117] GARCÍA ROMERO, B.: "La protección social española frente a situaciones de exclusión social: deficiencias y propuestas de mejora", cit., pág. 71.

[118] JIMENA QUESADA, L.: "La protección internacional de los derechos sociales y laborales", *DS*, núm. 65, 2015, pág. 21 ó SALCEDO BELTRÁN, M.C.: "Incumplimientos de la Carta Social Europea por España: conclusiones XX-2 (2013)", *DS*, núm. 66, 2014, pág. 239.

[119] GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Derecho Administrativo y Derecho del Trabajo", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 6, 2015, pág. 643.

[120] SUÁREZ CORUJO, B.: "Una prestación de renta mínima garantizada: reflexiones sobre su encaje competencial en el marco constitucional", *Información Laboral*, núm. 10, 2014, pág. 58.

[121] AZNAR LÓPEZ, M.: "¿Hacia el big-crunch de la Seguridad Social española? De nuevo en torno al modelo constitucional de Seguridad Social", *Trabajo y Derecho*, núm. 9, 2015, pág. 68.

Prohibiciones administrativas para el ejercicio de algunas profesiones e incapacidad permanente (en concreto, sobre la epilepsia)

Administrative prohibitions for exercising some professions or occupational activities and permanent disability (specifically epilepsy)

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO
CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD JAUME I-CASTELLÓN

Resumen

Algunas enfermedades constituyen causa de exclusión de los procesos selectivos para el acceso a determinadas profesiones o impedimento para su desarrollo, si se manifiestan con posterioridad al ingreso. Estas prohibiciones parecen encontrar su fundamento en una presunta incapacidad psicofísica para la realización tales profesiones por el peligro que puede derivarse para el trabajador o para terceros, pero, en puridad, vienen a establecer una presunción iuris et de iure de incapacidad. El trabajo expone el régimen jurídico actual de prohibiciones en relación a una enfermedad neurológica de alta incidencia en España: la epilepsia, y su eventual consideración como causa determinante de incapacidad permanente para la profesión habitual o de acceso al retiro por inutilidad, en el ámbito del sistema de Clases Pasivas.

Palabras clave

Incapacidad permanente total; profesión habitual; epilepsia; aptitud psicofísica; características físicas; discapacidad; Fuerzas Armadas; Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado; vigilantes de seguridad; Ayudantes de Instituciones Penitenciarias; transporte aéreo; transporte marítimo; transporte terrestre; transporte ferroviario; Clases Pasivas; inutilidad para el servicio

Abstract

Some diseases are the reason to exclude some professions from selection processes, or impede their undertaking, if manifested after being employed. The basis of these prohibitions seems to lie in a presumed psychophysical disability to exercise these professions given the possible danger for employees or third parties but, strictly speaking, they establish presumed iuris et de iure disability. The present work presents today's legal system for prohibitions related with a neurological disease of high incidence in Spain, epilepsy, and its possible consideration as a determining cause of permanent disability for one's habitual profession.

Keywords

permanent total disability; habitual profession; epilepsy; psychophysical attitude; physical characteristics; disability; Armed Forces; State Security and Defense Forces; security agents; penitentiary centre assistants; air transport; maritime transport; land transport; rail transport

1. INTRODUCCIÓN

Son abundantes las normas, de distinto rango, que establecen prohibiciones en relación al ejercicio de algunas actividades profesionales cuando el trabajador está aquejado de determinadas enfermedades, prohibiciones que parecen encontrar su fundamento en una presunta incapacidad psicofísica para la realización de dicha profesión y, especialmente, por el peligro que puede derivarse para el trabajador o para terceras personas de su ejecución

pero que, en puridad, vienen a establecer una presunción *iuris et de iure* de incapacidad para el ejercicio de dicha profesión.

Temporalmente, estas prohibiciones pueden operar, en dos momentos diferentes.

En primer lugar, como impedimento para el acceso a la profesión respecto de la que se predica la prohibición (configurándose, en el ámbito del empleo público, como causas de exclusión en los procesos selectivos), excluyendo a las personas que sufren estas enfermedades de la posibilidad de desempeñarla. Estas mismas causas de exclusión se predican, como es sabido, no siempre de enfermedades o patologías sino de "características físicas" tales como altura, peso o incluso edad, especialmente en el ámbito de la seguridad pública, excluyendo así del acceso a determinadas profesiones (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; Fuerzas Armadas; Guardia Civil; entre otras) a aquellas personas que no poseen dichas características. Aun siendo temas que merecen una distinta consideración, estas exclusiones pueden suscitar en algunos casos dudas sobre su adecuación al principio constitucional de igualdad y no discriminación y el derecho de acceso al trabajo (arts. 14 y 35 CE), siendo coincidentes ambos supuestos en la presunción *iuris et de iure* de incapacidad para la realización de dicha actividad profesional por la concurrencia de la enfermedad o la ausencia de las características físicas demandadas. En este sentido, no está de más recordar que la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, permite la posibilidad de que los Estados miembros no apliquen dicha Directiva a las Fuerzas Armadas (art. 3.4) y también considera que el eventual establecimiento por los Estados miembros de diferencias de trato basadas en una característica relacionada con cualquiera de los motivos a los que se refiere la citada Directiva (religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual), no tiene carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleva a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado (art. 4.1)[1]. En este sentido, hay que recordar también que las

[1] En este sentido, la reciente STJUE de 15 de noviembre de 2016 (Asunto C-258/15; Gorka Salaberría Sorondo y Academia Vasca de Policía y Emergencias) acaba de declarar que la citada Directiva no se opone a una norma como la controvertida –la Resolución de 1 de abril de 2014 de la Directora General de la Academia Vasca de Policía y Emergencias, por la que se convoca procedimiento selectivo para ingreso en la categoría de Agente de la Escala Básica de la Ertzaintza (BOPV nº 82, de 1 de abril de 2014)–, que establece que los candidatos a puestos de agentes de un cuerpo de policía que ejercen todas las funciones operativas o ejecutivas que corresponden a dicho cuerpo no deben haber cumplido la edad de 35 años. Previamente, en la STJUE de 12 de enero de 2010, (C-229/08; Wolf), el Tribunal de Justicia ya había declarado que el artículo 4.1 de esa Directiva no se oponía a una normativa nacional que fijaba en 30 años la edad máxima para la contratación en el servicio técnico medio de bomberos. Sin embargo, en la STJUE de 13 de noviembre de 2014, (C‑416/13; Vital Pérez C), en el Tribunal de Justicia declaró que los artículos 2, apartado 2, 4, apartado 1, y 6, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78 se oponían a una normativa nacional que fijaba en 30 años la edad máxima para acceder a una plaza de agente de la Policía Local. El TSJ País Vasco presentó la cuestión prejudicial que da lugar a la Sentencia Salaberria Sorondo en el entendimiento de que la Sentencia Vital Pérez no era aplicable a la Ertzaintza porque las funciones que el ordenamiento jurídico español reserva a los agentes de Policía Local son distintas de las que se asignan a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Estas últimas funciones se corresponden con las que se atribuyen a una policía integral, que debe velar por el orden público y la seguridad ciudadana, en todos sus aspectos.
Es de significar que sendas SSTS (Cont-admvo) de 21-3-2011 (núm. recurso 184/2008 y 626/2009) declaran nulo el límite de edad de 30 años establecido en el art. 7 RD 614/1995, de 21 de abril, por el que se aprueba el
(...)

personas con discapacidad tienen reconocido el derecho al trabajo en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación, garantía y efectividad de los derechos a la igualdad de trato y de oportunidades que alcanza también al acceso al empleo, existiendo la obligación empresarial de adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación (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).

Pero, en segundo lugar, cuando la enfermedad sobreviene o se manifiesta con posterioridad al ingreso en dicha profesión o empleo, cabe cuestionarse cuáles son sus efectos sobre el mantenimiento de la relación laboral y/funcionarial y, en el ámbito del sistema de seguridad social; es decir, si conlleva una automaticidad en el acceso a la incapacidad permanente para la profesión habitual o si, por el contrario, en ambos casos queda margen para la valoración de la efectiva incapacidad del trabajador individualmente considerado para el desempeño de la actividad profesional, especialmente en aquellas enfermedades que pueden manifestarse con diferente grado de intensidad, o en las que un adecuado tratamiento médico reduce o elimina de forma completa sus manifestaciones más graves y siempre que el tratamiento farmacológico no conlleve efectos secundarios que también puedan tener incidencia en la seguridad propia o ajena en el desarrollo de la actividad.

La epilepsia es una de estas enfermedades. A veces, se contempla directamente como causa de exclusión de los procesos selectivos. Valga de ejemplo la convocatoria[2] a las pruebas selectivas de la Ertzaitza que ha dado lugar a la reciente y ya citada STJUE Salaberria Sorondo y también, más recientemente, la convocatoria a pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias[3], pero, como regulación general, las normas que aprueban los criterios para la determinación de la aptitud psicofísica en determinadas profesiones suelen recoger la epilepsia, si bien no siempre le anudan las mismas consecuencias en relación a la aptitud, como veremos posteriormente. En otros casos, se contempla como causa que impide la obtención del certificado de aptitud psicofísica para el ejercicio de determinadas profesiones o para la obtención de determinadas autorizaciones administrativas precisas para el ejercicio de algunas profesiones (permiso de circulación o permiso de armas, entre otras).

Reglamento de los Procesos Selectivos y de formación en el Cuerpo Nacional de Policía. Por su parte, la STS (Cont.-admvo.) de 1-2-2016 (Rec. Casación núm 969/2013) (BOE de 30-3-2016) ha declarado nulo el apartado 3.b) del Real Decreto 597/2002, de 28 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso en los centros docentes de formación del Cuerpo de la Guardia Civil que exigía a los aspirantes a la enseñanza de formación para acceso a las Escalas Facultativa Superior y Facultativa Técnica, no superar los 30 años. Este requisito sí se exige, sin embargo, para el acceso a la Escala de Cabos y Guardas.

[2] Resolución de 1 de abril de 2014 de la Directora General de la Academia Vasca de Policía y Emergencias, por la que se convoca procedimiento selectivo para ingreso en la categoría de Agente de la Escala Básica de la Ertzaintza (BOPV nº 82, de 1 de abril de 2014).

[3] Orden INT/1085/2016, de 30 de junio, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso, por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias (BOE de 6-7-2016).

En relación a la epilepsia, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 26-4-2016 (núm. rec. 2420/2015) ha desestimado recientemente el recurso de suplicación presentado por un vigilante de seguridad aquejado de esta enfermedad contra la sentencia de instancia[4] que denegó su solicitud de incapacidad permanente para su profesión habitual. Ambas sentencias fundamentan su fallo en que, de acuerdo con los hechos probados y no cuestionados por ninguna de las partes, aunque el trabajador estaba aquejado de una epilepsia, estaba bien controlada y en un proceso evolutivo favorable, de acuerdo con los Informes médicos que fueron aportados, a lo que había que añadir que los diferentes reconocimientos médicos a los que periódicamente fue sometido el trabajador –tal y como prescribe la normativa aplicable– en ningún momento pusieron de manifiesto su incapacidad para el desempeño de su profesión. En puridad, dichos informes concluían en que el trabajador acreditaba la posibilidad real de ejercer el trabajo de vigilante de seguridad, posibilidad que también se recogía en el certificado de la revisión llevada a cabo por el Servicio de Prevención. Prima, así, en el juicio del TSJ Comunidad Valenciana, aunque la sentencia de suplicación no lo mencione expresamente, el criterio de valoración "subjetiva" que inspira todavía –aunque con una muy prolongada e indefinida transitoriedad– la calificación de la incapacidad permanente frente a la norma reglamentaria que fija las enfermedades condicionantes para la obtención y mantenimiento de la habilitación para la prestación de servicios de seguridad privada (Real Decreto 2487/1998, de 20 de noviembre, por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada) que, entre las enfermedades del sistema nervioso, incluye la epilepsia sin mayores matizaciones que tengan en consideración su frecuencia, duración y las manifestaciones clínicas de las crisis comiciales. En el caso al que se refiere estas sentencias, el trabajador, que inició el año 2001 su prestación de servicios como vigilante de seguridad en una refinería de petróleo, sólo había sufrido tres crisis comiciales desde que se le diagnosticó la enfermedad el año 2004 (los años 2006, 2009 y 2013), que fueron en general, de corta duración y síntomas leves, y no se repitieron mientras mantuvo el tratamiento farmacológico prescrito. Es de significar que los hechos probados de la sentencia de instancia hacen referencia expresa al hecho de que el trabajador no acreditaba ningún periodo de incapacidad temporal por dicha causa, ni constaba tampoco que al actor se le hubiera retirado la licencia de armas –y de hecho, entre los fundamentos jurídicos de esta última se afirma expresamente que la profesión de vigilante de seguridad no siempre implica el uso de armas y que el trabajador fue cambiado de puesto de trabajo en el última empresa, pudiendo desempeñar sus funciones sin armas–.

2. EPILEPSIA, REALIZACIÓN DE ACTIVIDAD LABORAL Y PROFESIONES PROHIBIDAS: RELEVANCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CALIFICACIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

Es de sobra conocido el elevado grado de subjetivismo que interviene en la calificación de la incapacidad permanente, lo que llevó al legislador de 1997 a una reforma legal que, por falta del preciso desarrollo reglamentario al que estaba condicionada su efectividad, se encuentra en estado de coma y, presumiblemente, no esté lejos su completa defunción. El hecho de que la incapacidad permanente contributiva proteja, en su grado de

[4] Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón de 10-6-2015 (nº sentencia 275/15) (núm. expediente 223/2014).

incapacidad permanente total, la capacidad laboral residual del trabajador en relación con la profesión habitual que desempeñaba el trabajador al tiempo de sufrir el accidente o en el caso de la enfermedad, aquélla a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el tiempo, anterior a la iniciación de la actividad, que reglamentariamente se determine (D.T.26ª TRLGSS)[5], imposibilita la concreción genérica o indiferenciada de un listado de enfermedades o patologías determinantes de uno u otro grado de incapacidad permanente, pues aquella lesión que puede ser totalmente irrelevante para el desarrollo de una actividad profesional, puede imposibilitar completamente la ejecución de otra. No hay que olvidar que la situación protegida por la prestación económica de incapacidad permanente en su modalidad contributiva –configurada sobre la noción de riesgo–, a diferencia de la invalidez no contributiva, es la pérdida de ganancia que se deriva de la incapacidad laboral sobrevenida a consecuencia de una lesión funcional o anatómica grave y presumiblemente permanente, lesión que proviene de un accidente o una enfermedad (posterior a la afiliación), pero que siempre hay que poner en relación con la capacidad laboral que subsiste tras la consolidación de la lesión funcional o anatómica y que, necesariamente hay que poner en conexión –en los dos primeros grados de incapacidad– con la profesión realizada por el trabajador al tiempo de sobrevenirle la misma.

Por el contrario, el hecho de que la invalidez no contributiva contemple como situación protegida la anulación o modificación de la capacidad física, psíquica o sensorial derivadas de deficiencias (previsiblemente) permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no (art. 367 TRLGSS) es lo que permite que el grado de discapacidad pueda determinarse mediante la aplicación de un baremo genérico a efectos de la medición de esas capacidades vitales (ya no meramente laborales), baremo[6] en el que, por cierto, se recoge la epilepsia, pero sólo cuando es refractaria a los tratamientos farmacológicos y dependiendo el grado de discapacidad atribuible al número y tipo de crisis, siendo de significar que califica como leve (clase 2: 1-24 % discapacidad) la epilepsia refractaria cuando presenta menos de un episodio o crisis comicial mensual lo que contrasta significativamente con los parámetros que aplica la jurisprudencia y doctrina judicial en el ámbito contributivo.

El legislador, por tanto, es plenamente consciente de que la epilepsia es una enfermedad primaria o secundaria, de muy variada etiología y que se manifiesta con muy distintos grados de intensidad[7] y por tanto, que genera variada limitación funcional[8], y que puede controlarse con tratamiento farmacológico adecuado (sin perjuicio del riesgo que

[5] La jurisprudencia, ante la falta de desarrollo reglamentario del precepto, ha considerado como tal "la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que estaba encuadrado cuando se produjo la patología invalidante" [STS de 18-1-2007 (RJ 2007, 1744)]. Con todo, la D.T.26ª del actual TRLGSS declara como vigente hasta que se produzca el citado desarrollo reglamentario la siguiente redacción: art. 194.2: 2. Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine".

[6] Aprobado por RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

[7] Vid. AA.VV (Dir. RIVAS VALLEJO, P.), "Tratado médico-legal sobre Incapacidades Laborales. La incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico", Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 730-731.

[8] PÉREZ PINEDA, B.; GARCÍA BLAZQUEZ, M.; y GARCÍA-BLAZQUEZ PÉREZ, M., "Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente", Granada (Comares), 4ª ed., 2000, págs. 398-400.

deriva, en ocasiones, de los efectos secundarios de los fármacos antiepilépticos) y que no limita las actividades del sujeto y que las ocasionales y transitorias crisis comiciales que pueden aparecer, suelen ser por indisciplina terapéutica, interacciones farmacológicas o por la aparición de enfermedades intercurrentes. Desde otra perspectiva, la de la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación, la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, clasifica las epilepsias postraumáticas atendiendo a la existencia o no de pérdida de conciencia y, en este último caso, según su respuesta al control atendiendo al número de crisis anuales, con la finalidad de encuadrarla en la puntuación más adecuada, lo que puede traducirse en indemnizaciones de muy diferentes cuantías.

Vaya por delante, por tanto, que la epilepsia no excluye, *per se*, la realización de toda actividad laboral y así lo ha reconocido en bastantes ocasiones la jurisprudencia que ha tenido ocasión de manifestarse sobre el particular, que ha concedido distinto tratamiento según los casos y atendiendo a la valoración del tipo, frecuencia y gravedad de los episodios y la capacidad funcional del trabajador[9]. Sin embargo, según los datos disponibles, los

[9] Ya en 1987 el Tribunal Supremo se manifestó acerca de la variada gama de manifestaciones y, por consiguiente, de calificación o no de IP y el alguno de sus grados, de la epilepsia. Como recuerda la STSJ Cataluña de 18-12-2001 (núm. rec. 2025/2000): *"Efectivamente, la STS de 3-3-1987 señalaba: "(...) la epilepsia como se afirma en las sentencias del Alto Tribunal de 10-12-1977, 18-12-1980 y 21-6-1982 es una enfermedad con tan variada gama de matices, grados y crisis que, por si misma, no puede tipificarse en una determinada situación de invalidez, al poder distintos grados que contempla el art. 137 LGSS. (...) el Tribunal ha tratado de manera diferente la epilepsia en grado de "pequeño mal" (STS de 18-12-1980), la epilepsia controlada mediante medicación adecuada (STS de 28-5-1979), la epilepsia controlada médicamente (STS de 18-12-1978), la epilepsia susceptible de tratamiento médico (STS de 26-12-1976), etc. Mas cuando la enfermedad alcanza otros parámetros es significativa la resolución del Alto Tribunal de 23-7-1986: (...) como razona la Sentencia de esta Sala de 4-12-1984, la sola existencia de epilepsia con ataques de "gran mal" descubre la naturaleza y alcance de las lesiones, pues (...) dicha enfermedad viene acompañada, en general, de pérdida súbita del conocimiento, conclusiones tónicas y clónicas y coma, y cuando los ataques epilépticos tienen las características apuntadas representan un peligro tanto en los desplazamientos de ida y vuelta al trabajo como en la propia actividad laboral. Y en el mismo sentido las Resoluciones del Tribunal Supremo de 1-10-1986 y de 3-3-1987. La calificación jurídica de la resultas de dicha enfermedad no siempre es idéntica conforme a lo expuesto acudiendo fundamentalmente la jurisprudencia (y así se recuerda en STS de 15-4-1999) a la frecuencia o ritmo en que aparecen las crisis epilépticas, estimándose como constitutivos de IPA las que se repiten con periodicidad mensual (S. 20-4-1987), la epilepsia tipo gran mal con crisis bimensuales (S. 29-4-1991), las crisis comiciales frecuentes (S. 18-7-1987); en cambio, se ha entendido que sólo son tributarias de IPT para el desempeño de la profesión habitual las crisis espaciadas o episódicas (S. 21-5-1987) o las que tienen lugar tres o cuatro veces al año (S.7-3-1987)".* En relación a gran mal, reconocimiento la IPA: vid. también STS de 5-5-1987 (RJ 1987\3246), STS de 9-12-1986 (RJ 1986, 7304), STS de 18-12-1986 (RJ 1986, 5360), STS de 23-7-1986 (RJ 1986, 4290), STS de 4-12-1984 (RJ 1984, 6335), La STS de 2-12-1987 (RJ 1987, 8813) reconoce la IPA porque "si bien las manifestaciones de gran mal se producen a un ritmo muy distanciado, las que son consecuencia del pequeño mal, las ausencias, le provocan pérdida de memoria "muy a menudo". La STS de 4-12-1984 (RJ 1984, 6335) declara una IPT ante una epilepsia calificada como pequeño mal.
En suplicación la casuística es muy variada. Por señalar algunos ejemplos, la desestima en supuestos de epilepsia parcial, la STSJ País Vasco de 29-1-1999 (núm. rec. 2274/1998). En un supuesto de crisis comiciales trimestrales, se desestima la solicitud de IPA, manteniéndose la calificación que le fue reconocida de IPT para la profesión de limpiadora la STSJ Cataluña de 29-1-1998 (AS 1998, 565). La STSJ Baleares de 4-10-2004 (núm. rec. 391/2004) declara la IPA en un supuesto de trabajador diagnosticado de epilepsia a los 10 años pero cuya enfermedad se ha agravado en los últimos seis años sufriendo las crisis con periodicidad mensual a lo que añade que en el periodo intercrisis sufre patologías de la memoria y alteraciones del ánimo (disforia, cuadros depresivos, problemas de concentración y atención, comportamiento impulsivo). La STSJ Andalucía (Sevilla) de 5-7-2003 (núm. rec. 2232/2000) reconoce la IPT a un trabajador a quien previamente y a resultas de un accidente laboral se le había calificado como IPP por mano derecha catastrófica, como IPT para su profesión de peón de muelle de carga porque con posterioridad se le manifiesta una epilepsia generalizada primaria, con *(...)*

enfermos con epilepsia sufren con frecuencia el estigma de la enfermedad y les resulta difícil el acceso al empleo[10]. Como señala la doctrina[11], *"no es posible hablar de epilepsia en general como proceso incapacitante porque las epilepsias pueden tener distinta localización y repercusión funcional (…) y hay que entenderla en relación con la capacidad laboral de acuerdo con dos factores básicos: la gravedad sintomática y la frecuencia de los episodios, y otros secundarios, como son los agentes relacionados con las crisis o episodios agudos y la constitución psíquica del epiléptico"*. En relación a esta última cuestión, está suficientemente acreditado que algunos agentes externos –y entre ellos, determinadas condiciones en las que se desarrolla el trabajo– influyen en la generación de crisis, su gravedad y su frecuencia, algunos de tipo general (luces intensas, aglomeraciones de gente, inversión en los ciclos del sueño y por tanto, los trabajos a turnos y el trabajo nocturno) y otros de carácter singular, de cada enfermo epiléptico[12]. Otros autores apuntan un mayor espectro de riesgos laborales que pueden actuar sobre el trabajador epiléptico y a los que debe prestarse especial atención en la evaluación de riesgos laborales, que necesariamente debe realizarse teniendo en cuenta las características de los trabajadores que van a desempeñarlos (art. 16.2 LPRL): además de los anteriores, el ambiente térmico, las vibraciones, el ruido, las cargas estáticas y dinámicas, las cargas mentales (especialmente el estrés), los aspectos psicosociales, la duración de la jornada, el uso de herramientas y la manipulación de cargas, entre otras[13]. En esta evaluación de riesgos igualmente es preciso atender como factor de riesgo a los efectos secundarios asociados a los fármacos antiepilépticos.

pérdidas de conocimiento y caídas al suelo, con riesgo para el trabajador y terceros. Descarta la revisión del grado reconocido solicitado por un beneficiario de IPT, la STSJ Murcia de 4-5-1998 (núm. rec. 603/1997) al considerar que la enfermedad por la que se le reconoció la IPT (artrosis) no se ha agravado sin que la epilepsia que se le diagnóstica tenga el efecto solicitado. La STSJ Cataluña de 25-2-2003 (núm. rec. 2314/2002) califica de IPA una epilepsia con crisis motoras desde la infancia, con crisis severas con caída cada dos días con dificultad para su control farmacológico. Declara la IPT para la profesión de limpiadora y no la IPA solicitada la STSJ Cataluña de 29-1-1998 (AS 1998, 565). Mas recientemente, la STSJ Galicia de 23-10-2015 (núm. rec. 1900/2014) reconoce la IPA a un trabajador con dos o tres crisis mensuales, con caídas al suelo, pérdida de control de esfínteres y amnesia del episodio "(…) y si bien es cierto que propiamente no presenta sintomatología intercrisis, de ahí no se puede deducir que esas crisis no le causen secuelas físicas o psiquiátricas en esos periodos derivadas del impacto y lógico trauma que las mismas producen sobre su vida, si tampoco se puede deducir que ello no afecte en absoluto ni a su capacidad laboral ni a la percepción de su empleabilidad por quienes pueden contratarlo".

Desestima la IPT solicitada la STSJ Cataluña de 21-12-1998 (AS 1998, 7329) en una epilepsia primaria en tratamiento con remota última crisis (1986) y para la profesión habitual de pintora. También se desestima (la IPT y la IPP) en un supuesto de epilepsia controlada con medicación la STSJ Murcia de 18-2-2013 (núm. rec. 803/2012). Desestima la IPT en un supuesto de epilepsia postraumática acompañada de pluripatologías la STSJ Murcia de 30-6-2009 (núm. rec. 586/2009). La STSJ Murcia de 19-9-2008 (núm. rec. 577/2008) desestima la IPT para la profesión de administrativo de unas crisis epilépticas parciales complejas.

[10] Vid. GARCÍA RAMOS, R.; GARCÍA PASTOR, A.; MASJUAN, J.; SÁNCHEZ, C.; y GIL, A., "Informe FEEN: Informe sociosantario FEEN sobre la epilepsia en España", Neurología 2011, 26(9):548—55, descargado de ELSEVIER. Se puede descargar en http://www.elsevier.es/es-revista-neurologia-295-linkresolver-feen-informe-sociosantario-feen-sobre-S0213485311001629 (fecha de consulta y descarga: 26-11-2016).

[11] PÉREZ PINEDA, B.; GARCÍA BLAZQUEZ, M.; y GARCÍA-BLAZQUEZ PÉREZ, M., "Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente", Granada (Comares), 4ª ed., 2000, pág. 397.

[12] PÉREZ PINEDA, B.; GARCÍA BLAZQUEZ, M.; y GARCÍA-BLAZQUEZ PÉREZ, M., "Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente", Granada (Comares), 4ª ed., 2000, pág. 407.

[13] VICENTE-HERRERO, Mª T.; RAMÍREZ-IÑIGUEZ DE LA TORRE, Mª V.; CAPDEVILA-GARCÍA, L.; TERRADILLOS-GARCÍA, Mª J., LÓPEZ-GONZÁLEZ, A. A.; AGUILAR-JIMÉNEZ, E., "Epilepsia y trabajo: riesgos y limitaciones. Una revisión desde la legislación preventiva española", Revista Mexicana de Neurociencia, septiembre-octubre, 2014, 15 (5).

No obstante lo señalado, son abundantes las normas que prohíben a las personas aquejadas de epilepsia el acceso a determinadas profesiones o trabajos. Así ocurre en el ámbito de las Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y también en otras profesiones en las que sin tener aquella consideración, pueden implicar el manejo de armas de fuego –Servicios de seguridad privada– u otras profesiones de seguridad pública incluso cuando no implican el uso de armas de fuego (Ayudantes de Instituciones Penitenciarias). Lo mismo ocurre en algunas actividades profesionales de transporte público o de conducción o control de determinados tipos de vehículos: pilotaje de aeronaves y helicópteros; controladores aéreos; buzos profesionales y de recreo; y también las profesiones marítimas y algunas actividades ferroviarias de mayor responsabilidad. A priori, parecen previsiones razonables desde la valoración apriorística del riesgo que las crisis epilépticas, incluso las leves, pueden suponer para el trabajador o para terceros en estas actividades porque incluso en una de sus categorizaciones mas leves, la denominada "crisis de pequeño mal", que se define como "una situación de ausencia breve de todas las funciones psíquicas, y de muy poca duración" el estado de parálisis que supone la crisis y el desconcierto que sucede a su finalización parece exigir la adopción de todo tipo de cautelas.

Curiosamente, sin embargo, en la actualidad, la epilepsia sobrevenida no necesariamente determina la inmediata pérdida de la capacidad psicofísica exigible en el ejercicio de dichas profesiones. Existe, por tanto, una aparente discordancia entre las causas que excluyen el acceso a determinados empleos y las que se aplican para su mantenimiento, así como una falta de uniformidad de los efectos de la epilepsia en la regulación de profesiones que presentan entre sí bastantes semejanzas, como se desprende del estudio de la prolija regulación específica.

2.1. La epilepsia en la normativa específica para el acceso y el ejercicio de determinadas actividades o/y profesiones: previsiones normativas

2.1.1. Fuerzas Armadas

En lo que respecta al acceso a las Fuerzas Armadas, en la actualidad es la Orden PRE/2622/2007 de 7 de septiembre, la que aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación. Dicha norma se dictó para desarrollar, por un lado, la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas cuyo art. 63 disponía la realización de pruebas en los procesos selectivos que debían servir también para acreditar las aptitudes necesarias para cursar los respectivos planes de estudio y, en desarrollo de esta, se dictó el Real Decreto 1735/2000, de 20 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso y Promoción en las Fuerzas Armadas, cuyo art. 5.6 determinaba que las pruebas para acreditar las aptitudes psicofísicas necesarias para cursar los respectivos planes de estudio se ajustarían a las cuadros de condiciones y exclusiones de aplicación general a los centros de enseñanza militar en todos los procesos selectivos. Es de señalar que la Ley 17/1999 fue derogada por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, salvo los artículos que se refieren a derechos y deberes, pero su art. 56.5 tiene el mismo contenido que el citado art. 63.

El RD 1735/2000 fue derogado por el RD 35/2010, de 15 de enero, que aprueba el vigente Reglamento para el ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas que, en lo que respecta a los procesos selectivos, faculta

al Ministro de Defensa para determinar los cuadros médicos de exclusiones y las pruebas físicas que deben superarse para el ingreso en los diferentes centros docentes militares de formación. El RD 35/2010 declara la aplicación de la Orden PRE/2622/2007 de 7 de septiembre a todos los procesos de selección.

Se ha simplificado y unificado así todo lo referente a los cuadros médicos de exclusión para el acceso a los centros de formación que dan acceso a las Fuerzas Armadas, tanto a los militares de carrera, como a los militares de complemento y a los militares profesionales de tropa y marinería. En este sentido, es claramente ejemplificativo del proceso de simplificación operado el listado de normas que se derogan por la Disposición Derogatoria de la Orden PRE/2622/2007 de 7 de septiembre. Esta Orden recoge como causa de exclusión la *"Epilepsia en todas sus formas. Crisis de actividad comicial (como los llamados equivalentes epilépticos y otras) con hallazgos electroencefalográficos significativos"*. Así pues, para el acceso a las Fuerzas Armadas, la epilepsia constituye causa de exclusión per se y sin ningún tipo de matización que atienda a la frecuencia de las crisis, o a la duración de los procesos comiciales: esto comprende desde sus manifestaciones más graves hasta las más leves", sin atender a ningún criterio valorativo.

Una vez adquirida la condición de miembro de las Fuerzas Armadas, el Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas y en desarrollo también del art. 83 de la citada Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar –que establece la realización de reconocimientos médicos y pruebas psicológicas y físicas con la periodicidad y contenido a determinar reglamentariamente– y del art. 120, que dispone igualmente que si a consecuencia de dichos reconocimientos se concluye en la insuficiencia de condiciones psicofísicas, la posibilidad de iniciar un expediente para determinar las consecuencias remitiendo a la norma reglamentaria la determinación de los procedimientos y los cuadros psicofísicos que permitan al órgano pericial emitir los dictámenes oportunos), en su anexo dedica el apartado 249 a la epilepsia diferenciando entre: *"a) Epilepsia idiopática, según etiología y repercusión funcional; y b) Sintomática, también según etiología y repercusión funcional"*. A ambos supuestos les confiere un coeficiente entre 3-5, en una escala de 1 a 5 donde 1 califica la ausencia de patología o, en su caso, alteraciones menores o banales, transitorias o permanentes. La norma señala expresamente que en aquellos casos en los que pudiendo el calificador escoger varios coeficientes decidiera aplicar el 5, debe cerciorarse de que cumple los requisitos establecidos en la propia norma reglamentaria y que la entidad del proceso y su repercusión funcional son muy marcados.

El RD 944/2001 fue modificado por el RD 401/2013 de 13 de junio y, a los efectos que ahora interesa, se añadió al final de la introducción al Anexo un nuevo párrafo cuya evidente finalidad es otorgar un margen de valoración en tanto permite la asignación de un coeficiente diferente al que figura en el cuadro del Anexo "en función de las circunstancias del peritado, acompañadas de un informe justificativo" pero también una mayor objetivización en cuanto, en el supuesto de asignación de un coeficiente 5, se dispone ahora que el informe médico pericial debe proponer, con la justificación oportuna, y explicitando de forma clara las limitaciones en cada caso, una de las cuatro opciones siguientes:

a. No puede ejercer las actividades que son exclusivas de las Fuerzas Armadas, pero puede desempeñar otras actividades en las Fuerzas Armadas comunes al ámbito laboral civil.
b. Sólo puede desempeñar actividades laborales en el ámbito civil
c. No puede desempeñar ninguna profesión u oficio
d. No puede desempeñar ninguna profesión u oficio ni las actividades de la vida diaria.

Es de significar que este RD 944/2001 derogó la Orden de 29 de enero de 1987 por la que se aprobaba la Tabla de pérdida de aptitudes psicofísicas que determinaba el pase a la Reserva Activa y dicha norma contemplaba entre las enfermedades determinantes de insuficiencia psicofísica *"la epilepsia en todas sus formas"*, confiriéndole el efecto de pase a la reserva activa. En este sentido, es de señalar que en la regulación vigente[14], ya no existe la posibilidad de pase a la situación de reserva por insuficiencia de condiciones psicofísicas como así se recogía en la regulación anterior[15]. También es de significar que, en relación a los militares profesionales con vinculación permanente, la Ley 39/2007 prevé que, si como resultado de los reconocimientos médicos o de las pruebas psicológicas y físicas, se les abre un expediente para determinar si existe insuficiencia de condiciones psicofísicas y, como consecuencia de ello, se concluye en una incapacidad que conlleva una limitación para ocupar determinados destinos, según las exigencias que figuren en las relaciones de puestos militares o de trabajo, se les garantizará el principio de igualdad de trato en los destinos a los que puedan acceder. Además, remite al reglamento el establecimiento de los medios y procedimientos para que puedan seguir desarrollando su carrera militar, reorientando, en su caso, su perfil profesional con la enseñanza de perfeccionamiento que sea necesaria y adecuada.

Resulta bastante significativo del cambio de actitud de la nueva regulación en relación a la pérdida de las condiciones psicofísicas, la declaración contenida en su Preámbulo: *"(...) La complejidad de las misiones de las Fuerzas Armadas requiere el ejercicio de una gran diversidad de funciones y cometidos, cuya práctica habitual exige diferentes niveles de aptitud psicofísica. Así, existen puestos para los que se requieren unas condiciones psicofísicas superiores a las que pueden considerarse normales, en su mayoría relacionados con destinos en Unidades de la Fuerza, y otros que no requieren especiales aptitudes psicofísicas o incluso pueden ser desempeñados con unas mínimas condiciones psicofísicas"*.

Por tanto, para el mantenimiento de la condición de militar sí se atiende a la repercusión funcional de la epilepsia, sin que suponga la pérdida automática de la capacidad psicofísica exigible aunque, en sus manifestaciones más graves, puede suponer el pase al retiro por inutilidad para el servicio, en los términos previstos en la regulación de Clases Pasivas[16] o a la incapacidad permanente, si el militar está encuadrado en el Régimen

[14] Real Decreto 1111/2015, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de adquisición y pérdida de la condición de militar y situaciones administrativas de los militares profesionales.
[15] Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional (art. 50).
[16] Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado.

General[17] o, en el caso del militar profesional sin vinculación permanente, la resolución de su compromiso militar con las Fuerzas Armadas.

En relación a este último colectivo, existe unas particularidades en la protección de la incapacidad. El RD 1186/2001, de 2 de noviembre, prevé normas singulares en relación a las pensiones e indemnizaciones del régimen de Clases pasivas del Estado para los militares de complemento y a los militares profesionales de tropa y marinería y aprueba también los cuadros médicos para el reconocimiento de dichas prestaciones. Esta norma resulta también aplicable a quienes resulten comprendidos en el Régimen General (vid. nota anterior)[18]. Las especialidades en materia de acción protectora se concretan en dos. Por un lado, cifra el porcentaje para la determinación de la incapacidad absoluta para toda profesión u oficio en el 50 %; y por otro lado, se crean unas pensiones singulares cuando no se alcance el grado de incapacidad absoluta pero la incapacidad determine la resolución del compromiso del militar no funcionario con las Fuerzas Armadas. Pero, además, para la valoración de los porcentajes de discapacidad a los que se refiere la citada norma, remite al Baremo del Anexo I, apartado A) del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, baremo[19] que, como ya se ha señalado, recoge la epilepsia, pero sólo cuando es refractaria a los tratamientos farmacológicos y dependiendo el grado de discapacidad atribuible al número y tipo de crisis[20]. Teniendo en cuenta que la finalidad del RD 1186/2001 es otorgar protección al

[17] Hay que recordar que el Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo dispuso la integración en el Régimen General de los funcionarios de nuevo ingreso a partir de 1-1-2011 a los exclusivos efectos de pensiones aunque respetando las especificidades de cada uno de los colectivos relativas a la edad de jubilación forzosa, así como, en su caso, las referidas a los tribunales médicos competentes para la declaración de incapacidad o inutilidad del funcionario. Para el resto de la acción protectora se mantiene el régimen del Mutualismo Administrativo. En la actualidad, esta previsión se contiene en la D.A.3ª TRLGSS al que se remite el art. 136 TRLGSS. El Real Decreto 1087/2015, de 4 de diciembre, regula el procedimiento, las condiciones y el alcance del reconocimiento de las prestaciones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia para el personal de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado derivado de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social.

[18] Disposición Adicional 3ª. 2: 2. La inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social del personal a que se refiere el apartado anterior respetará, en todo caso, las especificidades de cada uno de los colectivos relativas a la edad de jubilación forzosa, así como, en su caso, las referidas a los tribunales médicos competentes para la declaración de incapacidad o inutilidad del funcionario.
En particular, la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social del personal militar de carácter no permanente tendrá en cuenta las especificidades previstas respecto de las contingencias no contempladas por figuras equivalentes en la acción protectora de dicho Régimen.
Además, la citada inclusión respetará para el personal de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, con las adaptaciones que sean precisas, el régimen de las pensiones extraordinarias previsto en la normativa de Clases Pasivas del Estado.

[19] Aprobado por RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

[20] Clase 1: 0 %: Paciente con alteración episódica de la consciencia, vigilia, alerta, sueño o epilepsia, correctamente tratado y el grado de discapacidad es nulo.
Clase 2: 1-24 %: Paciente con alteración episódica de la consciencia, la vigilia, la alerta o el sueño o epilepsia, correctamente tratado y Presenta menos de un episodio mensual (Con excepción de las ausencias y crisis parciales simples, en las que la frecuencia podrá ser superior a una crisis al día. Estas formas clínicas tendrán una valoración máxima de 24 %) y el grado de discapacidad es leve.
Clase 3: 25-49 %: Paciente con alteración episódica de la consciencia, la vigilia, la alerta y el sueño o epilepsia (excepto ausencias y crisis parciales simples), correctamente tratado y presenta de 1 a 3 episodios mensuales que, en situaciones diferentes de la epilepsia, deberán tener la siguiente característica: Los episodios, incluida la

(...)

militar profesional no funcionario que, por una inutilidad para el servicio que no alcanza el grado de incapacidad absoluta, tiene que resolver su compromiso militar, valorando su capacidad laboral residual y por tanto, su mayor o menor empleabilidad, la aplicación de esta norma general no parece incoherente. Dados los porcentajes que generan derecho a esta protección singular[21] y la consideración que la epilepsia recibe en dicho Baremo puede concluirse que a partir de la clase 3 se tiene acceso a estas pensiones especiales e incluso cuando se califica como clase 2 genera derecho a una indemnización a tanto alzado.

Se contempla también la pérdida temporal de las condiciones psicofísicas, disponiendo diferente regulación según se trate de militares de carrera y militar profesional de tropa y marinería con relación de servicios permanente o de militares de complemento y militares de tropa y marinería con relación de servicios temporal[22].

reacción postconfusional, se presentan de modo continuado o intermitente con una duración superior a 4 horas diurnas por día y el grado de discapacidad es moderado.

Clase 4: 50-70 %. Paciente con alteración episódica de la conciencia, la vigilia, la alerta, el sueño o epilepsia (excepto ausencias y crisis parciales) correctamente tratado y presenta 4 ó más episodios mensuales que en situaciones diferentes a la epilepsia, deberá tener la siguiente característica: Los episodios, incluida la reacción postconfusional, se presentan de modo continuado o intermitente, con una duración superior a 4 horas diurnas/día y el grado de discapacidad es grave.

Clase 5: 75 %. Paciente con alteración episódica de la conciencia, la vigilia, la alerta, el sueño o epilepsia correctamente tratado, el grado de discapacidad es Muy grave y depende de otra persona para realizar las actividades de autocuidado.

[21] Los supuestos y porcentajes protegidos son los siguientes:

1) Si se trata de una discapacidad moderada que dificulta de forma grave su reincorporación al mercado laboral: pensión del 70 % de la que le hubiera resultado de producirse la absoluta (que será diferente según sea común o acto de servicio). Se entiende moderada si la discapacidad está entre el 33 % y el 49 %.

2) Si se trata de una discapacidad moderada que dificulta de forma menos grave (entre el 25 % y el 32 %): pensión del 50 %. Cabe su sustitución por una indemnización.

3) Si la discapacidad es leve (igual o inferior al 24 %) se prevé una indemnización de 6 % del haber regulador anual de la case de tropa y marinería profesional no permanente fijado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, multiplicado por el coeficiente del grado de discapacidad. Si la incapacidad se hubiera producido con ocasión o como consecuencia de acto de servicio, se calcula sobre el doble el haber regulador.

[22] Art. 8. 2 RD. 944/2001: Al militar profesional que, como consecuencia de los reconocimientos y pruebas citados, le sea apreciada una insuficiencia de condiciones psicofísicas para el servicio, motivada por lesión o enfermedad que no resulte irreversible, permanecerá en la situación administrativa en la que se encuentre, con independencia de que la insuficiencia detectada dé lugar a una baja temporal para el servicio, fundamentada en los informes de la Sanidad Militar.

3. Al militar de carrera o militar profesional de tropa y marinería con una relación de servicios de carácter permanente, en el momento en que la insuficiencia de condiciones psicofísicas citada en el apartado anterior se presuma definitiva, se le iniciará el expediente que se regula en el capítulo III de este Reglamento. El afectado cesará en su destino, si lo tuviere, y mantendrá la misma situación administrativa que tuviere al inicio del expediente, hasta la finalización del mismo, y a los militares profesionales con una relación de servicios de carácter temporal, además de lo anterior, se les prorrogará, en su caso, el compromiso hasta la conclusión del referido expediente.

4. También se iniciará el citado expediente y el afectado cesará en su destino cuando la insuficiencia de condiciones psicofísicas subsista, transcurridos los siguientes plazos desde que le fue apreciada:

a) Dos años para los militares de carrera y los militares profesionales de tropa y marinería con una relación de servicios de carácter permanente.

b) Un año para los militares de complemento y los militares profesionales de tropa y marinería con una relación de servicios de carácter temporal o al finalizar el compromiso que tenga firmado.

2.1.2. Guardia Civil

La Guardia Civil constituye uno de los Cuerpos integrantes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado[23] pero presenta como particularidad que tiene naturaleza militar, lo que determina que exista normativa específica también en esta materia. La Ley 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad hace hincapié en las funciones policiales de la Guardia Civil, sin perjuicio de la ocasional participación en misiones de carácter militar y el estatuto personal militar atribuible a sus miembros por razones de fuero, disciplina, formación y mando[24].

Así, en lo que se refiere al ingreso en los centros docentes de formación del Cuerpo de la Guardia Civil, el Real Decreto 597/2002, de 28 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso en los mismos, exige entre las condiciones generales para participar en los procesos selectivos, la de poseer la aptitud psicofísica necesaria para cursar los respectivos planes de estudios, que se acredita mediante la superación de las pruebas que se determinen en las correspondientes convocatorias. En realidad, es la Orden de 9 de abril de 1996, la que aprueba las bases y circunstancias aplicables a los procesos selectivos para el ingreso en los Centros docentes militares de formación para el acceso a la Escala Básica de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, en cuyo Apéndice B –dedicado a fijar el cuadro médico de exclusiones para el ingreso en el Cuerpo de la Guardia civil– contempla las *"Crisis comiciales o de afinidad comicial (como los llamados equivalentes epilépticos y otros) con hallazgos electro-encefalográficos significativos"*. Es de significar que para la incorporación a la Escala Superior de Oficiales del Cuerpo de la Guardia Civil se aplica la señalada Orden PRE/2622/2007 de 7 de septiembre que, como hemos visto, mas tajantemente, califica como causa de exclusión la "Epilepsia en todas sus formas. Crisis de actividad comicial (como los llamados equivalentes epilépticos y otras) con hallazgos electroencefalográficos significativos".

Por lo que se refiere al *mantenimiento de las aptitudes psicofísicas*, sí es de significar la singularidad de la regulación aplicable a la Guardia Civil, en comparación a lo previsto para las Fuerzas Armadas. La D.T.1ª RD 944/2001, de 3 de agosto que, como se ha señalado, aprueba el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas dispone, en la actualidad, en relación al personal de la Guardia Civil, que hasta la aprobación del Reglamento específico al que se refiere el art. 55.2 Ley 42/1999, de 25 de noviembre –norma que fue derogada por la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil por lo que la referencia hay que entenderla al art. 100 de esta última– la determinación de la aptitud psicofísica continuará rigiéndose por la normativa anterior, salvo para la evaluación por las Juntas Médico Periciales de las consecuencias de la enfermedad, que lo será por los Baremos establecidos en el anexo 1.A) del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Este precepto, que ha sufrido un

[23] Art. 9 Ley 2/1986 de 13 de marzo: "b) La Guardia Civil, que es un Instituto Armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior, en el desempeño de las funciones que esta Ley le atribuye, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que éste o el Gobierno le encomienden. En tiempo de guerra y durante el estado de sitio, dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa".

[24] En la actualidad, se regula por la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen de Personal de la Guardia Civil.

peculiar evolución[25] remite, por tanto, a una norma general para la valoración de la minusvalía y que resulta mucho más flexible en su consideración de las consecuencias de la epilepsia sobre la capacidad del enfermo, norma que hay que recordar, valora las discapacidades físicas, psíquicas y sensoriales, congénitas o no, sin valorar la dimensión profesional o laboral. Con todo, no cabe duda que constriñe la valoración de las Juntas médico-periciales en relación a las consecuencias de la epilepsia en relación al mantenimiento de la aptitud psicofísica del Guardia Civil, en comparación al Real Decreto 944/2001 aplicable a las Fuerzas Armadas, diferencia que radica, según el propio Preámbulo de la norma a la que se debe esta modificación (vid. nota a pie anterior) en la diferencia sustancial de funciones y cometidos que llevan a cabo los Guardias Civiles y el personal de las Fuerzas Armadas, aunque, como hemos dicho, la Guardia Civil puede ocasionalmente participar en misiones de carácter militar y sus miembros tienen estatuto militar. Es de significar que si antes se ha apuntado que en la protección "especial" que en Clases Pasivas tienen los militares profesionales con vinculación no permanente cuando a resultas de la incapacidad deben resolver su compromiso con las Fuerzas Armadas no parece incoherente que el RD 1186/2001 remita a este Baremo, por la finalidad de protección de su pérdida de empleabilidad en el mercado laboral, esta conclusión no es extrapolable a la Guardia Civil, que es un cuerpo integrado exclusivamente por funcionarios.

Las consecuencias de la pérdida definitiva de las condiciones psicofísicas pueden ser bien una limitación para ocupar determinados destinos, bien su pase a retiro[26] (Clases Pasivas) o a la incapacidad permanente (Régimen General), según el Régimen en el que el agente esté encuadrado[27]. No existe ya tampoco en este caso la posibilidad de pase a la situación administrativa de reserva por insuficiencia de condiciones psicofísicas[28]. La norma

[25] Efectivamente, en su redacción original esta D.T.1ª declaraba igualmente para la Guardia Civil y hasta la aprobación del Reglamento a que se refería la Ley 42/1999, la aplicación de la normativa anterior, salvo en los cuadros de las condiciones psicofísicas, declarando la aplicación de los cuadros establecidos en el Anexo del RD 944/01. La D.T.1ª fue modificada por el Real Decreto 1370/2009, de 13 de agosto, a la que se debe la sustitución del baremo del RD 944/2001 por el Baremo del RD /1999, que se justifica en la diferencia sustancial de funciones y cometidos que llevan a cabo los guardias civiles y el personal de las Fuerzas Armadas, considerando que ni las aptitudes exigidas para el ingreso en ambas instituciones son las mismas ni tampoco, en lógica consecuencia, las que han de mantener unos y otros en el ejercicio de su profesión tampoco tienen porqué ser idénticas, por lo que nada impide la existencia de una regulación propia y distinta para la Guardia Civil para la determinación de las aptitudes psicofísicas de sus componentes. La citada norma reglamentaria fue anulada por la STS (3º) de 13 de febrero de 2012 (núm. rec. 574/2009) por haberse adoptado sin el informe del Consejo de la Guardia Civil. Sin embargo, el Real Decreto 401/2013, de 7 de junio vuelve a modificar en los términos señalados la D.T.1ª cumpliendo ya con el procedimiento adecuado.

[26] Art. 100 Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil; Art. 7 RD 1224/2006, de 27 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos del personal del Cuerpo de la Guardia Civil y art. 14.3 RD 1429/1997, de 15 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar de carrera del Cuerpo de la Guardia Civil y de situaciones administrativas del personal de dicho Cuerpo.

[27] Vid. nota a pie núm. 17.

[28] Aunque el RD 1429/1997, de 15 de septiembre citado si enuncia en su art. 33 la insuficiencia de condiciones psicofísicas como posible cause del paso a la situación administrativa de reserva, esta norma remite al art. 94 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, regulador del régimen del personal militar, norma que fue derogada por la en el ámbito de la Guardia Civil, por la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil que en su redacción original, ya suprimió tal causa como causa del pase a reserva disponiendo directamente el pase a retiro. Situación que se contempla en la norma que derogó a esta última, y que es la actualmente vigente: Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil.

legal dispone la determinación reglamentaria de los procedimientos para la tramitación de los expedientes de insuficiencia de condiciones psicofísicas y los cuadros de condiciones psicofísicas que permitan a los órganos médicos competentes emitir los dictámenes oportunos[29]. Sí es de significar que, al igual que en el ámbito de las Fuerzas Armadas, si de dicho expediente se deriva una limitación para ocupar determinados destinos, además de garantizárseles el principio de igualdad de trato en los destinos a los que pueda acceder, se remite a la norma reglamentaria para la fijación de los medios y procedimientos para que puedan seguir desarrollando su carrera profesional, reorientándola, en su caso, mediante la enseñanza de perfeccionamiento que sea necesaria y adecuada, disponiendo, además, la adopción de las medidas precisas en las condiciones de trabajo de los destinos que puedan ocupar tendentes a eliminar toda discriminación o desventaja. Se prevé también una posible insuficiencia temporal de condiciones psicofísicas, que no puede superar en ningún caso los 12 meses, cuando se presuma no definitiva, manteniendo el Guardia la situación administrativa en la que permanezca.

2.1.3. Cuerpo Nacional de Policía

Por lo que se refiere al acceso al Cuerpo Nacional de Policía (Escala Ejecutiva, Categoría de Inspector), las convocatorias de las pruebas de acceso[30], exigen entre los requisitos de los aspirantes, no hallarse incluido en ninguna de las causas de exclusión física o psíquica que impidan o menoscaben la capacidad funcional u operativa necesaria para el desempeño de las tareas propias de la Policía Nacional, remitiendo al Anexo III de la citada convocatoria, que contempla la epilepsia como causa de exclusión, sin mayores matizaciones o precisiones. Y exactamente lo mismo se regula en la convocatoria de las pruebas de acceso a la Escala Básica (categoría de Policía)[31]. Estas Resoluciones vienen a reproducir el contenido del Anexo de la Orden de 11 de enero de 1988 por la que se establece el cuadro de exclusiones médicas para al ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía[32] que, en relación a la epilepsia, la considera también como causa de exclusión definitiva (Epilepsia), norma que derogó la Orden de 22-9-1983 que también excluía la epilepsia si bien con otro tenor literal (174. Epilepsia en cualquiera de sus formas. Cuadros convulsivos de cualquier etiología) que no dejaba, desde luego, margen alguno para la valoración de la epilepsia y si bien la Orden de 11-1-1988 parece que tampoco deja margen alguno, no cabe duda que la regulación era, en su expresión, mucho mas tajante aunque es de señalar que la finalidad de la norma de 1988 no estaba centrada en la consideración de la epilepsia, sino en la simplificación del listado de exclusiones definitivas.

[29] Si el agente está integrado en el Régimen General, resulta de aplicación el RD Real Decreto 1087/2015, de 4 de diciembre, sobre procedimiento, condiciones y alcance del reconocimiento de las prestaciones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia para el personal de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado derivado de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social.

[30] Resolución de 10 de mayo de 2016, de la Dirección General de la Policía, por la que se convoca posición libre para cubrir plazas de alumnos de la Escuela Nacional de Policía, aspirantes a ingreso en la Escala Ejecutiva, categoría de Inspector, del Cuerpo Nacional de Policía.

[31] Resolución de 12 de abril de 2016, de la Dirección General de la Policía, por la que se convoca oposición libre para cubrir plazas de alumnos de la Escuela Nacional de Policía, aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía.

[32] BOE de 18-1-1988.

En relación al mantenimiento de las condiciones psicofísicas, el Cuerpo Nacional de Policía presenta la singularidad, no existente ya en el ámbito del Cuerpo de la Guardia Civil y de las Fuerzas Armadas tras su supresión de la situación de reserva por insuficiencia de condiciones psicofísicas, como ya se ha señalado, de una situación administrativa singular "la segunda actividad" a la cual se puede acceder, en lo que ahora interesa, por insuficiencia de las aptitudes psicofísicas para el desempeño de los cometidos atribuidos a la Policía Nacional, manifestada por una disminución apreciable de las mismas, evaluada por un tribunal médico, en los términos que se establezca reglamentariamente y siempre que la intensidad de la referida insuficiencia no sea causa de jubilación (art. 63 Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional). La particularidad de esta situación administrativa es que evita el pase del Policía a la situación de jubilación por incapacidad o inutilidad (Clases Pasivas) o incapacidad permanente (Régimen General)[33] pasando a realizar actividades adecuadas a sus condiciones psicofísicas con mantenimiento (parcial) de los derechos retributivos en los términos fijados en el Real Decreto 1556/1995, de 21 de septiembre. Esta misma norma establece el procedimiento y órganos competentes para la determinación de la insuficiencia física o psíquica, siendo ahora de resaltar el amplio margen valorativo que concede al Tribunal médico en la valoración de la concurrencia de la insuficiencia psicofísica disponiendo, como circunstancia a valorar, que la insuficiencia ocasione limitaciones funcionales que impidan o minoren de forma manifiesta y objetiva su capacidad para el uso y manejo de armas de fuego u otros medios reglamentariamente establecidos de defensa, o para la intervención en actuaciones profesionales de prevención o restablecimiento del orden o de la seguridad, de persecución y de detención de delincuentes, con riesgo para la vida e integridad física del propio funcionario, de otros funcionarios con los que intervenga, o de terceros, así como la permanencia de esta situación. No existe pues (s.e.u.o) norma específica que se refiera a la valoración de la epilepsia en este ámbito de acceso a la segunda actividad.

2.1.4. Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias

También en un Cuerpo Civil como es el de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias las convocatorias de acceso[34] establecen la epilepsia como causa determinante de la exclusión médica, sin mayor precisión en relación al grado o intensidad que esta enfermedad puede tener en el desarrollo de la actividad profesional en la que hay que señalar, que no se portan armas. En los requisitos se contempla la necesidad de que el aspirante posea la capacidad funcional para el desempeño de las tareas (remitiendo al cuadro de exclusión médica), cuadro de exclusiones médicas que, sin embargo, no se aplica a los aspirantes a la realización de las pruebas selectivas de ingreso en el Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias (Juristas, Psicólogos, Sociólogos y Pedagogos).

En relación al mantenimiento de las condiciones psicofísicas, no existe norma específica aplicable al Cuerpo, por lo que resulta de aplicación la normativa general del empleado público (art. 80.3 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: en concreto, el Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre, por la que se

[33] Vid. nota a pie núm. 17.

[34] Vid. Orden INT/1085/2016 de 30 de junio por la que se convocan pruebas selectivas para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias.

aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo art. 67.1c) se limita a disponer la jubilación de los funcionarios por la declaración de incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones propias de su cuerpo o escala, o por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente absoluta o, incapacidad permanente total en relación con el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala. Los puestos que pueden ocupar los funcionarios del citado Cuerpo son muy diversos. La relación de puestos de trabajo de los establecimientos penitenciarios dispone los puestos de a) jefe de servicios; b) jefe de gabinete del Director; c) Educador; d) Coordinador de servicios de interior; e) Jefe área mixta; f) Jefe de oficinas; g) Oficinas; h) Vigilancia I; i) Vigilancia II. Estos dos últimos son los mas numerosos y sus funciones son la vigilancia interior en los términos previstos en el capítulo VIII (arts. 64 al 70) del RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario si bien en relación a otros puestos de trabajo sigue vigente el Reglamento Penitenciario de 1981. En todo caso, lo que interesa poner de manifiesto es la diversidad de puestos de trabajo y por consiguiente, funciones, que se llevan a cabo por el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias. Es de significar también que estos funcionarios no van armados.

2.1.5. Profesiones en el ámbito marítimo

Es preciso distinguir entre los requisitos que se exigen para la obtención de los títulos profesionales y la capacidad requerida para el embarque.

En relación a esta última, se exige, en cumplimiento de la normativa internacional ratificada por España, la acreditación de la capacidad psicofísica para el embarque, acreditación que debe renovarse periódicamente. Compete al Instituto Social de la Marina la expedición de estos certificados, tanto el inicial como los periódicos. En relación a la incidencia que la epilepsia puede tener sobre la aptitud para el embarque, el Real Decreto 1696/2007[35] dispone específicamente la falta de aptitud de aquellas personas que tengan epilepsia, si bien matiza que, excepcionalmente cabe la consideración de "apto con restricciones" de quienes presenten cuadros de buen pronóstico, que no hayan presentado crisis en los últimos dos años, con informe favorable del especialista, periodo que se amplía a 5 años para el personal de puente. Es de señalar que la norma reglamentaria señala que dichos listados tienen carácter orientativo y que deberán ser periódicamente actualizados conforme a la evolución de los conocimientos y avances científicos.

Además, en relación al reconocimiento médico de embarque para la actividad de buceo profesional, el RD 1696/2007 remite a un protocolo sanitario específico para los trabajadores expuestos a ambientes hiperbáricos, elaborado por el Instituto Social de la Marina y en lo relativo a la calificación de "apto con restricciones" de los buzos, apunta que se atienda a la profundidad máxima de trabajo, el tiempo de estancia en el medio, los equipos a emplear, la distancia hasta el centro de tratamiento hiperbárico más cercano, el tipo de actividad laboral subacuática u otros factores de importancia a juicio del médico reconocedor. La Orden de 14 de octubre de 1997 regula las normas de seguridad para el ejercicio de actividades subacuáticas, tanto profesionales como de recreo y dispone la obligatoriedad (art. 25) de un

[35] Real Decreto 1696/2007, de 14 de diciembre, por el que se regulan los reconocimientos médicos de embarque marítimo (BOE de 31-12-2017).

reconocimiento médico inicial y sucesivos periódicos y el RD 1696/2007 dispone que estos reconocimientos médicos de embarque tendrán validez de un año.

Por lo que se refiere a la aptitud psicofísica para la obtención de determinados certificados profesionales marítimos como el gobierno de embarcaciones de recreo, el RD 875/2014[36] exige la superación de un reconocimiento psicofísico, remitiendo a lo dispuesto en su Anexo VIII que, en relación a la epilepsia, regula criterios valorativos concretos: así, queda excluida la calificación de apto cuando hayan aparecido crisis epilépticas convulsivas o crisis con pérdida de consciencia durante el último año, y concreta que los afectados de epilepsias con crisis convulsivas o con crisis con pérdida de conciencia, deben aportar informe favorable de un neurólogo en el que se haga constar el diagnóstico, el cumplimiento del tratamiento, la frecuencia de crisis y que el tratamiento farmacológico prescrito no impide la navegación. La mayor o menor frecuencia de las crisis comiciales incide también en el periodo de vigencia del permiso que, en general, es de dos años pero, en el caso de ausencia de crisis durante los tres últimos años, puede alcanzar hasta un máximo de cinco años.

Para obtener las titulaciones profesionales de la Marina Mercante se exige también, en relación a las distintas profesiones marítimas, tener en vigor el reconocimiento médico realizado por el Instituto Social de la Marina conforme a la regla I/9 del anexo del Convenio STCW y la sección A-I/9 del código STCW, en el momento de la solicitud del título, certificado que no es necesario si el interesado ya dispone de un certificado médico de aptitud para el embarque en vigor, expedido por el Instituto Social de la Marina[37].

2.1.6. Actividades de conducción o control de aeronaves (pilotaje de aeronaves y helicópteros; controlador aéreo)

En lo que se refiere al personal de vuelo[38], la regulación vigente[39] exige para la obtención y mantenimiento de la validez de los títulos, licencias, habilitaciones, autorizaciones y certificados del personal de vuelo de las aeronaves civiles, un certificado

[36] Real Decreto 875/2014, de 10 de octubre, por el que se regulan las titulaciones náuticas para el gobierno de las embarcaciones de recreo (BOE de 11-10-2014)

[37] Real Decreto 973/2009, de 12 de junio, por el que se regulan las titulaciones profesionales de la marina mercante (BOE de 2-7-2007).

[38] a) Piloto privado (avión); b) Piloto comercial (avión); c) Piloto de transporte de línea aérea (avión); d) Piloto con tripulación múltiple (avión); e) Piloto privado (helicóptero); f) Piloto comercial (helicóptero); g) Piloto de transporte de línea aérea (helicóptero); h) Piloto de planeador; i) Piloto de globo libre; j) Mecánico de a bordo.

[39] Real Decreto 270/2000, de 25 de febrero, por el que se determinan las condiciones para el ejercicio de las funciones del personal de vuelo de las aeronaves civiles (BOE de 15-3-2000). Se desarrolla por la ORDEN de 21 de marzo de 2000 por la que se adoptan los requisitos conjuntos de aviación para las licencias de la tripulación de vuelo (JAR-FCL) relativos a las condiciones para el ejercicio de las funciones de los Pilotos de los aviones civiles (BOE de 11-4-2000); por la ORDEN FOM/3811/2004, de 4 de noviembre, por la que se adoptan los requisitos conjuntos de aviación para las licencias de la tripulación de vuelo (JAR-FCL) relativos a las condiciones para el ejercicio de las funciones de los pilotos de los helicópteros civiles; por la ORDEN de 21 de marzo de 2000 por la que se adoptan los requisitos conjuntos de aviación para las licencias de la tripulación de vuelo (JAR-FCL), relativos a la organización médico-aeronáutica, los certificados médicos de clase 1 y de clase 2 y los requisitos médicos exigibles al personal de vuelo de aviones y helicópteros civiles. La Orden FOM/1267/2008, de 28 de abril, modifica la Orden de 21 de marzo de 2000, y la Orden FOM/2157/2003, de 18 de julio, que regulan diversos requisitos de las licencias de la tripulación de vuelo de aviones y helicópteros civiles, relativos a la organización médico-aeronáutica y la autorización de los centros médico-aeronáuticos y médicos examinadores.

médico de aptitud psicofísica, que puede ser de clase 1 o de clase 2. En la regulación de los requisitos neurológicos para la obtención del certificado Clase 1, se apunta la necesidad de prestar especial atención a la epilepsia y a otras causas de alteraciones de la conciencia, remitiendo al Apéndice 11 de la Subparte B. Lo mismo dispone para el Certificado de clase 2, remitiendo al apéndice 11 de la subparte C. Dichos apéndices regulan extensamente[40] la incidencia que la epilepsia tiene para la obtención de los citados certificados siendo de señalar que permite atender a las circunstancias de recurrencia y gravedad, de tal forma que cualquier episodio de epilepsia no es, de por sí, descalificante, aunque sí que es verdad que el periodo exigido sin episodios epilépticos es muy amplio.

Por lo que se refiere a los controladores aéreos, entre los requisitos para la obtención de la licencia comunitaria de controlador aéreo se exige[41] el certificado médico europeo de Clase 3, que contempla la epilepsia como causa determinante de falta de aptitud y aunque matiza la exclusión permitiendo una cierta flexibilidad, es muy restrictivo[42].

[40] 2. Una historia de uno o más episodios de alteración de conciencia por causa desconocida es descalificante. En caso de un episodio singular que pueda ser satisfactoriamente explicado, puede considerarse la aptitud por la AMS, pero la recurrencia será descalificante. 3. Las anormalidades EEG epileptiformes paroxísticas y las ondas lentas focales son normalmente descalificantes. La AMS llevará a cabo una evaluación más detallada. 4. Un diagnóstico de epilepsia es descalificante, a no ser que sea evidencia inequívoca de un síndrome de epilepsia infantil benigna con muy pequeño riesgo de recurrencia y a no ser que el solicitante esté libre de recurrencia y de tratamiento desde hace más de 10 años. Uno o más episodios convulsivos después de los 5 años es descalificante. Sin embargo, en el caso de una convulsión sintomática aguda que se considera como de muy bajo riesgo de recurrencia por un neurólogo aceptado por la AMS, puede evaluarse apto por la AMS. 5. Un solicitante que haya presentado una convulsión epileptiforme afebril única que no se haya repetido tras al menos 10 años sin tratamiento, y que no presente evidencia de predisposición continuada a la epilepsia, puede recibir una licencia si se considera que el riesgo de nuevas convulsiones está dentro de los límites aceptables por la AMS. En lo que se refiere a la certificación Clase 1, se debe aplicar una limitación «OML». 6. Cualquier traumatismo craneoencefálico cuya intensidad haya sido suficiente como para causar pérdida de conocimiento, o bien se haya asociado a lesión cerebral penetrante, debe ser evaluado por la AMS y debe ser observado por un neurólogo consultor aceptado por la AMS. Se debe haber producido una recuperación completa y debe existir un riesgo bajo (en los límites aceptables por la AMS) de epilepsia antes de que sea posible la revalidación. 7. La consideración de los solicitantes con antecedentes de lesión medular o de nervios periféricos se debe a contemplar en conjunto con los requisitos musculoesqueléticos, recogidos en los apéndices y en el capítulo correspondiente del Manual. 8. La evaluación de las condiciones malignas en este sistema se explica también en el capítulo de Oncología del Manual, donde se proporciona información referente a la certificación y debería ser consultado junto con el capítulo especifico a este sistema. Todos los tumores cerebrales malignos son causa de descalificación.

[41] Real Decreto 1516/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la licencia comunitaria de controlador de tránsito aéreo (BOE de 10-10-2009). La ORDEN FOM/2418/2007, de 25 de julio, por la que se determinan los requisitos médicos necesarios para la obtención del certificado médico aeronáutico de clase 3 referido a la licencia de Controlador de Tránsito Aéreo (BOE de 7-8-2007) sigue siendo aplicable, según dispone la Disposición Derogatoria del RD 1516/2009, en tanto no se oponga a lo dispuesto en el mismo.

[42] 12.1.2. El diagnóstico de epilepsia es criterio de falta de aptitud. Impiden la obtención de la certificación los antecedentes de uno o más episodios convulsivos después de los 5 años de edad. Sin embargo, puede ser aceptable un paciente que ha sufrido un episodio convulsivo que, tras una evaluación neurológica detallada, demuestra tener una causa específica no recurrente como puede ser un traumatismo o un tóxico".

2.1.7. Personal ferroviario

En relación a ciertos profesionales ferroviarios, existe regulación específica para la valoración de la aptitud psicofísica para el desempeño de sus funciones. Dicha normativa[43] diferencia diversos grupos de actividad en relación con el personal que realiza funciones relacionadas con la seguridad en la circulación[44]. Con carácter general, dicha norma exige para la obtención y mantenimiento de la validez de las licencias de conducción de vehículos ferroviarios, de los certificados o de cualesquiera de las habilitaciones, así como para el ejercicio de las facultades que estos documentos confieren, del correspondiente certificado de aptitud psicofísica, en los términos previstos en la norma. Aunque para todo el personal al que se exige un certificado de condiciones psicofísicas (personal de circulación; de infraestructura; de operaciones de tren y de maquinista) se exige entre las condiciones generales no padecer enfermedad ni tomar medicación que pueda provocar "pérdida repentina de conciencia", sólo para los maquinistas se contempla *"la epilepsia en cualquiera de sus formas"* como enfermedad determinante de falta de aptitud psicofísica[45]. Además, entre los medicamentos bajo cuyos efectos debe evitarse el ejercicio de las actividades del personal de circulación y conducción (Anexo IX) se recogen los principales fármacos antiepilépticos[46].

Esta norma reglamentaria regula la suspensión y revocación de las habilitaciones con expresa referencia, lógicamente, a la no renovación de la validez del certificado de aptitud psicofísica, confiriendo al administrador de las infraestructuras ferroviarias dicha facultad. En ningún momento se hace referencia a los efectos que sobre la relación laboral tiene la suspensión y revocación de dichas habilitaciones.

2.1.8. Tenencia y uso de armas. Prestación de servicios de seguridad privada

Regulado todavía por la misma norma reglamentaria (el RD 2487/1998, de 20 de noviembre)[47] pese a los cambios operados en la regulación jurídica de la actividad de seguridad privada (Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada), la epilepsia se contempla como enfermedad determinante de ineptitud para obtener y mantener la licencia

[43] Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre, por la que se determinan las condiciones para la obtención de los títulos habilitantes que permiten el ejercicio de las funciones del personal ferroviario relacionadas con la seguridad en la circulación, así como el régimen de los centros homologados de formación y de los de reconocimiento médico de dicho personal (modificada por la Orden FOM/1613/2016, de 4 de octubre y la Orden FOM/679/2015, de 9 de abril) (BOE de 9-11-2010).

[44] a) Personal de circulación; b) Personal de infraestructura; c) Personal de operaciones del tren; d) Personal de conducción; e) Personal responsable de control del mantenimiento de material rodante;

[45] Las condiciones psicofísicas para el personal de circulación se regulan en el Anexo I; en el Anexo II para el el personal de infraestructura; en el Anexo III para el personal de operaciones de tren, con la salvedad de la persona responsable de las operaciones de carga y en el Anexo IV, las condiciones para acceder a la formación que permite obtener la licencia de maquinista No se exige dicho certificado para acceder a la formación que permite la obtención de la habilitación de operaciones de tren ni de responsable de control del mantenimiento de material rodante.

[46] Grupo N. Sistema Nervioso. Subgrupo N03: Fenobarbital, Primidona, Fenitoína, Etosuximida, Clonazepam, Carbamazepina, Oxcarbazepina, Rufinamida, Tiagabina, Valproico-Ácido, Vigabatrina, Valpromida, Gabapentina, Lacosamida, Lamotrigina, Levetiracetam, Pregabalina, Topiramato, Zonisamida, Retigabina.

[47] RD 2487/1998, de 20 de noviembre, por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada (BOE de 3-12-1998).

de armas (art. 1) y también para la obtención y mantenimiento de la habilitación de los vigilantes de seguridad, de los guardas particulares del campo, y del personal de las distintas especialidades. El Anexo de dicha norma, en el que se concretan los criterios de aptitud, recoge esta enfermedad sin mayor concreción y en relación a los tres grupos en los que clasifica el personal a estos efectos (M, L y S)[48] siendo S el personal que tiene la aptitud necesaria para la prestación de servicios de seguridad privada.

No se incluye en el ámbito de aplicación de esta norma la acreditación de la aptitud psicofísica de los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, necesaria para tener y usar armas de fuego, que se rige por su normativa específica (D.A.Única RD 2487/1998, de 20 de noviembre).

Esta regulación conjunta de la acreditación psicofísica para los meros titulares de licencias de armas y de las personas que prestan servicios de seguridad privada se debe, con toda probabilidad, a la posibilidad de que ciertos servicios de seguridad pueden prestarse con armas de fuego para lo que, lógicamente, se exige que el trabajador sea titular de la licencia de armas. Con todo, lo cierto es que la actual Ley de Seguridad Privada (Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada) claramente establece (art. 39) que el personal de seguridad privada uniformado (que está constituido por los vigilantes de seguridad y de explosivos y por los guardas rurales y sus especialidades) presta sus servicios vistiendo el uniforme y ostentando el distintivo del cargo, y si bien les habilita para portar los medios de defensa reglamentarios, se excluyen expresamente las armas de fuego, restringiendo esta posibilidad a los servicios a los que se refiere el art. 40 y a aquellos que reglamentariamente se determinen[49]. La restrictiva regulación actual en la tenencia de armas de fuego contrasta con la más permisiva regulada en la anterior Ley 23/1992, de 30 de julio[50]: de hecho, el propio

[48] M: comprende los minusválidos que únicamente pueden usar armas con la asistencia de acompañantes auxiliares, y dentro de los recintos especiales. A estos efectos, recintos especiales se considerarán únicamente las galerías de tiro que respondan a las especificaciones contenidas en el anexo del Reglamento de Armas, y estén autorizadas con arreglo a lo dispuesto en dicho Reglamento.
L: comprende las personas sin minusvalías, o con minusvalías que únicamente requieren adaptaciones de las armas, y que pueden tener y usar éstas con carácter general, en todos los recintos o espacios contemplados al efecto en el Reglamento de Armas.
S: comprende las personas que tienen la aptitud psicofísica necesaria para la prestación de servicios de seguridad privada.

[49] Dicho artículo dispone entre los servicios que se prestarán con armas de fuego en los términos que reglamentariamente se determinen: a) Los de vigilancia y protección del almacenamiento, recuento, clasificación y transporte de dinero, valores y objetos valiosos; b) Los de vigilancia y protección de fábricas y depósitos o transporte de armas, cartuchería metálica y explosivos; c) Los de vigilancia y protección en buques mercantes y buques pesqueros que naveguen bajo bandera española en aguas en las que exista grave riesgo para la seguridad de las personas o de los bienes; d) Cuando por sus características y circunstancias lo requieran, los de vigilancia y protección perimetral en centros penitenciarios, centros de internamiento de extranjeros, establecimientos militares u otros edificios o instalaciones de organismos públicos, incluidas las infraestructuras críticas. Además, se dispone que Reglamentariamente se determinarán aquellos supuestos en los que, valoradas circunstancias tales como localización, valor de los objetos a proteger, concentración del riesgo, peligrosidad, nocturnidad, zonas rústicas o cinegéticas, u otras de análoga significación, podrá autorizarse la prestación de los servicios de seguridad privada portando armas de fuego. Asimismo, podrá autorizarse la prestación de los servicios de verificación personal de alarmas portando armas de fuego, cuando sea necesario para garantizar la seguridad del personal que los presta, atendiendo a la naturaleza de dicho servicio, al objeto de la protección o a otras circunstancias que incidan en aquélla.

[50] Esta regulación más permisiva se deriva de la conjunción del art. 11 (que definía las funciones de los vigilantes de seguridad), del art. 14 –que señalaba que desarrollarían con armas de fuego las funciones indicadas en el art.

(...)

RD 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, dictado en desarrollo de la Ley 23/1992 (y todavía vigente en tanto no se oponga a lo previsto en el Ley 4/2014 ex Disposición Derogatoria Única Ley 23/2014) señala en su Preámbulo en relación a la anterior regulación legal que "se está ante personas (el personal de seguridad privada) que, *en la mayor parte de los casos*¸ pueden desarrollar sus funciones provistas de armas de fuego".

Por consiguiente, en la actualidad, sólo determinados servicios de seguridad se llevan a cabo portando armas de fuego por lo que si la razón que justificaba el tratamiento conjunto de la tenencia de armas y de la prestación de servicios de seguridad privada ha desaparecido, no parece razonable que se continúe en la aplicación de una norma reglamentaria que impide la habilitación y proseguir la prestación de los respectivos servicios por falta de aptitudes psicofísicas en los términos recogidos en el Anexo.

2.1.9. Actividades profesionales que implican la conducción de vehículos por carretera

El vigente Reglamento de Circulación[51] contempla entre los requisitos para la obtención de un permiso o licencia de conducción la de reunir las aptitudes psicofísicas requeridas en relación con la clase del permiso o licencia de conducción que se solicite (art. 7). Además, en relación a la autorización especial para conducir vehículos que transporten mercancías peligrosas (art. 26) remite expresamente a la necesidad de reunir las aptitudes psicofísicas señaladas en el art. 45.1.b) de la propia norma reglamentaria. Las aptitudes psicofísicas exigidas se recogen exhaustivamente en el Anexo IV, siendo distintas en función del tipo de licencia de conducción que se solicita. En el Grupo 1 quedan comprendidos los que sean titulares o soliciten la obtención o prórroga de la licencia o del permiso de conducción de las clases AM, A1, A2, A, B o B + E. En el Grupo 2 quedan comprendidos los que sean titulares o soliciten la obtención o prórroga del permiso de conducción de las clases C1, C1 + E, C, C + E, D1, D1 + E, D o D + E. En este grupo quedan comprendidos también los profesionales de la enseñanza de la conducción, sin perjuicio de las especialidades que se puedan determinar en su reglamentación específica.

11, en los supuestos que reglamentariamente se determinen, concretando algunos ya la propia ley– y de la D.A.3ª que excluía expresamente del ámbito de aplicación de esta norma y expresamente también de la posibilidad de portar armas "las actividades de custodia del estado de instalaciones y bienes o de control de accesos realizadas en el interior de inmuebles por personal distinto del de seguridad privada y directamente contratado por los titulares de los mismos".

[51] Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores por el que incorporan al Derecho interno la Directiva 2006/126/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre, sobre el Permiso de Conducción y la Directiva 2008/65/CE, de 27 de junio, por la que se modifica la Directiva 91/439/CEE, sobre el Permiso de Conducción.

Pues bien, en relación a la epilepsia, la regulación es la siguiente:

Exploración	Criterios de aptitud para obtener o prorrogar permiso o licencia de conducción ordinarios		Adaptaciones, restricciones y otras limitaciones en personas, vehículos o de circulación en permiso o licencia sujetos a condiciones restrictivas	
	Grupo 1:	Grupo 2:	Grupo 1	Grupo 2
Epilepsias y crisis convulsivas de otras etiologías.	No se permiten cuando hayan aparecido crisis epilépticas convulsivas o crisis con pérdida de conciencia durante el último año.	Sólo se permiten cuando no han precisado tratamiento ni se han producido crisis durante los diez últimos años.	Los afectados de epilepsias con crisis convulsivas o con crisis con pérdida de conciencia, deberán aportar informe favorable de un neurólogo en el que se haga constar el diagnostico, el cumplimiento del tratamiento, la frecuencia de crisis y que el tratamiento farmacológico prescrito no impide la conducción. El período de vigencia del permiso o licencia será de dos años como máximo. En el caso de ausencia de crisis durante los tres últimos años, el período de vigencia será de cinco años como máximo.	Los afectados de epilepsias deberán aportar informe favorable de un neurólogo en el que se acredite que no han precisado tratamiento ni han padecido crisis durante los diez últimos años, no existe ninguna patología cerebral relevante ni actividad epileptiforme en el EEG. El período de vigencia del permiso será de dos años como máximo.
	En el caso de crisis convulsivas o con pérdida de conciencia durante el sueño, se deberá constatar que, al menos, ha transcurrido un año sólo con estas crisis y sólo durante el sueño	Sólo se permiten cuando no han precisado tratamiento ni se han producido crisis durante los diez últimos años.	En el caso de estas crisis durante el sueño, el período de vigencia del permiso o licencia será como máximo de dos años, con informe favorable de un neurólogo en el que se haga constar el diagnóstico, el cumplimiento del tratamiento, la ausencia de otras crisis convulsivas y que el tratamiento farmacológico prescrito, en su caso, no impide la conducción. En el caso de ausencia de este tipo de crisis durante los tres últimos años, el período de vigencia será de cinco años como máximo.	Los afectados de epilepsias deberán aportar informe favorable de un neurólogo en el que se acredite que no han precisado tratamiento ni han padecido crisis durante los diez últimos años, no existe ninguna patología cerebral relevante ni actividad epileptiforme en el EEG. El período de vigencia del permiso será de dos años como máximo.
	En el caso de crisis epilépticas repetidas sin influencia sobre la conciencia o sobre la capacidad de actuar, se deberá constatar que, al menos, ha transcurrido un año sólo con este tipo de crisis.	En el caso de crisis epilépticas repetidas sin influencia sobre la conciencia o sobre la capacidad de actuar, se deberá constatar que, al menos, ha transcurrido un año sólo con este tipo de crisis y sin tratamiento	Deberá aportarse informe favorable de un neurólogo en que se haga constar el diagnóstico, cumplimiento del tratamiento, en su caso, la frecuencia de las crisis y que el tratamiento farmacológico prescrito no impide la conducción. El período de vigencia del permiso será de dos años como máximo.	Deberá aportarse informe favorable de un neurólogo en que haga constar el diagnostico, la no existencia de otro tipo de crisis y que no ha precisado tratamiento durante el último año. El período de vigencia del permiso será de un año como máximo.

	En el caso de crisis epiléptica provocada debido a un factor causante identificable se deberá aportar un informe neurológico favorable en el que conste además un período libre de crisis de, al menos, seis meses. Se tendrán en cuenta otros apartados de este Anexo.	En el caso de crisis epiléptica provocada, debida a un factor causante identificable, se deberá aportar un informe neurológico favorable que acredite un período libre de crisis de, al menos, un año e incluya valoración electroencefalográfica. Se tendrán en cuenta otros apartados de este Anexo. En caso de lesiones estructurales cerebrales con riesgo aumentado, para el inicio de crisis epilépticas, deberá valorarse su magnitud mediante informe neurológico.	No se admiten.	No se admiten.
	En el caso de primera crisis o única no provocada, se deberá acreditar un período libre de crisis de, al menos, seis meses mediante informe neurológico.	En el caso de primera crisis o única no provocada, se deberá acreditar un período libre de crisis de, al menos, cinco años y sin fármacos antiepilépticos mediante informe neurológico. A criterio neurológico y si se reúnen buenos indicadores de pronóstico se podrá reducir el período libre de crisis exigido.	No se admiten.	No se admiten.
	En el caso de otras pérdidas de conciencia se deberán evaluar en función del riesgo de recurrencia y de la exposición al riesgo.	En el caso de otras pérdidas de conciencia se deberán evaluar en función del riesgo de recurrencia y de la exposición al riesgo.	No se admiten.	No se admiten.
	Si se produce una crisis convulsiva o con pérdida de conciencia durante un cambio o retirada de medicación se deberá acreditar 1 año libre de crisis una vez restablecido el tratamiento antiepiléptico. A criterio neurológico se podrá impedir la conducción desde el inicio de la retirada del tratamiento y durante el plazo de 6 meses tras el cese del mismo.	No se admite la mediación antiepiléptica.	No se admiten.	No se admiten.

En definitiva, en función del permiso de conducción que precise el trabajador para el ejercicio de su actividad laboral –no para su mero desplazamiento al lugar de trabajo– sino cuando utiliza el vehículo como herramienta para la prestación de sus servicios, la no renovación de la licencia de conducción puede determinar la incapacidad de continuar en la prestación de los servicios laborales y en su caso, y eso es lo que hay que valorar, el acceso a la incapacidad permanente total.

2.2. Epilepsia, prohibiciones administrativas e incapacidad permanente: a modo de conclusión

Como se ha señalado, sólo es objeto de protección en el ámbito de la incapacidad permanente contributiva, la limitación laboral que deriva de una lesión anatómica o funcional sobrevenida a la afiliación del trabajador al sistema pues al ser un sistema construido sobre la noción de "riesgo" y no propiamente de "situación de necesidad", es preciso que la incapacidad para el desarrollo de la actividad laboral sea sobrevenida al ingreso en el mismo. Ninguna de las distintas clases en las que cabe calificar la enfermedad atendiendo a su etiología (traumática, genética, neonatal y otras enfermedades que atacan o repercuten en el cerebro –infecciones, tumores, vasculopatías) excluye, *per se*, su carácter sobrevenido si bien en la genética y neonatal (normalmente resultado de accidentes durante el parto) será preciso que se produzca un agravamiento[52]. También la traumática puede haberse iniciado antes de la afiliación al sistema por lo que, en tal caso, también será precisa la agravación, o en su caso, su aparición posterior a la afiliación, que incluso podrá tener la consideración de riesgo profesional si el traumatismo generador de la epilepsia fue un accidente laboral[53]. Más difícil será poder concluir en el carácter laboral de la epilepsia no traumática en aquellos casos en los que el agravamiento haya podido venir determinado por las condiciones en las que se presta el trabajo pues, como ya hemos dicho, determinadas condiciones laborales incrementan el riesgo de las crisis comiciales. Imaginemos un trabajador que hubiera podido presentar alguna crisis comicial en la niñez o adolescencia, cuando la prevalencia de la enfermedad es mayor, que se incorpora a un puesto de trabajo en régimen de trabajo a turnos incluyendo el turno nocturno, volviendo a manifestarse los síntomas mucho tiempo después de llevar realizando dicha actividad profesional y con mayor expresión o "aparato" físico[54].

El hecho de que algunas profesiones o actividades contemplen como personas "no aptas" a quienes están aquejadas de "epilepsia en cualquiera de sus manifestaciones" no cabe duda que sirve para poder concluir en el carácter sobrevenido de la enfermedad cuando esta

[52] En este sentido, exigiendo el agravamiento, vid. STSJ Cataluña de 26-4-2002 (núm. rec. 7398/2001) en un supuesto de severo mal comicial que según hechos probados que son corregidos en suplicación la trabajadora presentaba crisis comiciales desde los 3 años de edad, con pérdidas de conocimiento, caídas y contracturas tónicoclónicas con EEG normal, y cuya frecuencia no se ha constatado. En tratamiento con monoterapia. Retraso mental ligero. La trabajadora era peón manipuladora. Trabajaba en su condición discapacitada en un centro especial de empleo y por tanto, en atención a dicha circunstancia fue contratada, sin que sea aplicable, salvo agravamiento, la protección de IP. En sentido similar respecto de trabajadora, limpiadora de profesión, con crisis desde los 10 años sin haber acreditado un agravamiento, vid. STSJ Cataluña de 18-12-2001 (núm. rec. 2025/2000), con un resumen de la principal jurisprudencia hasta la fecha en relación a la epilepsia. La STSJ Baleares de 4-10-2004 (núm. rec. 391/2004) declara la IPA en un supuesto de trabajador diagnosticado de epilepsia a los 10 años pero cuya enfermedad se ha agravado en los últimos seis años sufriendo las crisis con periodicidad mensual a lo que añade que en el periodo intercrisis sufre patologías de la memoria y alteraciones del ánimo (disforia, cuadros depresivos, problemas de concentración y atención, comportamiento impulsivo). También la STSJ Cataluña de 26-4-2002 (núm. rec. 7398/2001).

[53] La STSJ Asturias de 14-7-2000 (núm. rec. 719/1999), concluye en el carácter laboral de la epilepsia porque todos los episodios que ha sufrido el trabajador tuvieron lugar en tiempo y lugar de trabajo, sin que se haya desvirtuado la presunción de laboralidad. El trabajador era trabajador de autobús y sufrió un desvanecimiento a resultas del cual chocó con un coche, siendo entonces diagnosticada la epilepsia.

[54] En este sentido, la STSJ La Rioja de 15-4-2010 (núm. rec. 90/2010) desestima el carácter profesional de la IT de una trabajadora que manejaba productos químicos durante 10 horas al día (sic) que invocaba su consideración como "enfermedad del trabajo" del art. 115.2 LGSS-1994 porque no quedó acreditada la conexión entre las convulsiones de tipo epiléptico con el trabajo desarrollado.

se manifiesta una vez afiliado al sistema. Con todo, y puesto que la enfermedad no puede constituir causa de discriminación en el acceso al empleo, debe tratarse de profesiones o actividades laborales en las exista un motivo objetivo y razonable y proporcional a la finalidad perseguida, que es la tutela de la salud y seguridad del trabajador y de terceras personas. Como hemos visto, la regulación española en lo que se refiere a la identificación de profesiones prohibidas a las personas aquejadas de epilepsia parece ajustarse a los señalados requisitos de razonabilidad y proporcionalidad, con la salvedad, quizá, del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias que, según parece, sólo tendría sentido en los grupos de funciones de vigilancia por su contacto directo e inmediato con los reclusos.

Por lo que respecta a las consecuencias de la epilepsia en el mantenimiento de la aptitud psicofísica para la realización de la actividad profesional cuando no se trata de actividades prohibidas, no presenta ninguna singularidad en relación a la valoración de la capacidad laboral del enfermo. Se debe valorar la capacidad del trabajador para el desarrollo de la actividad laboral: bien la de su profesión habitual, teniendo en cuenta las condiciones en las que se desarrolla, porque estas puedan incrementar el riesgo de crisis comiciales y también por el riesgo que para la salud y seguridad del trabajador y de terceros pueda derivarse de los síntomas de la crisis; bien cualquier profesión u oficio, en cuyo caso podría llegar a determinar su calificación como incapacidad absoluta. No obstante, esta última calificación debe reservarse para aquellos casos más graves por su duración, por su frecuencia y por la intensidad del aparato sintomático y el estado de desconcierto y desorientación en que queda sumido el trabajador tras la crisis. Y sin duda, será así cuando, además, sea refractaria al tratamiento farmacológico –supuestos nada inhabituales según los datos estadísticos[55]– o bien porque los efectos secundarios de estos puedan generar otro tipo de riesgos. Pensemos en un trabajo en altura en el que una crisis puede determinar una caída bien por la propia crisis si es muy grave (la denominada "de gran mal"), con las conocidas convulsiones o incluso siendo un episodio de "pequeño mal" en el que pese a que no manifiesta convulsiones, las ausencias, obnubilaciones o estado vegetativo transitorio puede derivar en una caída. O cuando el tratamiento farmacológico que permite el control de la enfermedad produce somnolencia, confusión, mareos, vómitos o dificultad para respirar[56]. Más discutible parece que puedan tenerse en consideración otro tipo de factores diferentes de la salud y seguridad propia o ajena como ha apuntado la doctrina[57], tales como el rechazo social por parte de los clientes/usuarios de la empresa o incluso la disminución en el rendimiento laboral derivado bien de la enfermedad bien de los efectos secundarios de la

[55] Dice el Informe FEEN antes citado: "(…) La mayoría de los enfermos epilépticos (70-75 %) se controlan bien con la medicación, pero existe un porcentaje no desdeñable en el que las crisis no cesan a pesar del tratamiento farmacológico adecuado. Según algunos estudios el porcentaje de pacientes con epilepsia refractaria es mayor del que se supone y sólo la mitad de estos pacientes son evaluados en una unidad especializada, con un retraso importante, que alcanza los 10 años en la mayoría de los casos".

[56] Estos son algunos de los efectos adversos que pueden tener sobre el trabajo de uno de los fármacos más utilizados para el tratamiento de la enfermedad, el fenobarbital. Y similares efectos tienen otros fármacos como la primidona (cansancio excesivo, mareos, dificultad para coordinar los movimientos, náuseas, vómitos, pérdida del apetito, visión doble); el clonazepam (somnolencia, mareos, inestabilidad, problemas de coordinación, dificultad para pensar o recordar, dolor en los músculos o las articulaciones); por señalar sólo alguno de los fármacos del grupo N03. (MEDINEPLUS: https://medlineplus.gov/spanish/druginfo/meds/a682007-es.html) Fecha de consulta: 27-11-2016.

[57] PÉREZ PINEDA, B.; GARCÍA BLAZQUEZ, M.; y GARCÍA-BLAZQUEZ PÉREZ, M., "Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente", Granada (Comares), 4ª ed., 2000, pág. 408.

medicación. La primera, desde luego, debe descartarse como regla general pues, salvo en supuestos de "gran mal", con reiteración de crisis y mucho aparato en su manifestación –en la que la incapacidad derivará de estas circunstancias como se ha señalado y no de la protección de la buena imagen de la empresa– debe prevalecer el derecho a la no discriminación del trabajador afectado de alguna discapacidad y el principio de normalización que inspira la regulación de la protección de las personas afectadas de alguna discapacidad (art. 3 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). Tampoco el uso o manipulación por el trabajador de material de alto valor económico que pudiera romperse o estropearse a resultas de lo sorpresivo de las crisis comiciales parece motivo suficiente para la declaración de una incapacidad permanente si no concurre el riesgo para las personas (trabajador o tercero). Cuestión distinta será la eventual extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida del trabajador en el bien entendido de que deberá ser efectivamente sobrevenida y no conocida con anterioridad por la empresa o en su caso, que se haya producido un agravamiento que determine efectivamente la imposibilidad de realizar la actividad profesional[58].

Cuando se trata de actividades prohibidas, sin embargo, como hemos visto, la normativa vigente adopta un amplio abanico de actitudes. En todo caso, y como premisa, es preciso diferenciar entre el ámbito contractual y el ámbito de la seguridad social. No cabe duda que la pérdida de la licencia imprescindible para el ejercicio de la actividad profesional –como puede ser la licencia de conducción o la licencia de armas– puede constituir, en general, y con abstracción ahora de que sea por pérdida de condiciones psicofísicas- causa de ineptitud para el trabajo que pudiera determinar, en su caso, la extinción contractual por la vía del art. 52.a) TRET. En este sentido, la pérdida del permiso de conducción por sanción administrativa constituye causa de ineptitud pero, lógicamente, no resulta reconducible a la incapacidad permanente para la profesión habitual. La cuestión es si la pérdida de la licencia precisa para el ejercicio de la actividad (de conducción; de armas) por pérdida de las condiciones psicofísicas por una enfermedad como la epilepsia es causa automática o no determinante de incapacidad permanente total (es decir, para la profesión habitual).

Por lo que respecta a las Fuerzas Armadas, es de significar el cambio de actitud de la regulación vigente en relación a la precedente. En la actualidad, en la valoración de la actitud psicofísica, se atiende a su repercusión funcional y la epilepsia "en todas sus formas" ya no constituye causa de ineptitud. Hay que resaltar que esta previsión de la regulación específica de la capacidad psicofísicas de los miembros de las Fuerzas Armadas –que manejan armas– contrasta significativamente con la regulación general para la tenencia y uso de armas –no aplicable a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como ya se ha señalado– que cataloga la epilepsia sin ninguna matización como causa de ineptitud. Además, en la regulación vigente a resultas de una reforma operada el año 2013, se exige expresamente que cuando a esa repercusión funcional se le otorgue la

[58] Como señala la STSJ Canarias de 10-6-1998 (núm. rec. 1138/1997): "(...) Es más, la ineptitud sobrevenida como causa de contenido objetivo, capaz de provocar la extinción de la relación laboral, implica la pérdida de la aptitud física o intelectual originaria para realizar la prestación sinalagmática del contrato que supone la imposibilidad del cumplimiento de las actividades a realizar por el trabajador, lo cual como hecho extintivo debe ser acreditado por el empleador y que en el caso como afirma el Juzgador de instancia no se ha acreditado".

máxima puntuación (5), el informe pericial precise exactamente las limitaciones que implica de cara al ejercicio de la profesión, en cuatro alternativas cuya redacción está remitiendo de forma implícita a los cuatro grados habituales de incapacidad permanente. En definitiva, que en el ámbito de las Fuerzas Armadas cabe la posibilidad de continuar en el desarrollo de la profesión en aquellos casos en los que el militar epiléptico aunque no pueda ejercer las actividades que son exclusivas de las Fuerzas Armadas, pueda desempeñar otras actividades en las Fuerzas Armadas comunes al ámbito laboral civil. De hecho, se les garantiza el principio de igualdad de trato en los destinos a los que puedan acceder cuando, a resultas del expediente para la determinación de las aptitudes psicofísicas, se concluye en la existencia de una incapacidad que conlleve una limitación para ocupar determinados destinos, según las exigencias que figuren en las relaciones de puestos militares o de trabajo. Cualquiera otra de las tres posibilidades determinaría, en su caso, suprimida la insuficiencia de condiciones psicofísicas como causa de acceso a la reserva, el acceso al retiro por inutilidad (Clases Pasivas) o de incapacidad permanente (Régimen General)[59] o la resolución del compromiso con las Fuerzas Armadas, en el caso de militares profesionales con vinculación no permanente. En este último caso, además, se da la particularidad de que se aplica el Baremo del Anexo I Apartado A) del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre para la determinación del grado de discapacidad lo que en este caso no parece incoherente: dados los porcentajes que generan derecho a esta protección singular y la consideración que la epilepsia recibe en dicho baremo puede concluirse que a partir de la clase 3 se tiene acceso a estas pensiones especiales e incluso a una indemnización a tanto alzado cuando se califica en la clase 2.

Por su parte, en el ámbito de la Guardia Civil, cuerpo sometido a disciplina militar, la regulación es totalmente diferente, aunque tampoco determina de forma automática la pérdida de las aptitudes psicofísica del agente. La propia norma lo justifica en la diferencia sustancial de funciones y cometidos entre las Fuerzas Armadas y la Benemérita pero, desde luego, no deja de ser peculiar que la norma aplicable a la Guardia Civil sea la norma que valora la discapacidad en el ámbito de la protección de la invalidez no contributiva, norma que atribuye porcentajes de discapacidad diferentes atendiendo a la respuesta al tratamiento y al número de episodios mensuales. Es de significar que el hecho de que se califique como leve (1-24 % de discapacidad) cuando se tiene menos de un episodio mensual es significativo del elevado nivel de exigencia de dicha norma (vid. la jurisprudencia y doctrina judicial reseñada) lo que no deja de sorprender en un Cuerpo de Seguridad del Estado armado. Hay que valorar positivamente, sin embargo, el hecho de que la norma específica contemple la fijación reglamentaria de los medios y procedimientos para que los miembros del Instituto armado seguir desarrollando su carrera profesional, reorientándola, en su caso, mediante la enseñanza de perfeccionamiento que sea necesaria y adecuada, disponiendo, además, la adopción de las medidas precisas en las condiciones de trabajo de los destinos que puedan ocupar tendentes a eliminar toda discriminación o desventaja. Si de la aplicación del baremo se concluye en un porcentaje de discapacidad determinante del retiro por inutilidad (Clases Pasivas) o de incapacidad permanente (Régimen General)[60], procederá el acceso a estas situaciones, desaparecida ya también la insuficiencia de condiciones psicofísicas como causa de acceso a la reserva.

[59] Vid. nota a pie núm. 17.
[60] Vid. nota núm. 17.

Diferente es también la situación en el ámbito del Cuerpo Nacional de Policía, tanto porque existe la situación administrativa de segunda actividad por insuficiencia de las aptitudes psicofísicas para el desempeño de los cometidos atribuidos a la Policía Nacional, como por el hecho de que no parece que exista ninguna norma que oriente o mandate a los Tribunales médicos para la valoración de la insuficiencia de las aptitudes psicofísicas o en su caso, su pase a retiro por inutilidad (Clases Pasivas) o incapacidad permanente (Régimen General)[61]. No parece que pueda ser aplicable la Orden de 11-1-1988 que, como hemos señalado, dispone como causa de exclusión médica la epilepsia porque es una norma para el *ingreso* en el Cuerpo, ni tampoco parecería aplicable la normativa para la tenencia y uso de armas, que no resulta aplicable a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado por previsión expresa, como se ha apuntado ya.

Ninguna previsión existe específica existe tampoco para el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias en el que también se contempla como causa de exclusión de los procesos selectivos, como en los supuestos anteriores, la epilepsia en cualquiera de sus formas. En tal caso, habrá que estar a la valoración que se lleve a cabo por los Tribunales médicos en la aplicación de la normativa general para el acceso a la jubilación por inutilidad (Clases Pasivas) o Incapacidad Permanente (Régimen General), valoración en la que deberá tenerse en cuenta si el puesto implica el contacto directo con los reclusos y, en su caso, si cabe o no la posibilidad de movilidad a otro puesto que no lo implique, pues no hay que olvidar que en el ámbito funcionarial estas posibilidades de movilidad son más reducidas (art. 81 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público) estando el funcionario adscrito a su puesto de trabajo.

Así pues, contrasta significativamente lo previsto en el ámbito de las Fuerzas Armadas y Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado con lo dispuesto, en normativa para la tenencia y uso de armas y la prestación de servicios de seguridad privada, mucho más antigua que la actualmente vigente en aquellos ámbitos profesionales. Ciñéndome exclusivamente a la prestación de servicios de seguridad privada, no parece razonable, como así concluyeron las sentencias antes citadas, considerar que dicha norma constriñe el juicio valorativo que puede llevar a cabo el órgano competente para valorar la efectiva capacidad laboral del trabajador afectado de una epilepsia cuando la enfermedad está controlada y las crisis han sido escasas y muy espaciadas temporalmente. Lógicamente el órgano administrativo competente para la declaración de la incapacidad permanente en el ámbito del sistema de seguridad social no resuelve sobre la aptitud psicofísica precisa para el reconocimiento de la licencia de armas sino sobre su capacidad laboral residual a resultas de dicha enfermedad en relación a una actividad profesional que puede desarrollarse sin armas. El hecho de que todavía esté vigente, para la enfermedad, la definición de profesión habitual que se recoge en la actual D.T.26ª TRLGSS como "aquélla a la que el trabajador dedicaba su

[61] Vid. nota núm. 17. En el caso de que el funcionario esté comprendido en el Régimen General sí existe una regulación específica ya señalada (el Real Decreto 1087/2015, de 4 de diciembre, sobre procedimiento, condiciones y alcance del reconocimiento de las prestaciones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia para el personal de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado derivado de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social) pero su finalidad no exactamente esta sino ordenar las competencias y especificidades que en relación a los Tribunales médicos existe en estos cuerpos funcionariales de Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía Nacional.

actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine" determina que el contenido funcional de esa actividad que realizaba el trabajador constituya el marco de referencia para la valoración de su capacidad y en este caso, su actividad profesional de vigilante de seguridad puede realizarse sin el arma de fuego para la que la norma le priva –aunque no consta que la hubiera perdido efectivamente–.

Incluso en profesiones de mucha mayor responsabilidad como son las vinculadas a las actividades de transporte (aéreo, marítimo, terrestre, ferroviario) por los riesgos para vida y la integridad de los usuarios y de terceros, la epilepsia no determina de forma automática la pérdida de la capacidad psicofísica exigible para el mantenimiento de las licencias exigidas para el ejercicio de las respectivas profesiones aunque sí ocurre así en algún caso, mientras que en los restantes, se exigen periodos muy prolongados sin crisis y a veces, sin que concurra tratamiento farmacológico, lo que hace prácticamente imposible la renovación de la licencia. En tales casos, cabría concluir en una posible declaración de incapacidad permanente para la profesión habitual puesto que, como hemos dicho, esta se define todavía en términos bastante estrictos (D.T.26ª TRLGSS) como aquélla a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad,: así ocurre, como hemos dicho, en relación al maquinista ferroviario, para quien la epilepsia implica la pérdida de la aptitud psicofísica precisa para la licencia de maquinista ferroviario y, además, la propia norma enuncia entre los fármacos bajo cuyos efectos no deben desempeñarse funciones de conducción el grupo de los antiepilépticos. Esta última prohibición se predica también para las funciones de circulación por lo que posiblemente la conclusión en relación a estos pudiera ser también la misma. En relación con el transporte aéreo, ya hemos visto que para el mantenimiento de las licencias de personal de vuelo y controlador aéreo, la epilepsia no es causa automática de exclusión de la aptitud psicofísica aunque la regulación es muy estricta o restrictiva por lo que la pérdida de la misma es probable y deba reconducirse a la declaración de incapacidad permanente para la profesión habitual salvo que hubiera posibilidad de que dentro de esa profesión habitual en los términos recogidos legalmente, el trabajador realizara otras actividades que no afecten al tráfico aéreo. Y las mismas consideraciones cabe hacer de las licencias para el ejercicio de las profesiones de transporte marítimo y transporte por carretera.

La conclusión anterior podría ser diferente si se aplicara (o mejor, cuando se aplique, si alguna vez tiene lugar el desarrollo reglamentario a la que se condiciona su entrada en vigor) la definición del "suspendido" actual art. 194 TRLGSS, que amplía el concepto de profesión habitual al grupo profesional en la que se encuadraba la profesión que ejercía el interesado ante de producirse el hecho causante. Ello permitiría un mayor margen para el ejercicio de actividades no condicionadas a la obtención de la licencia para la que se ha perdido la aptitud psicofísica y por tanto, la aplicación de las reglas generales que para la valoración de la capacidad laboral residual operan en relación al resto de actividades profesionales.

Libre circulación en la unión europea y prestaciones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social

Free movement in the European union and benefits not contributory Social Security and Social assistance

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

SECRETARIA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESSS)

Resumen

El derecho de los nacionales de otros Estados miembros a prestaciones no contributivas concedidas por el Estado de residencia ha sido objeto de una gran litigiosidad desde hace décadas. Ante la interpretación expansiva del Tribunal de Justicia los Estados han reaccionado siempre reformando los Reglamentos de coordinación para evitar el reconocimiento y la exportación de prestaciones que desean reservar a sus propios nacionales. Con la entrada en vigor de la Directiva 2004/38 los problemas interpretativos aumentaron ya que a efectos de la citada Directiva se pueden calificar de prestaciones de asistencia social lo que a efectos del Reglamento 883/2004 son prestaciones de Seguridad Social.

Palabras clave

Reglamento 883/2004, Directiva 2004/38, prestación especial no contributiva, Asistencia Social

Abstract

The right of nationals of other Member States to non-contributory benefits granted by the State of residence has been very lenient for decades. To deal with the extensive case-law of the Court of Justice, the Member States have always reacted by reforming the coordination regulations to avoid the export of benefits which they wish to reserve for their own nationals. With the entry into force of Directive 2004/38 interpretative problems have increased since for the purposes of that Directive social assistance benefits can be classified as social security benefits from the point of view of Regulation 883/2004.

Keywords

Regulation 883/2004, Directive 2004/38, special non contributory benefit, Social Assistance

1. EL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN EN EL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

Desde sus orígenes, en la Unión Europea el pilar económico ha ido por delante del pilar social, hasta el punto que se ha logrado la unión monetaria a través de la implantación de una moneda común pero no existe –ni se prevé que exista– un sistema de Seguridad Social único para todos los Estados miembros.

Es por ello que mientras el derecho a la libre circulación de trabajadores –una de las cuatro libertades fundamentales para la instauración de un mercado común, junto con la libre circulación de capitales, servicios y mercancías– formó parte del Derecho originario desde un primer momento, hubieron de pasar décadas para que, tras los compromisos alcanzados con los dos Acuerdos de Schengen, se incorporara al Derecho originario el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea.

Esta evolución histórica permite comprender por qué en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) coexisten, actualmente, dos artículos que

regulan de manera separada e independiente el derecho de libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena por un lado (artículo 45), y el de los ciudadanos de la Unión Europea por otro lado (artículo 21.1). De esta dual regulación deriva, a su vez, que el régimen jurídico del derecho de residencia sea diferente según el precepto a cuyo amparo se ejercite tal derecho. Y, a su vez, que difieran las prestaciones no contributivas que los migrantes puedan reclamar en el Estado de residencia.

2. EL CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA COORDINACIÓN PARA FACILITAR LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA

Aunque desde el Tratado de la Comunidad Económica Europea hasta el vigente TFUE la libre circulación de trabajadores se ha erigido como uno de los pilares esenciales del proyecto europeo, ésta quedaría seriamente comprometida si, por el solo ejercicio de dicha libertad, los trabajadores migrantes vieran mermados sus derechos en el ámbito de la protección social en los Estados miembros en los que hubieran trabajado.

Puesto que la libre circulación no sería posible si no se salvaguardaran los derechos de los ciudadanos europeos que la ejercen y sus familias, el actual artículo 48 del TFUE proclama que "el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros".

De este precepto, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea inferimos que mediante la técnica descrita en el precepto anterior y que denominamos "coordinación" (por contraposición a "armonización") se aspira a contribuir al establecimiento de una libertad de circulación de los trabajadores lo más completa posible en el territorio de los Estados miembros y en los que resulte de aplicación el Derecho de la UE (Islandia, Noruega, Liechtenstein, y Suiza).

Con fundamento en el artículo 42 TCE –actual artículo 48 del TFUE– se promulgó el Reglamento 883/2004 de coordinación de los sistemas de seguridad social –desarrollado por el Reglamento 987/2004–, que no unifica ni armoniza los sistemas de Seguridad Social existentes en los Estados miembros, sino que tiende entre sistemas muy dispares por razones históricas, un "puente jurídico" que va a permitir el paso de un sistema a otro. Con ello se hará factible que los derechos adquiridos o en vías de adquisición en virtud de un sistema nacional de Seguridad Social puedan invocarse en otro Estado en el que también resulte aplicable el Derecho de la UE.

En palabras del Tribunal de Justicia, los Reglamentos de coordinación permiten "que subsistan diferentes regímenes que generan créditos diversos contra instituciones diversas, con respecto a las cuales el beneficiario posee derechos directos en virtud, ya sea únicamente

del Derecho interno, ya sea del Derecho interno completado por el Derecho de la Unión si ello resulta necesario[1].

3. EL DESLINDE JURISPRUDENCIAL ENTRE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL A EFECTOS DE LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN

Establecer conceptualmente la frontera entre Asistencia Social y Seguridad Social, tanto a nivel nacional como de la UE, puede resultar extremadamente difícil como consecuencia de la extensión del ámbito de la Seguridad Social y de la gran evolución sufrida por la Asistencia Social.

En efecto, ésta última ha experimentado una profunda transformación con respecto a épocas pasadas en la que era concebida como una garantía discrecional a favor de personas en situación de necesidad. En la actualidad, por el contrario, se puede afirmar, hablando en términos generales, que la Asistencia Social ha perdido su carácter "graciable", pasando a configurarse como un derecho subjetivo. Y ello ha motivado que la principal diferencia que existía entre Seguridad Social y Asistencia Social se difumine.

Por otro lado, la exigencia de una aplicación uniforme del Derecho de la UE implica que los términos empleados por el Reglamento de coordinación no pueden ser alterados ni por las peculiaridades propias de los Derechos nacionales, ni por las interpretaciones internas sobre términos empleados por el Derecho comunitario.

Pero ni el Reglamento 883/2004, ni sus precedentes los Reglamentos 1408/71 y 3/58, contienen una definición de Seguridad Social o de Asistencia Social, como tampoco de prestación "contributiva" y "no contributiva".

A la vista de las consideraciones anteriores, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para poder responder a la cuestión de si una prestación se encuentra incluida en el ámbito material de los Reglamentos de coordinación y, por tanto, puede ser calificada como prestación de Seguridad Social, conviene inspirarse en el objetivo fundamental del vigente artículo 48 del TFUE consistente en implantar las condiciones más favorables para llevar a cabo la libertad de circulación y empleo de los trabajadores comunitarios en el territorio de cada uno de los Estados miembros.

Por aplicación de tal criterio, el Tribunal de Justicia ha defendido un concepto amplio del concepto comunitario de Seguridad Social y, correlativamente, ha interpretado muy restrictivamente la exclusión de la Asistencia Social del ámbito de la coordinación comunitaria.

Siguiendo una jurisprudencia reiterada cabe afirmar que una prestación podrá considerarse como prestación de Seguridad Social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida y en la medida en que la

[1] SSTJ de 3.4.2008, -331/06 (Chuck); y de 21.2.2013, -619/11(Dumont de Chassart).

prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente incluidos en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004.

No obstante, siguen subsistiendo "zonas grises" pues, como el Tribunal de Justicia ha señalado, "determinadas prestaciones contempladas por las legislaciones nacionales pueden pertenecer simultáneamente a la seguridad social y a la asistencia social, debido a su ámbito de aplicación personal, sus objetivos y sus normas de desarrollo.

4. LA REGULACIÓN DE LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS EN EL REGLAMENTO 883/2004

De conformidad con el artículo 3.2 del Reglamento 883/2004 el mismo se aplica a los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos (excepto disposición en contrario en el Anexo XI).

Por su parte, el artículo 3.3 del Reglamento 883/2004 dispone que el citado Reglamento también se aplicará a las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en el artículo 70. De la lectura de este último precepto se infiere que el término "prestación especial no contributiva" se reserva para las prestaciones que los Estados notifiquen en el Anexo X del Reglamento 883/2004.

Por el contrario, conforme establece su artículo 3.5.a) las prestaciones de Asistencia Social siguen estando excluidas del Reglamento 883/2004, al igual que lo estaban bajo la vigencia del Reglamento 1408/71.

4.1. El artículo 70 del Reglamento 883/2004

El artículo 70 del Reglamento 883/2004 establece que el mismo "se aplicará a las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en la legislación que, por su alcance personal, objetivos y condiciones para su concesión presenten características tanto de legislación de seguridad social a que se refiere el apartado 1 del artículo 3 como de asistencia social".

Se entenderá por "prestaciones especiales en metálico no contributivas" aquellas que:

a) tienen por objeto proporcionar:

i) cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de seguridad social mencionadas en el apartado 1 del artículo 3, que garantice a las personas en cuestión unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate;

o

ii) únicamente la protección específica de las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el Estado miembro de que se trate,

y

b) cuando la financiación proceda exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, y las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones, no dependan de ninguna contribución del beneficiario. No obstante, las prestaciones concedidas para completar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo,

y

c) figuren en el anexo X.

De la lectura del citado precepto se deduce que los requisitos que mencionan tienen carácter acumulativo.

Llegados a este punto interesa destacar que las prestaciones especiales no contributivas para no ser exportables obligatoriamente han de ser notificadas en un anexo específico, en el caso del Reglamento 883/2004, el Anexo X. Por tanto y, a pesar, de que la exportación de prestaciones sociales es un principio básico del Derecho social comunitario, el mismo no resulta aplicable a las prestaciones especiales no contributivas cuando hayan sido incluidas por los Estados miembros en el Anexo X del Reglamento 883/2004. No hay que olvidar, sin embargo, que "las disposiciones que suponen una excepción al principio de la exportabilidad de las prestaciones de Seguridad Social han de interpretarse en sentido estricto"[2].

A efectos prácticos lo relevante no es la definición en sí, sino la inclusión de la prestación en el Anexo, puesto que aunque una prestación pudiera ser calificada como prestación especial en metálico no contributiva conforme a la nueva definición contenida en el artículo 70 del Reglamento 883/2004, si no figura en el Anexo X, será exportable a otros Estados donde sea aplicable el citado Reglamento.

4.2. Financiación de las prestaciones especiales no contributivas

Es criticable que la "piedra angular" para calificar a las prestaciones especiales en metálico como no contributivas sea el hecho de que se financien mediante "la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general".

Es cierto que, tradicionalmente, se ha pretendido definir a las prestaciones no contributivas por contraposición a las prestaciones contributivas[3] atendiendo, primordialmente, a su forma de financiación. Así, se ha venido considerando que prestaciones contributivas "serían aquellas que se nutren y a las que se accede en función de cotizaciones directas o indirectas (de sus empresarios) de los beneficiarios o asegurados, mientras que las no contributivas se caracterizarían por financiarse mediante recursos

[2] Considerando nº 37 del Reglamento 883/2004.

[3] Una definición "negativa" es la que contiene el Convenio 157 de la OIT (1982) ratificado por España, en cuyo artículo 1.letra n) se establece que "la expresión de carácter no contributivo se aplica a las prestaciones cuya concesión no depende ni de una participación financiera directa de las personas protegidas o de su empleador, ni del cumplimiento de un período de actividad profesional, así como a los regímenes que conceden exclusivamente tales prestaciones". Pero en rigor, lo extenso de la definición hace que resulte de escasa utilidad a la hora de deslindar las prestaciones no contributivas de Seguridad Social frente a las de Asistencia Social.

procedentes de los presupuestos públicos y su obtención no se condiciona a exigencias previas de afiliación y cotización". [4]

Pero se ha de resaltar cómo la doctrina es coincidente a la hora de reconocer a la cotización naturaleza tributaria, tesis de la que se hace eco el Tribunal Constitucional[5], aunque existen discrepancias respecto a la concreta categoría en la que la cotización se incluya.

Así, BORRAJO DACRUZ[6] destaca cómo para unos autores la cotización tiene el carácter de impuesto especial, mientras que otros defienden que se trata de una tasa,"pues el trabajador es, a la vez que contribuyente, un beneficiario del servicio financiado con tales cuotas". Para el citado autor, sin embargo, la cotización se configuraría como una exacción parafiscal exceptuada de la legislación común.

Dado lo aparentemente ficticio que resulta ser la dicotomía cotización-tributo, cabría preguntarse porqué el legislador no hace gala de una técnica legislativa más depurada y sustituye una nomenclatura por otra. Entre los posibles motivos que desaconsejarían iniciativas de tal índole el factor sociológico no es el menos importante, dado el generalizado rechazo de la población hacia el sistema impositivo.

En este sentido nadie se ha expresado con mayor rotundidad que SCHULTE[7] cuando afirma que la utilización del vocablo cotización en vez de tributo obedece "a que se espera que las cotizaciones sean aceptadas más fácilmente por los ciudadanos, ya que la gente tiene la sensación de que obtiene algo a cambio de sus pagos".

5. EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN Y DE SUS FAMILIARES

El artículo 21.1 del TFUE reconoce el derecho de todo ciudadano de la Unión Europea[8] a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, sin más restricción que las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.

Sin embargo, dicho precepto no puede ser invocado cuando nunca se ha hecho uso del derecho de libre circulación y siempre se ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad se ostenta[9]. Esto tiene especial relevancia con respecto a los familiares nacionales de Terceros Estados de ciudadanos de la UE pues el artículo 21.1 no les confiere ningún derecho autónomo,

[4] GONZÁLEZ ORTEGA, S.; "Prestaciones No Contributivas de Seguridad Social"en: OJEDA AVILÉS, A. (Coord.); X *Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.* Trotta. Madrid. 1992; p.200.

[5] STC 39/1992, de 30 de marzo: "es innegable que el sistema de protección social se ha ido separando progresivamente del esquema contributivo y acercándose de forma cada vez más próxima al concepto de tributación".

[6] BORRAJO DACRUZ, E.; *Estudios Jurídicos de Previsión Social*. Aguilar. Madrid. 1962. pp.73-101. La definición que propone el autor es que la cuota es "un tributo con un régimen jurídico peculiar y especial".

[7] SCHULTE, B.; "La Financiación de los Sistemas de Protección Social en la Europa Comunitaria"en: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; *Los Sistemas de Seguridad Social y las Nuevas Realidades Sociales*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1992; p.52.

[8] Conforme al artículo 20.1 del TFUE ciudadanos de la UE son todas las personas que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro. Cfr. STJ de 10.7.2008, -33/07 (Jipa); y -46/12 (L.N.).

[9] STJ de 2.10. 2003, -148/02 (Garcia Avelló).

sino que sus eventuales derechos son derechos derivados del ejercicio de la libertad de circulación por parte de un ciudadano de la Unión[10] de cuya familia forman parte.

A efectos del presente estudio interesa especialmente destacar que la introducción de la ciudadanía de la Unión en el acervo comunitario trajo consigo una extensión del principio de igualdad de trato de quienes ejercen el derecho a la libre circulación para buscar un empleo pues ya no se les aplica tal principio sólo respecto al acceso al trabajo sino también por lo que se refiere al acceso a las prestaciones de carácter económico destinadas a facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral del Estado miembro de acogida[11].

6. LA DIRECTIVA 2004/38

El derecho de residencia de ciudadanos de Estados en los que el Derecho de la Unión Europea resulta aplicable y de los miembros de sus familias se rige actualmente por la D**irectiva 2004/38/CE.**

En España, la transposición de la Directiva 2004/38 se llevó a cabo a través del **Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero**, que ha sido objeto de reformas en diversas ocasiones, la última hasta la fecha fue obra del Real Decreto 987/2015.

Para períodos inferiores a tres meses, conforme al artículo 6.1 de la Directiva, el único requisito que se exige a los ciudadanos de la Unión Europea del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o Suiza y asimilados es tener un documento de identidad o un pasaporte válidos[12].

Como cualquier otro Derecho, tampoco éste es absoluto.

El artículo 7.1 de la Directiva establece que el derecho de residencia en un Estado Miembro por un período superior a tres meses está supeditado al cumplimiento de algunos de los siguientes tres requisitos, que no son acumulativos:

- Ejercer una actividad económica por cuenta ajena o propia.
- Disponer, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes[13] para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia[14], así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida.
- Ser estudiante y disponer de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad.

[10] STJ de 8.11.2012, -40/11 (Iida).

[11] STJ de 4.6.2009, asuntos acumulados -22/08 y -23/08 (Vatsouras y Koupatantze).

[12] Cfr. artículo 6 del RD 240/2007 que precisa que será suficiente la posesión de pasaporte o documento de identidad en vigor.

[13] Por lo que a España se refiere, se considerará acreditación suficiente para el cumplimiento de este requisito la tenencia de recursos que sean superiores al importe que cada año fije la Ley de Presupuestos Generales del Estado para generar el derecho a recibir una prestación no contributiva (artículo 3.2.c) Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007).

[14] Las Directivas 90/364 y 90/365 también exigían que los pensionistas y las personas no activas dispusieran de medios suficientes de vida propios para ejercer su derecho a la libre circulación.

— Ser miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que se encuentre en algunas de las tres situaciones anteriores[15].

La citada Directiva también regula el derecho de los ciudadanos de Estados de la Unión Europea a residir permanentemente en un Estado distinto de aquel que sean nacionales, derecho que está supeditado únicamente al requisito de haber residido legalmente en dicho Estado previamente durante un período ininterrumpido de cinco años y que no hubieran sido objeto de una medida de expulsión.

Los mismos requisitos son aplicables a los miembros de sus familias que no sean nacionales de Estados en los que se aplique el Derecho de la Unión Europea.

El derecho de residencia permanente se pierde por ausencia superior a dos años consecutivos del territorio del Estado que la hubiera reconocido.

7. LAS PRESTACIONES DE ASISTENCIA SOCIAL CONDICIONANTES DEL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN

La Directiva 2004/38 no contiene una definición legal de prestación de Asistencia Social y, sin embargo, resulta ser ésta la piedra angular que va a modular el derecho de residencia de los ciudadanos inactivaos de los Estados en los que se aplica el Derecho de la Unión Europea.

Y es que, como se infiere de los Considerandos 10 y 16 de la citada Directiva y de sus artículos 7, 14 y 24, el derecho de residencia de las personas no activas incluidas en su ámbito de aplicación que no son residentes permanentes[16] no puede conllevar que se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida por lo que, llegado el caso ello, podría ser causa de expulsión. Medida que, en cambio, en ningún caso se podrá adoptar contra trabajadores por cuenta ajena o propia, o personas que buscan empleo de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, salvo por razones de orden público o seguridad pública[17].

[15] Respecto a este último colectivo señalar que en la STJ de 25.7.2008, -127/08 (Metock) el Tribunal de Justicia interpretó que "el nacional de un tercer país, cónyuge de un ciudadano de la Unión, que acompaña o se reúne con este ciudadano puede acogerse a las disposiciones de esa Directiva, independientemente del momento o del lugar en el que hubieran contraído matrimonio y sin necesidad de haber residido antes legalmente en ese país".

[16] El derecho de residencia permanente, una vez obtenido, no debe estar sometido a condiciones, y ello con el fin de que constituya un verdadero instrumento de integración en la sociedad del referido Estado –STJ 21.12.2011, -424/10 (Ziolkowski y Szeja)–.

[17] Conforme al artículo 9.3 del Real Decreto 240/2007, no se podrá adoptar en ningún caso "una medida de expulsión contra ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o miembros de su familia si: son trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia; o si han entrado en territorio español para buscar trabajo. En este caso, no podrán ser expulsados mientras puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados".

8. LAS PRESTACIONES ESPECIALES NO CONTRIBUTIVAS DEL REGLAMENTO 883/2004 ¿PRESTACIONES DE ASISTENCIA SOCIAL A EFECTOS DE LA DIRECTIVA 2004/38?

Bajo este epígrafe se analizarán las sentencias relativas al concepto de prestación no contributiva de Asistencia Social conforme a la Directiva 2004/38. La cuestión a dilucidar es si el Tribunal de Justicia interpreta de manera uniforme dicho término tanto a efectos del Reglamento 883/2004 como de la citada Directiva o si, por el contrario, atribuye distinto significado al término asistencia social según la normativa aplicada.

8.1. Brey

En esta cuestión prejudicial el litigió versó sobre una prestación especial no contributiva austriaca reclamada por un pensionista alemán que trasladó su residencia a Austria, si bien no tenía reconocida la residencia permanente en dicho Estado[18].

El Tribunal de Justicia parte de la premisa de que el derecho de residencia en otro Estado miembro sin ejercer en él una actividad laboral o profesional no es un derecho absoluto ni incondicional. Por tanto, nada se opone, en principio, a que la concesión de prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejercen actividades económicas esté supeditada a la exigencia de que éstos cumplan los requisitos para disponer del derecho de residencia legal en el Estado miembro de acogida.

Asimismo, el Tribunal considera que el ejercicio del derecho de residencia por los ciudadanos de la Unión puede quedar subordinado a los intereses legítimos de los Estados miembros, en concreto, la protección del erario público.

A efectos de la Directiva 2004/38 el Tribunal de Justicia interepreta extensivamente el concepto de asistencia social dotándole de un contenido autónomo al concepto de asistencia social a efectos del Reglamento 883/2004. Lo concibe como un concepto que engloba a todos los regímenes de ayudas establecidos por autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia y que, por ello, puede convertirse, durante su estancia, en una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida.

Pero el Tribunal de Justicia entiende que el mero hecho de que un nacional de un Estado miembro disfrute de una prestación de asistencia social no basta para demostrar que represente una carga excesiva para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida.

Es decir, que no cabe excluir automáticamente su derecho a prestaciones no contributivas dispensadas por el Estado de acogida. Y por ello el Tribunal falla que el Derecho de la Unión Europea se opone a la normativa austriaca que deniega automáticamente a ciudadanos no activos nacionales de Estados de la UE prestaciones especiales no contributivas.

[18] STJ de 29.4.2004, -160/02 (Skalka).

Dado que como se expondrá a continuación el Tribunal de Justicia dará un giro de 180 grados en su jurispruencia conviene tener presente el hecho de que Alemania y Austria son países vecinos y comparten una misma lengua, unido al dato de que el litigante de nacionalidad alemana había desempeñado una actividad profesional previa antes de jubilarse. Estas cuestiones metajurídicas quizás contribuyan a explicar por qué ante supuestos de hecho sustancialmente idénticos y siendo la normativa aplicable la misma, el Tribunal de Justicia dicta fallos contradictorios.

8.2. Dano

La Sra. Dano, de nacionalidad rumana y residente en Alemania –aunque no tiene reconocida la residencia permanente– carece de cualificación profesional y no ha ejercido nunca una actividad profesional en ningún Estado miembro. En tales circunstacias solicita una prestación social alemana que se califica como prestación especial no contributiva en el sentido del artículo 70, apartado 2, del Reglamento 883/2004.

Sin embargo, la misma prestación a efectos de la apliación del artículo 24.2 de la Directiva 2004/38 es calificada por el Tribunal como prestación de asistencia social[19].

Aunque el Tribunal mantiene la interpretación que en la sentencia Brey hizo del concepto de asistencia social[20], su fallo es ahora diametralmente opuesto puesto que considera que la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que no se oponen a la normativa de un Estado miembro en virtud de la cual se excluye a nacionales no activos de otros Estados miembros la percepción de prestaciones especiales en metálico no contributivas –en el sentido del Reglamento 883/2004– cuando dichos nacionales de otros Estados miembros no disfrutan del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 en el Estado miembro de acogida.

Las conclusiones que pueden extraerse de la sentencia Dano es que el artículo 24.2. de la Directiva 2004/38 se erige como una excepción al principio de no discriminación. Por esta vía, de facto, se va a excluir del principio de igualdad de trato a los nacionales no activos de Estados donde se aplica el Derecho de la Unión Europea cuando de prestaciones no contributivas (de Asistencia Social y de Seguridad Social) sometidas a prueba de recursos se trata.

Con esta nueva línea jurisprudencial lo que el Tribunal de Justicia va a garantizar es que los ciudadanos inactivos en los que se aplica el Derecho de la Unión Europea no puedan invocar el principio de igualdad de trato para recurrir al sistema asistencial del Estado miembro en el que se encuentren.

[19] STJ de 11.11.2014, -333/13 (Dano).

[20] Entendiendo que "se refiere a todos los regímenes de ayudas establecidos por autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia y que, por ello, puede convertirse, durante su estancia, en una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida, que pueda tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que puede conceder dicho Estado".

Asimismo, por por esta vía jurisprudencial se evita que tal colectivo pueda convertirse en una carga excesiva para el Estado miembro de acogida, máxime en una época de crisis económica mundial y cuando todos los Estados Miembros para cumplir con los objetivos del déficit impuesto por el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de la Gobernanza, han tenido que limitar o endurecer el acceso de sus propios ciudadanos a prestaciones sociales a fin de garantizar la propia sostenibilidad de sus sistemas públicos de protección social.

8.3. Alimanovic[21]

En esta cuestión prejudicial no se cuestiona que el derecho de residencia tanto de la Sra. Alimanovic –nacida en Bosnia– como de su hija Sonita –nacida en Alemania– (ambas de nacionalidad sueca) surge de su condición de personas demandantes de empleo.

Es también pacíficamente admitido que no resulta aplicable a las litigantes el artículo el artículo 7.3. c), de la Directiva 2004/38 que dispone que, si el trabajador se encuentra en paro involuntario debidamente acreditado tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses, y se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo, la condición de trabajador se mantendrá durante un período que no podrá ser inferior a seis meses. Durante ese mismo período el ciudadano de la Unión interesado conserva su derecho de residencia en el Estado miembro de acogida y puede, por tanto, invocar el principio de igualdad de trato reconocido en el artículo 24.1 de la Directiva 2004/38.

La prestación alemana reclamada por las litigantes fue notificada en el Anexo X del Reglamento 883/2004 como prestación especial no contributiva y tiene por objetivo garantizar los medios de subsistencia mínimos necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana.

A juicio del Tribunal de Justicia la prestación reclamada por la Sra. Alimanovic ha de calificarse jurídicamente como prestación de asistencia social en el sentido del artículo 24.2 de la Directiva 2004/38 y no como prestación económica destinada a facilitar el acceso al mercado de trabajo de un Estado.

En esta cuestión prejudicial el Tribunal de Justicia rechaza expresamente la tesis de que personas que no disfruten de un derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 puedan reclamar un derecho a prestaciones de asistencia social en las mismas condiciones aplicables a los propios nacionales, puesto que ello vulneraría uno de los objetivos de dicha Directiva.

A mayor abundamiento, el Tribunal de Justicia considera que la legislación alemana aplicable al caso, puesta en relación con el artículo 7.3, letra c), de la Directiva 2004/38, a saber, un plazo de seis meses desde el cese de una actividad profesional durante el que se

[21] STJ de 15.9.2015, -67/14 (Alimanovic).

mantiene el derecho a la ayuda social[22], permite garantizar un alto grado de seguridad jurídica y de transparencia, a la vez que se ajusta al principio de proporcionalidad.

A la vista de lo expuesto no sorprende que el Tribunal de Justicia falle que resulte conforme con el Derecho de la Unión Europea la legislación alemana controvertida.

8.4. García Nieto[23]

En esta ocasión son españoles los litigantes y una vez más la prestación alemana reclamada es la misma que en la sentencia Alimanovic, que se califica a efectos del Reglamento 883/2004 como prestación especial no contributiva.

Siguiendo la pauta de su sentencia Alimanovic el Tribunal de Justicia reitera que la prestación controvertida no puede calificarse como prestación económica destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo de un Estado miembro, sino que debe considerarse como una prestaciones de asistencia social a los efectos del artículo 24.2 de la Directiva 2004/38.

Cuando el Sr. Peña Cuevas –pareja de hecho de una trabajadora española en Alemania con la que tiene una hija en común– reclamó la prestación controvertida su derecho de resiencia en Alemania se fundaba en el artículo 6.1 de la Directiva 2004/38, que reconoce a los ciudadanos de la UE el derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período de hasta tres meses siempre que estén en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos. El artículo 14.1 de dicha Directiva mantiene ese derecho mientras los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida.

El Tribunal de Justicia estimó acorde con el Derecho de la Unión la negativa de las autoridades alemanas a conceder a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia o que conserven tal condición, toda prestación de asistencia social durante los tres primeros meses de residencia. Y es que, dado que los Estados miembros no pueden exigir que los ciudadanos de la Unión posean medios de subsistencia suficientes y una cobertura médica personal cuando realizan una estancia de tres meses de duración como máximo en sus respectivos territorios, es legítimo no obligar a dichos Estados miembros a hacerse cargo de esos ciudadanos durante tal período.

No desvirtúa las anteriores conclusiones el hecho de que la ayuda concedida a un solo solicitante difícilmente puede calificarse de "carga excesiva" para un Estado miembro, en el sentido del artículo 14.1 de la Directiva 2004/38, puesto que a tales efectos habrían de sumarse todas las solicitudes individuales que se le hubieran presentado.

[22] STJ de 4.6.2009, -22/08 y C-23/08 (Vatsouras y Koupatantze): los ciudadanos de la Unión que hayan conservado la condición de trabajadores con fundamento en el artículo 7, apartado 3, letra c), de la Directiva 2004/38 tienen derecho a prestaciones de asistencia social, como las discutidas, durante ese período de seis meses al menos.

[23] STJ de 25.2.2016, -299/14 (García Nieto).

9. LAS PRESTACIONES FAMILIARES NO CONTRIBUTIVAS Y LA DIRECTIVA 2004/38: COMISIÓN CONTRA REINO UNIDO[24]

El recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra el Reino Unido versa sobre los complementos familiares (*child benefit*) y el crédito fiscal por hijo a cargo (*child tax credit*). Se trata de dos prestaciones en metálico cuyo objetivo "es contribuir a atender a los gastos de la familia y que no se financian con las cotizaciones de los beneficiarios, sino mediante la recaudación de tributos".

No han sido notificadas en el Anexo X del Reglamento 883/2004 y descartado que puedan calificarse de prestaciones especiales no contributivas la conclusión a la que llega el Tribunal de Justicia es que se trata de prestaciones familiares no contributivas de Seguridad Social[25] a efectos del artículo 3, apartado 1, letra j), del Reglamento 883/2004, en relación con el artículo 1, letra z), de ese mismo Reglamento.

Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida justifica en principio la posibilidad de comprobar la regularidad de la residencia en el momento del reconocimiento de una prestación social, especialmente en el caso de las personas procedentes de otros Estados miembros y que no ejercen actividades económicas, ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado.

Sentado lo anterior, y puesto que de las sentencias Brey y Dano se desprende que nada se opone, en principio, a que la concesión de prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejercen actividades económicas esté supeditada a la exigencia de que éstos cumplan los requisitos para gozar del derecho de residencia legal en el Estado miembro de acogida el Tribunal desestima el recurso interpuesto por la Comisión.

10. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA MOTOR DE LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN PARA REFORMAR EL REGLAMENTO 883/2004

El 13.12.2016 se hace pública la propuesta de modificación del Reglamento 883/2004 presentada por la Comisión que tiene por objeto clarificar por razones de transparencia y seguridad jurídica las circunstancias en las cuales los Estados miembros pueden limitar el acceso a las prestaciones sociales solicitadas por ciudadanos de la UE económicamente inactivos[26].

Entre las muchas novedades que introduce, a efectos de este trabajo nos limitaremos a destacar la propuesta de reforma del artículo 4 del Reglamento 883/2004.

[24] STJ de 14.6.2016, -308/14 (Comisión contra Reino Unido).

[25] Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, unas prestaciones que se conceden automáticamente a las familias que responden a ciertos criterios objetivos relativos, en particular, al número de sus miembros, sus ingresos y sus recursos patrimoniales, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, y que están destinadas a compensar las cargas familiares, deben tener la consideración de prestaciones de la seguridad social (SSTJ de 16.7.1992 -78/91 (Hughes); de 10.10.1996, -245/94 y -312/94 (Hoever y Zachow).

[26] COM(2016) 815 final 2016/0397.

Mientras que en su redacción original el artículo 4 –que lleva por rúbrica Igualdad de Trato– proclama que: las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento.

Ahora, en la propuesta de reforma presentada por la Comisión el 13.12.2016 se añade un párrafo segundo a dicho artículo 4 en virtud del cual un Estado miembro podría requerir que el acceso de una persona económicamente inactiva residente en ese Estado miembro a sus prestaciones de seguridad social esté condicionado a tener derecho a la residencia legal como está regulada en la Directiva 2004/38.

11. CONCLUSIONES

El Derecho de la Unión Europea no se caracteriza, precisamente, por su claridad y fácil comprensión, y ello es especialmente evidente en el caso de las prestaciones no contributivas que, dependiendo de si han sido notificadas en el Anexo X del Reglamento 883/2004, o no, se califican: bien de prestaciones no contributivas de Seguridad Social (exportables a Estados en los que se aplique el Derecho de la UE), o de prestaciones especiales en metálico no contributivas (no exportables).

La Directiva 2004/38 complica aun más este ya de por sí confuso panorama jurídico puesto que prestaciones no contributivas que están incluidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004 serán calificables como prestaciones de asistencia social a los efectos de la citada Directiva.

Dicho en otras palabras: la legislación de la UE en materia de derecho de residencia utiliza un concepto de "asistencia social" diferente al que emplea en materia de seguridad social.

Este dispar tratamiento jurídico respecto de una misma prestación obedece al hecho de que mientras que el Reglamento 883/2004 pretende garantizar a los ciudadanos de la Unión que han hecho uso del derecho a la libre circulación de los trabajadores el mantenimiento del derecho a determinadas prestaciones de seguridad social concedidas por su Estado miembro de origen, la Directiva 2004/38 permite, por su parte, al Estado miembro de acogida que imponga a los ciudadanos inactivos de la Unión restricciones legítimas por lo que respecta a la concesión de prestaciones sociales a fin de que éstos no se conviertan en una carga excesiva para el sistema de asistencia social de dicho Estado miembro.

Problemas de transitoriedad en la delimitación de la edad de acceso a la jubilación parcial anticipada

Problems of transience in the delimitation of the age of access to the partial retirement

Mª DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

PROFESORA TITULAR DE UNIVERSIDAD (ACREDITADA PARA CATEDRÁTICA) DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE LEÓN

Resumen

Siendo conscientes de que con carácter general, la edad de acceso a la jubilación parcial anticipada ya no es en todo caso la de 61 años, sino que depende de los períodos cotizados en el momento del hecho causante, los principales problemas aplicativos surgen respecto a las personas a las que se les aplica transitoriamente la normativa vigente a 31 de diciembre de 2012. El presente comentario analiza el requisito de la edad para el acceso a la pensión de jubilación parcial, en dichos períodos transitorios (60 ó 61 años), a partir de dos pronunciamientos del Tribunal Supremo (Sala Social) de 14 de septiembre de 2016.

Palabras clave

Jubilación, jubilación parcial

Abstract

Being aware that, in general, the age of access to early partial retirement is no longer 61 years, but it depends on the periods quoted at the time of the event, the main application problems arise with the regulations in force on December 31, 2012, that they are applied temporarily. This commentary analyzes the age requirement for access to the partial retirement benefit, in those transitional periods (60 or 61 years), from two pronouncements of the spanish Supreme Court (Social Chamber) of September 14, 2016.

Keywords

Retirement, partial retirement, benefits

1. CONSIDERACIONES GENERALES A PROPÓSITO DE LA JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA

La jubilación parcial anticipada no funcionó con éxito en los albores de su regulación laboral[1], si bien fue adquiriendo un peso creciente desde la aprobación de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para la jubilación gradual y flexible. Algunas desviaciones en la la utilización de esta figura para situaciones en las que no estaba prevista pudieron contribuir a dicho incremento, llevando a adoptar numerosas reformas legislativas, entre las cuales destaca la ampliación de la jornada mínima a realizar por el jubilado parcial. La institución se ha visto sometida a "reformas continuas, de ida y vuelta, por razones económicas y demográficas, dando la impresión de que jamás se analizó suficientemente bien *a priori* todos los posibles efectos perversos que podían llegar a tener ambas medidas [jubilación parcial y contrato de relevo] en el mercado de trabajo y en el sistema de Seguridad Social"[2].

[1] LÓPEZ CUMBRE, L.: "Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del reparto del empleo", *TS*, núm. 85, 1998, págs. 50 y ss.

[2] GARCÍA NINET, J.I.: "Modificaciones de la jubilación parcial y del contrato de relevo en la Ley 27/2011, de 1 de agosto", *RGDTSS*, núms. 29-30, 2012 (número extraordinario, monográfico sobre la reforma del sistema de *(...)*

Haciendo un breve recorrido histórico, cabe recordar cómo fue la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, la que vino a introducir una nueva modalidad de contratación –el contrato de relevo–, con el fin de ampliar las posibilidades de reparto del trabajo disponible a través de la contratación a tiempo parcial, facilitando para ello la jubilación parcial de los trabajadores cuya edad se encontrase próxima a la de jubilación ordinaria, siempre que simultáneamente se procediese a sustituir al trabajador jubilado parcialmente, durante el tiempo que dejase vacante el mismo, por otro trabajador en situación de desempleo.

La redacción vigente del artículo 12.6 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) considera contrato a tiempo parcial el celebrado por el trabajador que concierte con su empresa (sin que pueda imponerse unilateralmente por esta)[3] una reducción de su jornada de trabajo y de su salario, "de entre un mínimo del veinticinco por ciento y un máximo del cincuenta por ciento y la empresa deberá concertar simultáneamente un contrato de relevo,… con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente. También se podrá concertar el contrato de relevo para sustituir a los trabajadores que se jubilen parcialmente después de haber cumplido la edad de jubilación ordinaria que corresponda conforme a lo establecido en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social". La ejecución de dicho contrato a tiempo parcial y su retribución resultan plenamente compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador en concepto de jubilación parcial.

Dicha prestación de jubilación parcial se cuantifica atendiendo al resultado de aplicar el porcentaje de reducción de la jornada laboral a la pensión que le correspondería percibir al trabajador jubilado en el momento del hecho causante de la pensión, pero sin que se apliquen coeficientes reductores por anticipación de la edad de jubilación ordinaria. Dicho importe se aumenta con carácter anual mediante el régimen de revalorizaciones establecido de modo general (artículo 12.1 Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la seguridad social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial).

Si se analiza su historia desde que se incorporó al ordenamiento jurídico en 1984 y las sucesivas reformas, cabe llegar a la conclusión de que la mayor parte de sus elementos estructurales (límites de jornada, contrato de relevo) han sido replanteados, desde la mayor rigidez a la mayor flexibilidad, o si se prefiere, se han ido readaptando a la búsqueda de una mayor utilización de la figura, para invertir dicha tendencia en un momento posterior. Las motivaciones que impulsan sus accidentadas reformas[4] derivan de la necesidad de adecuar esta figura a las características y requerimientos de los procesos productivos en que la misma se enmarca, dando prioridad al objetivo de adecuar la jubilación a la realidad actual, adoptando medidas que, en línea con las orientaciones de la Unión Europea y otros

Seguridad Social por la Ley 27/2011, de 1 de agosto). Con anterioridad, del mismo autor en coautoría, GARCIA NINET, J.I. y GRACIA ALEGRIA, G.: "El contrato de relevo", en AA.VV. (GARCÍA NINET, J.I., Dir.): *Contratación temporal y medidas de fomento de empleo*, Barcelona (Atelier), 2009, págs. 191 y ss.

[3] STSJ Castilla y León/Burgos 22 junio 2010 (Rec. Núm. 349/2010).

[4] DESDENTADO BONETE, A. y DURÁN HERAS, A.: "Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto", *RMTAS*, núm. 1, 2002, pág. 52.

organismos internacionales, procuren incentivar la prolongación voluntaria de la vida laboral, así como una mayor conexión entre los mecanismos de jubilación flexible con los requerimientos de los procesos productivos.

Con tal finalidad, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, replanteó la propia institución[5] y endureció los requisitos de acceso a la misma, abundando precisamente en su carácter de "anticipada", ya que vino a establecer medidas de equiparación entre la jubilación parcial anticipada y la jubilación anticipada ordinaria en cuanto a las condiciones requeridas para su acceso. Concretamente, fueron el artículo 4 Uno de la Ley de medidas en materia de Seguridad Social y su disposición adicional 29ª los que modificaron el artículo 166.1.2 LGSS94 y el 12.6 ET, respectivamente, refiriéndose tanto a la jubilación parcial autónoma (o diferida) –esto es, la de trabajadores mayores de 65 años–, como a la modalidad anticipada. No obstante, las reformas habidas en la institución no terminan en el año 2007, sino que los efectos de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, superan el ámbito de normas de contenido estrictamente laboral.

Esto es lo que ha ocurrido con la regulación del contrato de relevo, inevitablemente afectado por los cambios en la edad de jubilación y en el diseño de la jubilación parcial. Sin embargo, tales cambios no son únicamente los que de modo inevitable derivan de las reformas en la institución de protección social que los amparan, sino que el legislador ha aprovechado la ocasión para incorporar otras novedades en el régimen jurídico de este tipo contractual que incrementan su onerosidad para el empresario[6] y abundan, por tanto, en una línea de endurecimiento del régimen jurídico del contrato.

Constituye una reforma de gran calado que seguramente situará la jubilación parcial en el lugar que le corresponde, pues la mejor y más equilibrada distribución de costes entre la Seguridad Social, el empresario y el trabajador provocará una utilización "menos interesada" y más acorde con la filosofía del instituto, sea cual sea su impacto cuantitativo[7].

La regulación vigente de la jubilación parcial anticipada, a través de sus endurecidas exigencias, ha venido a limitar las posibilidades de los empleados de concertar con su empresa el paso a esta situación[8], lo cual resulta llamativo, pues precisamente con otras reformas habidas con anterioridad se pretendía exactamente lo contrario[9], esto es, potenciar el uso de esta fórmula de acceso progresivo y gradual de los trabajadores a la jubilación

[5] En palabras de LÓPEZ GANDÍA, J.: "El Acuerdo de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social (luces y sombras)", *RDS*, núm. 35, 2006, pág. 233.

[6] DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "Jubilación parcial y contrato de relevo, un tándem con problemas", *RGDTSS*, núm. 27, 2011, pág. 2.

[7] En tal sentido, considerando que es socialmente preferible una menor y más racional utilización de la figura, que mantener la utilización de los fondos públicos al servicio de los intereses empresariales, que nunca quisieron ver la finalidad social del instituto, TORTUERO PLAZA, J.L.: *La reforma de la jubilación. (Marco de Referencia y Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de la Seguridad Social)*, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson Reuters), 2012, pág. 116.

[8] Monográficamente estudiado, entre otros, por LÓPEZ BALAGUER, M.: *Jubilación parcial y flexible y contrato de relevo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007.

[9] Ampliamente sobre el particular, CALVO GALLEGO, F.J.: *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, Sevilla (Mergablum-CARL), 2002, págs. 17 y ss.

total[10]. No obstante, el incremento desmedido en la utilización de la figura[11] ha traído consigo consecuencias "no convenientes en el terreno económico"[12] que han propiciado un nuevo enfoque más restrictivo.

En concreto, han quedado modificados los requisitos exigibles en relación con la edad (que oscila entre 61 y 65 años a través de un período transitorio que finaliza en 2027 *ex* disposición transitoria 10ª LGSS, sin que a tales efectos se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado o 60 si se trata de trabajadores que tuvieron la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967. Asimismo, desde el 25 de mayo de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2012, para los trabajadores afectados por compromisos adoptados en expedientes de regulación de empleo o por medio de convenios o acuerdos colectivos de empresa, aprobados o suscritos con anterioridad al 25 de mayo de 2010, con celebración simultánea de un contrato de relevo, ha sido posible jubilarse parcialmente con 60 años –si el trabajador relevista era contratado a jornada completa y con carácter indefinido–, o 60 años y 6 meses si el relevista era contratado en otras condiciones[13]) y cotización previa del trabajador (33 años, sin computar la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias; si bien en lo que se refiere a esta exigencia debe tenerse en cuenta que en el caso de personas con discapacidad o trastorno mental, el período de cotización exigido será de 25 años, a partir de la especialidad incorporada, con efectos de 1 de enero de 2013, por la Ley 27/2011 –artículo 6.2–), con lo cual se limitan claramente las posibilidades de acceso progresivo y gradual a la jubilación, pues el legislador prima única y exclusivamente el ahorro del sistema, sin tener en cuenta el marco de la política de empleo en que se desarrolla la figura de la jubilación parcial anticipada a través de la incorporación al mercado del trabajador relevista o la mayor estabilidad proporcionada al mismo[14]. Parece que el objetivo último es frenar su utilización como medida de reestructuración benévola para la empresa, pero con altos costes para el sistema de la Seguridad Social, y reservar esta modalidad de jubilación a las personas que realmente han contribuido a mantener el sistema.

[10] Según datos aportados por FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "La jubilación parcial: contratos a tiempo parcial y contrato de relevo", en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.): *La reforma de la Seguridad Social de 2007-2008*, Cizur Menor (Aranzadi), 2008, pág. 181 y ss., se pasó de 6.819 altas de jubilación parcial en 2002 a 27.809 en 2006, con un incremento del 308 % y con una importancia creciente en el conjunto de las jubilaciones anticipadas.

[11] Curiosamente, de 2005 a 2007 se había pasado de 7.132 contratos de relevo a 22.752, siendo en gran medida contratos a tiempo completo y no a tiempo parcial. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA.: *Encuesta de población activa de 2007*, Madrid, 2007 (www.ine.es).

[12] Viniendo la Ley 40/2007 a reconfigurar la fórmula haciéndola "más anticipada" y "algo menos parcial". LÓPEZ BALAGUER, M.: "La jubilación", en AA.VV.: *La Ley de medidas en materia de Seguridad Social de 2007*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008, pág. 92.

[13] La Resolución del INSS de 18 de noviembre de 2010 publica la relación de acuerdos colectivos de empresa suscritos con anterioridad al día 25 de mayo de 2010, que contienen compromisos en materia de jubilación parcial. BENEYTO CALABUIG, D.: *La Reforma de la Jubilación y de otras prestaciones*, Madrid (Wolters Kluwer-La Ley CISS), 2011, pág. 110.

[14] LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *Reformas de la Seguridad Social...*, cit., pág. 262 y LÓPEZ BALAGUER, M.: "La jubilación", en AA.VV.: *La Ley de medidas en materia de Seguridad Social de 2007*, Madrid (Francis Lefebvre), 2007, pág. 96.

2. LA EDAD DE ACCESO A LA JUBILACIÓN PARCIAL

En cuanto se refiere a la edad de acceso a la jubilación ordinaria, la reforma operada por la Ley 27/2011 consistió en una pura adaptación de las referencias contenidas en el artículo 12.6 y 12.7 ET a la nueva edad de jubilación. La referencia a los 65 años se sustituye por la remisión a la edad de jubilación fijada en el artículo 161.1 a) LGSS94 [actual artículo 205.1 a)], lo cual, lógicamente produce un cambio en relación con la edad a la que se jubila parcialmente el trabajador que permite no celebrar simultáneamente un contrato de relevo. De este modo, será obligatorio concertar un contrato de relevo cuando el trabajador se jubila parcialmente antes de cumplir la edad de 67 años o 65 si, en este último supuesto, acredita 38 años y 6 meses de cotización. No obstante, habrá que tener en cuenta las reglas derivadas de la aplicación de la disposición transitoria 7ª LGSS sobre aplicación paulatina y progresiva de la edad de jubilación, pues, como es sabido, hasta el año 2027, los trabajadores podrán acceder a la jubilación parcial a una edad inferior a los 67 años siempre que acrediten los períodos de cotización que, para dicha edad, fija la tabla correspondiente, debiendo celebrarse simultáneamente un contrato de relevo.

Con carácter general, la edad de acceso ya no es en todo caso la de 61 años, sino que depende de los períodos cotizados en el momento del hecho causante en una escala de edades que va de 2013 a 2027, *ex* disposición transitoria 10ª LGSS que se refleja en el siguiente cuadro:

Año del hecho causante	**Edad exigida según períodos cotizados en el momento del hecho causante**		**Edad exigida con 33 años cotizados en el momento del hecho causante**
2013	61 y 1 mes	33 años y 3 meses o más	61 y 2 meses
2014	61 y 2 meses	33 años y 6 meses o más	61 y 4 meses
2015	61 y 3 meses	33 años y 9 meses o más	61 y 6 meses
2016	61 y 4 meses	34 años o más	61 y 8 meses
2017	61 y 5 meses	34 años y 3 meses o más	61 y 10 meses
2018	61 y 6 meses	34 años y 6 meses o más	62 años
2019	61 y 8 meses	34 años y 9 meses o más	62 y 4 meses
2020	61 y 10 meses	35 años o más	62 y 8 meses
2021	62 años	35 años y 3 meses o más	63 años
2022	62 y 2 meses	35 años y 6 meses o más	63 y 4 meses
2023	62 y 4 meses	35 años y 9 meses o más	63 y 8 meses
2024	62 y 6 meses	36 años o más	64 años
2025	62 y 8 meses	36 años y 3 meses o más	64 y 4 meses
2026	62 y 10 meses	36 años y 3 meses o más	64 y 8 meses
2027 y siguientes	63 años	36 años y 6 meses	65 años

Se mantiene la edad de 60 años si se acredita la condición de mutualista.

Si no tienen la condición de mutualista y están afectados por la disposición transitoria 4ª, apartado 5, de la LGSS (no exenta de polémica en sus versiones anteriores)[15], la edad de acceso será de 61 años. Dicha disposición determina que "Se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, a las pensiones de jubilación que se causen antes de 1 de enero de 2019, en los siguientes supuestos:

a) Las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de 1 de abril de 2013, siempre que con posterioridad a tal fecha no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social.

b) Las personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos de empresa así como por decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados, suscritos o declarados con anterioridad a 1 de abril de 2013, siempre que la extinción o suspensión de la relación laboral se produzca con anterioridad a 1 de enero de 2019.

c) Quienes hayan accedido a la pensión de jubilación parcial con anterioridad a 1 de abril de 2013, así como las personas incorporadas antes de dicha fecha a planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresa con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido con anterioridad o posterioridad a 1 de abril de 2013.

En aquellos supuestos a que se refieren los apartados b) y c) en que la aplicación de la legislación anterior tenga su origen en decisiones adoptadas o en planes de jubilación parcial incluidos en acuerdos colectivos de empresa, será condición indispensable que los indicados acuerdos colectivos de empresa se encuentren debidamente registrados en el Instituto Nacional de la Seguridad Social o en el Instituto Social de la Marina, en su caso, en el plazo que reglamentariamente se determine".

[15] Sobre el particular, entre otras, SSTS 9 marzo 2016 (Rec. núm. 260/2015); 15 marzo 2016 (Rec. núm. 1773/2015); 16 marzo 2016 (Rec. núm. 1533/2015) o 30 marzo 2016 (Rec. núm. 1271/2015), tratando de determinar si la amplia secuencia de disposiciones normativas dictadas sobre el particular en tan breve espacio de tiempo, han dado lugar a una modificación de los términos de acceso a la pensión de jubilación parcial a los 60 años de edad, muy especialmente por lo que respecta a los trabajadores afectados por compromisos adoptados en expedientes de regulación de empleo o mediante convenios y/o acuerdos colectivos de empresa aprobados o suscritos, respectivamente, con anterioridad a la entrada en vigor del RDLey 8/2010, de 20 de mayo. En la doctrina, calificando el asunto de auténtico "galimatías", a partir de una reforma que más que "asistemática" pudiera ser calificada de "antisistema", BARRIOS BAUDOR, G.L.: "La edad de acceso a la jubilación parcial: problemas de transitoriedad legislativa", *RDSS*, núm. 8, 2016, págs. 111 y 113.

3. PROBLEMAS DE TRANSITORIEDAD EN LA DELIMITACIÓN DE LA EDAD DE ACCESO A LA JUBILACIÓN PARCIAL. A PROPÓSITO DE DOS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 4ª) DE 14 SEPTIEMBRE 2016 (RECS. NÚMS. 2176 Y 2293/2015)

La cuestión debatida en ambos pronunciamientos[16] se centra en determinar si el trabajador demandante tiene derecho a acceder a la pensión de jubilación parcial a los 60 años de edad cuando, hallándose incluido en un plan de jubilación parcial suscrito por acuerdo colectivo en su empresa con anterioridad al 1 de enero de 2013[17], solicita la citada pensión con posterioridad al 31 de diciembre de 2012. Y ello se torna especialmente complicado debido a la abrumadora sucesión normativa habida sobre el particular.

En concreto, se trata de determinar si, respecto a los afectados por compromisos adoptados en expedientes de regulación de empleo o por medio de convenios y/o acuerdos colectivos de empresa aprobados o suscritos, respectivamente con la mercantil IVECO ESPAÑA, SL y con SOCIEDAD ESPAÑOLA DE INSTALACIÓN DE REDES TELEFÓNICAS (S.E.I.R.T., S.A.U.), con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, la amplia secuencia de disposiciones normativas dictadas sobre el particular han podido generar una modificación de los términos de acceso a la pensión de jubilación parcial a los 60 años de edad.

Más en concreto, teniendo en cuenta que la disposición transitoria 2ª del citado Real Decreto Ley 8/2010 configuró una excepción al régimen general de acceso a la pensión de jubilación parcial a los 61 años de edad (permitiendo seguir accediendo a ella a los 60), interesa determinar si tal excepción, limitada temporalmente al 31 de diciembre de 2012, se ha visto o no ampliada y/o modificada por la legislación posterior, especialmente por las disposiciones transitorias introducidas por la Ley 27/2011 y posteriores.

En el primero de los supuestos comentados, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) recurren en casación para la unificación de doctrina la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de marzo de 2015 (Rec. Núm. 799/2014), que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por dichas Entidades Gestoras, confirmó la sentencia de instancia [SJS Madrid núm. 15, de 10 de abril de 2014 (Autos 876/2013)], la cual estimando la demanda, reconoció el derecho del trabajador a acceder a la jubilación parcial a la edad de 60 años.

En el segundo de ellos, el INSS y la TGSS recurren también en casación para la unificación de doctrina la sentencia del TSJ de Madrid de 24 de abril de 2015, que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador demandante, revocó la sentencia del

[16] Cuyos ponentes respectivos son el Excmo. Sr. D. Jordi Agusti Julia y el Excmo Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

[17] En el primero de los pronunciamientos comentados, el Acuerdo de la mercantil IVECO ESPAÑA, S.L. fue publicado oficialmente en la Resolución del INSS de 18 de noviembre de 2010, por la que se publica la relación de acuerdos colectivos de empresa suscritos con anterioridad al día 25 de mayo de 2010, que contienen compromisos en materia de jubilación parcial, publicado en el BOE de 2 de diciembre de 2010. En el segundo, la empresa para la que venía trabajando el demandante había suscrito un acuerdo colectivo de empresa en materia de jubilación parcial de fecha 1 de enero de 2010 y duración indefinida, comunicado al INSS y publicado también en el BOE de 2 de diciembre de 2010.

Juzgado de lo Social núm. 8 de Madrid, desestimatoria de la demanda formulada frente a las recurrentes y la empresa SOCIEDAD ESPAÑOLA DE INSTALACIÓN DE REDES TELEFÓNICAS (S.E.I.R.T., S.A.U.) reconociéndole también el derecho a acceder a la jubilación parcial a la edad de 60 años.

La Sala de suplicación[18], en ambos pronunciamientos, fundamenta su decisión del reconocimiento de la jubilación parcial, con el argumento de que, a pesar de que la disposición transitoria 2ª del RDLey 8/2010, había limitado la posibilidad de acogerse a la jubilación parcial establecida en el artículo 166.2 LGSS94 con 60 años hasta el 31 de diciembre de 2012[19], para los trabajadores afectados por compromisos adoptados en expedientes de regulación de empleo o por medio de convenios y acuerdos colectivos de empresa aprobados antes de la entrada en vigor de dicho Real Decreto Ley, posteriores normas "habrían mantenido tal posibilidad de acceso a la jubilación en las condiciones allí establecidas, como se desprendería, a juicio de la Sala, del Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, que mantendría esa posibilidad para los trabajadores que se encuentren incluidos en planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos y comunicados al INSS antes del 15 de abril de 2013".

En la sentencia aportada como de contraste por ambos pronunciamientos[20], la fundamentación, al estimar el recurso del INSS, descansa en que la trabajadora cumple los 60 años de edad el 25 de febrero de 2013, y que no resulta de aplicación en ese momento la norma excepcional prevista en la disposición transitoria 2ª del Real Decreto Ley 8/2010, que únicamente permitía el acceso a la jubilación parcial con 60 años hasta el 31 de diciembre de 2012.

La solución adoptada por el Alto Tribunal, siguiendo el precedente de otras anteriores en el mismo sentido[21], es que el 31 de diciembre de 2012 constituyó la fecha final hasta la que pudo accederse a los 60 años de edad a la pensión de jubilación parcial con arreglo a las condiciones previstas en la disposición transitoria 2ª del Real Decreto Ley 8/2010 y en el artículo 166.2 de la LGSS94, según la redacción dada al mismo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

Interesa destacar de un modo especial que la Sala reconoce expresamente que ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la misma cuestión en supuestos absolutamente

[18] SSTSJ Madrid 16 marzo 2015 (Rec. Núm. 799/2014) y 24 abril 2015 (Rec. Núm. 118/2015).

[19] Que regula una excepción a la exigencia general de tener cumplidos 61 años para el acceso a la jubilación parcial, disponiendo que: "Hasta el 31 de diciembre de 2012, podrán acogerse a la modalidad de jubilación parcial establecida en el artículo 166.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en las letras b), c), d), e) y f) de dicho artículo, los trabajadores afectados por compromisos adoptados en expedientes de regulación de empleo o por medio de Convenios y acuerdos colectivos de empresa, aprobados o suscritos, respectivamente, con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto Ley, a las siguientes edades: 60 años si el trabajador relevista es contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida; 60 años y 6 meses si el trabajador relevista es contratado en otras condiciones". Se instaura de esta forma un nuevo periodo transitorio en el que se permite, hasta el 31 de diciembre de 2012, el acceso a la jubilación parcial con una edad inferior a los 61 años, para aquellos trabajadores que tuviesen regulado el acceso mediante alguno de los instrumentos de negociación colectiva descritos, aprobados o suscritos antes de 25 de mayo de 2010.

[20] STSJ País Vasco 13 mayo 2014 (Rec. Núm. 2261/2014).

[21] Citadas en la nota a pie de página número 15.

idénticos, por lo cual se ve obligada a aplicar el mismo criterio "por razones de seguridad jurídica e igualdad ante la ley", poniendo de manifiesto la "farragosa y confusa regulación legal de esta materia".

Tal solución encuentra apoyo en tres argumentos fundamentales:

Primero: En ninguna de las sucesivas disposiciones transitorias se modifican, amplían o restringen de manera directa las claras previsiones de la disposición transitoria 2ª del Real Decreto Ley 8/2010, relativas al excepcional acceso a la jubilación parcial a los 60 años de edad. Si la voluntad del legislador hubiera sido ampliar el período temporal durante el que podría excepcionalmente alcanzarse la jubilación parcial referida a los 60 años, lo hubiera explicitado con claridad en cualquiera de las normas posteriores.

Segundo: La disposición final 12ª de la Ley 27/2011 (según la cual "se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso y condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de esta Ley, a: c) Quienes hayan accedido a la pensión de jubilación parcial con anterioridad a la fecha de publicación de la presente Ley, así como las personas incorporadas antes de la fecha de publicación de esta Ley a planes de jubilación parcial, recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresas, con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido con anterioridad o posterioridad al 1 de enero de 2013") ni por su literalidad (puesto que no lo dice) ni por su finalidad puede ser entendida como modificadora de la referida disposición transitoria 2ª del Real Decreto Ley 8/2010, ni del régimen excepcional que la misma incorpora. La referida Ley 27/2011 y, en concreto, su disposición final 12ª responde al Acuerdo Social y Económico suscrito por CEOE-CEPYME y UGT y CC. OO. el 11 de febrero de 2011, estableciendo de manera concreta respecto de la jubilación parcial que "se mantiene la situación actual de jubilación a los sesenta y un años"; y, en su parte primera, dedicada exclusivamente a las pensiones, no contempla ni un solo supuesto de anticipación de la edad de jubilación a los 60 años. Por tanto, si no contempla la jubilación parcial a los 60 años, ni siquiera por vía de excepción, resulta imposible interpretar que de su literalidad quepa deducir que se está pretendiendo algo que no se dice como es la ampliación temporal de la excepción contenida en la disposición transitoria 2ª del Real Decreto Ley 8/2010.

Tercero: Tampoco cabe deducir tal conclusión de la redacción de la disposición adicional 1ª del Real Decreto Ley 29/2012, de 28 de diciembre, cuando señala que "la regulación de las modalidades de acceso anticipado a la jubilación, así como de la jubilación parcial, se regirá por lo establecido en la legislación vigente a 31 de diciembre de 2012", pues en tal momento la regla general que se derivaba de la redacción del artículo 166.2 a) LGSS94 era la que exigía haber cumplido los 61 años de edad. Igualmente, en aquel momento regía la disposición transitoria 2ª del Real Decreto Ley 8/2010, que limitaba la posibilidad de jubilación a los 60 años hasta el 31 de diciembre de 2012, por lo cual la conclusión final es que dicha norma de urgencia no pretendió modificar la normativa vigente en ese momento sino dejarla tal y como estaba.

Sucintamente expuesta tal doctrina, el lector probablemente no sea consciente de que el problema de fondo en este asunto no reside tanto en la solución finalmente adoptada por el Alto Tribunal (que perfectamente hubiera podido ser esta o la contraria), sino, como ha

expresado la doctrina con acierto, "en la propia credibilidad del sistema español de Seguridad Social", cuando el legislador utiliza una técnica legislativa que atenta al más elemental respecto al principio de "seguridad jurídica"[22].

La precedente afirmación reposa en la vertiginosa sucesión de previsiones normativas de transitoriedad al respecto, que reproducen miméticamente los dos pronunciamientos jurisprudenciales comentados[23], a la vez que comparten su preocupación por el modo en que se ha regulado una cuestión tan relevante para los objetivos constitucionales de protección social, poniendo en serio peligro las exigencias constitucionales de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).

En cualquier caso, descarta el Tribunal Supremo estar en presencia de una "*res dubia*" que pudiera ser resuelta acudiendo a una interpretación "*pro beneficiario*", toda vez que el

[22] BARRIOS BAUDOR, G.L.: "La edad de acceso a la jubilación parcial: problemas de transitoriedad legislativa", cit., pág. 114.

[23] Pues "seguidamente se produce la suspensión durante tres meses de la aplicación del apartado Uno del artículo 5, de los apartados Uno y Tres del artículo 6 y de la disposición final primera, a través del Real Decreto Ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, en el que se establece además: 'la regulación de las modalidades de acceso anticipado a la jubilación, así como de la jubilación parcial, se regirá por lo establecido en la legislación vigente a 31 de diciembre de 2012, si bien las referencias a la edad de jubilación ordinaria se entenderán realizadas a la contenida en el artículo 161.1. a) y disposición transitoria vigésima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada, respectivamente, por los apartados uno y dos del artículo 4 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto'. El Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social dispuso en el segundo párrafo de su artículo 4.1: 'los trabajadores afectados, los representantes unitarios y sindicales o las empresas, en los dos meses siguientes a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto, comunicarán y pondrán a disposición de las direcciones provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social los planes de jubilación parcial, recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresas, suscritos antes del día 2 de agosto de 2011, con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido con anterioridad o con posterioridad al 1 de enero de 2013'. Por último, el Real Decreto Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, dio nueva redacción al apartado 2 de la disposición final duodécima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto , sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en los siguientes términos: "2. Se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de esta Ley, a las pensiones de jubilación que se causen antes de 1 de enero de 2019, en los siguientes supuestos: a) Las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de 1 de abril de 2013, siempre que con posterioridad a tal fecha no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social. b) Las personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos de empresa así como por decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados, suscritos o declarados con anterioridad a 1 de abril de 2013, siempre que la extinción o suspensión de la relación laboral se produzca con anterioridad a 1 de enero de 2019. c) Quienes hayan accedido a la pensión de jubilación parcial con anterioridad a 1 de abril de 2013, así como las personas incorporadas antes de dicha fecha a planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresa con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido con anterioridad o posterioridad a 1 de abril de 2013. En aquellos supuestos a que se refieren los apartados b) y c) en que la aplicación de la legislación anterior tenga su origen en decisiones adoptadas o en planes de jubilación parcial incluidos en acuerdos colectivos de empresa, será condición indispensable que los indicados acuerdos colectivos de empresa se encuentren debidamente registrados en el Instituto Nacional de la Seguridad Social o en el Instituto Social de la Marina, en su caso, en el plazo que reglamentariamente se determine".

análisis de las diversas prescripciones normativas conducen al resultado expuesto, si bien no se priva de acusar al legislador de no facilitar la comprensión de esta cuestión con las sucesivas disposiciones emitidas, que, "por su número y por su texto, constituyen un entramado normativo abstruso y de escarpada hermenéutica, pero hay que tener presente la finalidad de las mismas, que es, en principio y en lo que concierne a la temática general del retiro, la reducción de las posibilidades de la jubilación anticipada, si bien contemplando un régimen transitorio en el caso de las jubilaciones parciales previamente previstas en convenios colectivos debidamente comunicados a la entidad gestora y registrados por ésta en los términos establecidos", de tal modo que se busca "vincular la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida, racionalizar el acceso a los planes de jubilación anticipada y a otras vías de salida temprana del mercado laboral, y favorecer la prolongación de la vida laboral, facilitando el acceso al aprendizaje a lo largo de la vida, desarrollando oportunidades de empleo para los trabajadores de más edad y fomentando el envejecimiento activo".

Fines, en definitiva, coherentes con la interpretación acogida por el Tribunal Supremo, pero difícilmente aprehendibles a partir de una mera interpretación literal de la norma, debido a su abrumadora "inestabilidad".

Mujeres mayores y mujeres viudas en el debate sobre envejecimiento de la población y sostenibilidad del sistema de pensiones

The senior women and widows in the discussion about the population ageing and the pension's system sustainability

MARIOLA SERRANO ARGÜESO
PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE DEUSTO-BILBAO

Los árboles más viejos dan los frutos más dulces

(Proverbio alemán)

Resumen

El envejecimiento de la población y la necesidad de cotizaciones ha minado la sostenibilidad del deficitario sistema de pensiones olvidando las políticas de gestión de la edad. Destaca la pobreza y dependencia de las mujeres mayores consecuencia de una educación sexista que las ha relegado al cuidado de su hogar en su vida joven y adulta, y al cuidado de sus nietos en su vejez. Ante esta situación se reabre el debate sobre la necesidad y finalidad de la pensión de viudedad.

Abstract

The ageing of the population and the contributions need has damaged the loss making pension system sustainability and has caused the obscurity of the age managing politics. The senior women poverty and dependency, caused by a sexist education that has relegated them to the housekeeping during their youth and adult phase and to the care of their grandchild during their old age, must be underlined. Taking into account this situation, the discussion about the need and reason for the widow´s pension has been reopened.

Palabras clave

pensiones, envejecimiento, gestión de la edad, mujeres mayores, viudedad

Keywords

Pension, Ageing, Age managing, Senior Women, Widow´s Pension

1. ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN TRABAJADORA *VERSUS* ENVEJECIMIENTO ACTIVO

El envejecimiento de la población es un fenómeno presente en el mundo entero con diferentes grados en cada uno de los países. Para el año 2050 casi un tercio de la población europea (el 29 %) tendrá más de 60 años[1]. Durante la última etapa de crecimiento económico entre 1995 y 2007 la llegada de inmigrantes a España contuvo el envejecimiento, un proceso que, desde el comienzo de la crisis, se ha revertido y se ha visto acompañado de una creciente emigración laboral de la población española. En concreto, en España, según el

[1] COMISIÓN EUROPEA: *Ageing Report: economic and budgetary projections for the UE-27 member states, 2008-2060*, Bruselas, Oficina de Publicaciones de la Comisión Europea, 2012, pág. 465.

Libro Blanco del Envejecimiento Activo, el envejecimiento de la población se debe al aumento de la esperanza de vida en personas en edad avanzada y a la bajada progresiva de las tasas de natalidad. A este factor hay que unir otro no menos importante que es el envejecimiento de aquella generación que originó la explosión de natalidad tras las guerras mundiales y civiles de mediados del siglo XX, la generación del llamado "baby boom". Según la OMS[2], en el siglo XX se produjo una revolución de la longevidad. La esperanza media de vida al nacer aumentó 20 años desde 1950 y llegó a 66 años, y se prevé que para el año 2050 haya aumentado 10 años más[3]. Por ejemplo, en 1991 la esperanza de vida de los hombres era de 73,5 años y de las mujeres 80,7. En la actualidad, las cifras constatan una esperanza de vida de 80 años para los hombres y de 85,6 para las mujeres. Así pues, podemos hablar de un envejecimiento de la población con rostro de mujer ya que hay un mayor número de mujeres en edades avanzadas que de hombres. En la Unión Europea[4] en el año 2014, la brecha de género a favor de la mujer en la esperanza de vida al nacimiento era de 5,5 años en la UE-28 y de 5,8 años en España. Para el mismo año, la brecha de género a los 65 años era de 3,4 años en la UE-28 y de 4,2 años en España[5]. El informe del año 2016 del Observatorio Social de las Personas Mayores indica que, en la actualidad y en España, hay un 33 % más de mujeres que de hombres de 65 años y más, y casi un 75 % más de mujeres que de hombres en la población de 80 años y más, lo que justifica la necesidad de prestar especial atención al envejecimiento de las mujeres[6]. Otra característica destacable en el proceso de envejecimiento de la población en España es que nos estamos enfrentando a un proceso de "envejecimiento del envejecimiento", que consiste en un incremento de la población mayor entre los mayores[7].

La participación laboral de las personas de mayor edad en el mercado de trabajo está influenciada por el nivel de desarrollo del país de residencia. En los países emergentes, el porcentaje de población mayor de sesenta años es considerablemente superior al de los países industrializados[8]. En lo referente a la cobertura de pensiones, en los países desarrollados se alcanzan cifras cercanas al 100 %[9], sin embargo, en los países de menor desarrollo la situación es heterogénea[10]. Diferentes son también las tasas de ocupación de la población

[2] Organización Mundial de la Salud. A partir de ahora OMS.

[3] http://www.envejecimientoactivo2012.net/Menu29.aspx (última visita 16 de septiembre de 2016).

[4] A partir de ahora UE.

[5] www.ine.es (última visita 22 de noviembre de 2016).

[6] CCOO: *Observatorio Social de las Personas Mayores para un envejecimiento activo*, 2016, www.io-siscom.com, pág. 12.

[7] En el análisis del gráfico correspondiente al índice del envejecimiento 1999-2015 del informe del *Observatorio Social de las Personas Mayores para un envejecimiento activo*, 2016, se puede observar que el peso de la población de más de 85 años está aumentando significativamente. CCOO: *Observatorio Social de las Personas Mayores para un envejecimiento activo*, *op.cit*., pág. 14.

[8] MALDONADO, C.D. Y YÁNEZ CONTRERAS, M. A.: "Una aproximación al estudio del empleo en la tercera edad", *Cuadernos del Cendes*, año 31, mayo-agosto, 2014, pág. 97.

[9] Vid. DÍAZ GIMÉNEZ, J.: "Las pensiones europeas y sus reformas recientes", *Documento de Trabajo núm. 7-Documentos Mi Jubilación*, 2014.

[10] Para el caso de América Latina y el Caribe, un pequeño conjunto (Argentina, Uruguay, Brasil y Chile) comprende coberturas de entre el 60 y el 80 % mientras que para el resto, la misma se encuentra entre el 8 y el 26 % del total de la población adulta. Igual situación se presenta en países asiáticos como China, Corea e Indonesia, especialmente en áreas rurales. En Vietnam, por su parte, las pensiones tampoco representan una fuente significativa de ingresos para los adultos mayores. MALDONADO, C. D. Y YÁNEZ CONTRERAS, M. A.: "Una aproximación al estudio del empleo en la tercera edad", *op, cit*., pág. 97.

trabajadora o las condiciones en las que se realizan estas actividades que, por otro lado, influyen de forma importante en la continuidad en el mercado de trabajo de las personas mayores. La participación en el mercado de trabajo de hombres y mujeres tiene también diferencias destacables marcadas por la discriminación que han sufrido las mujeres por el hecho de serlo, y la desigualdad en el mercado de trabajo que se arrastra hasta la vejez y al sistema de pensiones.

El envejecimiento es un proceso lento en el que transcurre más de un tercio de nuestras vidas y durante el que se debe garantizar a las personas mayores el derecho a gozar de oportunidades de formación y empleo, el de participación activa en la vida familiar y social a través de actividades de voluntariado, el aprendizaje permanente, la expresión cultural y el deporte[11]. La OMS define el envejecimiento como el "proceso fisiológico que comienza en la concepción y ocasiona cambios en las características de las especies durante todo el ciclo de la vida; esos cambios producen una limitación de la adaptabilidad del organismo en relación con el medio. Los ritmos a que estos cambios se producen en los diversos órganos de un mismo individuo o en distintos individuos no son iguales".

En las últimas décadas se han propuesto varios modelos de envejecimiento que intentan dar una mirada más positiva al término de envejecimiento. Entre estos, ALVARADO y SALAZAR[12] destacan los siguientes:

• *Envejecimiento exitoso,* propuesto por Rowe[13], el cual hace referencia a la habilidad para mantenerse en bajo riesgo de enfermar, con un alto nivel de actividad física y mental y decididamente comprometido con la vida por medio del mantenimiento de relaciones interpersonales y de la participación en actividades significativas.

• *Envejecimiento saludable,* propuesto por la OMS (1998), definido como la etapa que comienza mucho antes de los 60 años y solo puede obtenerse desarrollando desde edades tempranas hábitos y estilos de vida saludables, así como realizando prevención temprana de algunas enfermedades y discapacidades[14].

• *Envejecimiento activo* de la OMS (2002), enunciado como el proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen. El término "activo" hace referencia a una participación continua en aspectos sociales, económicos, culturales, espirituales y cívicos, no solo a la capacidad para estar físicamente activo o participar en la mano de obra, si se quiere hacer del envejecimiento una experiencia positiva con una vida más larga. El envejecimiento activo permite que las personas realicen su potencial de bienestar físico, social y se centra en las personas mayores y en la importancia de dar una imagen pública positiva de este colectivo.

[11] MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD: *Libro blanco del envejecimiento activo,* Madrid, Oficina de Publicaciones del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), 2011, pág. 16.

[12] ALVARADO GARCIA, A. Y SALAZAR MAYA, Á. M.: "Análisis del concepto de envejecimiento", *Gerokomos,* 25 (2), 2014, pág. 61.

[13] ROWE, J.: "Human aging: Usual and successful", *Science,* vol.273, 1987, pág. 143-149.

[14] http://www.envejecimientoactivo2012.net/Menu29.aspx (última visita 19 de julio de 2016).

Así pues, "el envejecimiento activo implica entender esta etapa de la vida como un ciclo más del crecimiento personal añadiendo vida a los años y no solamente años a la vida"[15]. Pero no sólo debemos cuidar a las personas mayores por razones de salud o económicas sino que la sociedad tiene también un claro interés en aprovechar la experiencia y el trabajo de las personas mayores. Así pues, la Comisión Europea pone en alza la importancia del envejecimiento activo como elemento clave para el porvenir y resalta la necesidad que tiene Europa de incrementar y utilizar su potencial laboral con el fin de hacer frente a la competencia mundial[16].

Son interesantes las recomendaciones sobre el envejecimiento activo publicadas en la guía *How to promote active ageing in Europe. EU supoort to local and regional actors*[17]. Dichas recomendaciones se dirigen al entorno laboral, social, las relacionadas con la calidad de vida de los mayores, y el favorecimiento del entendimiento intergeneracional y la transferencia de conocimiento y experiencia. En lo relativo al entorno laboral, la Unión Europea recomienda el desarrollo de planes que favorezcan el mantenimiento de los conocimientos adquiridos durante la vida laboral una vez que se haya alcanzado la edad de jubilación, entroncando directamente con el mantenimiento en el mercado laboral de las personas de edad más avanzadas, aprovechando la experiencia y habilidades adquiridas y aumentando también la autoestima de las personas mayores.

A pesar de que el concepto de envejecimiento es único y cada persona es quien decide cómo desea vivir esta etapa de la vida, si desde la perspectiva de la enfermedad o de la salud y de que esta decisión está influida directamente por el contexto donde la persona esté inmersa[18] debemos reconocer los derechos de las personas mayores desde los principios de independencia, participación, dignidad y asistencia[19]. Debemos apostar por el envejecimiento activo, con la apuesta económica también que ello supone siquiera sea porque necesitamos a los mayores para el sostenimiento del mercado laboral y del propio sistema de pensiones. ¿Cuál es, sin embargo, la realidad laboral de las personas mayores? ¿Cómo afecta a la sostenibilidad del sistema de pensiones?. ¿Hay diferencias en la vejez y en las pensiones de mujeres y hombres?.

2. LA SITUACIÓN DE LOS MAYORES EN EL MERCADO DE TRABAJO

2.1. Discriminación y permanencia en el mercado de trabajo

A nivel europeo, el derecho a la no discriminación por razón de edad está garantizado en la Directiva 2000/78/CE[20] (artículo 6) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la

[15] http://www.envejecimientoactivo2012.net/Menu29.aspx (última visita 19 de julio de 2016).

[16] COMISIÓN EUROPEA: Una *estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, Europa 20*, Bruselas, 3 de marzo de 2010, no publicada en el Diario Oficial.

[17] COMISION EUROPEA: *How to promote active ageing in Europe. EU support to local and regional actors*, Bruselas, Oficina de Publicaciones de la Comisión Europea, 2011.

[18] ALVARADO GARCIA, A. Y SALAZAR MAYA, A.M., "Análisis del concepto de envejecimiento", *op.cit.*, 61.

[19] GIRO MIRANDA, J.: *Envejecimiento Activo, envejecimiento en positivo, Logroño,* Universidad de la Rioja: servicio de publicaciones, 2006, pág. 27.

[20] Directiva (CE) núm. 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativo al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la educación (DO L 303 de 2/12/2000).

Unión Europea[21] (artículo 21). A nivel internacional, en el Convenio núm. 111 de la OIT[22], en su pareja Recomendación 111 y, en lo referido a la edad, en la Recomendación núm. 162 sobre los trabajadores de edad[23]. La CE[24], por su parte, en su artículo 14 configura la igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquellos. Recordemos que ya la STC 75/1983 de 3 de agosto[25] explicaba que aunque *la edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el artículo 14, no ha de verse en ello una intención tipificadora cerrada que excluya cualquier otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social que deba predicarse de la edad; de modo que es una de las circunstancias comprendidas en el artículo 14 y en el artículo 23.2, desde la perspectiva excluyente de tratos discriminatorios.* Así pues, la edad ha de entenderse implícitamente incluida en todos los preceptos tendentes a alcanzar la igualdad. Por su parte, la prohibición de la discriminación por razón de edad se plasma en los artículos 4.2 e) y 17 del Estatuto de los Trabajadores. En todo caso, *toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación* (…) *la igualdad es solo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre las medidas empleados y la finalidad perseguida.* Por lo tanto, *el principio de igualdad, además de exigir que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, también requiere que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, siendo adecuado que el TSJUE proporcione criterios sobre su significado en el contexto del artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE*[26] (STC 22/1981 de 2 de julio).

Según el Eurobarómetro[27], un 43 % de los ciudadanos españoles opinan que la discriminación por edad está bastante extendida. Un 67 % piensan que cuando una empresa quiere contratar a alguien y puede elegir entre candidatos con las mismas habilidades y cualificaciones, el ser mayor de 55 años es un criterio que puede poner al trabajador en desventaja. La situación resulta aún más preocupante si se tiene en cuenta que según el INE[28] la reducción anual del desempleo se concentra entre las personas de 25 a 54 años mientras que el paro crece en el grupo de 55 años y más. También se manifiesta esta preocupación en la "Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más)"[29]. La tasa de desempleo de los trabajadores de edad ha crecido hasta alcanzar cotas muy elevadas y su duración es cada vez más larga[30]. Más de la mitad de estas personas,

[21] Diario Oficial de las Comunidades Europeas 364/3.
[22] Aunque no establece la edad entre las cláusulas de discriminación, prevé la posibilidad de que éstas puedan ser ampliadas.
[23] Adoptada en 1980 por la OIT. OIT es la abreviatura de Organización Internacional del Trabajo.
[24] Constitución Española. A partir de ahora CE.
[25] BOE núm. 197.
[26] STC 27/2004, de 4 de marzo.
[27] http://ec.europa.eu (última visita 22 de noviembre de 2016).
[28] Datos relativos al año 2015 por edad. www.ine.es (última visita 22 de noviembre de 2016).
[29] Aprobado por el Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011 y publicado por Resolución de 14 de noviembre de 2011 de la Secretaría de Estado de Empleo (BOE de 24 de noviembre).
[30] CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: "Envejecimiento activo: el empleo de los trabajadores de edad avanzada", *Revista Cauces (Cuadernos del CES)*, 2009, núm. 9, pág. 28-39

por una u otra razón, dejan el trabajo antes de la edad de jubilación[31] por lo que se ha criticado que la fijación de la edad de jubilación en los 67 años, a medio plazo, puede ser meramente anecdótica si se tienen en cuenta las dificultades que en España registran los trabajadores de entre 55 y 65 años para mantener el empleo, lo que incide en el tamaño de las carreras de seguro de los mismos (períodos cotizados) o las dificultades de los jóvenes para sostener en el tiempo dichas carreras por la precariedad en el empleo[32]. Así, la contratación de los trabajadores a partir de los 45 años es realmente difícil en España porque el factor edad afecta negativamente a los procesos de selección en un 65 % de los casos[33]. Detrás de esta situación no hay una sola repuesta: el trabajador mayor es más caro (le puede costar aceptar niveles salariales que los jóvenes no rechazan), asume tener derechos laborales y pide que las empresas los respeten, reivindica su derecho a un equilibrio entre vida y trabajo, un hándicap frente a trabajadores jóvenes más baratos, más dóciles y que aceptan contratos efímeros. Esa huida de la precariedad laboral no puede, desde luego, abocarles al desempleo. Resulta preocupante que "ninguna institución o muy pocas y muy poco, se tome realmente en serio la efectividad práctica de la protección consagrada al máximo nivel institucional y constitucional, de la prohibición de discriminación por razón de la edad, derecho humano fundamental"[34]. En este sentido, son numerosos los pronunciamientos judiciales sobre discriminación en el ámbito laboral que obedecen, en gran medida, a la existencia de estereotipos como que son más lentos, tienen fobias a las nuevas tecnologías, son más propensos a las bajas por enfermedad o no quieren aprender. No es inhabitual la existencia de *ofertas de empleo discriminatorias por razón de edad* en el ámbito privado[35] y, en especial, en el público[36], las situaciones de discriminación en el acceso al empleo[37] o la

[31] IIMARINEN, J.: *Promoción del envejecimiento activo en el trabajo,* Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, 2012, https://osha.europa.eu

[32] ELORZA GUERRERO, F.: "La descentralización de la negociación colectiva en relación a la protección social complementaria sobre jubilación en España", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm.1, enero-marzo 2016, pág. 6.

[33] INNOBASQUE: *Guía para la gestión de la edad en las organizaciones de Euskadi,* Innobasque-Agencia Vasca para la innovación, 2013, pág. 25.

[34] MOLINA NAVARRETE, C.: "Envejecimiento activo versus prohibición de despido por edad ¿Quién debe pagar los costes laborales", *RTSS.CEF*, 2015, pág. 124.

[35] En este sentido, la SAN 31/99, de 24 de marzo o la STSJ de Cataluña nº 1014/2006, Id Cendoj: 08019330022006100356. En el ámbito privado la discriminación por edad se muestra, en muchos casos, de manera oculta y es fácil demostrar que la persona poseía las destrezas exigidas para el desempeño de la actividad o tarea y que la única razón de su no selección fue la edad. SERRANO ARGÜELLO, N.: "La edad como factor de discriminación en el empleo", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, 12/2011.

[36] Las discriminaciones por razón edad son frecuentes en el acceso al empleo público o en la promoción profesional aunque no están siempre relacionadas con la vejez. Así ocurre en el ámbito policial estatal o autonómico, objeto de reiteradas sentencias que razonan que aunque el principio de igualdad no impide un trato jurídico diferenciado éste ha de asentarse en una justificación objetiva o razonable STS (sala 3º de lo contencioso administrativo) de 31 de enero de 2006, núm. Recurso2202/2000. En el mismo sentido y sobre un supuesto idéntico se pronuncia la STS de 28 de julio de 2006 (Ref. http://noticias.juridicas.com/base_ datos/Admin/constitucion.html). La STS 2187/2011 de 21 de marzo de 2011(STS (sala contencioso administrativo) núm. Recurso 2187/2011 resuelve el recurso contra la convocatoria de una oposición libre para cubrir plazas de alumnos del Centro de Formación, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a la categoría de Inspector del Cuerpo Nacional de Policía, dónde se fija una edad máxima para el acceso a la misma (30 años). Vid. también la STS de 21 de marzo de 2011, recaída en el Recurso 626/2009 que anula dos acuerdos del Consejo de Ministros y una Resolución de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil así como el límite de edad contenido en el **Real Decreto** 614/1995, y reconoce que el límite de edad impugnado (que de siempre se ha exigido en el Cuerpo Nacional de Policía) constituye discriminación. Y la STS de 21 de marzo de 2011, recaída en el Recurso 184/2008 que anula otro acuerdo del Consejo de

(...)

elección de trabajadores de mayor edad a la hora de proceder a un despido han sido también objeto de pronunciamiento por nuestros tribunales. El mayor coste salarial de estos trabajadores es utilizado como justificación para rescindir la relación laboral, más si cabe en situaciones de crisis económica. Lo que resulta sorprendente es, precisamente, el argumento, porque un trabajador no es caro o barato por el salario que recibe, sino por la relación entre su coste salarial y su productividad. Recientemente, la STC 66/2015, de 13 de abril entendió, en este sentido, que no es un criterio objetivo y proporcionado que a la empresa le resulte más gravoso que los trabajadores próximos a la edad de jubilación se mantengan en la empresa. El Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo[38] al objeto de evitar la discriminación laboral por razón de edad, modifica la compensación que deben pagar las empresas con mayor tamaño por incluir trabajadores de mayor edad en despidos colectivos. Uno de los estereotipos más extendidos en relación con la edad de los trabajadores, por otro lado, es la *potencial disminución de la capacidad laboral al aumentar la edad*[39]. Es importante recordar a este respecto que el declive de las capacidades funcionales no implica necesariamente que los trabajadores de más edad realicen las tareas peor que los más jóvenes, o que el desempeño del trabajo siempre vaya disminuyendo a medida que aumenta la edad. Así, mientras algunas capacidades funcionales de los trabajadores de edad es cierto que pueden declinar, el desempeño de cierto tipo de tareas que demandan un alto nivel de destreza, experiencia y necesidad de toma de decisiones pueden incluso mejorar con la edad. De forma contraria, el desempeño en tareas que requieren una importante movilización de facultades físicas, que suponen una alta carga sensorial, que exigen un alto nivel de destreza manual o rapidez en la emisión de respuestas, tienden a declinar a la medida que la edad es mayor[40].

Ministros y otras dos Resoluciones de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y procede, asimismo, a reiterar la anulación del límite de edad contenido en el Real Decreto 614/1995 así como a reconocer nuevamente que el límite de edad impugnado constituye discriminación. Sin embargo, en sentido contrario y resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad 2651-2005 planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Cádiz en relación con el art. 46 de la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, del Parlamento de Andalucía, de coordinación de policías locales, se falla a favor de la validez del precepto legal que introduce un límite máximo de edad para participar en los procesos de acceso por el turno de movilidad con ascenso a los cuerpos de policía local de Andalucía. Aparte de la justificación objetiva y razonable de la limitación, es también importante para la validez o no de los límites valorar si han sido establecidos legal o reglamentariamente. Recientemente, el TSJUE, en sentencia de fecha 15 de noviembre de 2016 declara conforme a derecho el límite de edad de 35 años para el acceso a la Ertzaintza (Asunto C-258/2015).

[37] En relación a la *selección de trabajadores por razón de la edad* destaca el conflicto que se produce al respecto en el ámbito farmacéutico. El artículo 24.5 de la Ley del Parlamento Balear 7/1998, de ordenación farmacéutica establecía que *"no podrán participar en el procedimiento para la autorización de una nueva oficina de farmacia los farmacéuticos que tengan más de sesenta y cinco años en el momento de presentación de la correspondiente petición"*. El TSJ de las Illes Balears planteó una cuestión de inconstitucionalidad por una posible vulneración del artículo 14 de la CE y el TC entendió que existía identidad de razón con las STC 63/2011, de 11 de mayo; 79/2011, de 6 de junio; 117/2011, de 4 de julio; 161/2011, de 19 de octubre y 78/2012, de 16 de abril y que dicho precepto suponía una discriminación por razón de edad: *"la prohibición contemplada en el precepto cuestionado no está justificada por la dificultad objetiva para prestar el servicio o para adaptarse a las necesidades de la población, ni por ser una medida de acción positiva dirigida a favorecer a los integrantes de un colectivo desfavorecido (…)"*.STC de 15 de junio de 2012 (La Ley 2915/2012).

[38] Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (BOE núm. 65 de 16 de marzo de 2013).

[39] Vid en este sentido la STSJ de Andalucía núm. 531/2015, de 23 de febrero de 2015 (aranzadidigital.es) y STSJ de Andalucía, núm. 155/15, de 11 de junio (www.poderjudicial.es).

[40] PÉREZ BILBAO, J. Y NOGAREDA CUIXART, C.: *NTP 367: Envejecimiento y trabajo: la gestión de la edad*, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

En materia de pensiones, traemos a colación la, STSJ de 22 de noviembre de 2012 sobre contratación parcial y pensiones (asunto C-385/12), la STSJUE de 2016 de 16 de junio (asunto C-159/15) que no considera discriminatoria por razón de edad la medida normativa adoptada por el Gobierno austriaco sobre el cómputo de los periodos de cotización para la pensión de los funcionarios y la STSJUE de 21 de junio de 2016 (asunto C-515/14) que considera contraria al Derecho de la Unión Europea la legislación chipriota sobre derechos a pensión puesto que perjudica a los trabajadores migrantes en relación con aquellos que no se desplazan de Chipre, ya que disuade a los trabajadores de abandonar Chipre para trabajar en otro Estado miembro.

Pueden observarse algunas tendencias en la salida del mercado laboral de los trabajadores de más edad marcadas por el sexo, la cualificación o el sector en el que se trabaja: por un lado, abandonan antes las mujeres que los hombres, por el otro, los niveles más elevados de cualificación llevan, en general, aparejado un mayor tiempo de permanencia en el mercado laboral y, por último, las actividades del sector terciario tienden a favorecer esta mayor duración de la vida laboral de sus trabajadores frente a la industria o la construcción. En estas diferencias subyacen principalmente condicionantes de salud, familiares y de renta[41]. Lo cierto es que no es fácil la supervivencia de los trabajadores de edad avanzada en las empresas porque éstas no consiguen ver el talento oculto y los valores que los trabajadores aportan: responsabilidad, seriedad, experiencia y control emocional, entre otros. En todo caso, invertir y aprovechar el potencial de las personas mayores necesita de la implementación de sistemas de gestión de la edad y sobre todo, necesita de empresas que crean y confíen en ellos.

La normativa laboral ha incidido profusamente en la permanencia y vuelta al mercado de trabajo de las personas mayores para cumplir las indicaciones impuestas desde la UE tanto por la crisis económica como para garantizar el sistema de pensiones. En los últimos 5 años se han llevado a cabo dos reformas relacionadas con las pensiones, en 2011 y 2013, con objetivos y contenidos diferentes que han llevado a posiciones contrapuestas en cada uno de los casos por parte de los interlocutores sociales. La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social[42] prevé el progresivo incremento de la edad de jubilación hasta situarla en el año 2020 en 67 años[43]; La reforma del año 2013 adolece del consenso que sí tuvo la mencionada reforma en el año 2011. La Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del

[41] INNOBASQUE: "Guía para la gestión de la edad en las organizaciones de Euskadi", *op.cit*., pág.12.

[42] BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011. De forma paradójica, la Ley endurece los requisitos para el acceso a la jubilación anticipada al tiempo que incrementa el número de supuestos de anticipación de jubilación. La explicación se encuentra en el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2011 y en el que se constata que la jubilación anticipada se ha convertido en una fórmula de regulación de empleo. ELORZA GUERRERO, F: "La descentralización de la negociación colectiva en relación a la protección social complementaria sobre jubilación en España", *op.cit*., pág. 6.

[43] La reforma de 2011 fue el resultado del diálogo social y el acuerdo de los interlocutores sociales con el Gobierno. Con ella se perseguía garantizar una protección similar a la actual en momentos de mayor tensión demográfica mediante la contención de la proyección de gasto hasta un umbral –situado en el entorno del 14-15 % del PIB para el año 2050–. De este modo, se aseguraría una tasa de reposición de las pensiones públicas en el entorno del 70-80 %, entre otras cuestiones.

Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de Seguridad Social[44] establece, con entrada en vigor en enero del año 2019, un nuevo régimen para recalcular la cuantía de las pensiones; el Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo[45] pretende favorecer la continuidad en el mercado de trabajo de las personas mayores y promover el envejecimiento activo así como luchar contra la discriminación laboral por razón de la edad. Para ello aborda áreas como la jubilación anticipada y parcial, la compatibilidad entre trabajo y pensión[46] y la lucha contra la discriminación por razón de edad en el empleo. Así pues, la jubilación deviene en una institución "poliédrica", consecuencia de los nuevos vínculos que se establecen entre las políticas de empleo y de Seguridad Social, de tal forma que se añaden a la jubilación clásica (ordinaria o anticipada), la jubilación parcial, la jubilación gradual, la jubilación flexible o la compatibilidad entre pensión y trabajo.

Nos encontramos, entonces, en una situación contradictoria puesto que convive el interés del estado en el mantenimiento de las personas mayores en el mercado de trabajo y el comportamiento discriminatorio de las empresas con las personas mayores. Velar por la protección de las personas mayores en un mercado de trabajo que les necesita es tarea de todos: al legislador, a los jueces y tribunales y a las inspecciones de trabajo les corresponde (y más si cabe en tiempos de crisis económica) garantizar la igualdad real y efectiva de todos los trabajadores sea cual sea la edad de los mismos y evitar tratos desfavorables y prácticas discriminatorias. Empresarios, sindicatos y trabajadores deben velar por qué en la negociación colectiva se adopten guías prácticas para programar una gestión de la edad en los centros de trabajo acorde con los criterios de responsabilidad social empresarial[47].

2.2. Las políticas de gestión de la edad en la empresa y la sostenibilidad del sistema de pensiones

Las dos edades laborales claves son la mínima de admisión al trabajo y la de jubilación, pues la primera inicia un periodo laboral y la segunda lo cierra: aquélla condiciona el inicio de un ciclo vital del contrato de trabajo y ésta lo finiquita por extinción del mismo a la vez que afecta a la jubilación del trabajador. La fijación de la edad mínima de admisión al trabajo no es una cuestión controvertida por ser, como viene diciendo la doctrina, un tema de orden público. Sin embargo, la fijación de la edad de jubilación es mucho más problemática por razones no sólo demográficas sino también económicas y financieras[48].

[44] BOE núm. 309, de 26 de diciembre. Vid. para mayor profundidad: MONEREO PÉREZ, J.L. Y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: "Revalorización y actualización de pensiones: la STC 49/2015, de 5 de marzo de 2015", *Revista de la Seguridad Social*, núm. Extraordinario 1, 2016, pág. 15-26.

[45] Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (BOE núm. 65, de 16 de marzo).

[46] En este sentido, el Gobierno de España ha recordado que tiene la intención de poner en marcha la posibilidad de compatibilizar al 100 % la pensión con el salario (Viernes 21 de diciembre de 2016, www.elcorreo.com). Una medida no necesariamente más beneficiosa para la empresa dado que no siendo obligatoria la jubilación de los trabajadores, si el empleado quiere seguir trabajando y compatibilizarlo con la pensión, la empresa que quiera prescindir de él tendrá que despedirlo o llegar a un acuerdo.

[47] PEREZ AMORÓS, F.: "Paro, empleo y jubilación de los trabajadores de edad en España ¿un trabajo decente?, *Revista técnico laboral*, 2015, www.aijdtssgc.org.

[48] PEREZ AMORÓS, F.: "Paro, empleo y jubilación de los trabajadores de edad en España ¿un trabajo decente?", *op.cit*.

El establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa se remonta en España a las Reglamentaciones de Trabajo durante la dictadura franquista[49]. En un primer momento, cuando se aprobó la posibilidad de establecer cláusulas convencionales de jubilación forzosa quedaba recogida en su disposición adicional quinta, primera, y décima, después, hasta el RDL 5/2001[50] y su consiguiente Ley 12/2001[51], quedó temporalmente derogada. La Ley 14/2005[52] vino a restablecer esta previsión siempre que esta medida se vinculara a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos o el sostenimiento del empleo, hasta la Ley 27/2011[53]. El RDL 3/2012[54] y la Ley 3/2012 (Disposición Final 4º.2) vuelven a prohibir de forma definitiva dicha previsión[55], validada posteriormente por el TC[56]. Como puede observarse, la anulación por imposición legal de las cláusulas de jubilación forzosa pactadas no ha sido una medida cíclica. Su permisión en sus diferentes modalidades ha estado vinculada a la tasa de desempleo en sus sucesivas etapas, salvo en la última, la de su anulación, que ha estado exclusivamente dirigida garantizar la sostenibilidad económica del sistema de Seguridad Social[57]. De hecho, las políticas de vejez constituyen la principal partida de gasto de la protección social

[49] Vid. MÉLLA MÉNDEZ, L.: *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*, Valladolid, Lex Nova, 2002.

[50] De 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y reforma de su calidad (BOE núm. 54).

[51] De 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y reforma de su calidad (BOE núm.164).

[52] De 1 de julio, sobre cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (BOE núm.157).

[53] De 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, (BOE núm. 184).

[54] De 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE núm. 36).

[55] BOE núm. 162. Dicha Ley dio la siguiente redacción a la Disposición adicional 10ª del ET: *Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación: "se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas.*

[56] La STC de 22 de enero de 2015 (Recurso de Inconstitucionalidad núm. 5610/2012), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en relación a diversos preceptos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, entre ellos, el establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa, razona *que aunque con anterioridad se había señalado la legitimidad de una política de empleo basada en la jubilación forzosa como causa de extinción de la relación laboral, aún cuando suponía una limitación del ejercicio del derecho al trabajo de unos (vertiente individual), se justificaba constitucionalmente en el objetivo de promover el reparto o redistribución del trabajo facilitando así el ejercicio del derecho al trabajo (vertiente colectiva), no cabe sino afirmar ahora que otra política de empleo basada en la facilitación de la continuidad en el empleo de quienes habiendo superado la edad legal de jubilación desean continuar con su vida laboral activa, con sustracción en consecuencia de esta materia a la potestad negociadora de los representantes de los trabajadores y empresarios, encuentra perfecto acomodo también a los mandatos y objetivos constitucionales.* Apostilla el TC que en el contexto socio-económico y del mercado de trabajo en el que se inserta dicha medida, caracterizada por una situación de crisis económica, el objetivo de estimular la continuidad del trabajador en su puesto de trabajo sirve también para garantizar la protección de un interés general prevalente como es la sostenibilidad del sistema de pensiones y la viabilidad del Sistema Nacional de la Seguridad Social.

[57] En ese sentido se han resuelto también los numerosos casos que sobre el mismo tema se han ido planteando. Al respecto, se ha criticado que el mantenimiento de la jubilación forzosa en convenios colectivos vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la norma en el sentido expresado en la Disposición Transitoria 15º de la Ley 3/2012 permite la existencia de discriminaciones por razón de edad ya que, en gran parte de los casos, no están amparadas en una justificación real, concreta y exigible vinculada a objetivos de políticas de empleo.

representando el 37,2 % del gasto social, seguida de salud (25 %), desempleo (12,7 %) y supervivencia (9,5 %)[58] y el balance de cuentas entre cotizaciones y prestaciones del sistema de la seguridad social lleva años en déficit[59].

Las cláusulas de jubilación forzosa[60] han estado rodeadas de polémica pues mientras que para unos constituían un depósito encubierto, sin indemnización, para otros, era una medida necesaria para permitir el relevo generacional. Si bien es cierto que la experiencia[61] ha demostrado que lejos de utilizarse para crear más y mejor empleo han servido de soporte jurídico para permitir la amortización de puestos de trabajo y reestructurar la plantilla de la empresa sin coste alguno para la misma y sin relación directa con la situación económica coyuntural por la que pueda estar pasando la empresa[62]. Además, tampoco se han tenido en cuenta, como ha denunciado la doctrina laboralista, otras consecuencias de la prohibición de la edad de jubilación forzosa igualmente importantes, como es el incremento de la demanda de empleo al no facilitar el recambio intergeneracional o el efecto negativo que provoca en el propio Sistema de la Seguridad Social ya que el sistema de reparto financiero en el que se sustenta requiere, sobre todo, una elevada ocupación de la población activa que se dificulta con medidas que retrasan la sustitución en el empleo de los trabajadores de mayor edad por los trabajadores jóvenes y desempleados[63]. No sólo es importante el ratio de dependencia[64], la creación de empleo, el aumento de la tasa de actividad femenina, la mejora de la productividad y aumento de salarios o la inmigración representan oportunidades de futuro que impulsarían los ingresos en las cuentas de la Seguridad Social. Por el contrario, políticas que inciden en la inestabilidad laboral, la devaluación salarial o la falta de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres suponen amenazas para escenarios futuros[65]. Tampoco parece que la solución pueda venir de la mano de la compatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación. Este tipo de medidas puede tener como uno de sus objetivos ayudar coyunturalmente a la mejora de la situación financiera de los sistemas de Seguridad Social,

[58] Distribución del gasto social por la partida de gasto, 2013, EUROSTAT, http://ec.europa.eu/eurostat.

[59] La insuficiencia financiera del Sistema de Pensiones no ha podido hacer frente al pago de las mismas y ha obligado al Estado en varias ocasiones a sacar dinero del Fondo de Reserva de la Seguridad Social. Según datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (última visita 20 de noviembre de 2016) el fondo acumulado se sitúa en 24.207 millones de euros, lejano a la cifra de casi 67.000 acumulado en el año 2011.

[60] Clarificador resulta también, a estos efectos, la diferencia entre cláusulas de jubilación forzosa y la extinción del contrato de trabajo por cumplir una edad de jubilación. Esto es, a nadie se le puede obligar a dejar de trabajar ni a solicitar una pensión de jubilación pero sí puede existir una causa de extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de una determinada edad de jubilación si queda garantizado el percibo de la pensión de jubilación por parte del trabajador y sin que le suponga perjuicio económico, unido a políticas de empleo y sin amortización de puestos de trabajos. En referencia a reiterada doctrina laboralista POQUET CATALÁ, R.: "Una institución jurídica a extinguir: las cláusulas de jubilación forzosa", *Temas Laborales*, núm. 128, 2015, pág. 273. Son válidas las cláusulas de jubilación pactadas en los contratos de trabajo, *si bien lo habitual es que no se establezca en el contrato sino que se pacte más adelante y acompañada de una serie de incentivos e indemnizaciones por parte de la empresa*, si ello no ocurre, estaríamos ante una cláusula abusiva. STSJ de Madrid de 5 de marzo de 2012, www. aranzadidigital.es.

[61] Y la jurisprudencia, entre otras, vid. la STS de 20 de noviembre de 2012, Id. Cendoj: 28079140012012101015.

[62] POQUET CATALÁ, R.: "Una institución jurídica a extinguir: las cláusulas de jubilación forzosa". *op.cit*., pág. 271.

[63] GARCIA MUÑOZ, M.: "La jubilación forzosa como medida de reparto de empleo y su incidencia en la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 1, 2016, www.adapt.it

[64] La relación entre población potencialmente activa y las personas mayores.

[65] CCOO, *Propuesta para garantizar la calidad y sostenibilidad actual y futura del sistema de pensiones*, www. ccoo.es (última visita 1 de diciembre de 2016).

pero en ningún caso se plantea como garantía de sostenibilidad de los sistemas de pensiones, ya que el impacto que pueden llegar a producir es siempre limitado. Además, la utilidad de este tipo de instrumentos en Europa se concentra mayoritariamente en países con una tasa de desempleo muy reducida. Junto a la ampliación de la edad de jubilación o la aplicación del índice de revalorización del sistema de pensiones, la preocupación por la falta de ingresos requiere de medidas adicionales de urgencia entre las que se han propuesto destopar las bases máximas de cotización, incrementar las mínimas, conversión de tarifas planas, financiar algunas pensiones con cargo a los PGE[66] acabar con las bonificaciones a los contratos de empresas[67] o el impulso de planes de pensiones privados. Lo cierto es que estas medidas son útiles en el corto plazo y sobre ellas habrá de pronunciarse el Pacto de Toledo, pero sólo la adopción de medidas estructurales que permitan aumentar de forma significativa y sostenida los ingresos del sistema puede garantizar la sostenibilidad a corto, medio y largo plazo del sistema de pensiones.

Por otro lado, si realmente se quiere mantener a los trabajadores mayores en las empresas e instituciones, hay que implementar unas políticas adecuadas de gestión de la edad, lo que necesariamente conlleva innovación en las relaciones laborales e imaginación en la gestión de los recursos humanos facilitando la transferencia del conocimiento acumulado, evitando la discriminación y permitiendo la renovación de la plantilla de la empresa[68]. Estas políticas se inscriben en el marco de la llamada "gestión de la diversidad"[69] en la empresa. En opinión de los expertos[70] que vienen analizando esta nueva situación, los beneficios son evidentes y los enmarcan en los siguientes ámbitos:

• Ayuda a aumentar la competitividad a través de la gestión del conocimiento de las personas de más edad. En este sentido, hay ejemplos de empresas en las que han conseguido reducir sus costes de contratación al adoptar una política positiva de contratación en relación con la edad[71];

• Mejora la adaptación de las personas más jóvenes a través de la experiencia de las personas de más edad.

[66] En concreto viudedad y orfandad. www.inss.prensa.empleo.gob.es (última visita 22 de noviembre de 2016).

[67] www.ugt.es (última visita 25 de noviembre de 2016).

[68] En el Plan "cuidamos la experiencia" de Gas Natural Fenosa, por ejemplo, se compromete la contratación de jóvenes en los mismos puestos ocupados por trabajadores mayores en un plan en el que los jóvenes se incorporan a una formación en el que los trabajadores mayores realizan funciones tutoriales con ellos transmitiéndoles su experiencia al mismo tiempo que van preparando su retirada del mercado de trabajo.

[69] INNOBASQUE: *Guía para la gestión de la edad en las organizaciones de Euskadi*, *op.cit*., pág.12.

[70] MUTUA NAVARRA: *Gestión de la edad en la empresa. Reto y oportunidad*, Pamplona, Colección Recomendaciones para una empresa saludable, 2013, pág. 77-79. Son numerosas las guías y recomendaciones para una gestión adecuada de la edad en las empresas en consonancia con lo establecido a nivel europeo por el COMITÉ DE PROTECCIÓN SOCIAL y COMITÉ DE EMPLEO: *Declaración del Consejo sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional: estrategia futura*, 16592/12 SOC 948 SAN 289.

[71] Como buena práctica, Natural Gas Service (empresa de instalación y servicio de gas) ha conseguido notables ventajas de unas prácticas de contratación no discriminatorias por razón de edad. Así, un nuevo empleado de más de 50 años ha liderado el desarrollo de un nuevo sistema de aseguramiento de la calidad utilizando la experiencia obtenida en empleos previos. INNOBASQUE: *Guía para la gestión de la edad en las organizaciones de Euskadi*, *op.cit*., pág.12.

• Maximiza el potencial de los *senior* a través de diferentes herramientas de gestión de la edad.

• Retiene el talento, para incrementar el valor añadido de las empresas.

• Contribuye a la permanencia y transmisión del conocimiento.

A su vez, se observan los siguientes beneficios para los trabajadores:

• Aumenta la flexibilidad y adaptabilidad en los puestos de trabajo para conseguir mayor motivación y bienestar en el trabajo.

• Consiguen una mayor formación, desarrollo y promoción individual.

• Adquieren responsabilidades por el reconocimiento de su valía personal.

• Posibilitan su continuidad a través de la consecución de planes de carrera.

• Optimizan al máximo sus experiencias para trasladarlas a otras personas de la empresa un sector (mentores/tutores de edad avanzada).

Como hemos visto, las políticas de empleo y el envejecimiento de la población resultan en ocasiones contradictorias ya que se mueven entre la necesidad u obligación de mantener a unos mayores (a los que no se quiere) en el mercado de trabajo y el impulso de políticas de empleo para la contratación de jóvenes y renovación de la plantilla de la empresa[72]. El derecho de los mayores a permanecer en el puesto de trabajo, el aprovechamiento de sus conocimientos y experiencia y las políticas de contratación de trabajadores más jóvenes han de analizarse de modo conjunto. Para ello, los contratos de relevo, cuyos requisitos se han visto endurecidos tras la llamada reforma del mercado de trabajo en el año 2012, u otro tipo de políticas similares que incluyan un enfoque intergeneracional son una buena forma de facilitar el acceso de los jóvenes al mercado de trabajo y la salida escalonada de trabajadores de más edad, minimizando los aspectos negativos de quién sale (reducción parcial de salario, adaptación a circunstancias de salud o personales cambiantes…) y favoreciendo la adquisición de experiencia profesional de los más jóvenes[73]. Es importante que en un momento de enorme preocupación por la sostenibilidad del sistema de pensiones las políticas de gestión de la edad y el respeto a la dignidad y los derechos de los mayores no pasen a un olvidado segundo plano.

[72] ¿Para qué hacer de la gestión de la seguridad y salud en el trabajo desde el enfoque del envejecimiento activo uno de los ejes de esa política en el futuro si buena parte de los empresarios y trabajadores coinciden en hacer de la jubilación un objetivo común –III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva– aunque haya que aportar más recursos al Erario Público-disposición adicional 16º Ley 27/2011 –¿. Cierto, más preguntas que respuestas que revelan no solo las contradicciones y las paradojas de esta nueva dimensión del problema–conflicto intergeneracional vinculado a la edad, en este caso de los trabajadores, sino las propias incertidumbres, lagunas y antinomias del Derecho español en esta materia, que viene navegando entre dos aguas, sin rumbo cierto. MOLINA NAVARRETE, C.: "Envejecimiento activo versus prohibición de despido por edad ¿quién debe pagar los costos", *op.cit*., pág. 124.

[73] INNOBASQUE: *Guía para la gestión de la edad en las organizaciones de Euskadi*, *op.cit*., pág. 43.

3. LA ESPECÍFICA SITUACIÓN DE LAS MUJERES MAYORES EN EL MERCADO DE TRABAJO Y SU REPERCUSIÓN EN EL SISTEMA DE PENSIONES

Entre las tasas más bajas de empleo no solo destacan los trabajadores de edad avanzada sino que el colectivo de mujeres tiene también, por desgracia, un papel relevante. En el año 2014, la tasa de empleo masculina en EU-28 fue del 70,1 %, mientras que la femenina solo alcanzó el 59,6 %. Una comparación a más largo plazo indica que, mientras que la tasa de empleo masculina en 2014 era inferior a su nivel correspondiente diez años antes (70,3 % in 2004), hubo un fuerte aumento de la tasa de empleo femenina, que aumentó 4,1 puntos porcentuales a partir del 55,5 % en 2004. En 2014, las tasas de empleo masculinas fueron siempre superiores a las tasas de empleo femeninas en la EU-28, si bien se registraron disparidades considerables[74]. Es destacable, además, el elevado porcentaje de mujeres con empleo a tiempo parcial en la franja de edad de 50 a 65 años. En el año 2015, en concreto, el porcentaje era del 21,6 % frente al 4,6 % de ellos[75]. Por otro lado, la brecha salarial entre mujeres y hombres aumenta notablemente cuando se llega a la jubilación, momento en el que sufren las consecuencias de las discriminaciones que las mujeres han soportado a lo largo de su vida[76]. En el colectivo de mujeres se da, además, un problema añadido que es que gran parte de ellas solo han trabajado[77] en el cuidado del hogar y de la familia, lo que conlleva en la vejez a un mayor nivel de dependencia y pobreza.

Desde mediados del siglo pasado las mujeres han venido ganando espacio dentro de mercado de trabajo. Ello no obstante, son ellas las que, mayoritariamente, siguen sufriendo los problemas de conciliación de la vida familiar y laboral y son más que evidentes las condiciones de desigualdad en el ámbito laboral que padecen. La normalización de la incorporación de las mujeres al ámbito laboral junto al hecho de que, tradicionalmente, han sido ellas las encargadas de las tareas del hogar, traslada a la empresa la necesidad de hacer compatibles las diferentes facetas en la vida de las personas: el empleo, la familia, el ocio y el tiempo personal. En sus orígenes, durante los años ochenta y noventa, el término conciliación aparecía ligado a dos objetivos fundamentales, por un lado, la necesidad de incorporación de las mujeres al ámbito laboral y la sobre carga que esto supone para ellas y, por otro, la preocupación por la natalidad. Ello justifica que, en su origen, la conciliación se

[74] http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Employment_statistics/es#Tasas_de_empleo_por_sexo.2C_edad_y_grado_de_estudios (última visita 22 de noviembre de 2016).

[75] La parcialidad ha sido uno de los elementos que mayor peso ha tenido en el cálculo del período mínimo para generar el derecho a prestación y para determinar su cuantía a pesar de que el coeficiente de parcialidad establecido por las reformas de los años 2014 y 2015 facilita el acceso a las pensiones y compensa la menor cuantía. CCOO: *Observatorio Social de las Personas Mayores para un envejecimiento activo, op.cit*., pág. 94.

[76] A partir del 1 de enero del año 2016 se aplica un complemento de maternidad a las pensiones contributivas de jubilación. El porcentaje adicional de la pensión contributiva será del 5 % en caso de haber tenido dos hijos, del 10 % para madres de 3 hijos y del 15 % en el caso de cuatro o más. Con esta medida, la Seguridad Social intenta reconocer la aportación de las familias como elemento clave para la sostenibilidad futura del sistema de pensiones, que al ser un sistema de reparto y de solidaridad intergeneracional depende además del empleo de la evolución demográfica.

[77] No olvidemos que se puede trabajar sin tener un empleo puesto que empleo es aquella parte del trabajo que se intercambia por un salario, sin embargo, trabajo, es toda actividad destinada a la satisfacción de las necesidades de la producción y reproducción de la vida humana. Trabajan pero no tienen un empleo y tampoco se reflejan en las estadísticas oficiales, aquellas personas que se dedican en exclusiva al cuidado del hogar y que son, mayoritariamente, mujeres.

entendiese como un problema de las mujeres y contribuyese a la feminización del mismo. En este sentido, no es baladí recordar que el cuidado supone una responsabilidad constante que lleva a sentimientos de culpa en los sujetos que lo ejercen (de forma mayoritaria mujeres) y es causa de renuncias profesionales[78] y precariedad laboral. Las medidas de conciliación han ido evolucionando e incorporando a los hombres como sujetos de las mismas, sin embargo, no han llevado aparejado un cambio de valores en la sociedad y en la empresa, no ha habido una eficaz contribución a la consecución de la igualdad[79] y aún queda mucho para que el cuidado sea considerado no como un problema de padres y madres sino como un problema social. El Derecho del Trabajo del siglo XXI debe incorporar la corresponsabilidad como una forma evolutiva de la conciliación. La corresponsabilidad social o conciliación corresponsable implica el desarrollo de una nueva cultura de la organización. Las dificultades para conciliar la vida familiar, personal y laboral contribuyen a sostener la discriminación laboral y salarial de las mujeres y constituyen unas de sus principales barreras para el desarrollo profesional. Para la sociedad supone la pérdida de talento, lastra la competitividad empresarial y dificulta el progreso económico. No se trata de buscar medidas para que las mujeres puedan trabajar sino de repartir tareas y responsabilidades para que hombres y mujeres disfruten y ejerzan los mismos derechos y las mismas responsabilidades[80]

Como se ha mencionado, las desiguales condiciones laborales entre mujeres y hombres se mantienen hasta el periodo de la vejez como resultado de trayectorias laborales discontinuas y menores niveles educativos. Las mujeres mayores han sido principalmente esposas y madres y, en muchos casos son totalmente dependientes económicamente de sus parejas puesto que han desempeñado únicamente en el hogar el rol de amas de casa. Cuando han trabajado lo han hecho con una doble carga aún mayor ya que la educación recibida ha supuesto una aún menor colaboración del hombre en el hogar. "Son las mujeres las que presentan situaciones de pobreza relativa y también de infravaloración social puesto que mientras el espacio público se le otorga reconocimiento y valoración social, el espacio privado sigue estando en un segundo plano sin reconocimiento social"[81].

Debido a la tradición y a la educación recibida por las mujeres mayores, mujeres y hombres han asumido como propios espacios y actividades muy distintas, con el agravante de que las mujeres mayores consideran dicha asignación consecuencia de las características propias de cada sexo y no de la socialización diferencial entre ambos sexos. También el contexto histórico que les ha tocado vivir, la guerra civil, la postguerra ha supuesto una

[78] Lo que ha llevado en algunos países a presentar iniciativas centradas en la preocupación por el abandono temprano del puesto de trabajo por parte de las mujeres. Finlandia-Permiso de Alternancia en el empleo, httpp://www.finlex.fi/pdf (última visita 6 de junio de 2016).

[79] El término conciliación aparece por primera vez en el Plan de Acción Social de la Comunidad Europea en 1974. En la actualidad, las políticas de conciliación, a nivel europeo, se desarrollan principalmente en el marco de las políticas europeas de pleno empleo y tienen como fin el cambio de los roles tradicionales. En España, los pilares para el avance hacia la conciliación corresponsable lo constituyen la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE núm. 266, de 6 de noviembre) y, sobre todo, la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71 de 23 de marzo).

[80] Vid. al respecto SERRANO ARGÜESO, M.: "Poder de dirección y liderazgo empresarial femenino como vía para la consecución de corresponsabilidad en la empresa", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 177, 2015, págs. 163-166.

[81] HERNÁNDEZ PEDREÑO, M.: *Desigualdades según género en la vejez*, Murcia, Secretaría sectorial de la mujer y la juventud, 2000, pág. 141.

mayor dificultad para el acceso e integración en el sistema educativo. De hecho, en el País Vasco, por ejemplo, en la franja de edad que va de los 65 a los 75 años un 6,3 % está sin alfabetizar y un 11,3 % tiene el graduado escolar. En la franja de edad que abarca a las mayores de 75 años, el porcentaje de las mujeres no alfabetizadas se eleva al 16,1 % y el porcentaje de las que tienen el graduado escolar no alcanza el 8 %. Por su parte, el porcentaje de mujeres con estudios superiores no universitarios es en ambos grupos de algo más del 1 %.

Además de las diferentes tasas de empleo, el porcentaje de mujeres mayores en puestos más cualificados es también insignificante, siendo sus ocupaciones principales de baja cualificación y centradas en los servicios personales y restauración (empleadas domésticas; dependientas en tiendas y almacenes y personal de limpieza) [82]. En la franja de edad a partir de los 65 años los dos estados civiles mayoritarios son el de las casadas y el de las viudas, este último, consecuencia directa de una mayor esperanza de vida. Así, el 61,2 % de las personas mayores de 65 años está casada frente al 31,3 % de viudas. El grupo de solteros, separados o divorciados representa el 7,4 %. Para el grupo de 85 y más años, 4 de cada 10 hombres están viudos; en el caso de las mujeres esta proporción se duplica alcanzando 8 viudas por cada 10 mujeres[83].

La tasa de pobreza de las mujeres mayores es también un aspecto a destacar porque el envejecimiento aumenta las diferencias entre hombres y mujeres[84]. Esta situación, además, está muy relacionada con la no consideración del trabajo en el hogar como trabajo. La economía de las mujeres que dependen de las pensiones es precaria e insuficiente para cubrir derechos básicos. En los hombres la tasa de riesgo de pobreza persistente disminuye con la edad, pasando de un valor de 13,4 % en el grupo de edad de 25 a 49 años a un valor de 12,4 % en el grupo de 50 a 64 años. Para las mujeres también disminuye con la edad pero siguen teniendo tasas más altas de pobreza que los hombres, pasando de un valor de 14,5 % para las mujeres de 25 a 49 años a un valor de 12,3 para las mujeres de 50 a 64 años[85]. Las prestaciones de jubilación son las más cuantiosas y las que muestran mayores diferencias entre mujeres y hombres. La pensión contributiva de jubilación media de los hombres es 1.209 euros y la de las mujeres es de 754 euros al mes, lo que representa un 62,4 % de la pensión de los hombres. La cuantía de la pensión media de viudedad de las mujeres es de 649 euros y la de los hombres 482 euros. Las prestaciones no contributivas de jubilación e invalidez, cuyas principales beneficiarias son mujeres, apenas representan 356 y 400 euros al

[82] Consecuencia también del propio nivel educativo. EMAKUNDE: *La autonomía de las mujeres mayores en el País Vasco y su contribución al proceso de empoderamiento, op.cit*., pág. 40-43.

[83] INE, Boletín informativo del Instituto Nacional de Estadística, www.ine.es

[84] GALASO, P.; DE VERA, V. Y VARA, M.J: "Riqueza y pobreza de las mujeres mayores en Europa", *Memoria del Foro Bienal Iberoamericano de Estudios del desarrollo*, 2013, www.researchgate.net, pág. 157. Aunque hay autores que defienden que, tras la crisis económica el diferencial de pobreza entre mujeres y hombres tiende a reducirse e incluso converge en el año 2012. Si bien es cierto que la disminución de la desigualdad viene dada más por un empeoramiento de la posición social de los hombres que por una mejora de en la posición de las mujeres. VALLS FONAYET, F. Y ERASOBELZUNEGUI, A.: *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2014: la pobreza en España desde una perspectiva de género*, Fundación FOESSA, Valencia, 2014, www.foessa.org, pág. 15.

[85] http://www.ine.es (última visita 19 de julio de 2016).

mes respectivamente[86]. También son las mujeres las principales perceptoras de los complementos a mínimos en las pensiones[87]. En todo caso, el riesgo de pobreza debe diferenciarse de la solvencia de gestión de los recursos en el ámbito económico. La práctica mayoría de las mujeres mayores de 65 años, por ejemplo, afirma ser la responsable de la gestión de los ingresos orientados a los gastos propios de la unidad de convivencia, y ello con independencia del número de miembros o fuente de ingresos, lo que indica un importante empoderamiento en el ámbito económico[88]. Al objeto de compensar el cuidado de hijos e hijas, el tiempo a ello dedicado por las mujeres y las carencias por ello generadas en las bases de cotización se aprobó el complemento de pensión contributiva para las madres de dos o más hijos que accedieran a partir del 1 de enero de 2016 a las pensiones de jubilación, incapacidad permanente o viudedad[89]. Este complemento, ha sido fuertemente criticado ya que ignora que existe un marco de protección compensatoria aplicable al nacimiento y cuidado de hijos[90], que existen medidas dirigidas directa y exclusivamente a compensar los defectos totales o parciales de cotización motivados por el acceso a permisos parentales (mecanismos que, por otra parte, no compensan las desiguales carreras de cotización de hombres y mujeres sobre las pensiones. La mejor prueba de ello es que a pesar de que se introduce este mecanismo supuestamente compensatorio, la brecha de género se mantiene) y podría estar en contra de la Directiva 79/7 dado que establece un beneficio solo para mujeres en el ámbito de la Seguridad Social que no está relacionado exclusivamente con la maternidad biológica[91].

3.1. Mujeres mayores viudas en el debate sobre sostenibilidad de las pensiones

La pensión de viudedad ha sido duramente cuestionada en los últimos años, entre otras razones[92] y en lo que aquí interesa expresamente[93], por su incompatibilidad con el

[86] La cuantía de la pensión de viudedad más común entre las mujeres es de 600 a 655 euros, cobradas por el 31,5 % de las mujeres mientras que un 19,8 % de los hombres cobra entre 300 y 350. La diferencia entre hombres y mujeres se da porque la cuantía es mayor cuando la pensión de viudedad es la única prestación percibida, una situación más común entre las mujeres. CCOO: *Observatorio Social de las Personas Mayores para un envejecimiento activo, op.cit*., pág. 79-81.

[87] En julio de 2015 (Presupuestos de la Seguridad Social, ejercicio 2016) existen 1,4 millones de pensionistas de jubilación y 768 mil pensiones de viudedad con complementos a mínimos, lo que representa un 25,2 % y un 32,6 % del total, respectivamente.

[88] Así se afirma en un estudio realizado a mujeres mayores residentes en el País Vasco. EMAKUNDE-INSTITUTO VASCO DE LA MUJER: *La autonomía de las mujeres mayores en el País Vasco y su contribución al proceso de empoderamiento*, Vitoria-Gazteiz, Emakunde, 2012, pág. 130.

[89] Regulado en la actualidad en el artículo 60 de la LGSS (RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre). También se reconoce en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016 el mismo complemento para Clases Pasivas del Estado (Disposición Adicional 18 de la Ley de Clases Pasivas del Estado, Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril).

[90] VVAA: "La igualdad de género como eje de un nuevo modelo económico y social eficiente y sostenible: el cometido de las políticas públicas", Proyecto de Investigación 2010-2014, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, ALARCON GARCIA, G. (dir), NIPO: 685-15-018-5, pág. 51. En consecuencia, a día de hoy, para tener una pensión contributiva de jubilación más vale no interrumpir la actividad laboral.

[91] BALLESTER PASTOR, A.:"El controvertido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea", *Revista jurídica de los Derechos Sociales, Lex Social*, enero-junio 2016, vol. 6, pág. 72-93. Vid. también ERRANDONEA ULAIZA, E., "El nuevo complemento por maternidad y los factores que repercuten sobre la cuantía de las pensiones contributivas de las mujeres", *Revista de derecho de la Seguridad Social*, núm. 7, 2016, pág. 75-97.

[92] No se entra en este estudio, por ejemplo, en el debate crítico respecto a la desigualdad entre las parejas de hecho y los matrimonios u otras cuestiones reiteradamente censuradas por la doctrina.

actual rol de la mujer en la sociedad, por su insuficiencia como prestación y por suponer, además, un gasto innecesario para el actual sistema de pensiones. En España se han concedido un total de 9.433.986 pensiones de las que 2.359.827 son pensiones de viudedad[94]. Es pues, éste, un viejo e inacabado debate al que no se acaba de dar una solución[95] y que se retoma en momentos de crisis del sistema de pensiones.

La pensión de viudedad es en la actualidad una pensión contributiva aunque, en la práctica, tenga una finalidad compensatoria[96]. De su regulación se ha criticado por la doctrina la excesiva facilidad con la que se genera el derecho a percibir la prestación, lo que origina situaciones de sobreprotección a los supérstites que, además, son perceptores de otras rentas y una escasa protección a quienes exclusivamente dependen de la misma[97], y que son, como se ha explicado en el epígrafe anterior, mayoritariamente mujeres. También se pone en entredicho su carácter contributivo ya que no responde a una verdadera situación de dependencia económica[98] en un contexto de déficit del sistema de Seguridad Social. Al hecho de que sean las mujeres las principales perceptoras de la pensión de viudedad hay que añadir, además, la propia incorporación de las mujeres al mercado de trabajo y la mayor esperanza de vida que éstas tienen, lo que puede dar lugar, en algunos casos, a la concurrencia de pensiones en el sistema[99] y vuelve a incidir en la garantía de la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social. En menor medida, se espera también un aumento del número de hombres que cobren simultáneamente la pensión de jubilación y viudedad, dado que son cada vez más frecuentes los matrimonios dónde un cónyuge no depende del otro. En todo caso, con el cálculo de los valores actuariales del coste por

[93] Son numerosos los estudios críticos con la pensión de viudedad. Aparte de los que se mencionan en este epígrafe vid. también: PÉREZ ALONSO, M.: *La pensión de viudedad en el régimen general de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; PALACIO VICENTE, M.A.: "La protección de la viudedad en el ámbito de los países miembros de la UE. Algunas propuestas para la reforma de la protección de la viudedad en España al hilo de la anunciada próxima reforma", *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2009, núm. 74, pág. 1-26; MORENO VIDA, M.N, MONEREO PÉREZ, J.L Y DÍAZ AZNARTE, M.T.: *La pensión de viudedad.* Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares, Comares, 2013.

[94] Ello explica que España sea considerado "un país de pensionistas". www.seg-social.es (última visita 10 de noviembre de 2016).

[95] Debate presente en las revisiones del Pacto de Toledo. En el año 2003 se insta a una reformulación de las prestaciones de muerte y supervivencia, idea en la que se insiste en la recomendación núm. 13 del año 2011 al objeto de adaptarse a las nuevas realidades sociales y familiares, así como a las circunstancias económicas, a fin de mejorar la protección de los colectivos más vulnerables. También se han pronunciado al respecto la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006. La Disposición adicional vigésimo quinta de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social insta al Gobierno a elaborar un estudio que aborde una reforma integral de la pensión de viudedad (reformada hasta el momento de forma importante pero no completa). MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo* 2011-2015, http://www1.seg-social.es/ActivaInternet /Panorama/REV_035136 (última visita 24 de noviembre 2016).

[96] La STC 35/1991, entre otras, indica que es irrelevante que el fallecimiento del causante genere un estado de necesidad real o de dependencia económica por parte del cónyuge supérstite.

[97] MONEREO PÉREZ, J.L., "El sistema de pensiones en el marco de la nueva revisión y actualización del Pacto de Toledo", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 15/2010 (BIB 2010/2462).

[98] Aunque no son prestaciones exactamente equivalentes, no se cuestiona la situación económica del beneficiario de IT, maternidad, riesgo por embarazo o desempleo contributivo, ni del pensionista de incapacidad permanente o jubilación. FERNÁNDEZ COLLADOS, B.: "Puntos controvertidos de la pensión de viudedad. Propuestas y alternativas a la gran cuestión: ¿Es necesaria una reforma?, *CEF*, marzo 2016, pág. 34.

[99] Artículo 9 del RD 1107/2014, de 26 de diciembre sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2015.

pluripensionista, la cantidad asociada a concurrencia de pensiones es superior en el caso de las mujeres que en el de los hombres, lo que no significa que las mujeres cobren un mayor monto global a lo largo de su vida. De hecho, suponiendo el cobro de la pensión media de jubilación y la asociada a la concurrencia de pensiones sigue siendo inferior que en el caso de los hombres. Solo en el caso de cobrar la pensión mínima o de cobrar la pensión máxima de jubilación, el efecto global de la suma de la pensión de jubilación y de la concurrencia de pensiones deriva en montos superiores para las mujeres[100]. En el análisis de coste, la jubilación individualmente considerada tiene un peso mayor que la concurrencia en el caso de los hombres teniendo en cuenta su menor probabilidad de sobrevivir como viudos. En el caso de las mujeres, su mayor probabilidad de sobrevivir como viudas a cualquier edad queda reflejada en mayores cuantías asociadas a la concurrencia[101].

En relación al coste que genera la pensión de viudedad para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social por su naturaleza contributiva y escasa protección, hay quién aboga por su eliminación entendiendo que es impensable, a día de hoy, entender que las mujeres van a depender de los ingresos de sus maridos, por lo que poco sentido tiene el mantenimiento de la pensión de viudedad para nuevos matrimonios. La promesa de la pensión de viudedad es una trampa que empuja a las mujeres a descuidar sus propias cotizaciones a favor de las necesidades inmediatas de la familia, con funestas consecuencias para ellas. Lo cierto es que la educación diferencial, los menores salarios femeninos, la desigual retribución del trabajo del cuidado y la ausencia de servicios públicos, por ejemplo, son factores que influyen en que este incentivo surta efecto para ellas y no para ellos[102]. Además de condenar a las mujeres a la economía sumergida y a la dependencia y la perdida de capital humano, no es despreciable el gasto en pensiones de viudedad destinadas a personas que ya tienen sus propios salarios. Una pensión de viudedad vitalicia, sin restricciones de ningún tipo para el acceso y compatible con todo tipo de rentas, con un periodo de carencia mucho más reducido que el exigido para la pensión de jubilación y con un cálculo de la base reguladora mucho más favorable que el exigido para ésta. Eso indica que la mayoría de las mujeres empleadas dejarán a sus cónyuges una pensión de viudedad mayor que la propia de jubilación que ellas podrían alcanzar en la vida[103]. Esta propuesta de eliminación de la pensión de viudedad iría acompañada de un periodo de aplicación transitoria que se mantendría para aquellas que ya "han caído en la trampa del sistema" y se eliminaría "para las que están aún a tiempo de no caer", a la vez que se proporcionaría condiciones para que todas las personas pueda acumular cotizaciones propias durante toda la vida (corresponsabilidad y empleo de calidad compatible con la maternidad y la

[100] ALAMINOS, E. Y AYUSO M.: "Una estimación actuarial del coste individual de las pensiones de jubilación y viudedad: concurrencia de pensiones en el sistema español de Seguridad Social", *Estudios de Economía Aplicada*, vol. 33-3, 2015, pág. 835.

[101] En términos numéricos, y suponiendo pensiones medias, se espera que la concurrencia de pensiones de jubilación y viudedad represente un 23.03 % del monto total de la pensión cobrada por un pensionista de 65 años de edad, hombre, y casado con una mujer con derecho a la percepción de pensión de jubilación (que fallece antes que él). En el caso de ser mujer, dicho porcentaje ascendería al 52,87 %. ALAMINOS, E. Y AYUSO M.: "Una estimación actuarial del coste individual de las pensiones de jubilación y viudedad: concurrencia de pensiones en el sistema español de Seguridad Social", *op.cit*., pág. 836.

[102] ALARCON GARCIA, G. (dir.): "La igualdad de género como eje de un nuevo modelo económico y social eficiente y sostenible: el cometido de las políticas públicas", *op.cit*., pág. 52.

[103] Ibidem., pág. 53.

paternidad)[104]. Otra propuesta menos agresiva pasa por sustituir la pensión vitalicia por una pensión asistencial que atienda exclusivamente a los cónyuges del fallecido, de esta forma se reduciría el gasto y se podría incrementar la prestación a los más necesitados[105]. Se han barajado otras opciones como mantener vigente la pensión vitalicia contributiva pero aumentar las cotizaciones; utilizar la edad del beneficiario como factor corrector de la cuantía de la prestación o aumentar mínimamente las cotizaciones y utilizar el factor corrector de la edad para el pago de la pensión[106]. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina apunta, como solución, a una pensión de viudedad temporal contributiva al objeto de que durante ese tiempo se pueda adaptar la economía familiar y complementarla con una pensión vitalicia asistencial[107]. Es también la fórmula adoptada en los países nórdicos[108]. Esta fórmula, una vez determinados los requisitos de acceso, produciría un ahorro de costes en la pensión de viudedad. El viejo debate reclama ser reavivado en estos momentos y necesita una respuesta inmediata que tenga presente que la finalidad de la modificación de la pensión de viudedad no debe estar relacionada ni solo ni principalmente con el ahorro de costes sino con la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres.

3.2. Otro rol de las mujeres mayores: el de abuelas cuidadoras

Las mujeres de edad avanzada, a pesar de no estar ni haber estado incorporadas mayoritariamente al mercado de trabajo, constituyen un recurso esencial en la red social primaria, un entramado de solidaridad entre generaciones y género que, además, ejerce una importante función de sostenimiento del modelo de bienestar social. En este sentido merece especial atención un rol que están adquiriendo las mujeres mayores de 65 años que tienen nietos o bisnietos: el rol de cuidadoras pero, ahora, como abuelas.

El llamado rol de abuela cuidadora es consecuencia de una multiplicidad de factores: la carga de cuidado del hogar y de la familia que asumen y han asumido las mujeres, la masiva incorporación de las mujeres más jóvenes al mercado de trabajo, la crisis económica que imposibilita externalizar el cuidado fuera de la red de apoyo familiar, el aumento de la esperanza y de la calidad de vida o la ausencia de protección social por parte del Estado[109].

[104] Ibidem., pág. 54.

[105] FERNÁNDEZ COLLADO razona que si se excluye la pensión de viudedad contributiva del sistema, correlativamente habría que dejar de cotizar por dicha contingencia (reducir la cuota por contingencias comunes y dentro de la cuota por contingencias profesionales una parte de la destinada a la supervivencia) y se rebajarían los ingresos al sistema casi inmediatamente pero su incidencia en el gasto se postergaría y además es muy probable que no fuera significativa al ser la edad media de acceso a la pensión de viudedad de 77 años y esas personas accederían a la pensión asistencial que, en teoría, debe ser más cuantiosa. FERNÁNDEZ COLLADOS, B.: "Puntos controvertidos de la pensión de viudedad. Propuestas y alternativas a la gran cuestión: ¿Es necesaria una reforma?, *op.cit*., pág. 44. No es baladí, tampoco, la existencia en la actualidad en España de 17 sistemas de servicios sociales.

[106] Vid. las propuestas en FERNÁNDEZ COLLADOS, B.: "Puntos controvertidos de la pensión de viudedad. Propuestas y alternativas a la gran cuestión: ¿Es necesaria una reforma?, *op.cit., pág.* 45 a 48.

[107] Destacamos el trabajo, entre la multitud de los existentes, de OJEDA AVILÉS, A: "Reformulación de la pensión de viudedad", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. Extra 74, 2008, pág. 335.

[108] A diferencia de los países de Europa del Este dónde el nivel de las prestaciones y los requisitos de acceso son deficitarios y los países centrales europeos que ofrecen mayor protección, sin llegar a alcanzar a España. www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/168520.pdf

[109] Este aspecto es especialmente importante ya que este rol no existe en países en los que hay una red de servicios para cubrir esta necesidad.

El cuidado de los nietos y el género está interrelacionado. En general, son las abuelas las que realizan la labor de cuidado hacia sus nietos y cuando son los abuelos los que asumen este papel lo hacen por ausencia o indisponibilidad de un miembro femenino de la familia[110] teniendo, en consecuencia, las abuelas una mayor implicación en las tareas de cuidado[111]. El cuidado de los nietos no es más que una manifestación más de la feminización del cuidado y ha sido siempre visto siempre desde un punto de vista positivo ya que ayuda a las mujeres mayores, abuelas, a sentirse socialmente útiles. Sin embargo, el problema comienza cuando el cuidado pasa de ser algo voluntario y esporádico, a ser diario y a jornada completa, de ser una ilusión a convertirse en una obligación llegando, en algunos casos, a manifestarse el llamado "síndrome de la abuela esclava". En efecto, la sobrecarga de trabajo a la que se ven sometidas puede deteriorar su calidad de vida y tener consecuencias nocivas en la salud. Por otro lado, las diferencias entre la educación que proporcionan las abuelas y abuelos y la esperada por parte de sus progenitores puede generar problemas intrafamiliares que acaban también teniendo importantes consecuencias en la salud de estas personas mayores. También, pueden surgir conflictos en la época de la adolescencia de los nietos y nietas que desbordan a las abuelas cuidadoras provocando una gran carga emocional y malestar psíquico.

El "síndrome de la abuela esclava" se describe como una enfermedad grave y rebelde a numerosos tratamientos que afecta a mujeres maduras, generalmente entre los 48 y 68 años de edad, con responsabilidades familiares[112]. La OMS reconoce este síndrome como una forma de maltrato hacia las mujeres y la preocupación de la comunidad científica y médica al respecto va en aumento. La causa de este síndrome es un conjunto de factores que conllevan una sobrecarga física y emocional y que provocan desequilibrios físicos y psíquicos. Este síndrome se produce por agotamiento y por un exceso de esfuerzo físico y emocional. Al asumir responsabilidades que le sobrepasan, comienzan a sentir un estrés que se puede manifestar de diversas formas. Además, hay situaciones que agravan aún más a la mujer, como pueden ser; el cuidado de enfermos crónicos o con necesidades especiales, el deterioro de su salud, el deterioro económico, la acumulación de obligaciones, etc. Estos factores pueden acelerar la sensación de estrés que sufren estas mujeres[113]. La familia debería ser parte de la solución siendo consciente del agotamiento de la mujer, brindándole apoyo emocional y liberándole de las tareas asumidas. En la realidad, a veces, las familias no saben manejar la situación y consideran que la única responsable de la situación es la propia abuela que se niega a delegar funciones y responsabilidades. Respecto al cuidado de los nietos y nietas, debería producirse de manera puntual y siempre y cuando, ese intercambio sea positivo y distendido, no teniendo que ser obligatorio o necesaria su ayuda. Del mismo modo, esas cargas que llevaban las abuelas no deben trasladarse a otra mujer, porque sólo habremos cambiado el problema de lugar sin resolverlo. Es preciso un cambio de conciencia

[110] ORTEGA SANCHEZ, S.: *Abuelos contemporáneos: ¿dónde está el límite?* (tesis doctoral. Universidad de Girona), 2013, http://dugi-doc.udg.edu.

[111] NORIEGA, C. Y VELASCO, C.: "Relaciones abuelos-nietos: una aproximación al rol del abuelo", *Sociedad y Utopía, Revista de Ciencias Sociales*, núm. 41, 2013, pág. 464-482.

[112] GUIJARRO MORALES, A.: *El síndrome de la abuela esclava. Pandemia del Siglo XXI*, Granada, Grupo Editorial Universitario, 2010, pág. 7.

[113] Son síntomas y manifestaciones del mismo: hipertensión arterial; molestias paroxísticas; sensación de debilidad o de decaimiento; caídas fortuitas; malestar general indefinido; tristeza, desánimo o falta de motivación; descontrol de padecimiento metabólico (diabetes); dolor difuso por el cuerpo o autoinculpación. Ibídem.

por parte de todos los miembros de la familia, para que se produzca un reparto equitativo y justo de las tareas de modo que todos puedan disfrutar del merecido y tan necesario tiempo libre, en igualdad de condiciones.

Las patologías también se ven afectadas por los roles de género. La educación que recibieron estas mujeres estaba enfocada a la sumisión y la entrega a los demás. De ahí se desprende la necesidad de educar para formar a mujeres asertivas, que no antepongan en todo momento las necesidades de los demás a las suyas y que tengan una conciencia de autocuidado, con todo lo que ello conlleva; desde aprender a decir no, a dedicarse espacios para ellas, disfrutar del ocio o cultivar las relaciones sociales, por ejemplo. Políticas de envejecimiento activo no equiparables a las de los hombres y en muchas ocasiones olvidadas.

4. REFLEXIONES FINALES

El envejecimiento de la población constituye una preocupación y un reto a nivel social y, también, a nivel laboral. En este sentido, las políticas laborales han optado claramente por el mantenimiento de las personas mayores en el mercado de trabajo, en muchos casos, no tanto para respetar deseos de éstas sino por obligación legal y por la necesidad de mantener un sistema de pensiones en déficit. Ello se ha hecho con prisa y sin implementar de forma paralela políticas de gestión de la edad.

De esta forma, el ámbito empresarial sigue siendo reticente a seguir contando o a incorporar a las personas mayores en la empresa, lo que provoca, en ocasiones, prácticas discriminatorias por razón de la edad. Así pues, nos movemos en un terreno de contradicciones entre la necesidad de mantener a unos mayores a los que no se quiere ni se sabe valorar en el mercado de trabajo y el impulso de políticas generadoras de empleo para los jóvenes. Gestionar esa diversidad reclama innovación en las relaciones laborales e imaginación en la gestión de los recursos humanos permitiendo la transferencia del conocimiento acumulado que aportan los mayores, descubriendo valores hasta ahora ocultos como la experiencia, la madurez, la estabilidad o la capacidad de adaptación a entornos cambiantes, evitando la discriminación y buscando, al mismo tiempo, la renovación de la plantilla de la empresa. La preocupación por la sostenibilidad del sistema de pensiones y la búsqueda de fórmulas cortoplacistas[114] para aumentar de forma significativa los ingresos hace que nos olvidemos de la salud y derechos de los trabajadores mayores en el ámbito empresarial.

En esta reflexión ocupa un lugar destacado la vinculación entre el envejecimiento de la población y las relaciones de género ya que las mujeres constituyen la mayoría de las personas mayores, tienen una expectativa de vida superior a la de los hombres y una situación laboral y social radicalmente distinta. Nuestro modelo de pensiones es un modelo desigual dado que refleja las desigualdades previas en el mercado de trabajo, y da lugar a cuantías económicas considerablemente dispares, especialmente entre hombres y mujeres. Además de las discriminaciones que sufren en el ámbito laboral por el simple hecho de ser mujeres, las mujeres mayores se han dedicado de forma mayoritaria al cuidado del hogar lo

[114] Aunque sean necesarias.

que las ha relegado a un nivel de pobreza y dependencia mucho mayor que el de los hombres. En este sentido, y de cara al futuro, la reeducación es fundamental, así como fomentar la solidaridad familiar y favorecer condiciones para la corresponsabilidad.

Son mayoritariamente ellas las perceptoras de la pensión de viudedad en un momento de déficit en el que estas pensiones suponen un gasto importante para el sistema de pensiones. Pero lo importante del cuestionamiento no es sólo el gasto sino su propio sentido. Es una prestación insuficiente e incompatible con el actual rol de la mujer. En efecto, la pensión de viudedad es un elemento que potencia la pobreza y dependencia de las mujeres casadas y necesita de una urgente reforma. Actualmente no hay mecanismos que compensen los perjuicios causados a las mujeres por su mayor dedicación al cuidado, de hecho, no lo son ni la pensión de viudedad ni la protección compensatoria aplicable al nacimiento y cuidado de hijos. La solución viene de la mano del impulso de la corresponsabilidad real para que la maternidad y la paternidad no supongan interrupción de las carreras de cotización.

El cuidado impide, además, un verdadero proceso de envejecimiento activo de las mujeres mayores. Al cumplir la edad de 65 años y liberarse de sus obligaciones del trabajo, familia y pareja, las mujeres siguen dedicándose a actividades sociales informales como el cuidado de nietos o de otros familiares lo que provoca, en algunos casos, el síndrome de "la abuela esclava". El rol de cuidado que ejercen las mujeres, siempre que esté debidamente controlado, visto desde otro punto de vista, no deja de ser una oportunidad para que la contribución de las mujeres mayores a la economía sea reconocida, en especial, el peso de su trabajo en la economía relacional. Son además, un elemento fundamental para la cohesión del grupo, transmisoras de valores, receptoras y generadoras de modernidad entre las distintas generaciones[115].

5. BIBLIOGRAFIA

AAVV: *La igualdad de género como eje de un nuevo modelo económico y social eficiente y sostenible: el cometido de las políticas públicas*, ALARCON GARCIA, G. (dir.): Proyecto de Investigación 2010-2014, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, NIPO: 685-15-018-5.

ALVARADO GARCIA, A. Y SALAZAR MAYA, Á.M.: "Análisis del concepto de envejecimiento", *Gerokomos*, 25(2), 2014, pág. 57-62.

ALAMINOS, E. Y AYUSO M.: "Una estimación actuarial del coste individual de las pensiones de jubilación y viudedad: concurrencia de pensiones en el sistema español de Seguridad Social", *Estudios de Economía Aplicada*, vol. 33-3, 2015, pág. 817-838.

BALLESTER PASTOR, A.: "El controvertido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea", *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, *Lex Social,* enero-junio 2016, vol. 6, pág. 72-93.

[115] IMSERSO: *Informe sobre las mujeres mayores en España,* Madrid, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2011, pág. 59.

ELORZA GUERRERO, F: "La descentralización de la negociación colectiva en relación a la protección social complementaria sobre jubilación en España", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* vol. 4, núm.1, enero-marzo, pág. 1-27, 2016, www.adapt.es

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: "Envejecimiento activo: el empleo de los trabajadores de edad avanzada", *Revista Cauces (Cuadernos del CES)*, nº 9, 2009, pág. 28-39.

COMISIÓN EUROPEA: *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, Europa 20*, Bruselas, 3 de marzo de 2010, no publicada en el Diario Oficial.

COMISION EUROPEA: *How to promote active ageing in Europe. EU support to local and regional actors*, Bruselas, Oficina de Publicaciones de la Comision Europea, 2011.

COMISIÓN EUROPEA: *Ageing Report: economic and budgetary projections for the UE-27 member states, 2008-2060*, Bruselas, Oficina de Publicaciones de la Comisión Europea, 2012.

COMITÉ DE PROTECCIÓN SOCIAL Y COMITÉ DE EMPLEO: *Declaración del Consejo sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional: estrategia futura*, 16592/12 SOC 948 SAN 289.

CCOO, *Observatorio Social de las Personas Mayores para un envejecimiento activo,* 2016, www.io-siscom.com

DÍAZ GIMÉNEZ, J.: "Las pensiones europeas y sus reformas recientes", *Documento de Trabajo* núm. *7-Documentos Mi Jubilación*, 2014.

GARCIA MUÑOZ, M.: "La jubilación forzosa como medida de reparto de empleo y su incidencia en la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 1, 2016, www.adapt.it

EMAKUNDE-INSTITUTO VASCO DE LA MUJER: *La autonomía de las mujeres mayores en el País Vasco y su contribución al proceso de empoderamiento,* Vitoria-Gasteiz, Emakunde, 2012.

ERRANDONEA ULAIZA, E.: "El nuevo complemento por maternidad y los factores que repercuten sobre la cuantía de las pensiones contributivas de las mujeres", *Revista de derecho de la Seguridad Social*, núm. 7, 2016, pág. 75-97.

FERNÁNDEZ COLLADOS, B.: "Puntos controvertidos de la pensión de viudedad. Propuestas y alternativas a la gran cuestión: ¿Es necesaria una reforma?, *CEF*, marzo 2016, pág. 16-49.

GALASO, P.; DE VERA, V. Y VARA, M.J: "Riqueza y pobreza de las mujeres mayores en Europa", *Memoria del Foro Bienal Iberoamericano de Estudios del desarrollo*, 2013, researchgate.net, pág. 135-162.

GIRO MIRANDA, J.: *Envejecimiento Activo, envejecimiento en positivo*, Logroño, Universidad de la Rioja: servicio de publicaciones, 2006.

GUIJARRO MORALES, A.: *El síndrome de la abuela esclava. Pandemia del Siglo XXI*, Granada, Grupo Editorial Universitario, 2010, pág. 7.

HERNÁNDEZ PEDREÑO, M.: *Desigualdades según género en la vejez*, Murcia, Secretaría sectorial de la mujer y la juventud, 2000, pág. 141.

IMSERSO: *Informe sobre las mujeres mayores en España,* Madrid, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2011, pág. 59.

IIMARINEN, J.: *Promoción del envejecimiento activo en el trabajo,* Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, 2012, https://osha.europa.eu

INNOBASQUE: *Guía para la gestión de la edad en las organizaciones de Euskadi*, Innobasque-Agencia Vasca para la innovación, 2013.

MÉLLA MENDEZ, L.: *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*, Valladolid, Lex Nova, 2002.

MALDONADO, C. D. Y YÁNEZ CONTRERAS, M. A.: "Una aproximación al estudio del empleo en la tercera edad", *Cuadernos del Cendes*, año 31, núm.86, mayo-agosto, 2014, pág.95-110.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo* 2011-2015, http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/Panorama/REV_035136 (última visita 24 de noviembre 2016).

MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD: *Libro blanco del envejecimiento activo*, Madrid, Oficina de Publicaciones del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), 2011.

MOLINA NAVARRETE, C: "Envejecimiento activo versus prohibición de despido por edad ¿Quién debe pagar los costes laborales", *RTSS.CEF*, 2015, pág. 123-129.

MONEREO PEREZ J.L.: "El sistema de pensiones en el marco de la nueva revisión y actualización del Pacto de Toledo", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 15/2010 (BIB 2010/2462).

—— *Ciudadanía y derechos de las personas mayores,* Comares, 2013.

MONEREO PÉREZ, J.L. Y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: "Revalorización y actualización de pensiones: la STC 49/2015, de 5 de marzo de 2015, Revista de la Seguridad Social núm. Extraordinario 1, 2016, pág. 15-26.

MORENO VIDA, M.N, MONEREO PÉREZ, J.L Y DÍAZ AZNARTE, M.T: *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Comares, 2013.

MUTUA NAVARRA: *Gestión de la edad en la empresa. Reto y oportunidad*, Pamplona, Colección Recomendaciones para una empresa saludable, 2013.

NORIEGA, C. Y VELASCO, C: "Relaciones abuelos-nietos: una aproximación al rol del abuelo", *Sociedad y Utopía*, Revista de Ciencias Sociales, núm. 41, 2013, pág. 464-482.

OJEDA AVILÉS, A., "Reformulación de la pensión de viudedad", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. Extra 74, 2008, pág. 333-342.

ORTEGA SANCHEZ, S.: *Abuelos contemporáneos: ¿dónde está el límite?* (tesis doctoral. Universidad de Girona), 2013, http://dugi-doc.udg.edu.

PÉREZ BILBAO, J. Y NOGAREDA CUIXART, C. *NTP 367: Envejecimiento y trabajo: la gestión de la edad*, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

PEREZ AMORÓS, F.: "Paro, empleo y jubilación de los trabajadores de edad en España ¿un trabajo decente?, *Revista técnico laboral*, 2015, www.aijdtssgc.org

POQUET CATALÁ, R.: "Una institución jurídica a extinguir: las cláusulas de jubilación forzosa", *Temas Laborales*, núm. 128, 2015, pág. 253-273.

ROWE, J.: "Human aging: Usual and successful", *Science*, vol.273, 1987, 143-149.

SERRANO ARGÜELLO, N.: "La edad como factor de discriminación en el empleo", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, 12/2011.

SERRANO ARGÜESO, M.: "Poder de dirección y liderazgo empresarial femenino como vía para la consecución de corresponsabilidad en la empresa", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 177, 2015, págs. 163-186.

VALLS FONAYET, F. Y ERASOBELZUNEGUI, A.: *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2014: la pobreza en España desde una perspectiva de género*, Fundación FOESSA, Valencia, 2014, www.foessa.org

Laborum

Estudios de Doctrina Judicial

El recargo de prestaciones y recurso de casacion para la unificación de doctrina: cuando la valoración de los hechos es el problema. Comentario a la STS de 25 de octubre de 2016 (Rº 2943/2014)

The surcharge of benefits and remedy of Cassation for the unification of doctrina: when the assessment of the facts is problem. Comment to the STS of October 25, 2016 (R° 2943/2014)

JESÚS R. MERCADER UGUINA

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

ANA DE LA PUEBLA PINILLA

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Resumen

La apreciación de contradicción entre sentencias, requisito para acceder a la casación para la unificación de la doctrina, requiere la constatación de la identidad entre la sentencia recurrida y la aportada por el recurrente como contradictoria. La identidad fáctica entre ambos pronunciamientos judiciales plantea especiales problemas en el ámbito del recargo de prestaciones dada la dificultad de apreciar la identidad sustancial en las circunstancias concurrentes en la producción del accidente. La sentencia que se comenta aprecia que no concurre la identidad exigida en un supuesto en el que quedó acreditado el cumplimiento empresarial de las medidas de seguridad y prevención. No obstante, el extenso voto particular que acompaña a este pronunciamiento revela las dificultades prácticas que acompañan en estos supuestos al juicio de contradicción.

Palabras clave

recurso de casación para la unificación de doctrina, identidad de hechos, recargo de prestaciones, deber de seguridad

Abstract

The appreciation of contradiction between statements, requirement for access to the appeal for the unification of doctrine, requires the finding of identity among the contested judgment and that provided by the appellant as contradictory. The factual identity between both judicial pronouncements poses special problems in the field of the performance fee given the difficulty to appreciate the substantial identity in the attendant circumstances in terms of the accident. The statement commented appreciates that identity required in a case in which the business of safety and prevention measures compliance was accredited there is no. However, extensive particular vote that accompanies this statement reveals the practical difficulties that accompany in these cases to trial.

Keywords

Appeal for the unification of doctrine, identity of facts, performance fee, duty of Security.

1. ELEMENTOS DEL JUICIO DE CONTRADICCIÓN EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) incorporó novedades sustanciales en la regulación del recurso de casación para la unificación

de doctrina que ofrecía el anterior texto legislativo (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral). Tales novedades afectaban esencialmente a la identificación de las sentencias que pueden aportarse como contradictorias y a la ampliación de la legitimación activa para interponer el recurso.

Por lo que se refiere a las sentencias invocables como contradictorias, el art. 219.2 LRJS señala la posibilidad de alegar como doctrina de contradicción, además de las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades. Asimismo, podrá invocarse la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario. En todos los casos, se requiere el cumplimiento por las sentencias invocadas como contradictorias de los presupuestos generales del recurso de casación para la unificación de doctrina.

No es esta la única novedad, pues a ello se añade el reconocimiento de la legitimación para interponer el recurso de casación para la unificación de doctrina al Ministerio Fiscal. Este también puede ahora interponer el recurso, de oficio o a instancia de los sindicatos, organizaciones empresariales, asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes o entidades públicas que, por las competencias que tengan atribuidas, ostenten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa (art. 219.3 LJS).

A pesar de estas novedades, cuyo impacto por lo demás no está resultando demasiado relevante[1], la delimitación del objeto del recurso se mantiene intacta. Este sigue teniendo por finalidad 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 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. Lo que exige el art. 219.1 LRJS es que la sentencia recurrida y la sentencia o sentencias de contraste sean contradictorias entre sí. Para que se aprecie tal contradicción es preciso que una sentencia decida lo contrario de lo que ha decidido otra. Se trata, como se ha puesto de relieve, "de una contradicción entre decisiones judiciales, lo que supone una cierta complejidad, porque hay que atender a los distintos elementos que integran la decisión y porque la contradicción implica que se decide de forma distinta lo que es idéntico"[2].

[1] Vid, al respecto, los datos aportados por DESDENTADO BONETE, A.: "La casación para la unificación de doctrina y el nuevo recurso mixto de unificación de doctrina y en interés de ley", en AA.VV. (Dirs. G. García Becedas y M. Nogueira Guastavino), *Lecciones de Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, 2ª edición, 2016, pp. 770 y 784.

[2] DESDENTADO BONETE, A.: "La casación para la unificación de doctrina y el nuevo recurso mixto de unificación de doctrina y en interés de ley", cit., p. 763.

Como se ha tenido ocasión de señalar en anteriores ocasiones[3], la valoración de si se producen las identidades que requiere el art. 219 LRJS ("hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales") ha resultado una tarea especialmente complicada en la que el Tribunal Supremo ha introducido criterios severos de corrección doctrinal. Su cuerpo de doctrina ha pasado de la "identidad integral" (comparación entre las tesis abstractas empleadas por las sentencias de contraste dejando de lado los elementos fácticos, incluso las peticiones ejercitadas por las partes) a una "homogeneidad integral", como la califica Sempere[4], en el que la oposición o contraste no surge de la comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos cuya igualdad sustancial debe construirse sobre las identidades que relaciona el precepto citado"[5].

A estos efectos, el art. 219.1 LRJS construye la contradicción en dos pasos: 1º) hay que acreditar la identidad de la controversia 2º) para determinar a continuación si los pronunciamientos son o no distintos[6]. Si se producen las identidades señaladas todavía es preciso, para que el juicio de contradicción pueda entenderse superado, que los fallos o pronunciamientos de las sentencias sean distintos, esto es, que resuelvan de forma diferente supuestos que sustancialmente son idénticos.

Se requiere, por tanto, identidad subjetiva –que las partes se encuentren en la misma posición–, lo cual en la práctica no suele plantear demasiados problemas. Se exige, además, identidad respecto al objeto de la pretensión o de la resistencia, y de la fundamentación que lo apoya, de tal manera que lo que se pide o lo que se resiste, y las razones en que se fundamentan tales posiciones en las sentencias comparadas ha de ser sustancialmente lo mismo. Y, por último, la identidad tiene que concurrir también en los hechos recogidos en la relación de hechos probados de las sentencias que se comparan o en apreciaciones de carácter fáctico de su fundamentación.

La exigencia de identidad en los hechos constituye un requisito o presupuesto necesario del juicio de contradicción. Ha sido, precisamente, el elevado nivel de exigencia en la identidad fáctica el que explica que determinadas materias no hayan sido accesibles a la unificación: señaladamente, los despidos y cuestiones disciplinarias en general, en lo tocante a si la sanción de despido ha sido o no proporcionada (teoría gradualista) y la revisión del grado de invalidez[7]. A estas materias se añade también la referida a la valoración de las

[3] MERCADER UGUINA, J.R.: "El *colapso plástico* de accidente de trabajo y los *elementos intrascendentes y carentes de valor* en la articulación del juicio de contradicción en el recurso de casación para la unificación de doctrina: notas a la STS de 6 de julio de 2015", *Revista de Derecho de la Seguridad Social, 2016, nº extraordinario: Doctrina judicial en materia de Seguridad Social: Balance y análisis selectivo de las sentencias del año 2015*, pp. 49 a 62.

[4] SEMPERE NAVARRO, A.: *El recurso de casación para la unificación de doctrina,* Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 51.

[5] Entre otras muchas, vid. las STS de 27-1 y 28-1-1992 (Rº 824/91 y 1053/91), 18-7, 14-10 y 17-12-1997 (Rº 4067/96, 94/97 y 4203/96), 17-5 y 22-6-2000 (Rº 1253/99 y 1785/99).

[6] DESDENTADO BONETE, A.: "La casación para la unificación de doctrina y el nuevo recurso mixto de unificación de doctrina y en interés de ley", cit., p. 763.

[7] No obstante, en ocasiones se han producido vaivenes en esta materia. En caso del despido disciplinario, buena muestra es la STS 20-4-2005 (Rº 6701/2003), que si bien reconoció la vigencia de la doctrina según la cual la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el art. 54 ET no es materia propia de la unificación de

(...)

conductas del trabajador en pleitos sobre el recargo de prestaciones, como puede deducirse de numerosos asuntos en los que el Tribunal Supremo ha rechazado la existencia de contradicción[8].

Es precisamente esta la cuestión a resolver en la STS de 25 de octubre de 2016. El asunto de fondo remite al debate sobre la procedencia o no de imponer sobre la empresa un recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas de prevención y, a tales efectos, determinar la trascendencia que la conducta del trabajador puede tener sobre la calificación de la actuación empresarial. Pero el éxito del recurso requiere necesariamente la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se aporta como contradictoria. A la postre, este va a ser el elemento determinante del fallo de la sentencia. Para el Tribunal Supremo no concurre la necesaria identidad fáctica entre los pronunciamientos judiciales que exige el juicio de contradicción. Ello conduce directamente a la desestimación del recurso sin que proceda entrar a unificar doctrina sobre la trascendencia que pueda tener la actuación negligente del trabajador en la apreciación de la responsabilidad empresarial. Pero la sentencia va acompaña de un voto particular suscrito por cuatro de los magistrados que integran la sala, reunida en este caso en pleno. En su voto, los magistrados discrepantes aprecian, frente a la opinión mayoritaria, la existencia de las identidades exigidas para abordar la unificación de doctrina, entre ellas la identidad sustancial entre los hechos de las sentencias comparadas.

2. EL ENJUICIAMIENTO DE LA CONTRADICCIÓN

2.1. La comparación de los hechos en la STS de 25 de octubre de 2016

El 10 de marzo de 2009 el trabajador sufrió un accidente laboral mientras desempeñaba su trabajo de Conductor Cubilote para la empresa Roca Sanitario S.A. en la Fábrica de Bañeras de Fundición de Alcalá de Henares consistente en una deflagración debido a la caída de hierro en el ciclón. El accidente tuvo lugar cuando el actor realizaba la tarea de vigilancia de evacuación de escoria observando un aumento considerable de flujo fundente y al acudir a la zona de salida salió un chorro grande de escoria que explotó al encapsularse el agua dentro del hierro se vaporizó el agua y seguidamente se produjo la

doctrina considera, entendió que debía hacerse una excepción cuando una de las sentencias comparadas se habían pronunciado sobre la nulidad del despido debida a la lesión de derechos fundamentales; también lo es la más reciente, STS 15-10-2014, Rº 1654/2013). No obstante, como recuerda la STS 24-5-2005 (Rº 1728/2004), la unificación de doctrina "no puede operar a partir de lo que la doctrina denomina juicios empíricos de valoración de la conducta humana, porque en estos juicios los elementos circunstanciales de ponderación adquieren la máxima significación en el orden decisorio y, por ello, se resisten a una tarea de unificación doctrina, que sería, por definición, una labor destinada al fracaso, al intentar convertir en general y uniforme lo que, por su propia naturaleza, es particular y variable, pues en tales decisiones opera siempre un elemento de discrecionalidad que no es susceptible de unificación". Lo mismo ocurre con la invalidez permanente donde existe doctrina constante que excluye la unificación en esta materia (STS 23-6-2005, Rº 1711/2000), pero donde es posible encontrar, también, algunos supuestos excepcionales en los que se admite la unificación, como en el caso de las SSTS 21-3-2005 (Rº 1211/04), 3-3-2014 (Rº1246/2013) y 23-12-2014 (Rº 360/2014). Para una reflexión sobre los riesgos de estos cambios de orientación, vid. MERCADER UGUINA, J.R.: *Las travesías por la incertidumbre del recurso de casación para la unificación de doctrina*, Relaciones Laborales, 2005, nº 18, pp. 33 a 56.

[8] Por todas, SSTS 25-10-1999, Rº 4472/98, 24-3-2004, Rº 747/03, 1-2-2006, Rº 4183/04, 11-2-2016, Rº 2806/14, y 1-6-2016, Rº 609/15.

proyección salpicadura de partículas que afectó al trabajador. Como consecuencia del accidente el trabajador fue declarado en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual. A raíz del accidente de trabajo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social giró visita a la empresa y levantó acta de infracción por la que se proponía la imposición de una sanción por la comisión de una infracción grave apreciada en grado mínimo del art. 1.1, 2 y 5.2 del RD 5/2000 de 4 de agosto de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LPRL). A tales efectos sancionadores, se consideraron causas del accidente la no evaluación de los factores de riesgo de las proyecciones en el sistema de fusión y la ausencia de evaluación del procedimiento de trabajo para determinar la medida preventiva adecuada al riesgo. Con fecha 11 de abril de 2011 el INSS dictó resolución declarando la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente laboral sufrido por el trabajador, declarando, en consecuencia, la procedencia de que las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente fueran incrementadas en un 30 % con cargo a la empresa y declarando igualmente la procedencia de la aplicación del mismo incremento respecto de las prestaciones que, con cargo al mismo accidente, se pudieran reconocer en el futuro.

Contra tal resolución interpuso demanda la empresa solicitando que se revocara la resolución del INSS por la que se declaró la responsabilidad empresarial por el accidente y se impuso el recargo. Tanto la sentencia dictada en su día por el Juzgado de lo Social de instancia como la dictada resolviendo recurso de suplicación por el TSJ de Madrid (sentencia de 31 de marzo de 2014, Rº 1587/13), estimaron la demanda formulada por la empresa contra el INSS y contra el trabajador accidentado, revocando la resolución administrativa y absolviendo a la empleadora, exonerándola del abono del recargo.

En los hechos probados de la sentencia de suplicación consta que la empresa había evaluado los riesgos en noviembre de 2008, catalogando como "riesgo general 2" los contactos térmicos provocados por salpicaduras y/o radiaciones de metal fundido que superaran los 10000, como "riesgo general 3" las proyecciones de partículas a los ojos, debido a las características del proceso y al tipo de materiales utilizados y, finalmente, como "riesgo general 4 ", el de explosión si, de manera accidental, el hierro fundido entra en contacto con agua en un espacio confinado; para este último, es decir, para ese "riesgo de explosión", el plan de acción preventivo exigía asegurar que se ha entregado a todos los trabajadores la ficha informativa de riesgos del puesto de trabajo donde se ha de informar al trabajador de que si observa alguna anomalía en la salida del hierro fundido deberá parar el ciclón de agua e informar al mando; para "el riesgo de proyecciones", el plan exige asegurar que se han facilitado a los trabajadores los "EPI,s" (equipos de protección individual) necesarios a utilizar en el puesto de trabajo así como ropa ignífuga en las operaciones que impliquen aproximación al hierro fundido. Así mismo, estaba acreditado que el trabajador había recibido formación e información individual sobre la descripción de su puesto de trabajo, los riesgos existentes y la prevención de los mismos, así como sobre el uso y mantenimiento de los equipos de protección individual (EPI), en enero de 2003, febrero de 2005, diciembre de 2006, noviembre de 2007 y febrero de 2009. Por todo ello, la STSJ de Madrid descartó la infracción del art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social, así como del art. 16.2.a) LPRL en relación con los arts. 2.2, 3, 1. 4 y 5 del TD 39/1997 de Reglamento de Servicios de Prevención y declaró la improcedencia del recargo.

Contra esta sentencia recurre el trabajador en casación para la unificación de doctrina denunciando la vulneración, por inaplicación, de los arts. 123 LGSS[9], en relación con los arts. 14 y 42 LPRL, 16 del Convenio 155 de la OIT, 16.2.a) de la propia LPRL, en relación con los preceptos correspondientes del Reglamento de Servicios de Prevención, los arts. 14, 15 y 17 de la misma LPRL, en relación con el art. 4 RD 1215/1887 y, en fin, el art. 40.2 de la Constitución.

Para articular adecuadamente su demanda, el trabajador aporta como contradictoria la STS de 12 de julio de 2007 (Rº 938/06). La resolución referencial trata también sobre un recargo de prestaciones en un accidente de trabajo que igualmente dio lugar a la Incapacidad Permanente Total del trabajador afectado. La Inspección de Trabajo levantó Acta de Infracción y el INSS acordó el recargo del 30 % en las pertinentes prestaciones. En esta sentencia se declaró probado que el trabajador accidentado prestaba servicios en la denominada "maquina calanda número dos (modelo AM.B 14806)", realizando la tarea de control del proceso de laminado, cuando, en cierto momento, observó la adherencia de una cinta de plástico en el extremo del cilindro, por lo que fue a retirarla con su mano derecha, que resultó arrastrada y atrapada entre los cilindros. La empresa había prohibido expresamente "intentar meter las manos en los cilindros de laminado cuando se caiga un cuerpo extraño". El Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que hubo responsabilidad empresarial en el accidente y rechazó que la conducta imprudente, no temeraria, del trabajador hubiese roto el nexo causal entre la infracción y el daño, puesto que, aunque hubiera una instrucción escrita clara, concretada en aquella prohibición expresa, también resultaba que, en la evaluación efectuada el 2-5-2001 "se identifica uno de los riesgos de la máquina referida...el del atrapamiento por o entre objetos, y [se] advierte de la necesidad de dotar a la misma de dispositivos que garanticen su seguridad, dotándola de protección para impedir la accesibilidad de sus cilindros", no obstante lo cual la empresa no lo hizo hasta después de producido el accidente en cuestión. Advierte el Tribunal Supremo que, en el caso resuelto por la sentencia aportada como contradictoria "la causa eficiente y determinante del daño, y de la consecuente atribución de la responsabilidad empresarial en el recargo, fue, pues, no la posible imprudencia del trabajador o su desatención de la instrucción expresa en contrario del empresario, sino el incumplimiento por éste de la advertencia realizada en la evaluación de dotar a la máquina de unos dispositivos de seguridad que solo fueron instalados después del accidente".

A partir de esta apreciación, el Tribunal Supremo considera evidente que no existe la necesaria contradicción exigida por el art. 219 LRJS pues mientras en la sentencia aportada como contradictoria constaba acreditada una infracción por la empresa de la normativa de prevención, en la recurrida no consta tal infracción. Siendo así, no está en juego la trascendencia de una posible imprudencia del trabajador que, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, aun existiendo no alcanza a contrarrestar la infracción de las normas de seguridad. A la vista de tales apreciaciones, el Tribunal Supremo considera inexistente la contradicción y, en consecuencia, procede a desestimar el recurso, confirmando la sentencia de suplicación.

[9] Actualmente, art. 164 LGSS.

2.2. Y la consideración del voto particular

La sentencia de 25 de octubre de 2016 va acompañada de un extenso Voto particular suscrito por cuatro de los magistrados que integran el pleno de la Sala y que expresan su discrepancia respecto de la decisión mayoritaria. Tal discrepancia afecta precisamente a la apreciación o no de la existencia de contradicción entre los hechos de las sentencias comparadas. Para los magistrados que suscriben el voto particular concurre la identidad exigida entre los hechos de tal modo que, apreciada además la identidad de pretensiones y habiéndose llegado a pronunciamientos distintos en la sentencia recurrida y la de contraste, el Tribunal Supremo debería haber resuelto sobre la cuestión de fondo planteada.

En síntesis, para el voto particular, en la sentencia recurrida en casación para la unificación de doctrina constaba acreditado que la empresa había aportado el documento de evaluación de riesgos laborales de noviembre de 2008 y el documento de revisión de la evaluación de riesgos del puesto de trabajo de conductor de cubilote, añadiendo que para el riesgo de explosiones el plan de acción preventivo exige asegurar que se ha entregado a todos los trabajadores la Ficha informativa de riesgos del puesto de trabajo donde se ha de informar al trabajador de que si observa alguna anomalía en la salida del hierro fundido deberá parar el ciclón de agua e informar al mando. El trabajador había recibido información y formación individual sobre la descripción de su puesto de trabajo, los riesgos existentes y prevención de los mismos así como sobre el uso y mantenimiento de los equipos de protección individual en enero de 2003, febrero de 2005, diciembre de 2006, noviembre de 2007 y febrero de 2009. En la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2012 que se aporta como contradictoria las circunstancias acreditadas permitían apreciar a) la existencia de una correcta evaluación de riesgos; b) de unas instrucciones empresariales correctas sobre la forma de actuar en caso de riesgo; y c) de la concreta conducta incumplidora del trabajador. Con tales constancias prácticas, la sentencia de suplicación que se recurre en casación para la unificación de doctrina "denegó la aplicación del recargo de prestaciones efectuado en vía administrativa, sustentado la tesis de que basta con la existencia de una evaluación de riesgos y de una información al trabajador formalmente correctas para que no proceda imponer el recargo al empresario, concluyendo que si el trabajador, en el caso enjuiciado, observaba alguna anomalía en la salida de hierro fundido debería, conforme a lo que se contemplaba en la evaluación de riesgos, haber parado el ciclón de agua e informar al mando, lo que no efectuó a pesar de haber sido instruido sobre los riesgos de su trabajo; y en consecuencia deja sin efecto la imposición del recargo efectuada en la resolución administrativa jurisdiccionalmente impugnada". Por el contrario, en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2012 que se aporta como contradictoria en las circunstancias que se han señalado anteriormente declaró la responsabilidad empresarial.

Para el voto particular los hechos de una y otra sentencia presentan la identidad que requiere el art. 219 LJS y, por ello, siendo los pronunciamientos divergentes, concurre la contradicción exigida. Se afirma, en este sentido, que "concurría en el presente recurso el requisito o presupuesto de contradicción ex art. 219.1 LJS, pues, centrándonos en la cuestión objeto de debate, concurrencia o no de los requisitos para exigencia de responsabilidad empresarial sobre recargo de prestaciones ex art. 123 LGSS, ante hechos sustancialmente iguales (en especial, se parte en ambos supuestos de unas pretendidas valoraciones de riesgos correctas, de unas alegadas instrucciones a los trabajadores suficientes y de unas imputadas conductas de los trabajadores accidentados inadecuadas), han llegado las sentencias

comparadas a soluciones jurídicas contrapuestas. En efecto, en ambos casos, –conforme se interpreta en una y otra sentencia comparada–, existían evaluaciones empresariales de riesgos que las sentencias contrastadas consideran suficientes, se impartieron previas instrucciones empresariales consideradas correctas dirigidas al trabajador sobre el no actuar de una determinada forma para evitar riesgos de accidente y por el trabajador accidentado se habrían incumplido en ambos casos dichas instrucciones con resultado lesivo, y, sin embargo ha sido distinta la solución jurídica adoptada, sobre la exigencia de responsabilidad empresarial ex art. 123 LGSS, pues en la recurrida interpreta que la conducta empresarial no es infractora conforme al art. 123 LGSS al interpretar que, una vez previsto el riesgo, basta con haber informado previamente al trabajador sobre su actuar si observa alguna anomalía lo que no cumplió, mientras que en la sentencia de contraste, dictada por esa Sala de casación, ello no es suficiente pues incluso existiendo imprudencia del trabajador puede existir responsabilidad empresarial ex art. 123 LGSS, puesto que la imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene, en el supuesto que nos ocupa, entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo".

A lo señalado, el voto particular añade una llamada de atención sobre el rigor que el Tribunal Supremo mantiene en esta sentencia de 25 de octubre de 2016 en lo que se refiere a la exigencia de identidad fáctica entre las sentencias comparadas. Advierten los magistrados discrepantes que "no se ha exigido por esta Sala de casación en los numerosos supuestos en los que ha entrado a conocer sobre la cuestión de fondo en materia de recargo de prestaciones (entre otras, SSTS/IV 20-enero-2010 –Rº 1239/2009, 22-julio-2010 –Rº 2621/2010, 18-mayo-2011 –Rº 2621/2010, 20-marzo-2012 –Rº 1470/2011, 4-marzo-2014 –Rº 788/2013, 15-octubre-2014 –Rº 3164/2013, 26-abril-2016 –Rº 149/2015) una identidad fáctica extrema". Ello hubiera impedido conocer en casación unificadora de una materia que afecta a la vida e integridad física de los trabajadores y que, por ello, obliga a elevar el análisis de la contradicción a la similitud de conductas de una y otra cuando afectan a la forma de producirse el accidente.

Partiendo de estas consideraciones, que en definitiva suponen el cumplimiento de la exigencia de contradicción, el voto particular aborda, de forma exhaustiva y detallada, el fondo del asunto para concluir que la doctrina correcta se recogía en la sentencia aportada como contradictoria y que, por tanto, debió haberse estimado el recurso y haberse revocado la sentencia de instancia, manteniendo la imposición del recargo sobre la empresa. Al margen del valor del contenido del voto particular en cuanto recoge y sistematiza la doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad empresarial a efectos del recargo de prestaciones, interesa ahora analizar algunos de sus razonamientos en la medida en que permiten apreciar dónde reside la diferencia entre el análisis efectuado por la mayoría de la sala y el sostenido en el voto particular.

3. ¿IDENTIDAD DE HECHOS O VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS MISMOS? RELEVANCIA A EFECTOS DEL JUICIO DE CONTRADICCIÓN

La clave del razonamiento puede encontrarse en el fundamento jurídico sexto dos del voto particular. Tras recordar los presupuestos jurisprudencialmente exigidos para la imposición del recargo, se afirma allí que en el supuesto controvertido en la sentencia

recurrida la deuda de seguridad a cargo del empresario no debía entenderse cumplida y ello porque "aunque se entendiera que formalmente hubiera efectuado una adecuada evaluación de riesgos e informado al trabajador sobre lo que debía efectuar en caso de riesgo, no obstante la lesión constitutiva del accidente se produce en el caso concreto por no haberse ,... observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo ... , y sin que haya mediado fuerza mayor, caso fortuito ni imprudencia temeraria del trabajador accidentado".

Para los magistrados discrepantes, aunque se admitiera, tal y como consta en los hechos probados de la sentencia recurrida, que por la empresa se había evaluado el riesgo de las proyecciones en el sistema de fusión o de explosión de los cubilotes, aun aceptando que el trabajador había recibido la prevención informativa de que si se observa alguna anomalía en la salida de hierro fundido debería parar el ciclón de agua e informar al mando, e incluso admitiendo que se le hubiere también informado sobre el uso y mantenimiento de los equipos de protección individual y que éstos deberían consistir, conforme al Plan de evaluación, en los necesarios a utilizar en el puesto de trabajo así como ropa ignífuga en las operaciones que impliquen aproximación al hierro fundido; el resultado es que "tales prevenciones resultaron manifiestamente insuficientes para evitar el grave accidente (especialmente con pérdida total de un ojo) o reducir sus consecuencias, reduciéndose a una prevención e información meramente formal o abstracta, incumpliendo, entiendo, por una parte, el empresario, como deudor de seguridad, con sus obligaciones, puesto que como tal, debe efectuar una vigilancia idónea sobre el cumplimiento por parte de los trabajadores de las normas de prevención, no tratándose de una mera obligación formal que se cumpla justificando poseer unos detallados planes de seguridad y salud si no se constata que los mismos son efectivamente aplicados y que los concretos trabajadores han sido plenamente instruidos, ni basta con entregar equipos de protección u otros medios adecuados si no se vigila eficazmente su utilización tolerando su no empleo o su inadecuada utilización".

En definitiva, la divergencia entre la opinión mayoritaria de la sala, reflejada en el fallo de la sentencia de 25 de octubre de 2016 y la sostenida por el voto particular remite, más que a la constatación de que los hechos de la sentencia recurrida y los acreditados en la sentencia de contraste presentasen la debida identidad sustancial, a la valoración de si los mismos eran suficientes para acreditar la existencia de un incumplimiento empresarial de su deber de prevención. Para la sentencia recurrida no constaba acreditada la infracción del empresario, que había cumplido sus obligaciones de evaluación de riesgos, adopción de las medidas exigidas y formación e información al trabajador. Por el contrario, en la de contraste había quedado acreditado el incumplimiento puesto que la empresa solo atendió la exigencia de adoptar los dispositivos de seguridad que se habían identificado en la evaluación de riesgos después de que se produjese el accidente[10]. Esta distinta consideración de los hechos resulta clave. A tales efectos, debe recordarse que el propio significado y finalidad del recurso de casación para la unificación de la doctrina impide revisar los hechos probados ni siquiera por error en la valoración de la prueba y que los hechos cuya identidad sustancial se

[10] Y ello al margen de que en ambos casos los trabajadores habían incumplido las instrucciones previstas en el plan de evaluación sobre cómo debían actuar en las situaciones que determinaron la producción de ambos accidentes.

compara son los que aparecen acreditados en las sentencias tal y como derivan de las pruebas practicadas en el proceso y de su ponderación por los órganos judiciales de instancia[11].

Por eso resulta razonable la decisión mayoritaria de considerar que los hechos no presentan las necesarias identidades. Para el voto particular, sin embargo, la mera producción del accidente revela que el empresario había incumplido su deber de seguridad, y se apela para ello a diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que se ha declarado que la infracción empresarial puede consistir en el incumplimiento de alguna medida de seguridad especial o general y a la doctrina científica para afirmar que "el deber de protección es incondicionado y, prácticamente ilimitado". Pero este razonamiento excede del puro análisis de la comparación de los hechos para incorporar una valoración sobre si los mismos habían sido calificados adecuadamente. Y parece claro que ese análisis no corresponde al enjuiciamiento, previo al del fondo, sobre la existencia o no de contradicción.

[11] PALOMO BALDA, E.: "Comentario al art. 219", en AA.VV. (Dir. J.R. Mercader Uguina, Coords. A. de la Puebla y F.J. Gómez Abelleira), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Comentada y con Jurisprudencia*, Wolters Kluwer, La Ley, 2015, p. 1470.

El derecho a la prestación por maternidad del padre que contrata en solitario un vientre de alquiler. Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, núm. 881/2016, de 25 de octubre (Recud. 3818/2015)

Right to maternity benefict and father alone who contracts a rent belly. Commentary on the Sentence of the Spanish Supreme Court number 881/2016, of 25 October

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

Resumen

El presente trabajo analiza la doctrina que recientemente ha fijado la Sala Cuarta del Tribual Supremo sobre reconocimiento de la prestación por maternidad cuanto se recurre a un contrato de gestación por sustitución (maternidad subrogada), y más concretamente cuando el solicitante de la prestación es el padre biológico y registral que, una vez producido el alumbramiento, asume en solitario la crianza de los neonatos.

Palabras clave

Seguridad Social, maternidad, paternidad, vientre de alquiler

Abstract

This paper analyzes the doctrine established by the spanish Supreme Court on recognition of maternity benefit in the case of a gestation contract by substitution (surrogacy maternity), and more specifically when the applicant is the biological and registered father who, once the childbirth has taken place, assumes alone the rising children.

Keywords

Social Security, maternity, paternity, rent belly

1. PRESENTACIÓN

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre el espinoso tema del acceso a las prestaciones de Seguridad Social en caso de maternidad subrogada o gestación por sustitución, y lo ha hecho, dada la importancia jurídica y social del asunto, en dos resoluciones del Pleno que fueron votadas en la misma sesión (19-10-2016) pero que tienen fechas distintas, el 25 de octubre y el 16 de noviembre de 2016, de las que han sido ponentes el Magistrado Antonio-V. Sempere Navarro y la Magistrada Mª Luisa Segoviano Astaburuaga, respectivamente. La imposibilidad de alcanzar la unanimidad en asunto tan sensible y polémico ha provocado la emisión de tres votos particulares –uno de ellos concurrente– a la doctrina mayoritaria de la sentencia de 25 de octubre y otros dos votos particulares a la de 16 de noviembre de 2016. Aunque el argumentario de las dos sentencias, tanto en la formulación de la tesis predominante como de los votos particulares, es coincidente en muchos aspectos, fundamentalmente en la discusión acerca de los efectos jurídicos y más concretamente prestacionales de la maternidad subrogada en España, presentan sin embargo algunas diferencias significativas, derivadas del hecho de que el sujeto solicitante de la prestación por maternidad es, en la sentencia de 16 de

noviembre, la madre comitente o subrogante, mientras que en la de 25 de octubre de 2016 interesa la prestación el padre biológico y registral de las menores, que recurrió en solitario a la contratación de un vientre de alquiler.

La STS de 25 de octubre de 2016, única en la que se va a centrar este comentario, resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina número 3818/2015, interpuesto por el INSS contra la STSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2015, que estimando el recurso de suplicación formulado contra una sentencia del Juzgado de lo Social de Mataró, la revocó para reconocer al solicitante (padre de dos niñas nacidas en Nueva Delhi mediante técnica de reproducción humana asistida, en la que el accionante fue el padre genético y los óvulos fueron de una donante que gestó por subrogación a favor de aquél y, pese a figurar inscrita en el Registro consular como madre biológica de las menores, renunció a todas las funciones y obligaciones derivadas de la patria potestad) la prestación de maternidad por duración de 18 semanas al tratarse de un parto múltiple, y además el correspondiente subsidio especial por cada hijo o menor acogido a partir del segundo por igual importe que el que correspondía percibir por el primero, durante el período de 6 semanas inmediatamente posteriores al parto con efectos a la fecha de la solicitud. La entidad gestora aporta como sentencia contradictoria con la recurrida, la dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2015, que desestima la pretensión de reconocimiento de la prestación de maternidad solicitada por una mujer que había acudido al Condado de San Diego (EE.UU.) para concertar una gestación por sustitución de la que nacieron dos niños, inscritos en el Registro Local, y ello pese a que la Corte Superior de California declaró a la demandante única progenitora legal de los niños, atribuyéndole su custodia legal y física. Ya se adelanta que el Tribunal Supremo, al menos la tesis mayoritaria, se pronuncia favorable a reconocer el derecho a la prestación por maternidad al padre biológico de las niñas [el derecho a la prestación por paternidad no se discute], resultando determinantes en esta concesión la constatación del status de progenitor único del reclamante ante el abandono de la madre, la concurrencia de un estado real de necesidad precisado de atención, la ausencia de fraude de ley y la consideración al superior interés del menor, cuyo respeto ha de observar cualquier decisión que les afecte. El Ministerio Fiscal también se inclina por mantener el criterio acogido en la sentencia recurrida. Conviene señalar que, de los tres votos particulares formulados a la sentencia, uno de ellos se muestra expresamente partidario de reconocer la prestación de maternidad al padre biológico que *de facto* actúa como progenitor único, bien que sobre la base de argumentos distintos a los acogidos por la posición dominante, y otro entiende que el recurso debió inadmitirse por no concurrir el presupuesto de contradicción doctrinal, con lo que, a la postre, el resultado habría sido el mismo: la confirmación de la sentencia del tribunal catalán y el reconocimiento del derecho al padre. El tercer voto se declara abiertamente contrario a reconocer la prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución, y concretamente a quien ha accedido a la condición de padre por esta vía, prohibida en nuestro ordenamiento jurídico.

2. REFERENCIAS NORMATIVAS RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO

Dos son los grupos normativos que deben ser interpretados y aplicados para dar respuesta a la cuestión planteada en el recurso de si procede reconocer prestación por maternidad a favor del trabajador que, en virtud de un contrato de gestación por sustitución,

aparece como padre biológico, inscrito como tal en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi (conforme al art. 113 del Código Civil), de dos niñas nacidas de la madre biológica que ha renunciado al ejercicio de los derechos y deberes derivados de la filiación materna.

En primer término, y puesto que el eje de la argumentación gira en torno a la validez y efectos de la figura conocida como "maternidad subrogada" (también denominada gestación por sustitución, vientre de alquiler, madres portadoras, madres suplentes…), procede señalar que el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana, la define como aquel "contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero". No exige, pues, el precepto para que exista maternidad subrogada la intervención de una madre subrogante o comitente; además de la madre subrogada, el otro sujeto del contrato de gestación por sustitución puede ser una mujer que desea ser madre pero también un varón al que, por renuncia de la madre biológica, se transfieran la totalidad de los derechos y obligaciones derivados de la paternidad. De hecho, la parte contratante, distinta de la mujer que asume la gestación, puede ser individual o plural, y además con independencia de su sexo. Dicho contrato es calificado como "nulo de pleno derecho" por el citado precepto, donde asimismo se añade que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (apartado 2), si bien se deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico (apartado 3). Queda claro, pues, que esta norma no impide en ningún caso que los comitentes de un contrato de gestación puedan formalizar posteriormente la maternidad/paternidad, a través de los cauces permitidos para ello (adopción o acogimiento, reconocimiento de la paternidad), y ello a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, pero resulta indudable que, en nuestro país, la filiación inicial corresponde a la madre biológica, al margen de lo que la certificación registral extranjera pueda indicar. España se sitúa, por tanto, en el grupo de países donde la prohibición de la gestación por sustitución es más rígida, existiendo otros países en los cuales se admite con determinados condicionantes (como que no exista contraprestación económica o que esté vinculada con problemas médicos de la madre para afrontar la gestación), o se admiten sin ningún tipo de restricción, es decir, sea un contrato a título oneroso o gratuito (la mayor parte de los conflictos planteados a los tribunales españoles provienen de contratos de gestación por sustitución suscritos en diversos Estados de los EE.UU.)[1].

En segundo lugar, el artículo 133 bis de la LGSS/1994, aplicable en la fecha que ocurrieron los hechos de los que conoce la STS de 25 de octubre de 2016, contempla como conjunto específico de situaciones protegidas "la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo o permanente como simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los periodos de descanso que por tales causas se disfrutan, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real

[1] CERVILLA GARZÓN, Mª.J., "El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 188, 2016, https://proview.thomsonreuters.com, p. 4/27.

Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo y, y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública". Parecido tenor presenta el actual artículo 177 del TRLGSS de 2015, si bien la terminología se ha actualizado y alude ahora a la guarda con fines de adopción y las remisiones normativas se efectúan a los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (aprobado por RDLvo. 2/2015, de 23 de octubre) y a lo dispuesto en el artículo 49.a) y b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Por tanto, el ordenamiento de seguridad social recurre a una técnica mixta a la hora de configurar la situación protegida, pues por un lado afirma que son situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, pero acto seguido precisa que la protección se dispensará durante los períodos de descanso que se disfruten en tales situaciones conforme a lo dispuesto en la legislación laboral, funcionarial y estatutaria básica. A lo anterior debe añadirse lo establecido en el artículo 2.2 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, que dice: "Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación". Por último, también hay que conocer para delimitar las situaciones protegidas, junto a las normas laborales y funcionariales en materia de suspensión del contrato o reconocimiento de la licencia correspondiente, las normas jurídico-civiles que delimitan los conceptos de adopción, guarda para la adopción y acogimiento.

A la vista de este conjunto normativo, el primer supuesto merecedor de protección por parte de la Seguridad Social es la "maternidad", y por tal habrá de entenderse la maternidad biológica de la trabajadora o la funcionaria, sin que ni la norma remitente (art. 133 bis LGSS) ni la remitida (art., 48 ET) hagan mención expresa al supuesto de maternidad por subrogación. En todo caso, conviene precisar que la interdicción de la gestación por sustitución se remonta a una norma de 1988 (art. 10 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida), anterior a la delimitación de las situaciones protegidas en referencia a la maternidad que llevan a cabo la LGSS (1994) y el ET (1995), lo que, acudiendo a una interpretación unitaria e integradora del ordenamiento jurídico, daría argumentos a quienes rechazan que una situación prohibida expresamente por la legislación civil pueda generar derechos prestacionales. Con todo, tendremos ocasión de comprobar más adelante cómo, en determinadas circunstancias, el orden público social –protector– impone, y es de justicia que así suceda, una solución que contradiga el orden público civil.

En caso de parto, la norma laboral reconoce el derecho a un descanso de 16 semanas –ampliables en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo en supuestos de parto múltiple–, que persigue una doble finalidad: por un lado, atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el período posterior al nacimiento del menor, en palabras de la STJUE de 18 de marzo de 2014, C-167/12, "*evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones*". A las que cabría añadir una tercera y obvia finalidad: satisfacer las necesidades de atención y cuidados del menor. Consecuencia de esa triple finalidad es que, de esas dieciséis semanas, al menos seis habrán de ser posteriores al alumbramiento y disfrutadas por la madre –período puerperal

obligatorio– , mientras que las otras diez –o las que resten en caso de parto múltiple– podrán ser disfrutadas indistintamente antes o después del parto, si bien, en caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, antes del inicio del descanso por maternidad, puede atribuir al otro progenitor (la norma elude hablar de "padre", de modo que el derecho puede compartirse con la pareja femenina que hubiera adoptado al hijo biológico de la otra) el disfrute de una parte determinada e ininterrumpida de ese período de descanso, bien de forma simultánea, bien de forma sucesiva con la madre, pero en todo caso después del parto. Si la madre biológica no trabaja, el otro progenitor no podrá acceder al descanso subsidiado por maternidad (salvo que aquélla fallezca), por la sencilla y anacrónica razón de que, en tal caso, el ordenamiento entiende que el recién nacido está suficientemente atendido por la madre, que ningún derecho puede ceder al otro progenitor al no trabajar. En caso de adopción o acogimiento, se conceden igualmente dieciséis semanas, pero en este caso el descanso puede ser tomado indistintamente por ambos progenitores y la única finalidad que se atiende es el cuidado del menor.

Por lo que interesa concretamente a este comentario, ya es hora de indicar que el padre biológico trabajador únicamente puede optar al disfrute total o parcial del permiso de maternidad subsidiado (compatible con el permiso de paternidad) en alguna de estas tres situaciones (art. 48.4 ET, art. 3 RD 295/2009):

a) En la situación ya descrita de cesión por la madre al otro progenitor de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea, bien de forma sucesiva con la madre.

b) En caso de fallecimiento de la madre con supervivencia del hijo, en cuya luctuosa situación el otro progenitor puede hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión computado desde la fecha del parto, con independencia de que la madre trabajase o no, siempre que aquél acredite los requisitos exigidos y sin que pueda ya descontarse del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto.

c) En el supuesto de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad.

En ninguna de estas posibilidades se halla comprendido el supuesto del padre biológico y registral que ha accedido a la paternidad recurriendo a un vientre de alquiler, con posterior abandono por la madre biológica de las obligaciones que le incumben sobre el hijo, hecho éste que convierte al padre, al menos *de facto* –toda vez que esa renuncia no produce efecto jurídico alguno según el derecho español– en progenitor único y custodio del recién nacido, por lo que dialécticamente cabría plantearse su equiparación vía analógica con el supuesto de fallecimiento de la madre o con la adopción/acogimiento monoparental, supuestos que dejan al menor en idéntica situación de necesidad que cuando se trata del comitente único de un contrato de gestación por sustitución. Y es que, como señala la Sala Cuarta al fundamentar su decisión al recurso 3818/2015, que la maternidad por subrogación no aparezca *expresis verbis* contemplada en la LGSS cuando identifica las situaciones protegidas por las prestaciones de "maternidad", no debe significar automáticamente la exclusión de esta forma de constituir la filiación de su ámbito protector, ya que pueden barajarse diversas hipótesis interpretativas: "*que el listado de situaciones protegidas posee*

carácter cerrado y rechaza los casos como el ahora examinado; que la maternidad subrogada no deja de ser una variante de la genérica, por lo que ha de subsumirse en ella; que la analogía aconseja asimilar el supuesto al de acogimiento; en fin, que estamos ante una Ley contraria a la Constitución puesto que discrimina por razón de género a determinadas personas que desean acceder a la paternidad; o que los menores de padres subrogados son objeto de un trato peyorativo que es asimismo incompatible con el art. 14 CE".

En el plano internacional, también son relevantes para la resolución de la cuestión controvertida lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la Convención sobre los derechos del niño[2], así como el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales[3].

Por último, tanto el artículo 48.4 del ET como los referentes a la protección que se dispensa en la normas de Seguridad Social a las situaciones descritas en la normativa laboral, en especial los artículos 133 bis (actual artículo 177) y 133 ter (actual artículo 178) forman parte del desarrollo del mandato constitucional –art. 39 de la CE– que establece la protección a la familia y a la infancia, finalidad que, según el Tribunal Supremo, ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

3. PRONUNCIAMIENTOS DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL TRIBUNAL EUTROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se pronunció en una importante sentencia de 6 de febrero de 2014 sobre la cuestión relativa a la posibilidad de inscribir en el registro civil a un menor nacido en el extranjero mediante un contrato de maternidad subrogada, rechazando sin ambages la condición de progenitores a los que denominados "*padres intencionales*". La sentencia deja sin efecto la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado que había acordado inscribir en el Registro Civil el nacimiento de dos niños en San Diego, hijos de un matrimonio homosexual[4], argumentando que la decisión de la autoridad registral de California era

[2] Artículo 2: "Todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños sin excepción alguna y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para protegerle de toda forma de discriminación". Artículo 3: "Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración de su interés superior".

[3] Artículo 8: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

[4] La Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la misma Dirección General de los Registros y del Notariado examina la cuestión referente al régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. En ella se rechaza como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido la certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica, exigiendo para la inscripción del nacimiento la presentación, junto a la solicitud de inscripción, de la resolución judicial dictada por Tribunal competente, determinante de la filiación, la cual debe ser objeto de exequátur. Si la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el

(...)

contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia y por ser contraria al artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de octubre. Se considera que la cláusula general del interés superior del menor, contenida en la legislación, no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma, sino que su aplicación ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma, y que junto con dicho principio hay otros que han de tomarse en consideración, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse determinadas mujeres, impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se descarta que se hubiera generado una situación de desprotección para los menores aduciendo que la protección ha de otorgárseles partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, existiendo en nuestro ordenamiento diversas instituciones para evitar dicha situación. No obstante, la STS acepta que denegar la inscripción registral puede comportar alguna disfunción o perjuicio para los menores, pero relativiza sus consecuencias prácticas (posible internamiento en un orfanato, o envío de los menores a USA) puesto que "*si los menores tienen relaciones familiares de facto con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos*".

Aunque en virtud de esta doctrina la maternidad subrogada no permitiría a los comitentes acceder directamente a la suspensión del contrato y consiguiente prestación por maternidad a raíz del nacimiento del hijo, al no poderlo inscribir en el registro civil como hijo propio con base en el documento extranjero que les atribuya la paternidad, ello no significa que en este tipo de situaciones la prestación por maternidad necesariamente se pierda al no hacer uso de él el único sujeto que en, principio, estaría habilitado legalmente para disfrutarlo (la madre biológica), sólo que será más complejo su reconocimiento al tener que acudir los padres intencionales a determinados "circunloquios jurídicos" para lograr la inscripción registral de la filiación y, a partir de ella, poder ejercitar los derechos que la Seguridad Social reconoce ante este hecho[5]. La Sala Cuarta, sin embargo, ha venido a allanar el camino a los sujetos comitentes de modo que éstos no tengan que iniciar un periplo de trámites administrativos y judiciales (reconocimiento de la paternidad, adopción) para dejar constancia de esta particular forma de filiación y poder acceder así a las prestaciones que la Seguridad Social contempla para proteger la maternidad, la paternidad y la familia.

encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España.

[5] Una exposición de los mecanismos que permiten acceder a la inscripción de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada, distinguiendo entre las diversas situaciones posibles (vientre de alquiler contratado por un varón en solitario, contrato de sustitución suscrito por pareja heterosexual, dualidad de comitentes de sexo femenino, mujer que recurre en solitario a la maternidad subrogada), que, de un modo u otro, desembocan en la necesidad de adoptar al menor nacido por este método para poder inscribirlo en el registro civil español, en SELMA PENALVA, A., "Nuevas posiciones en torno a la maternidad subrogada", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172 (2015), https://proview.thomsonreuters.com, pp. 10 y 11.

Con posterioridad al dictado de esta sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitió dos pronunciamientos, de 26 de junio de 2014 y 27 de enero de 2015, en virtud de los cuales se establece que la denegación de la inscripción registral de los hijos, cuyo nacimiento ha sido fruto de la previa suscripción de un contrato de maternidad subrogada, supone una vulneración del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, pues debe prevalecer el interés del menor frente a las consecuencias jurídicas que implica la ausencia de inscripción registral. En los dos casos resueltos por la STEDH de 26 de junio de 2014 (*Mennesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*), el Tribunal de Casación francés habría vulnerado el respeto a la vida privada de las niñas nacidas por este método al obstaculizar tanto el reconocimiento como el establecimiento de su vínculo de filiación respecto de su padre biológico (dado que ni siquiera le permite reconocerlas como hijas o adoptarlas). Y en el asunto resuelto por la STEDH de 27 de enero de 2015 (*caso Paradiso y Campanelli c. Italia*), el Tribunal aprecia la vulneración del art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales al considerar contrario a éste la decisión de las autoridades italianas de alejar al niño de los padres y ponerlo bajo la tutela de una institución, dado que su convivencia durante más de seis meses supone que los tres constituían un núcleo familiar "*de facto*".

Aunque la aparición de estos pronunciamientos del TEDH pudiera hacer pensar que la postura del TS antes comentada en materia de inscripción registral ya no resulta acorde a los mismos y debiera ser revisada, lo cierto es que la referida sentencia de 6 febrero 2014 fue objeto de un incidente de nulidad de actuaciones, principalmente basado en la doctrina sentada por el TEDH en junio de 2014, y la Sala de lo Civil mediante Auto de 2 de febrero de 2015 ha rechazado rectificar su criterio porque: a) el ordenamiento español (a diferencia del francés o el italiano) admite en estos supuestos la determinación de filiación paterna y, en todo caso, cabe la protección del menor mediante la adopción o el acogimiento; b) una vez determinada la filiación biológica y la filiación por criterios no biológicos, el menor tendría la nacionalidad española y podrá heredar como hijo; c) la sentencia combatida tiene en cuenta la prevalencia del interés superior del menor; y d) el litigio español es distinto, pues se impugnaba la inscripción en el Registro Civil con base en las actas de nacimiento de California. Ahora bien, lo único que cabe concluir de esta doctrina civil es que nuestro ordenamiento no acepta la validez de la maternidad por subrogación y asigna la paternidad en tales casos a la madre biológica, debiendo rechazarse la inscripción como hijos biológicos de los padres subrogados; en modo alguno está avalando el apartamiento de un menor de quienes en realidad actúan como padres, pues, lejos de ello, sus consideraciones finales exhortan a la búsqueda de remedios para proteger al menor que ya está inserto *de facto* en el núcleo familiar.

A los efectos prestacionales que aquí se discuten, se concluye que el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las SSTEDH de 26 de junio de 2014 y 267 de enero de 2015 amparan el derecho a la inscripción de menores nacidos tras gestación por sustitución en determinados casos, pero no condicionan el derecho a la protección social.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha abordado de manera frontal el posible derecho a percibir prestaciones de maternidad en casos de gestación por sustitución. Lo ha hecho en dos resoluciones de 18 de marzo de 2014 (C-167/12 y C-363/12) y en ambas rechaza que los respectivos Estados (Reino Unido e Irlanda) estén obligados por

el Derecho comunitario (Directiva 92/85/CEE, Directiva 2000/78/CE y Directiva 2006/54/CE) a reconocer un permiso de maternidad a las madres subrogantes. El TJUE considera que no constituye una discriminación basada en el sexo ni en la discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a quien ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución. El Derecho de la Unión Europea no ampara por tanto el derecho a obtener una prestación por maternidad en caso de maternidad subrogada, pero tampoco excluye esa posibilidad si procediera con arreglo al derecho interno por resultar éste más favorable.

4. LA POSTURA DE LA ENTIDAD GESTORA

La postura de la Entidad Gestora ha sido contraria en todo momento al reconocimiento de la prestación por maternidad en situaciones de maternidad subrogada, tanto cuando la solicitud procede de la madre subrogante (por carecer de la titularidad del derecho al no ser la madre biológica) como cuando, como ocurre en el caso ahora examinado, el solicitante es el padre comitente que ha recurrido en solitario a una madre de alquiler, sin que pueda asimilarse su situación a una maternidad monoparental. Y lo hace bajo el argumento de que la gestación por sustitución y su resultado, la maternidad subrogada, no solo no está expresamente contemplada como situación protegida en las normas de Seguridad Social, sino porque, además, es una conducta prohibida y, como tal, nula y sin efectos. De este modo compendia la Sala Cuarta los argumentos invocados por el INSS para rechazar las prestaciones por maternidad que se le reclaman:

- Es consecuencia inesquivable de lo preceptuado por el art. 6, apartados 3 y 4 del Código Civil, el art. 23 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, el art. 981 de la LEC y el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo.
- El art. 133 bis LGSS (actual art. 177 LGSS) establece como situaciones protegidas por maternidad, la propia maternidad natural, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo, como permanente o simple, pero no la maternidad por subrogación.
- De haberlo querido, el legislador habría contemplado el supuesto y no lo ha hecho. Lo mismo sucede con el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.
- La doctrina sentada por la Sala Primera del Tribunal Supremo y la dimanante de las SSTJUE de 18 de marzo de 2014 conducen a esa misma negativa.
- El contrato de gestación por sustitución del que trae causa el derecho al permiso de maternidad, así como su correspondiente prestación, es plenamente nulo y fraudulento. La mera inscripción registral de la filiación no puede crear efectos constitutivos para una situación nula de pleno Derecho.
- La prestación económica por maternidad trata de proteger a la mujer trabajadora, siendo el interés del menor una consecuencia, pero no el principal bien protegido.
- La finalidad de la protección de la maternidad por parto no es equiparable con la de gestación por sustitución, porque la finalidad que se persigue con esta concreta protección es diferente: salud de la madre, antes y después del parto, además de la de su atención al nacido.

En este ámbito administrativo, existen al menos dos criterios técnicos de la Dirección general de Ordenación de la Seguridad Social (de 23 de julio de 2009 y 15 de julio de 2010) sobre maternidad subrogada que abogan por restringir el acceso a la prestación por maternidad cuando se ha recurrido a un vientre de alquiler, aunque sí se reconoce la prestación paternidad al concurrir el hecho causante y para paliar en parte la desprotección del hijo nacido, sin que se considere posible implementar una argumentación analógica con el supuesto de adopción o acogimiento al tratarse de supuestos diferentes y con características propias[6].

5. DISPARIDAD DE PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES INTERNOS SOBRE RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD A LOS PADRES INTENCIONALES

La ausencia de normativa expresa que regule la maternidad subrogada y sus consecuencias en materia de protección social ha propiciado la aparición de numerosos pronunciamientos judiciales que, hasta el momento de producirse la unificación doctrinal de la mano de las SSTS de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016, han proporcionado soluciones dispares y contradictorias al intrincado problema jurídico que se plantea cuando los progenitores intencionales interesan el reconocimiento de las prestaciones de maternidad y paternidad.

Así, con anterioridad a la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 18 de febrero de 2009 que permitió la inscripción registral de los menores nacidos en San Diego (California) en base a la concertación de un contrato de gestación por sustitución, varias resoluciones judiciales otorgaron el derecho a la prestación por maternidad sin demasiados problemas interpretativos[7]. Así lo hicieron, entre otras, la STSJ Madrid de 30 de noviembre de 2009, que resolvió el caso de una niña nacida en EE.UU. de una madre biológica que, de manera expresa, renunció judicialmente a toda relación materno-filial con la menor, las cual quedó bajo la patria potestad y custodia exclusiva del padre. Si bien en los hechos probados no consta expresamente que hubiese existido maternidad subrogada, el tribunal de suplicación entendió que la situación de este padre único era similar a la de un padre adoptivo así como a la del padre que se queda a cargo exclusivo del menor por fallecimiento de la madre, por lo que a él corresponde, en exclusividad, el disfrute único de la prestación de maternidad.

En una resolución más reciente del mismo tribunal, de 18 de octubre de 2012 (rec. 1875/2012), se aborda un caso idéntico al debatido más tarde por la STS/1ª de 6 de febrero de 2014: pareja homosexual masculina que contrata un vientre de alquiler en EE.UU. y dispone de un documento jurisdiccional tras el alumbramiento que declara a ambos padres de la niña nacida mediante esta técnica. La sentencia efectúa un notable esfuerzo por diferenciar los dos puestos de concreción de la prestación de maternidad, por parto y por adopción, llegando a la conclusión de que la situación aquí cuestionada es similar a la que, también

[6] Una exposición de estos criterios en ARIAS DOMÍNGUEZ, A., "Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 8 (2016), pp. 83 y 84.

[7] ARIAS DOMÍNGUEZ, A., "Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad", *cit.*, p. 85. En las páginas 86 a 91 recoge una selección de sentencias evacuadas por diversos TTSJ, a favor y en contra de reconocer la prestación por maternidad a los padres intencionales.

como progenitores, ocupan respecto del nacido aquellos que recurren a la adopción o acogimiento familiar en el marco de las relaciones laborales y familiares en la que están inmersos. En otra sentencia del TSJ madrileño, de 3 de marzo de 2013 (rec. 3783/2012), se vuelve a conceder la prestación por maternidad, rechazando que la nulidad del contrato de gestación por sustitución no pueda tener consecuencias jurídicas y, por otro lado, poniendo el acento de la prestación y de su concesión en el bien superior del menor, debiendo evitarse cualquier discriminación por razón de la filiación.

Recurriendo a parecidos argumentos también se mostraron favorables a conceder la prestación por maternidad las SSTSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2012 (rec. 6240/2011) y Asturias de 20 de septiembre de 2012 (rec. 1604/2012).

Sin embargo, la aparición de las dos SSTJUE de 18 de marzo de 2014, antes referenciadas, dio paso a un importante número de sentencias de Tribunales Superiores de Justicia españoles que, con invocación expresa de la misma, comenzaron a denegar las prestaciones por maternidad a los padres intencionales que la solicitaron. Así lo hicieron, entre otras, las SSTSJ de Madrid de 7 de julio de 2014 (rec. 142/2014) y 5 de octubre de 2015 (rec. 473/2015), así como las SSTSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014 (rec. 749/2014) y 3 de mayo de 2016 (rec. 651/2016). A nuestro juicio, la invocación de la doctrina alumbrada por el TJUE en aquellas sentencias para, con apoyo en la misma, rechazar la prestación es impertinente, toda vez que lo que el tribunal de Luxemburgo declaró allí es que el Derecho comunitario no obliga a los Estados miembros a reconocer un permiso por maternidad a las madres subrogantes y, por tanto, no es contrario a la norma comunitaria que las legislaciones nacionales no prevean estas circunstancias y estos efectos, pero tampoco prohíbe su concesión.

En una tercera fase, cuando el influjo de las SSTJUE ya se había atenuado, aparecieron de nuevo pronunciamientos reconociendo la prestación por maternidad en casos de gestación de un menor por útero subrogado: SSTSJ de Madrid de 23 de diciembre de 20145 (rec. 497/2014); 17 de julio de 2015 (rec. 429/2015); 12 de febrero de 2016 (rec. 739/2015) y 31 de marzo de 2016 (rec. 577/2015); SSTSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2015 (rec. 126/2015); 1 de julio de 2015 (rec. 2460/2015); 15 de septiembre de 2015 (rec. 2299/2015) y 11 de marzo de 2016 (rec. 577/2015); Islas Canarias (Las Palmas) de 7 de julio de 2014 (AS 2014\2769).

Los argumentos que se manejan para conceder la prestación son, en síntesis, los siguientes: la situación de maternidad subrogada es análoga a la maternidad por adopción o acogimiento; la nulidad del contrato de gestación por sustitución no puede suponer la privación del derecho a la prestación por maternidad, toda vez que ésta no persigue únicamente la recuperación física y psíquica de la madre, sino también la atención o cuidado del menor; los problemas de filiación del menor no deben dificultar la concesión de prestaciones que tienen como finalidad, al menos en parte, protegerlo; es el interés superior del menor el que debe llevar a respetar su derecho a disfrutar plenamente de su vida miliar y privada ex. art. 8 en relación con el 14 del CEDH de 1950; la maternidad por subrogación puede subsumirse en la situación reglamentariamente prevista de otras instituciones jurídicas, declaras por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, cualquiera que sea su denominación; carece de sentido invocar la Ley 14/2006, de 26 de

mayo, pues no es una norma reguladora de la prestación, ni tiene por objeto condicionar la atención a los menores, cuestión ajena a la petición de prestación económica de la Seguridad Social.

6. DOCTRINA UNIFICADA: LA PROTECCIÓN DEL MENOR COMO FIN ÚLTIMO DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD Y FUNDAMENTO DE SU RECONOCIMIENTO EN LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA

La cohorte de argumentos que desfila por las sentencias de los tribunales superiores de justicia para reconocer la prestación por maternidad a los progenitores intencionales reaparece, con adición de otros nuevos y precisión de algunos que ya han sido apuntados, en las dos SSTS de 25 de octubre y 16 de noviembre que han unificado doctrina sobre concesión de la prestación por maternidad en situaciones de maternidad subrogada, siendo sujeto solicitante en la de octubre la madre subrogante y en la del mes de noviembre el padre biológico que suscribió en solitario un contrato de gestación por sustitución.

Para conocer dichos argumentos acudiremos a la STS de 25 de octubre de 2016, por ser la que ofrece una estructura más clara y despliega una mayor riqueza argumentativa, toda vez que incluye razones adicionales para conceder la prestación que específicamente se refieren a la situación del padre biológico y registral único.

Partiendo de que la pretensión de deducir una respuesta directa y vinculante de lo establecido en las sentencias del TEDH (para reconocer la prestación) o del TJUE (para denegarla) y del TS Sala Civil (igualmente para denegarla), es equivocada, comienza la Sala señalando que, si bien el interés superior del menor no puede erigirse en principio a partir del cual los órganos jurisdiccionales alteren el contenido de las normas y eludan la sujeción al ordenamiento jurídico, "*sí constituye un canon interpretativo de relevancia cuando debemos aplicar normas que lo han querido tener presente, como aquí sucede*". A este respecto, se incide por la Sala en la idea de que la protección que la Seguridad Social dispensa a la maternidad va mucho más allá del descanso asociado al alumbramiento, bastando para ello con reparar en aquellas situaciones en las que se dispensa igualmente protección por maternidad sin existir alumbramiento (adopción, acogimiento…). Se considera, pues, razonable que quien es y actúa como progenitor pueda estar a su cuidado al amparo de la situación protegida por la Seguridad Social, siempre que el ordenamiento lo permita. Y es aquí donde enlaza con otro argumento que va a ser determinante para el reconocimiento de la prestación interesada: la actual regulación legal (LGSS) y reglamentaria (RD 295/2009) omite la contemplación de la maternidad subrogada como situación protegida, pero el elenco de situaciones protegidas no es tan cerrado como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de la vida laboral y familiar. Razona la sentencia que "*pugna con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería ex lege si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a un menor, o a manifestar que lo ha engendrado junto con la madre*". Se comparte el argumento, si bien con la matización de que, en caso de maternidad biológica, no basta con acreditar la paternidad para disfrutar automáticamente del descanso por maternidad sino que han de darse además las circunstancias legal y reglamentariamente previstas para la atribución de todo o parte del descanso al padre (fallecimiento de la madre o desarrollo por ésta de una actividad profesional sin derecho a protección por maternidad).

La integración de los menores en la unidad familiar es un punto muy relevante a considerar, aunque dicha integración sea consecuencia de una maternidad subrogada que el ordenamiento jurídico proscribe. Nuevamente accede a primer plano la consideración al superior interés del menor. Cuando el padre (biológico, tras maternidad subrogada) es el único de los progenitores que está al cuidado de los/as menores, la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a las prestaciones, sin que sea obstáculo para ello que el negocio jurídico que da paso a la referida situación de necesidad sea jurídicamente nulo. Como certeramente apunta la sentencia, el ordenamiento laboral no es ajeno al reconocimiento de efectos en casos de negocios jurídicos afectados de nulidad: por ejemplo, cuando se reconoce el derecho se reconoce el derecho al salario por el tiempo ya trabajador al amparo de un contrato que resultase nulo (art. 9.2 ET); se establece pensión de viudedad en determinados casos de nulidad matrimonial (art. 220.3 LGSS/2015); se acotan los efectos de la ausencia de permiso de trabajo (art. 36.5 LOEx 4/2005); se conceden ciertos efectos a los matrimonios poligámicos, etc. Con el reconocimiento de la prestación por maternidad no se está vulnerando lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida, sino que se están armonizando mandatos normativos diversos –nulidad del contrato de maternidad por subrogación, protección de la maternidad y la paternidad en las normas de Seguridad Social sin mayores restricciones– que obedecen a lógicas diversas y tienen aproximaciones diferentes al mismo supuesto de hecho, buscando el resultado más acorde con los principios constitucionales que ordenan a los poderes públicos procurar la protección social de la familia, la protección integral de los hijos y velar por los derechos de los niños, que están en la base de las políticas y derechos sobre conciliación de la vida laboral y familiar. *"En suma: que una Ley que una Ley Civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar; y tal situación de necesidad debe ser afrontada desde la perspectiva de las prestaciones de Seguridad Social procurando que esos hijos no vean mermados sus derechos"*.

Por si los argumentos precedentes no contrarrestaran de forma suficiente los desplegados por el INSS al denegar las prestaciones cuando media una maternidad por subrogación, la STS de 25 de octubre de 2016 añade otros que refuerzan las razones para otorgar la prestación cuando el solicitante es el padre biológico y registral de las neonatas. Se argumenta en este sentido que "*Carece de sentido admitir la protección cuando nace un hijo fuera del matrimonio, o como consecuencia de una relación sexual esporádica, pero rechazarla en supuestos como el presente*". Y es que la renuncia que la madre biológica realiza a ejercer la patria potestad, al margen de la valoración jurídica que merezca, y su material ausencia del núcleo familiar, ha hecho que sea el padre biológico el único que esté en disposición de disfrutar el descanso por maternidad y la subsiguiente prestación, al igual que ocurre cuando la madre fallece o cuando sea trabajadora por cuenta propia y no tuviese derecho a prestaciones por no hallarse incluida en el RETA o en una mutualidad de previsión social alternativa que proteja dicha contingencia. La transferencia del derecho a prestaciones por maternidad pone de manifiesto cuál es la finalidad preeminente que se asigna a las mismas y justifica la interpretación extensiva o analógica que defiende la Sala Cuarta en esta materia, máxime considerando que no ha mediado conducta fraudulenta para obtener indebidamente prestaciones, supuestos de fraude que, ciertamente, pueden plantearse teniendo como soporte fáctico de fondo una gestación por sustitución (p. ej., cuando se pretende duplicar prestaciones invocando títulos diversos) pero que habrán de resolverse a

través de los resortes que nuestro ordenamiento habilita para la proscripción del abuso de derecho y del *fraus legis*.

En conclusión, entiende el Tribunal Supremo que "*Existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar del padre subrogado, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse, salvo supuestos de fraude, previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas*", esto es, afiliación y alta (o situación asimilada) y carencia exigida.

Pero, como se anunció en la presentación de este comentario, frente al resultado al que lleva esta interpretación integradora del ordenamiento jurídico que busca conciliar bloques normativos aparentemente contradictorios al calor de las premisas constitucionales e internacionales de protección integral de la familia, de los hijos y de consideración al interés superior del menor (con lo que, en mi opinión, se logra el fin último del Derecho que no es otro que la realización de la justicia prescindiendo de interpretaciones dogmáticas y en exceso formalistas que impiden su progreso y lastran su aceptación social), la solución adoptada en el seno de la Sala Cuarta no ha sido pacífica y frente a los argumentos arriba desbrozados se alzan otros muy contundentes de varios/as magistrados/as que, o bien comparten el fallo pero discrepan de la argumentación mayoritaria, o bien sostienen que la prestación por maternidad no debió concederse al padre biológico y registral que contrató los servicios de una madre de alquiler (en realidad, en ningún caso de maternidad subrogada).

De forma sintética, y en un esfuerzo de agrupación de los argumentos principales contrarios a la atribución de efectos prestacionales (de Seguridad Social) al contrato de maternidad subrogada, los mismos serían los siguientes:

1º) La interpretación extensiva o analógica ha sido descartada, con carácter general, en materia de Seguridad Social, no pudiendo otorgarse protección a situaciones de necesidad no expresamente contempladas en la norma.

2º) La aplicación analógica resulta improcedente porque no existe laguna que llenar sino una prohibición expresa, y tampoco existe semejanza entre la maternidad subrogada y los supuestos contemplados en el art. 48.4 ET (adopción, acogimiento) que son instituciones admitidas en nuestro Derecho y dotadas de una oficialidad que comporta toda clase de garantías para los intereses en juego.

3º) El respeto al orden público excluye toda consecuencia jurídica que pretenda derivarse de un acto ilegal por asimilación a otras categorías jurídicas que nuestro Derecho protege.

4º) La aplicación del principio de la consideración primordial del interés del menor debe hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma, sin que los jueces puedan suplir el papel que corresponde al legislador.

5º) La omisión de la maternidad subrogada en la LGSS no es un olvido del legislador sino que obedece al respeto de lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 14/2006.

6º) El ordenamiento español prevé mecanismos para logar la protección del menor (adopción, acogimiento, reconocimiento de la paternidad) sin forzar la aplicación del ordenamiento mediante la atribución de efectos jurídicos a una institución calificada como nula.

7º) El elemento interpretativo de la realidad social no es útil para resolver el problema del reconocimiento de prestaciones de maternidad por la vía de la cuestionada "maternidad por subrogación", pues siendo cierto que existe una cierta conciencia social favorable a este tipo de prácticas, otro sector la rechaza por considerar que implica la "comercialización del embarazo" y la conceptuación del menor como algo parecido a un objeto, conclusión que es atentatoria al respecto a la dignidad humana, como lo es igualmente permitir el alquiler del cuerpo humano, el de la madre gestante, permitiendo la instrumentalización de los más débiles en favor de los económicamente poderosos.

8º) Existe un evidente ánimo de defraudar la ley al invocar como título inhabilitante para las prestaciones un título prohibido por el legislador, la maternidad subrogada, para así burlar *de facto* la proscripción legal, pudiendo el tercero perjudicado (en este caso, el INSS) impugnar la validez de la inscripción registral por contraria al orden público español cuando se le reclama el abono de una prestación por maternidad en un supuesto que no sólo no está contemplado en la ley sino que la vulnera con claridad.

9º) El argumento de la consideración del padre biológico como progenitor único en disposición de atender al menor decae ante la calificación como nula de la renuncia a la filiación efectuada por la madre.

10º) La apelación a consideraciones de equidad no es admisible cuando existe una prohibición legal y la conciencia social no es una unánime.

Corolario de todo ello es que la prestación de maternidad no se puede reconocer a quien no hay sido padre o madre con arreglo a la ley española, so pretexto de proteger al menor; proteger una situación de necesidad no justifica, sin más, el reconocimiento de una prestación cuando no se reúne los requisitos para ello.

Frente a estos argumentos, consideramos más adecuada la postura mayoritaria de la Sala, que se aparta de una interpretación literal y formalista de las normas para alcanzar una solución acorde con la tutela de bienes jurídicos protegidos al máximo nivel internacional y constitucional. La denegación de la prestación por maternidad a los progenitores solos que desempeñan una actividad profesional y han contratado los servicios de una madre de alquiler sitúa al menor en una situación de desprotección que los discrimina en relación a la respuesta que el ordenamiento jurídico da en supuestos de maternidad o paternidad por adopción.

Además, la apelación a la coherencia interna del ordenamiento jurídico y a la interpretación "armónica" de sus prescripciones para descartar el reconocimiento de efectos prestacionales a una institución prohibida como la maternidad subrogada no es un argumento definitivo porque, como se ha indicado, existen numerosos supuestos de instituciones nulas, algunas de ellas incluso perseguidas penalmente –como la poligamia, art. 217 del Código Penal– a las que sin embargo se atribuyen efectos jurídicos, pero también porque, como ha

defendido la mejor doctrina civil (Díez Picazo), "las conexiones lógico-sistemáticas dentro del ordenamiento jurídico no existen siempre" toda vez que "el ordenamiento no es una creación racional, sino vital, cuyas diferentes partes tienen orígenes y causas diversas y son como estratos geológicos superpuestos que impiden la posibilidad de una ratio unitaria"[8].

7. VALORACIÓN DE LA STS DE 15 DE OCTUBRE DE 2015

Si bien la Sala, vinculada por el principio de congruencia, ha centrado buena parte de su argumentario en la reflexión sobre la validez y efectos en nuestro ordenamiento de la maternidad subrogada (la verdadera causa de la denegación de la prestación estriba en que las menores han nacido merced a un contrato de maternidad por subrogación, institución prohibida por el ordenamiento español) y la búsqueda de contrapesos a las consecuencias de dicha prohibición en el plano prestacional apelando al superior interés del menor, considero que, bien mirado, el tema de la gestación por sustitución debería ser aquí un aspecto accesorio; y ello porque en la intrincada discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la maternidad subrogada lo que realmente subyace es la cuestión relativa a si puede atribuirse la filiación del hijo a la madre comitente que no ha dado a luz, con todas las consecuencias que ello comporta (incluidos los derechos prestacionales), mientras que en el caso ahora considerado la paternidad del solicitante de la prestación por maternidad resulta indiscutida, pues aunque el contrato de gestación por sustitución que suscribió sea nulo e inhábil por sí mismo para atribuir la condición de padre de las menores nacidas por este procedimiento (en el que intervino aportando material genético), lo cierto es que figura inscrito como padre biológico y registral a todos los efectos, lo que presupone el reconocimiento de la paternidad por su parte conforme al art. 113 del Código Civil (aspecto tampoco discutido), reconocimiento permitido por el ordenamiento español a diferencia de lo que ocurre en otros países. Por tanto, a efectos de determinar si tiene derecho o no al descanso/subsidio por maternidad, lo relevante no debería ser tanto el modo en que adquirió la indiscutida condición de padre (por maternidad subrogada o tras mantener relaciones sexuales con la madre biológica), y tampoco sería necesario acudir al argumento de la equiparación analógica con el instituto de la adopción, sino que debe atenderse a su condición de progenitor único en España, una vez que la gestante (aquí madre subrogada pero tanto daría que no lo fuera) renunció a sus derechos y deberes como madre biológica después del alumbramiento, pues siendo cierto que dicha renuncia puede ser catalogada jurídicamente como nula, la realidad incuestionable es que el padre tiene que afrontar en solitario los deberes y responsabilidades dimanantes de la paternidad y que las menores precisan de sus cuidados [no se ha desplegado prueba en sentido contrario], y es a partir de esta constatación que procede debatir sobre si esta situación fáctica, ciertamente no prevista en la normativa de seguridad social, es análoga o equivalente y, por ello, debe recibir la misma solución que el supuesto de fallecimiento de la madre (titular o no del descanso por maternidad) contemplado en el art. 48 del ET y en el RD 295/2009. Y en ese proceso intelectivo (trufado de cuestiones propicias a la discusión jurídica pero también de dispares valoraciones éticas) conducente a la obtención de respuesta al problema enunciado, podríamos ir meditando estas otras preguntas: ¿Sería lógico exigir que la madre subrogada falleciera para que el padre pueda acceder a la prestación de maternidad?¿O que el padre biológico tuviera que adoptar/acoger a su propio hijo para de ese modo conseguir que la filiación acceda al registro

[8] DÍEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 2011, p. 263.

civil español y tener derecho a la prestación de maternidad por la vía del art. 48. 5 ET? ¿Es la normativa de Seguridad Social tan hermética como para consentir la desatención de situaciones de necesidad tan evidentes, cuando está en juego el bienestar de menores de edad?¿Resultaría tan interpretación compatible con el mandato constitucional contenido en el art. 39 CE y con los compromisos internacionales adquiridos por el Estado español relativos a la protección de la infancia?¿Cómo justificar el rechazo de la protección en perjuicio de los padres intencionales y del recién nacido, cuando en otras situaciones igualmente contrarias al orden público español –caso de la bigamia o la poligamia– se viene aceptando la generación de derechos prestacionales compartidos?

En conexión con el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad para el progenitor, cabría plantearse si esta prestación sería compatible con el permiso/subsidio de paternidad. La STS de 25 de octubre de 2016 no se pronuncia al respecto, pero la respuesta va a depender de con qué supuesto se asimile, por vía analógica, la situación del padre comitente único en un contrato de gestación por sustitución con posterior renuncia de la madre a sus derechos sobre el menor: con el fallecimiento de la madre biológica (prestaciones compatibles ex. art. 3.3 RD 295/2009), o con el supuesto de adopción monoparental (en cuyo caso las prestaciones son incompatibles, ex. art. 23.3 RD 259/2009).

Pensión de viudedad: Improcedencia en caso superviviente de unión de hecho homosexual extinguida antes de la entrada en vigor de la ley 13/2005. (Situación no comparable a la de las parejas de hecho heterosexuales contemplada en la DA 10.2 de la Ley 30/1981). Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de junio de 2016 (Asunto Tomás Aldeguer c. España, demanda n. 35214/09)

Survivor's pension: Dismiss in case of survivor of a *de facto* same-sex union ended before the enactment of law no. 13/2005. (No comparable situation to that of the heterosexual couples referred to in the AD 10.1 of law no. 30/1981). Comment to the judgment of the European Court of Human Rights 14 june 2016 (Case of Aldeguer Tomás v. Spain, application no. 35214/09).

JESÚS GARCÍA ORTEGA

PROFESOR TITULAR [ACREDITADO A CATEDRÁTICO] DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIVERSITAT DE VALÈNCIA.

Resumen

El superviviente de una unión de hecho homosexual extinguida por fallecimiento de su pareja antes de la promulgación de la Ley 13/2005 (reguladora del matrimonio homosexual), reclamó ante los tribunales internos españoles su derecho a percibir una pensión de viudedad alegando como fundamento su derecho a ser equiparado con los supervivientes de uniones de hecho heterosexuales extinguidas por fallecimiento de uno de los miembros de la pareja antes de la promulgación de ley 30/1981 (ley reguladora del divorcio), que no pudieron contraer matrimonio por estar uno de ellos o ambos casados con terceros, cuyo matrimonio era indisoluble por divorcio. No habiendo prosperado su reclamación en el ámbito interno, acudió ante el TEDH alegando haber sido discriminado por causa de su orientación sexual y reclama el mismo trato dado a las parejas heterosexuales a las que no se les permitió casarse antes de legalizarse el divorcio. Basó su demanda en el art. 14 (prohibición de discriminación) en relación con el art. 8 del mismo Convenio (derecho al respeto a la vida privada y familiar); aunque el Tribunal examina también la posible vulneración del art. 1 del Protocolo

Abstract

The survivor of a de facto same-sex unión ended by the death of his partner before the enactment of Law no. 13/2005 (which regulates homosexual marriage), complained before the Spanish domestic courts his right to receive a survivor's pension claiming as a based on his right to be equated with the survivors of heterosexual unions ended by the death due to the death of one of the members of the couple before the enactment of law no. 30/1981 (divorce law), who could not marry because one or both were married to third parties, whose marriage was indissoluble by divorce. Not having succeeded in his domestic claim, he went before the ECHR on the grounds that he had been discriminated against because of his sexual orientation and claimed the same treatment given to heterosexual couples who were not allowed to marry before the divorce was legalized. He based his application on art. 14 (prohibition of discrimination) in relation to art. 8 of the same Convention (right to respect for private and family life); although the Court also examines the possible violation of art. 1 of Protocol 1 to the Convention (the peaceful enjoyment of private possessions). The Court dismisses the application, stating unanimously that the abovementioned rules have not

1 del Convenio (derecho al respeto a los bienes). El Tribunal desestima la demanda, declarando de forma unánime que no se han vulnerado las normas antes citadas; las situaciones antes descritas no son situaciones equiparables porque, aunque en ambos casos existía un impedimento para casarse, era de diferente naturaleza en cada uno de ellos. Tampoco cabe reprochar al Estado por la demora en la promulgación de las normas de 2005 y 2007 que reconocen el matrimonio y la unión de hecho homosexual, porque se trata de un derecho en evolución sin un consenso establecido, en que el Estado cuenta con gran margen de discrecionalidad sobre el momento más oportuno para introducir cambios legislativos.

been violated; the situations described above are not comparable situations because, although in both cases there was an impediment to marriage, it was of different nature in each of them. Neither can the State be criticized for the delay in the promulgation of the 2005 and 2007 norms that recognize marriage and homosexual union, because it is an evolving right without an established consensus, in which the State has a large margin of discretion on the most opportune moment to introduce legislative changes.

Palabras clave

Pensión de viudedad, unión de hecho, matrimonio homosexual, discriminación por razón de la orientación sexual

Keywords

Survivor´s pension, de facto unión, same-sex marriage, discriminatory treatment of sexual orientation

1. HECHOS

El demandante, varón nacido en 1955, mantuvo una relación afectiva y de convivencia con otro hombre desde 1990 hasta el fallecimiento de este último el día 2 de julio de 2002. Ambos convivieron como pareja de hecho homosexual en un piso propiedad del fallecido, domicilio en el que el demandante se empadronó el 13 de diciembre de 2001. Al fallecimiento de la pareja del demandante, su hermana y única heredera de sus bienes donó al actor, en atención a las relaciones sentimentales de pareja mantenidas con su hermano, un apartamento propiedad del fallecido en el que la pareja pasaba las vacaciones desde 1990.

El día 19 de septiembre de 2003 el demandante solicitó pensión de viudedad y el día 22 del mismo mes el INSS dictó resolución por la que rechazó otorgar al demandante una pensión de viudedad sobre la base de que, al no haber estado casado con el fallecido, no podía ser considerador considerado cónyuge superviviente, requisito exigido entonces por el art. 174.1 LGSS. Esta resolución se notificó el día 13 de junio de 2005, contra la que el demandante reclamación previa el día 5 de julio de 2005 y, desestimada la misma, interpuso demanda el 26 de septiembre de 2005. El asunto correspondió al Juzgado de lo Social num. 33 de Madrid (autos núm. 768/2005) que dictó sentencia en fecha 14 de noviembre de 2005, estimando la demanda. El INSS y la TGSS interpusieron contra la citada sentencia de instancia recurso de suplicación ante el TSJ de Madrid, que dictó sentencia el 18 de septiembre de 2006 (Rec. 956/2006) por la que estimando el recurso, revocó la sentencia recurrida con la consiguiente desestimación de la demanda. El demandante interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del TS, pero la Sala acordó la inadmisión por Auto de 27 de junio de 2007 (notificado el 26 de julio siguiente). Asimismo, por resolución de 11 de febrero de 2009 (notificada el 17 del mismo mes) fue inadmitido el recurso de amparo interpuesto ante el TC por no justificar la especial trascendencia constitucional del recurso. Finalmente, demandante inició un procedimiento contra el Reino de España mediante demanda núm. 35214/09 interpuesta el 22 de junio de 2009.

2. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA INTERNA ESPAÑOLA SOBRE EL PENSIÓN DE VIUDEDAD DE LAS PAREJAS DE HECHO

El matrimonio se configuraba en el código civil como un derecho del hombre y la mujer (art. 44 CC), y sobre este principio se ordenó la protección por viudedad dispensada por el Sistema de Seguridad Social. El derecho a la pensión de viudedad venía regulado en el art. 160 TRLGSS de 1974 (Aprobado por D. 2965/1974, de 30 de mayo) que lo reservaba a la viuda con motivo del fallecimiento de su cónyuge siempre que, además, hubiese convivido habitualmente con el causante, salvo en caso de separación judicial. Sobre esta regulación incidió la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó el régimen jurídico del matrimonio en el Código Civil y se determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Esta reforma legal admitió el divorcio como causa de disolución del matrimonio y en la Disposición Adicional Décima estableció con provisional una serie de reglas en materia de pensiones y Seguridad Social. En este sentido, se atribuyó el derecho a la pensión de viudedad a quien fuera o hubiera sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo convivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio (DA 10.3ª).

La imposibilidad de disolver el matrimonio por divorcio en la legislación vigente en el ordenamiento español antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 motivó que, ante ese impedimento jurídico, los integrantes de matrimonios rotos pero indisolubles constituyeran nuevas relaciones de pareja, pero en este caso como uniones matrimoniales de hecho. Estas uniones de hecho heterosexuales que se hubieran extinguido antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 por fallecimiento de uno de sus miembros, fueron equiparadas al matrimonio a efectos de la pensión de viudedad por la DA 10ª.2 de la Ley 30/1981 que disponía. "Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente".

El matrimonio entre personas del mismo sexo se reguló mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, que añadió un segundo párrafo al art. 44 CC que establece: "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo". Ahora bien, la citada ley no reconoció ningún derecho al superviviente de una unión de hecho anterior extinguida por fallecimiento de la pareja homosexual antes de la entrada en vigor de la misma. Este es precisamente el tema que analiza la STEDE de 14-6-2016 sobre la que versa este comentario.

El derecho a pensión de viudedad de las uniones de hecho, homosexuales o heterosexuales, se reconoció mediante la reforma del art. 174 LGSS llevada a cabo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Asimismo, con carácter excepcional reconoció a los miembros supérstites de uniones de hecho ya extinguidas el derecho a pensión de viudedad con efectos retroactivos cuando el hecho causante se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, y además cumplieran el requisito de convivencia y la solicitud se presentara en el improrrogable plazo de los doce meses siguientes (DAd. 3ª), porque el requisito de existencia de hijos comunes entre causante y beneficiario fue declarado inconstitucional por STC 41/2013, de 14 febrero. En fin, el derecho a pensión de viudedad en

caso de parejas de hecho se encuentra actualmente regulado en el art. 221 del TRLGSS de 2015.

3. JURISPRUDENCIA ORDINARIA Y CONSTITUCIONAL SOBRE LA PRETENSIÓN DE EQUIPARACIÓN ENTRE DE UNIONES DE HECHO HOMOSEXUALES EXTINGUIDAS ANTESDE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 13/2005 CON LAS PAREJAS HETEROSEXUALES CONTEMPLADAS EN LA DA 10.2 DE LA LEY 30/1981

La Ley 13/2005 que reconoció el matrimonio homosexual no estableció ninguna norma que con carácter retroactivo reconociera efectos en materia de Seguridad Social y específicamente el derecho a pensión de viudedad a los supervivientes de uniones homosexuales de hecho extinguidas antes de su entrada en vigor. Tampoco contempló por futuro derecho a pensión de viudedad de las uniones de hecho de personas del mismo sexo, sino que su incidencia en el ordenamiento consistió en equiparar el matrimonio homosexual al heterosexual a todos los efectos.

Ante el silencio normativo antes apuntado, se planteó el reconocimiento de pensión de viudedad en caso de supervivientes de uniones de hecho homosexuales ya extinguidas, considerando que deberían ser equiparados a las uniones de hecho heterosexuales a que hacía referencia la DA 10ª.1 de la Ley 30/1981, con base DA 1ª de la Ley 13/2005 que establece que las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes y, consecuentemente, por esta vía se planteó ante los tribunales la equiparación de ambas situaciones, de forma que el principio de igualdad debería extenderse al ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social.

La Sala de lo Social del TS conoció esta cuestión, no en el asunto Tomás Aldeguer porque el recurso fue inadmitido, sino en la STS de 29 de abril de 2009 (Rec. 577/2008) por el que desestimó la demanda en la que se pretendía recibir igual trato que las uniones heterosexuales a que antes se hizo referencia, si bien la sentencia cuenta con un voto particular discrepante. El voto mayoritario se fundamenta en que Ley 13/2005 no reconoce ninguna norma transitoria que permita aplicar los efectos del matrimonio a una pareja de hecho y la DA 1ª de la Ley 13/2005 pretende trasladar el nuevo supuesto de matrimonio a todos los textos legales que lo contemplan, sin otro alcance. Por lo demás, aplicar esta Ley a situaciones producidas antes de su entrada en vigor es contrario al principio de irretroactividad de las normas, que solo pueden tener este efecto si lo dispone el legislador, tal como efectivamente y con posterioridad dispuso posteriormente la DA 3ª de la Ley 40/2007.

Según el voto mayoritario, no es posible la aplicación de la DA 10ª.2 de la Ley 30/1981 ni directamente ni por analogía al supuesto de hecho analizado, porque para ello debería de existir identidad de razón, que no concurre debido a que la DA de la Ley de 1981 contemplaba el supuesto de personas de distinto sexo que habían convivido antes de reconocerse el divorcio y que no pudieron contraer matrimonio por estar casadas y la Ley 13/2005 regula una situación distinta, el matrimonio entre personas del mismo sexo, que no era una institución jurídicamente regulada con anterioridad, ni existía derecho constitucional a su reconocimiento. Por ese motivo, la prohibición de matrimonio entre personas del mismo

sexo, con la consiguiente imposibilidad de causar pensión de viudedad antes de la promulgación de la Ley 13/2005 no constituía una desigualdad de trato contraria al art. 14 CE. La finalidad de la ley no fue eliminar una discriminación preexistente, sino instaurar un nuevo marco de derechos que tendrían aplicación a partir de su vigencia. No obstante, en 2007 el legislador estableció unos efectos retroactivos condicionados al cumplimiento de una serie de requisitos, que no fueron objeto de discusión en este asunto.

La misma cuestión de hecho (unión de hecho homosexual extinguida por fallecimiento antes de la promulgación de la Ley 13/2005) se suscitó ante el TC en virtud del recurso de amparo num. 6704/2004 contra la STSJ Asturias de 8 de octubre de 2004, si bien el motivo se basaba en la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación; sobre esta misma materia el Pleno del TC acordó plantear cuestión interna de inconstitucionalidad en relación con el art. 174.1 LGSS en la redacción dada por la Ley 50/1998, que condicionaba el derecho a la pensión de viudedad al fallecimiento del cónyuge, de cuya solución dependería el fallo del recurso de amparo. La duda de constitucionalidad radicaba en dilucidar si el citado art. 174.1 pudiera suponer una vulneración del art. 14 CE, porque el trato desigual a las parejas homosexuales respecto a las heterosexuales podría suponer una discriminación por razón de la orientación sexual. La cuestión la resuelve la STC 92/2014, de 10 de junio, que la desestima, si bien hay un voto particular discrepante.

Resumidamente, la fundamentación jurídica de la STC 92/2014 considera que la discriminación por causa de la orientación está incluida en la cláusula "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" del art. 14 CE y por tanto, prohibida, si bien en este caso se analiza un punto concreto, la exclusión del derecho a pensión de viudedad de quien no fuera cónyuge supérstite, lo cual excluía las parejas de hecho homosexuales, puesto que hasta la promulgación de la Ley 13/2005 no podían contraer matrimonio. Pero cualquier situación en que los convivientes en parejas de hecho se vean impedidos a contraer matrimonio no implica, necesariamente, que los poderes públicos deban otorgarles igual protección que a los cónyuges; ello solo acontecerá cuando la causa impeditiva pugne con los principios y reglas constitucionales. En este punto, siguiendo anterior jurisprudencia constitucional, considera que el matrimonio entre personas del mismo sexo no era una institución jurídicamente regulada, ni existía un derecho constitucional a su establecimiento; por ello, los poderes públicos podían otorgar un trato privilegiado al matrimonio heterosexual (recogido expresamente en el art. 32.1 CE) en materias tales como la pensión de viudedad. Porque en materia de configuración del régimen jurídico de las prestaciones de la Seguridad Social el legislador tiene un amplio margen de apreciación. Y dentro de ese margen, el legislador restringió la protección por viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial como forma de protección de la unión familiar. Quedaban excluidas las uniones de hecho heterosexuales porque libremente decidían no contraer matrimonio a sabiendas de sus consecuencias y las uniones homosexuales, porque también quedaban excluidas del matrimonio según la configuración clásica del mismo. Tampoco constituía una pauta en el ámbito del derecho comparado la protección por viudedad en caso de uniones de hecho. Se consideraba que este desigual trato tenía un fundamento razonable y legítimo, como era la protección de la familia basada en los vínculos del matrimonio. En todo caso, se hace hincapié en que no hay obstáculo constitucional para que el legislador extienda el ámbito protector de la pensión de viudedad a las uniones de hecho estables, tanto homosexuales como heterosexuales.

4. LA STEDH DE 14 DE JUNIO DE 2016 (ASUNTO TOMÁS ALDEGUER C. ESPAÑA)

El supuesto de hecho quedó reflejado en el primer apartado, se trata del supérstite de una unión de hecho estable homosexual extinguida antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005 que reclama el derecho a percibir una pensión de viudedad, aduciendo como fundamento la DA 10ª.2 de la Ley 30/1981, que reinstauró el derecho al divorcio. El juez de instancia estimó la demanda con base en que la citada norma no tenía carácter transitorio, y que resultaba aplicable porque la igualdad con que se configura el matrimonio en la ley 13/2005 debe extenderse también al ámbito de la pensión de viudedad en virtud de su DA 1ª. Por el contrario, la bien fundada STSJ Madrid de 18 septiembre 2006, estima el recurso interpuesto por el INSS y la TGSS, considera aquella norma inaplicable porque en el momento del hecho causante no se había promulgado; tampoco la Ley 13/2005 contiene disposiciones específicas en la materia. Se trata de un supuesto en que una reforma normativa produce diferencias entre la aplicación de la norma anterior y la posterior, pero el distinto tratamiento temporal motivado por la sucesión normativa no es contrario al art. 14 CE; incluso la nueva ley excluye del ámbito protector a las uniones de hecho. La cuestión central es la relativa a la no aplicabilidad al caso de la DA 10ª.2 de la Ley 30/1981, que se fundamenta de un lado, en su carácter provisional y prevista para situaciones anteriores a su entrada en vigor y sin propósito de regular situaciones futuras, por lo que no puede considerarse incluida en las normas referidas por la DA 1ª de la Ley 13/2005; y de otro lado, porque el supuesto de hecho a que se refería la DA 10ª antes citada no es equiparable al que se plantea en este asunto. Es decir, la norma de 1981 reconocía el derecho a la pensión de viudedad al superviviente de una unión de hecho heterosexual en la que uno o los dos miembros de la pareja no podían contraer matrimonio por estar casados previamente con una tercera persona, vínculo que no se podía disolver por divorcio. El asunto que se plantea en este caso, por el contrario, es la unión de hecho de dos personas del mismo sexo que no tenían posibilidad de contraer matrimonio antes de la promulgación de la Ley 13/2005, imposibilidad que no se derivaba de la situación individual y jurídica de sus componentes. El único punto en común entre los dos supuestos era la convivencia de hecho, pero las demás circunstancias eran muy diferentes, no equiparables.

En la demanda planteada ante el TEDH el demandante reclama haber sido discriminado por causa de su orientación sexual y reclama el mismo trato dado a las parejas heterosexuales a las que no se les permitió casarse antes de legalizarse el divorcio. Basó su demanda en el art. 14 (prohibición de discriminación) en relación con el art. 8 del mismo Convenio (derecho al respeto a la vida privada y familiar); no obstante, en virtud del principio *iura novit curia*, el Tribunal propone de oficio examinar la posible vulneración del art. 1 del Protocolo 1 del Convenio (derecho al respeto a los bienes), pues en cuanto al fondo en la demanda ante los tribunales internos se reclamaba el derecho a una pensión de viudedad. El asunto es resuelto por la STEDH de 14 de junio de 2016 (Asunto Tomás Aldeguer c. España) que manifiesta, de forma unánime, que no se ha vulnerado el artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio.

En la fundamentación jurídica indica el Tribunal que la orientación sexual es un concepto incluido en el art. 14 del Convenio y ha manifestado de forma reiterada que las diferencias basadas en el género y en la orientación sexual requieren razones particularmente convincentes para justificarlas. De forma que cuando una diferencia de trato se base en el género o la orientación sexual, el margen de discrecionalidad del Estado es limitado y que

son inaceptables las diferencias basadas exclusivamente en la orientación sexual. Porque al Estado se le permite normalmente un amplio margen de discrecionalidad con arreglo al Convenio cuando se trata de medidas económicas o sociales, vinculadas a los recursos financieros del Estado. Este margen de discrecionalidad es especialmente significativo cuando se trata de derechos desarrollados sin un consenso establecido, como es el caso del matrimonio homosexual.

En cuanto a la cuestión de fondo, el Tribunal se plantea si la situación del demandante es equiparable a la suscitada en España en 1981 respecto a un miembro superviviente de una pareja de hecho heterosexual en la que una o ambas partes no podían volver a casarse porque todavía estaban casados con una tercera persona de la que no podían divorciarse con arreglo a la legislación entonces vigente. Considera que no son situaciones equiparables porque, aunque en ambos casos existía un impedimento para casarse, era de diferente naturaleza en cada uno de ellos. En el caso de las uniones heterosexuales anteriores a 1981 afectadas por la indisolubilidad del matrimonio anterior, el impedimento no se deriva del género u orientación; esta situación era distinta y no podía compararse con la de una pareja homosexual que no podía casarse en términos absolutos antes de la Ley de 2005. Por tanto, es diferente el contexto y diferente la naturaleza de la imposibilidad para contraer matrimonio.

La anterior apreciación no se ve afectada por el hecho de que posteriormente el legislador interno reconoció el derecho al matrimonio y a la pensión de viudedad a las parejas homosexuales (2005), derecho a pensión que se extendió a las uniones de hecho homosexuales y heterosexuales en 2007. Estas reformas legislativas que han avanzado hacia la equiparación de derechos de las personas con independencia de su orientación sexual, no tiene el significado de reconocer que la normativa anterior era contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Porque se trata de un derecho en evolución sin un consenso establecido, en que el Estado cuenta con gran margen de discrecionalidad sobre el momento más oportuno para introducir cambios legislativos.

El legislador interno no puede ser censurado por no haber aprobado antes las normas que adoptó en 2005 y 2007, con lo cual el demandante hubiera podido ver reconocido el derecho que ahora se le deniega. Porque se trata de una materia (matrimonio homosexual) sobre la que el TEDH ya había constatado que no había consenso europeo, pero que está generándose. En 2010 sostuvo que esta tendencia se ha desarrollado rápidamente en la última década, no obstante los Estados que otorgan reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo no eran aún mayoría en aquel momento; se trata de un terreno de derechos en evolución sin un consenso establecido, en la que los Estados deben disfrutar de un margen de apreciación en cuanto al momento de introducir modificaciones legales (STEDH de 24 junio 2010, caso Schalk and Kopf c. Austria, ep.105).

Concluye el Tribunal que el demandante no se encontraba en posición análoga a la del superviviente de una pareja heterosexual que no podía volver a casarse por impedimento legal antes de 1981; en consecuencia, no ha existido discriminación ni se han vulnerado los artículos del Convenio controvertidos.

El Tribunal no entra a examinar la alegación del demandante que imputa a la antes citada STSJ de Madrid de 18 septiembre 2006 trato discriminatorio por no haber aplicado con carácter retroactivo la ley 13/2005, considerando que la DA 10.2 de la Ley 30/1981

debía aplicarse en virtud del derecho a recibir igualdad de trato; y no entra porque se trata de una cuestión relativa a la aplicación del derecho interno y no es competencia del Tribunal europeo decidir qué interpretación de la norma interna es más correcta. Por lo demás, tal como antes se indicó, sobre esta cuestión se ha pronunciado la Sala de lo Social del TS estableciendo que no es posible aplicar retroactivamente una norma, si el legislador no lo ha establecido; el hecho de que en 2007 se reconociera legalmente y de forma limitada efectos retroactivos al reconocimiento de pensión de viudedad en caso de uniones de hechos entre personas del mismo sexo no significa que la anterior regulación conculcaba el derecho a la igualdad y no discriminación, sino que no contenía norma expresa sobre esta materia, lo cual muestra la razonabilidad de la respuesta jurisprudencial. Según el intérprete máximo de la legalidad ordinaria, tampoco procedía aplicar al caso por analogía la ley de 1981, porque no concurre la necesaria identidad de razón.

Las reformas legislativas han ido en paralelo a la evolución de las convicciones sociales, de la opinión mayoritaria de la sociedad; no puede desconocerse que el matrimonio ha sido tradicionalmente heterosexual, y ello queda convenientemente reflejado en la Constitución (art. 32.1). Esta evolución jurídica y social es constatable en nuestro ordenamiento; así, la DA 10.2 de la ley de 1981 reconoció efectos retroactivos en caso de convivencia como "matrimonio more uxorio", porque se trataba de parejas heterosexuales, pero esa apariencia de matrimonio no era posible apreciarla en la convivencia de las parejas del mismo sexo hasta la ley de 2005, porque estas uniones no estaban valoradas por el ordenamiento como "institución matrimonial" ni gozaban de protección jurídica (STSJ Madrid de 18 septiembre 2006, fj. 5º).

La cuestión que aborda el Tribunal europeo es determinar si el miembro superviviente de una pareja de hecho homosexual extinguida antes de la promulgación de la ley de 2005 citada se encontraba en situación comparable a la del superviviente de una pareja de hecho heterosexual que no pudo contraer matrimonio por estar uno o ambos casados con terceras personas y ser indisoluble dicho matrimonio. La respuesta es negativa con base en la distinta naturaleza del impedimento para casarse; en un caso se trata de un impedimento legal, por indisolubilidad del matrimonio previo, y en el otro caso se trata de imposibilidad legal de contraer matrimonio por parte de las parejas homosexuales.

El no reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo o, en su caso, la exclusión del algún derecho, no supone manifestación de incumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos, porque se trata de un derecho en evolución sin un consenso establecido. Sobre esta materia se constata una rápida evolución legislativa al socaire de la evolución social, de forma que los ordenamientos jurídicos van reconociendo progresivamente el matrimonio entre personas del mismo sexo y efectos jurídicos a uniones de hecho homosexuales.

Por lo demás, corresponde al propio TEDH determinar cuándo se ha logrado este "nuevo consenso europeo" (STEDH de 24 junio 2010, caso Schalk and Kopf c. Austria, ep.106) porque la mayoría de los Estados europeos hayan regulado en su ordenamiento jurídico esta institución. Una vez alcanzado el consenso europeo quedaría restringido el margen de discrecionalidad del Estado (NANCLARES VALLE, J. "La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo", Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, núm 741/2014, pp. 219-220), deviniendo una obligación lo que en la actualidad es tan solo una posibilidad de actuación legislativa.

Incompetencia de la jurisdicción contencioso administrativa para el conocimiento de las prestaciones de Seguridad Social

Jurisdictional incompetence of the contentious-administrative courts in the field of Social Security protection.

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

PROF. TITULAR DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Resumen

Se trata de una sentencia que analiza la incompetencia de la jurisdicción contencioso administrativa referida a un alta médica de una situación de incapacidad temporal.

Abstract

The Supreme Court analyses the jurisdictional incompetence of the contentious-administrative courts about social protection of workers in temporary disability

Palabras clave

órdenes judiciales; incompetencia de jurisdicción; recurso contencioso administrativo; Seguridad Social, procedimiento laboral

Keywords

jurisdictional rulings, jurisdictional incompetence; administrative litigation; labour litigation, Social Security

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo contencioso administrativo, de 26 de septiembre de 2016 resuelve un "asombroso" asunto sobre la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de un asunto referido a cuestiones prestacionales de la Seguridad Social.

Y decimos que es "asombroso" porque no se entiende bien el porqué un letrado, aún habiéndosele dado en el pie de recurso la indicación de que la demanda, frente al acto que se pretendía impugnar, tendría que ser planteada ante la jurisdicción social, decidió interponerla, en mi opinión de forma temeraria e irresponsable, ante un orden jurisdiccional manifiestamente incompetente por razón de la materia.

El origen de esta sentencia se encuentra en la interposición de un recurso contencioso administrativo frente a la desestimación presunta por silencio administrativo de un recurso extraordinario de revisión contra la resolución de Instituto Nacional de la Seguridad Social, en adelante, INSS, que acordaba el alta médica del recurrente.

Ello viene a significar que, en el ámbito de sus funciones y competencias, y a instancias del Equipo de Valoración de Incapacidades, la entidad gestora de la Seguridad Social resolvió que el trabajador había recuperado su capacidad de trabajar por lo que había de incorporarse a su puesto de trabajo, en aplicación de la legislación vigente en aquél momento, y cuyas reglas han sido exportadas a los arts. 169 y ss del Real Decreto Legislativo 8/2015, que aprueba el nuevo Texto Refundido de la LGSS.

2. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

2.1. Los recursos y reclamaciones en materia de Seguridad Social: el fin de la vía administrativa previa

En materia de Seguridad Social podemos encontrarnos dos actuaciones para hacer frente a las resoluciones administrativas: el recurso de alzada (y potestativo de revisión) y la reclamación previa.

El recurso de alzada se prevé frente a las resoluciones, e incluso frente a los actos de trámite[1], de la Tesorería General de la Seguridad Social y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la resolución del mismo supone el agotamiento de la vía administrativa. Aunque, como es conocido, frente a las resoluciones que agoten esta vía, de forma potestativa, podrán ser recurridas en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, antes de interponer el recurso contencioso administrativo. De hecho, interpuesto el recurso potestativo de reposición no se podrá interponer demanda contencioso administrativa ante los tribunales hasta que el mismo no se haya resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto. A modo de avance de lo que posteriormente se analizará, podemos decir que este tipo de recursos se producen en materias y cuestiones de Seguridad Social no prestacionales, que están excluidas, *ex* art. 3 LRJS, de la jurisdicción social y residenciadas en la jurisdicción contencioso administrativa.

Por otro lado, para las cuestiones prestacionales en materia de Seguridad Social, el art. 140 de la LRJS indica que en las demandas formuladas por tales motivos contra organismos gestores y entidades colaboradoras en la gestión "se acreditará haber agotado la vía administrativa correspondiente". La única excepción a la exigencia al previo agotamiento de la vía administrativa es en "los procesos de impugnación de altas médicas emitidas por los órganos competentes de las Entidades gestoras de la Seguridad Social al agotarse el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días de la prestación de incapacidad temporal". Lo que a *contrario sensu* supone que en el resto de procesos de impugnación de altas médicas, producidas antes de los 365 días o durante los 180 días de prórroga de la situación, será necesario, pues, el agotamiento de dicha vía previa.

En coherencia con ello, el art. 71.1 de la LRJS exige como requisito, para acceder a la jurisdicción social, el agotamiento de la vía administrativa previa, por lo que será necesario para formular demanda en materia de prestaciones de Seguridad Social que los interesados interpongan reclamación previa ante la Entidad Gestora de las mismas. La única excepción, sin incluir vulneración de derechos fundamentales, es la no exigencia de la interposición de reclamación previa en "los procedimientos de impugnación de las resoluciones administrativas expresas en las que se acuerda el alta médica emitidas por los órganos competentes de las Entidades gestoras de la Seguridad Social al agotarse el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días de la prestación de incapacidad temporal".

[1] Frente a los actos de trámite podrán interponerse: cuando decidan directa o indirectamente sobre el fondo del asunto; cuando determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento; o cuando, finalmente, produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

En los procedimientos de impugnación de alta médica que sí tengan que cumplir estos requisitos, el plazo para la interposición de la reclamación previa es de once días desde la notificación de la resolución.

Siendo la regla general que la demanda habrá de formularse en el plazo de treinta días, a contar desde la notificación de la denegación de la reclamación previa; en materia de altas médicas, dicho plazo se reduce a veinte días. En el caso de tratarse de la situación excepcional en la que no se exige la interposición de reclamación previa respecto de un alta médica en la situación de incapacidad temporal, tales veinte días se computarán "desde la adquisición de plenos efectos del alta médica o desde la notificación del alta definitiva acordada por la Entidad gestora".

Así pues, el agotamiento de la vía previa en materia de altas médicas de situaciones de incapacidades temporales podrá ser con exigencia o no de la interposición de reclamación previa, según la situación específica en la que nos encontremos. En el primero de los casos, esto es, cuando se exija, habrá de esperarse a la contestación a la dicha reclamación o al plazo establecido como para entenderla denegada por silencio administrativo.

2.2. El supuesto de hecho de la STS de 26 de septiembre de 2016 y su precedente: entre el principio de autotutela y el silencio administrativo ante un recurso extraordinario de revisión

El demandante acudió a la jurisdicción contencioso administrativa cuando entendió denegado, por silencio administrativo, el recurso extraordinario de revisión. Lo que no se explica en la sentencia es frente a qué acto se interpuso dicho recurso extraordinario. Y es que podría haberse interpuesto, en el caso de una resolución de alta médica de incapacidad temporal emitida por el INSS, ante dos posibles situaciones: de un lado, ante una resolución desestimatoria de una reclamación previa presentada frente al alta médica que no se entendiera ajustada a Derecho. Y, de otro lado, que se hubiera tratado de una resolución de alta médica tras haber estado más de 365 días en situación de incapacidad temporal, lo que supone de forma directa el fin a la vía administrativa sin necesidad de interponer reclamación previa, por lo que el recurso de revisión se hubiera interpuesto ante tal acto.

De los hechos que se describen en la sentencia que se comenta se deduce, con no demasiada claridad, que el recurso de extraordinario de revisión fue interpuesto en el segundo de los supuestos descritos. Y ello porque se dice que la resolución recurrida establecía en el pie de recurso que frente al mismo podía interponerse demanda "ante la jurisdicción social" en el plazo de 20 días, contados desde la adquisición de plenos derechos del alta médica. En el otro caso hubiera ofrecido el plazo de 20 días a computar desde la notificación de la resolución de la denegación de la reclamación previa interpuesta, como indica el art. 71.6 LRJS. Así pues, de ello podemos deducir, ex art. 71 de la LRJS, que se trataba, pues, de la impugnación de una resolución administrativa en la que se acordaba el alta médica "al agotarse el plazo máximo de 365 días de duración".

El recurso extraordinario de revisión hubo de basarse, necesariamente, en algunas de las causas previstas en el art. 118 de la entonces vigente Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común. Lo más lógico es que se hubiera basado bien en que dicha parte entendiera que, cuando se dictó la resolución de alta médica por el INSS, se hubiera

incurrido en un "error de hecho" que resultase de los propios documentos incorporados al expediente, ex art. 118.1.1ª de la citada norma. Cosa que puede ser muy común en estos procedimientos ya que en los expedientes de incapacidad temporal suelen encontrarse con relativa frecuencia informes del médico de familia o bien del médico especialista del Servicio Público de Salud que, en no pocas ocasiones, contradicen el criterio del Inspector Médico del Equipo de Valoración de Incapacidades, al entender que el trabajador, con las dolencias que padece, aún no se encuentra recuperado para trabajar.

O bien, podría ser posible, ex art. 118.1.2ª de la Ley 30/1992, que hubieran aparecido documentos "de valor esencial" para la resolución del asunto, aunque hubieran sido posteriores (y anteriores a la finalización del plazo de interposición del recurso extraordinario de revisión[2]) que "evidencien el error de la resolución recurrida". Este es otro de los posibles supuestos que podrían haber ocurrido y ello porque, de sobra es conocido, que los ritmos en la gestión de la asistencia sanitaria pública son mucho más lentos que lo que requiere la gestión de las prestaciones económicas por incapacidad temporal. El ámbito la regulación legal de la incapacidad temporal está diseñada más para acortar los plazos de absentismo que para proteger la salud de los trabajadores y su recuperación profesional. Ello puede dar lugar a que se resuelva la concesión de un alta médica aún sin haberse realizado todas las pruebas médicas (e incluso intervenciones quirúrgicas) que determinen la verdadera gravedad de las dolencias que padece el trabajador y que sirvan para diagnosticar correctamente, esclareciendo si el mismo se encuentra o no apto para reincorporarse al trabajo. E incluso las pruebas que sean necesarias para saber si el tratamiento recibido ha servido para recuperar las aptitudes laborales, aunque siga necesitando de asistencia sanitaria por no haberse curado totalmente de sus dolencias.

Fuera cual fuera el motivo argumentado para la interposición del recurso extraordinario de revisión, es en este orden de suposiciones donde se enmarca lo único que se sabe a ciencia cierta: se produjo un silencio administrativo, esto es, la callada por respuesta por parte del INSS, ante tal recurso.

Es cierto que el art. 42 de la Ley 30/1992, de la Ley de Procedimiento Administrativo vigente en aquel momento, y el actual 21.1 de la Ley 39/2015, obliga a las Administraciones Públicas, y el INSS es una de ellas a todos los efectos, a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, notificándolos a los interesados. Y, evidentemente, un recurso extraordinario de revisión es un procedimiento que también exige de dicha resolución expresa, a pesar de que el mismo se interponga contra un acto firme en vía administrativa, ya que como se vio anteriormente, la resolución de alta médica de incapacidad temporal ya había puesto fin a dicha vía.

En la redacción del art. 128.1 a) de la LGSS de 1994, vigente en el momento en el que se emitió el alta médica, se recogía con claridad que la responsabilidad de emitir el alta médica correspondía, de forma única y exclusiva, al INSS cuando se hubiese agotado el plazo inicial de 365 días. Así pues, el INSS resolvió el primero de los actos pero no el recurso extraordinario de revisión, cosa que tenía la obligación de hacer puesto que, en

[2] Que para el primer caso descrito es de 4 años y en el segundo es de 3 meses, ex art. 118.2 Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común, vigente en aquel entonces.

aplicación del art. 84.4 de la Ley 30/1992 (ahora 88.5 de la Ley 39/2015), la Administración no puede abstenerse de resolver. Podría perfectamente haberlo hecho con una contestación en la que se inadmitiera dicho recurso por ser "manifiestamente carente de fundamento".

A mayor abundamiento, el INSS, como organismo autónomo administrativo sujeto al Derecho Administrativo, tiene la obligación de resolver cuántas cuestiones se les plantee en un procedimiento administrativo, cualquiera que sea su fase, o en un recurso y, además, dentro de un plazo. La falta de resolución conlleva un problema de inseguridad jurídica tanto por el desconocimiento del cuándo y cómo se resolverá como porque la simple inactividad dificulta la defensa de los derechos e intereses personales de los administrados.

Por ello, la introducción de la figura del silencio administrativo en el ámbito legal regulador del procedimiento administrativo supone una forma de corregir los posibles excesos de las Administraciones frente a los administrados ya que, transcurrido el plazo legalmente establecido para obtener resolución, la inexistencia de la misma se presume *ex lege*, según los casos, como estimatoria o desestimatoria.

En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, ex art. 43 de la Ley 30/1992, actual art. 24 de la Ley 39/2015, sin perjuicio de la obligación de resolver por parte de Administración, una vez producido el vencimiento del plazo máximo al interesado, sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado "para entenderla estimada por silencio administrativo". Regla general que habría que celebrar si no fuese por la cantidad de excepciones que se recogen en muchas y distintas normas, tanto sustantivas como adjetivas. Por lo que nos interesa, en materia de prestaciones económicas de incapacidad temporal, al tratarse del reconocimiento o pago de una prestación económica por parte del organismo autónomo administrativo que gestiona tales prestaciones, los efectos del silencio son de carácter negativo[3]. Pero, también es negativo el silencio, respecto de la falta de resolución en cualquier procedimiento "de impugnación de actos y disposiciones" (*ex* art. 43.1 segundo párrafo), como es el caso que contemplamos con el recurso extraordinario de revisión[4].

No sabemos si la falta de contestación del INSS lo fue por su desidia, por exceso en el volumen de trabajo administrativo o por la soberbia posición que le ofrece el principio de autotutela. Principio que lleva consigo, como es conocido, que todos los actos administrativos, con alguna excepción, son ejecutivos, lo que lleva al inmediato cumplimiento del mismo aunque el administrado discrepe de su legalidad[5]. Es por ello por lo que el art. 94 de la Ley 30/1992 (ahora art. 98 de la Ley 39/2015) establece que los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, lo que ha de completarse con el art. 57.1 de esa misma norma que recuerda que tales actos, además, se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

[3] Así lo entiende el art. 71.5 de la LRJS, ya que habiéndose formulador reclamación previa, la Entidad, en este caso el INSS, tiene un plazo para contestar a la misma de forma expresa de 45 días, porque, en caso contrario, "se entenderá denegada la reclamación por silencio administrativo".

[4] Sobre el tema, in extenso, vid, SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte general*, 12 Ed., Madrid, Tecnos, 2016, p. 526 y ss.

[5] Vid GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo, I*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, p. 558.

Así pues, la decisión administrativa se encuentra "ungida" por la "presunción de legalidad" que implica su directa aplicación. Y ello, independientemente del supuesto en que una persona afectada o un administrado que se encuentre disconforme con la misma pueda impugnar dicho acto o resolución ante los Tribunales de Justicia, que son los que en definitiva tienen el control de la legalidad de actos administrativos, pero mientras tanto, salvo que se haya solicitado y concedido por el Juez o Tribunal una medida cautelar de inaplicación del acto o resolución, el mismo será aplicable hasta que una sentencia no lo anule o lo revoque.

Por supuesto, la presunción de legalidad de la decisión o resolución es siempre *iuris tantum* ya que corresponde al ciudadano afectado destruirla. Por ello, el trabajador que fue, a su juicio, "injusta o ilegalmente" dado de alta tiene que recurrir tal resolución en el ámbito judicial al tratarse de una resolución que ponía fin a la vía administrativa. Es ante el juez competente ante quien tiene que explicarse, justificarse y probarse las razones que demuestren que la Administración ha adoptado una decisión no ajustada a Derecho. Y es que, el art. 106. 1 CE indica que los "Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa", por ello, en aplicación del mismo, el art. 8 de la LOPJ, establece que los Tribunales son los que han de controlar la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Pero mientras tanto, como hemos dicho anteriormente, hasta que no haya una sentencia que diga lo contrario, el acto administrativo sigue manteniendo la presunción de validez.

En definitiva, el problema en el ámbito de las incapacidades laborales es que es demasiado frecuente la existencia de diagnósticos médicos contradictorios, ya que puede haber una maraña de informes médicos con las mismas o distintas patologías, e incluso teniendo las mismas patologías la interpretación de la intensidad de la misma y su afección sobre la capacidad laboral puede ser diversa por parte de los facultativos del Servicios Público de Salud (ya sea de atención primaria o especializada), de los facultativos de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social, de los Inspectores Médicos del Servicio Público de Salud, e, incluso, de los principales, de los que tienen la última palabra en el ámbito administrativo de la Seguridad Social, de los Inspectores Médicos del Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS, siendo ello lo que justifica la presunción de validez de dichas altas mientras que un juzgado o tribunal no diga lo contrario.

3. ASPECTOS PROCESALES PREVIOS INTERESANTES QUE SE DEDUCEN DE LA STS DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2016

Es regla general que toda demanda debe de interponerse ante el juez o tribunal que sea competente, entendiendo como tal el que, con arreglo a la LOPJ y las distintas leyes adjetivas que la desarrollan, tiene jurisdicción y competencia para conocer del asunto planteado. Y ello porque, *ex* art. 9.1 de la LOPJ, se establece que los juzgados y tribunales "ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley". Como se ha dicho, la correcta elección del órgano judicial que ha de conocer de un determinado asunto litigioso, "se convierte en uno de los presupuestos para la

válida constitución del proceso, y por tanto para dictar una sentencia que resuelva sobre el fondo de la cuestión debatida"[6].

Dado que en la organización judicial española existen juzgados y tribunales que ejercen la jurisdicción es preciso fijar los criterios para delimitar los asuntos de los concretamente que ha de conocer cada uno de ellos. Para ello ha de acudirse a las normas que regulan la competencia (objetiva, territorial y funcional) existiendo diversas clases de competencias en virtud de las cuales se atribuye el conocimiento de un asunto a un determinado órgano judicial de forma exclusiva, y ello porque la regla general es que las acciones y pretensiones que se formulen ante jueces y tribunales han de hacerse ante los que sean competentes.

Ante ese elemental criterio, un juez o tribunal será incompetente cuando pretenda conocer de un asunto del que no sea competente objetivamente (en razón de la materia, de la cuantía e incluso de la condición de alguna de las partes), territorialmente (según los fueros territoriales establecidos en las leyes procesales y, en su caso, en atención a las normas de reparto establecidas) o, por último, funcionalmente, (que es la atribución legal del órgano judicial que efectivamente ha de conocer del asunto, de los incidentes, de los recursos o de la ejecución de la sentencia).

Esta ausencia de competencia, apreciable de oficio o a instancia de parte, es una forma de evitación del conocimiento de un concreto asunto planteado ante dicho órgano judicial ya que se incumplen las reglas establecidas en las leyes procesales para determinar los criterios de conocimiento de los procesos entre la totalidad de los órganos judiciales del Estado.

Pues bien, el recurso contencioso administrativo interpuesto frente al silencio administrativo ante el recurso extraordinario de revisión, por la dirección letrada del trabajador que había sido dado de alta médica, lo fue inicialmente ante el juzgado de lo contencioso administrativo de Logroño, el cual remitió los autos a la sala contencioso administrativo de la Audiencia Nacional.

La misma dictó Auto de inadmisión del recurso por falta de jurisdicción[7] y, recurrido en reposición, también fue desestimado dicho recurso. Independientemente de la falta de competencia por cuestiones objetivas, que será analizada con detenimiento en el siguiente epígrafe, el problema que se plantea de forma previa es referido a la competencia funcional y territorial dentro del propio orden jurisdiccional contencioso administrativo.

Lo que no queda claro es con base a qué motivo el juzgado de lo contencioso de Logroño remitió los autos a la sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional ya que, de un

[6] Así, MARTÍN BRAÑAS, C., en "La jurisdicción como presupuesto del proceso laboral", *Documentación Laboral* nº 57, vol. II, 1998, p. 37. También, con el mismo título, en la *Revista Saberes*, Vol I, 2003, pág. 4 en http://www.uax.es/publicaciones/archivos/SABDER03_023.pdf

[7] Vid. sobre el mismo, FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M., "Incompetencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer la impugnación de un recurso extraordinario de revisión contra un acto en materia de prestaciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Auto de la Audiencia Nacional (4ª) de 25 de junio de 2015", *Actualidad Administrativa*, nº 10, 2015.

lado, el art. 8.3 de la LJCA indica que los mismos conocerán de los actos de los organismos, entes, entidades y corporaciones de Derecho Público cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional y en este supuesto se trataba de una situación de silencio administrativo producido por la Dirección Provincial del INSS (y Empleo) de la Rioja. Y, de otro lado, de conformidad con el art. 14.1 primera de la LJCA, el juzgado de lo contencioso administrativo de Logroño también tenía competencia territorial ya que en su circunscripción tenía su sede el órgano que dictó el acto originario impugnado[8]. La creación de estos órganos unipersonales por la LJCA lo fue para asignarles un conjunto de competencias "relativamente uniformes y de menor transcendencia económica y social, cubriendo así un elevado porcentaje de los recursos que cotidianamente se interponen" ante la jurisdicción contencioso administrativa, descargando de trabajo a los Tribunales Superiores de Justicia[9]. Pero es que, además, conocerán en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan contra los actos de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional, esto es, los emitidos por las Direcciones Provinciales de tales organismos. De hecho, el Tribunal Supremo[10] ha atribuido competencia a los juzgados de lo contencioso administrativo, en aplicación del art. 13 de la LJCA, al establecer que las referencias que se hacen a la Administración General del Estado comprenden a los organismos y entidades dependientes o vinculadas a cada una de ellas[11]. Dicho de otro modo, el Tribunal Supremo considera que *"si no existe una regla que expresamente determine la competencia judicial respecto de actos procedentes de los órganos periféricos de un organismo con personalidad jurídica propia y competencia nacional, pero adscrito a la tutela de la Administración General del Estado, la lógica jurídica conduce, en aplicación del artículo 13.a) de la LJCA (que señala que deberá tenerse en cuenta que las referencias que se hacen a la Administración General del Estado comprenden las entidades y corporaciones vinculadas a ella), a que en estos casos será de aplicación el apartado 3º del artículo 8 que dispone que corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo el conocimiento de las impugnaciones de actos de la Administración Periférica del Estado*"[12].

Con todas estas argumentaciones, pues, en mi opinión, debería de haber sido el juez de lo contencioso administrativo de Logroño quien tendría que haberse ocupado de este

[8] En general sobre esta cuestión, véase, RIVERA FRADE, M.D. "Competencia jurisdiccional de los juzgados contencioso-administrativos", *Dereito*, vol. 20, nº 1, 2011, pp. 159 y ss.

[9] En este sentido, vid SÁNCHEZ PUERTA, D.A. en *La dualidad jurisdiccional en materia de Seguridad Social: delimitación y distribución de competencias entre los órdenes contencioso-administrativo y social,* Tesis Doctoral, Murcia, Digitum 2015, pág. 87, consultado el 2 de diciembre de 2016, en https://digitum.um.es/jspui/bitstream/10201/47752/1/Domingo %20Andr %c3 %a9s %20S %c3 %a1nchez %20 Puerta %20Tesis %20Doctoral.pdf

[10] Véanse por las muchas existentes, aunque la mayoría referidas al servicio común que es la TGSS, cuya estructura orgánica es idéntica la INSS, en la que se establece unos órganos directivos centrales, descentralizándose las responsabilidades locales a través de las correspondientes Direcciones Provinciales, las SSTS (sala de lo contencioso administrativo) de 28 de octubre de 2000 y 3 de marzo de 2002. También, SSTS de 5 y 8 de julio de 2004, respectivamente, RJ\2004\6786 y RJ\2004\5004.

[11] En sentido parecido, ya que solo se refiere a la TGSS, vid SÁNCHEZ PUERTA, D.A. en *La dualidad jurisdiccional en materia de Seguridad Social: delimitación y distribución de competencias entre los órdenes contencioso-administrativo y social, op. cit., pp. 88 y 89.*

[12] Así lo indica, ESCUDERO HERRERA, M.C., en "La delimitación de la competencia objetiva de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, vol. 2004, pp. 39 y 40.

asunto y haber examinado la competencia de la jurisdicción contenciosa en esta materia y, en vista de la materia, y *ex* art. 25.3 de la LOPJ, enviar al juzgado de lo social de Logroño los autos por ser el órgano competente.

Evidentemente, como anteriormente apuntamos, para que un tribunal tenga competencias en cada caso se requiere que el conocimiento del pleito les esté atribuido por la correspondientes normas de atribución de competencias (LOPJ o leyes reguladoras de los procedimientos judiciales en las distintas jurisdicciones).

Así pues, la extensión y los límites de la jurisdicción de los jueces y tribunales se determina por la LOPJ. Creemos que el juez de lo contencioso podía haberse abstenido de conocer del asunto (en el ámbito contencioso, se diría haber declarado la inadmisión del recurso) por tratarse de forma meridianamente clara de un asunto que correspondía a los jueces y tribunales del orden social de la jurisdicción.

La inadmisión del recurso, al tratarse de un asunto que está afectado por la falta de competencia objetiva, como explicaremos con más detenimiento más abajo, se realiza con base a las reglas que se establecen en el art. 51.1 a) de la LJCA. Por ello, el juzgado (o sala), tras el examen del expediente administrativo[13], declarará no haber lugar a la admisión del recurso cuando constare de modo manifiesto e inequívoco la falta de jurisdicción o incompetencia del tribunal o juzgado. En tal caso, lo comunicará a las partes para que en 10 días, aleguen lo que estimen procedente y acompañen documentos oportunos. Si ello no fuese así, el INSS como parte demandada pudo alegar (acompañando el correspondiente expediente administrativo, cosa que parece que no ocurrió en este supuesto ya que el recurrente basa uno de los motivos de casación en la ausencia del mismo, como veremos a continuación), dentro de los primeros días siguientes del plazo para contestar a la demanda, los motivos que pudieran determinar la incompetencia del órgano jurisdiccional o la inadmisibilidad del recurso, ex art 58 de la LJCA. Atendiendo a ello, el juzgado o tribunal podrá pronunciarse en la demanda en el sentido de inadmitir el recurso contencioso administrativo, con base a que el juzgado o tribunal careciera de jurisdicción (arts. 68.1 a) y 69 a) LJCA). Todo ello, repetimos, a mi juicio, tendría que haberlo realizado el juzgado de lo contencioso administrativo de Logroño y no la sala de la Audiencia Nacional al que éste remitió los autos.

4. SOBRE LOS MOTIVOS DE RECURSO

Los motivos de casación se basan en los apartados c) y a) del art. 88.1 LJCA, en la redacción anterior a la actualmente vigente.

4.1. Indefensión y vulneración de la tutela judicial efectiva por quebrantamiento de las formas esenciales que rigen los actos y garantías procesales

De un lado, el recurrente en casación argumenta que el Auto de 25 de junio de 2015, confirmado en reposición por el posterior de 29 de septiembre, al infringir lo establecido en

[13] Cosa que no ocurrió en este supuesto, ya que el expediente administrativo ni fue remitido por el INSS ni fue requerido por la Audiencia Nacional, cuestión que por el recurrente en casación fue alegada como motivo de casación por haberse producido un "quebrantamiento en las formas" que le había producido indefensión.

los apartados 1 y 4 del art. 51 de la LJCA, supondría un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio o de las que rigen los actos y garantías procesales, al no solicitar el tribunal *a quo* el expediente administrativo antes de dictar la inadmisión del recurso, cosa que, a su juicio, ha supuesto que se haya producido indefensión. En este motivo de recurso se relaciona la indefensión con una infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24 CE en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción al impedir que el tribunal "pueda pronunciarse y dictar una resolución sobre el fondo del asunto".

Como no podía ser de otra forma, el letrado del INSS se opuso a este motivo pidiendo la inadmisibilidad del mismo o, en su caso, de forma subsidiaria "la desestimación" ya que entendía que no hubo infracción del art. 51 de la LJCA.

Evidentemente, el Tribunal Supremo indica en la sentencia que procede acoger la causa de inadmisión del motivo. Era cierto que el tribunal *a quo* no había reclamado al INSS el expediente administrativo para su examen antes la adopción del Auto que establece la declaración de la inadmisión del mismo, tal y como indica el art. 51.1 de la LJCA. Pero a pesar de que el recurrente indica que ello le ha ocasionado indefensión *"cabe constatar que este defecto no se denunció por el recurrente en el trámite de alegaciones que se concedió previamente a las partes"*, ante la posible falta de jurisdicción del órgano judicial, en aplicación del art. 51.4 de la LJCA. El recurrente, en el escrito de alegaciones, ni denunció la ausencia del expediente ni solicitó la reclamación del mismo a la Administración demandada. Pero, tampoco pidió la subsanación de dicho defecto en la interposición del recurso de reposición frente al Auto de 25 de junio de 2015 que declaró la falta de jurisdicción, por corresponder el conocimiento del asunto a la jurisdicción social. Es decir, se trataba de un hecho nuevo, no invocado en momento anterior alguno.

Y es que es doctrina consolidada de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo que para que pueda aplicarse el art. 88.1 c) de la LJCA, esto es, determinarse el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de las garantías procesales se precisa que concurran tres requisitos[14]:

- Que se cite la norma que se considera vulnerada dando lugar a la lesión de una garantía procesal.
- Que no se trate de una mera irregularidad no invalidante, sino que estemos ante una lesión efectiva de las normas legales que rigen el proceso.
- Que no basta la concurrencia de la infracción normativa antes descrita, sino que es necesario, además, que tal contravención produzca indefensión de carácter material, al traducirse en una limitación del derecho de defensa.
- Que se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia.

[14] Vid, por todas, STS, sala contencioso administrativo, de 27 de enero de 2012 (recurso de casación 616/2008.

Es doctrina conocida que nuestro Tribunal Constitucional ha indicado en numerosas ocasiones que la tutela judicial, entre otras cosas, implica el derecho a obtener una decisión sobre el fondo fundada en derecho. Pero también lo es que esta afirmación se ha matizado por el mismo Alto Tribunal, pues no todas las negativas a analizar el fondo del asunto pueden suponer una vulneración de la tutela judicial efectiva. Y ello porque, al tratarse la tutela judicial efectiva de un derecho de carácter prestacional o de "configuración legal", ha de ejercitarse en función de los requisitos que las distintas normas establezcan, por lo que es posible, y más que probable, que las normas procesales adoptadas para un ordenado ejercicio de la función jurisdiccional establezcan presupuestos y requisitos procesales que puedan impedir un conocimiento sobre el fondo, sin que tal derecho fundamental se vea vulnerado. Por ello podría afirmarse que el art. 24.1 de la Constitución Española (en adelante, CE) no exige siempre que se dicte una resolución sobre el fondo, no viéndose vulnerado tal precepto cuando el juzgado o tribunal rehúsa entrar en él por causa legalmente justificada[15].

Para rematar, y con la mayor lógica jurídica, indica el Tribunal Supremo que el supuesto defecto, la carencia de expediente administrativo, en ningún caso habría ocasionado indefensión al recurrente dada la naturaleza de la cuestión debatida, esto es, la jurisdicción competente para conocer de la cuestión litigiosa. Decisión para la que es irrelevante por completo el contenido del expediente administrativo puesto que el ámbito de conocimiento de la jurisdicción está determinado por la Ley, y con la sola aportación de la resolución administrativa recurrida el tribunal disponía de todos los elementos necesarios para decidir sobre la posible falta de jurisdicción.

Por todo ello, respecto del primer motivo de recurso de casación articulado por el recurrente, el Tribunal Supremo, en aplicación del art. 95.1 de la LJCA (vigente en el momento del inicio del recurso de casación que dio lugar a esta sentencia), acoge la inadmisibilidad de dicho motivo ya que *"siendo necesario haber pedido la subsanación de la falta, no hay constancia de que se haya hecho"* por parte del recurrente, *ex* art. 93.2 de la LJCA.

4.2. La jurisdicción competente en materia de prestaciones de Seguridad Social

4.2.1. Las alegaciones

En aplicación del art. 88.1 a) de la LJCA, el recurrente en casación denuncia, como segundo motivo de casación, el defecto en el ejercicio de la jurisdicción ya que entiende que la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional debió de conocer el asunto, en cambio, lo inadmitió en razón de la materia y, en consecuencia con ello, estimó atribuido ese conocimiento al juzgado de lo social de Logroño.

En este supuesto, como era lógico, el letrado del INSS también se opuso pidiendo la desestimación de este motivo recurso, declarando no haber lugar al recurso de casación, y solicitando la imposición del costas al recurrente.

[15] En sentido parecido, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., en *Distribución y delimitación de competencias entre la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 32 y 33.

Entendía el recurrente, de forma muy desenfocada y por supuesto incorrecta, que al ser el acto impugnado (el silencio producido ante un recurso extraordinario de revisión) un acto administrativo correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa su revisión ya que la entidad que lo emitía es una entidad de derecho público con personalidad propia adscrita al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, que forma parte de la Administración General del Estado. Por ello, a juicio del recurrente, el acto impugnado era un acto administrativo cuyo conocimiento tenía que ser competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, conforme al art. 1.1, a) y d) de la LJCA. Desde luego, volvemos a calificar de "asombroso" el desconocimiento del reparto de competencias entre órdenes jurisdiccionales por parte de la dirección letrada, y más soberbia aun cuando en la primera resolución emitida, que ponía fin a la vía administrativa al dar el alta médica, se indicaba con claridad absoluta en el pie de recurso que frente a la misma podía interponerse demanda ante los juzgados de lo social.

4.2.2. La competencia del orden social en materia de Seguridad Social

Es cierto, y así lo proclama el art. 117.5 de la CE, que el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales de nuestro Estado. Pero también lo es que el ejercicio de la potestad jurisdiccional sólo podrá ejercerse por los juzgados y tribunales determinados por las leyes, *"según las normas de competencias y procedimiento que las mismas establezcan"* (art. 117.3 de la CE).

Por su parte, el art. 122 de la CE remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial la determinación de la constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados. Por ello, y por lo que nos interesa, en la misma vienen a recogerse los grandes rasgos de distribución de competencias entre los diferentes órganos y órdenes jurisdiccionales. La idea es que se produzca un reparto del trabajo entre los distintos juzgados y tribunales con la idea de evitar que *"todos sus jueces conozcan de forma simultánea de todas las materias que puedan ser objeto de decisión judicial"*[16].

Así pues, el art. 9 de la LOPJ es el precepto que viene a realizar la primera atribución general del ejercicio de la jurisdicción entre los diferentes órdenes jurisdiccionales. Aunque no es una norma completa y cerrada pues se remite a otras normas específicas para completar las atribuciones.

Lo que ocurre es que hay situaciones, como es común en el Derecho de la Seguridad Social, que se entrecruzan en la atribución de competencias por el propio carácter administrativo de la materia de la Seguridad Social. Desde luego, en momentos y regulaciones procesales anteriores, la inexistencia de una norma que, desde una perspectiva unitaria y global, hubiera establecido las diferentes reglas de competencia de los tribunales laborales y contencioso administrativos ha contribuido a mantener los problemas de atribución de competencias entre ambas jurisdicciones. Y es que nuestro ordenamiento se ha caracterizado por encargar a las leyes particulares de regulación de cada orden jurisdiccional la realización del reparto competencial, aparte de variadas normas singulares que introducían

[16] Vid. LÓPEZ SIMÓ, F. *La jurisdicción por razón de la materia*, Madrid, Trivium, 1991, pág. 87.

o excluían materias del conocimiento de ambos órdenes[17]. Aunque, afortunadamente, con el paso del tiempo las modificaciones de las distintas leyes de procedimiento específico de cada una de las jurisdicciones han ido introduciendo mejoras importantes para clarificar el reparto competencial, como ha ocurrido en esta materia, a mi juicio, con la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social[18].

De conformidad con el art. 9.4 y 5 de la LOPJ, los juzgados y tribunales del orden contencioso administrativo, entre otras cuestiones, *"conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujetas al Derecho Administrativo"*, mientras que los del orden jurisdiccional social "conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral". Así pues, del art. 9 de la LOPJ se desprenden dos criterios de especialización: el primero de carácter subjetivo, al atribuirse al orden contencioso administrativo los distintos asuntos con base a la cualidad jurídico pública de la Administración productora del acto impugnado; y el segundo de carácter objetivo, atribuyendo al orden social de la jurisdicción una materia específica, el Derecho social, dentro del que se encuentra, evidentemente, la materia de la Seguridad Social[19].

Teniendo en cuenta, de un lado, la clásica definición del Derecho Administrativo como *"aquella parte del Derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de la actividad de las Administraciones Públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquéllas y otros sujetos"*[20] y, de otro lado, que dentro de la noción de Administración Pública se encuentran los entes instrumentales o especializados que dependen de los entes territoriales a través de la técnica de descentralización funcional y, dentro de los cuales, por lo que nos interesa, se encuentran los organismos autónomos administrativos, con personalidad jurídica propia y régimen jurídico público[21], como son las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social. Con base a todo ello, la especial adscripción de la materia de la Seguridad Social al ámbito social es una excepción a la regla general, teniendo en cuenta que el Derecho de la Seguridad Social es un derecho de carácter público, administrativo, gestionado por una parte de la Administración pública que aplica procedimientos administrativos en dicha gestión y, como no podía ser de otro modo, de las que emanan actos administrativos. Ello es lo que ha provocado que a lo largo del tiempo se hayan producido numerosos conflictos y contradicciones respecto del orden jurisdiccional competente que han tenido que ser resueltas por los propios tribunales. Y es

[17] Así lo indicaba, MERCADER UGUINA, J., en *Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 24.

[18] Y es que la norma realiza una unificación de la materia laboral que supone una cobertura más especializada y coherente, concentrando en el orden de jurisdiccional social numerosas cuestiones litigiosas que anteriormente o estaban atribuidas a otros ordenamientos o eran de dudosa atribución, vid. al respecto, SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L. y MARAUNDI GUILLÉN, N.A "Comentario al art. 2 de la LRJS", en AAVV, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 42.

[19] En este sentido, MÁRQUEZ PRIETO, A., *La materia contenciosa de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 18.

[20] Vid. ZANOBINI, G., en *Corso di Diritto Amministrativo*, Milán, Giufrré Editore, 1952, p. 21.

[21] Así, PARADA VÁZQUEZ, R., *Concepto y fuentes del Derecho Administrativo*, 2º ED, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 15.

que, se ha dicho con acierto, la atribución de competencias al orden contencioso a través de un criterio "vertical o subjetivo" implica que se producirán interferencias con otros órdenes ya que la actividad de las Administraciones Públicas se desarrollan en múltiples campos y afectan a distintas materias[22].

Por su parte, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), sigue en su primer artículo la misma regla expuesta en el art. 9.4 de la LOPJ, entendiendo, por lo que nos afecta, como Administraciones Públicas las entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, requisito que de forma indudable cumplen las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social. Aunque, como válvula de escape, el art. 3 excluye del conocimiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo las cuestiones relacionadas con la actividad de las Administraciones Públicas que se encuentren expresamente atribuidas a otros órdenes jurisdiccionales, entre ellos, el social.

Evidentemente, para completar el análisis de las competencias o atribuciones hemos de completar el análisis con la referencia a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS). Y en la misma puede observarse con claridad que los órganos jurisdiccionales de este orden conocerán, siguiendo al art. 9.5 de la LOPJ, *"de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo aquéllas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias"*. Como puede verse, en este orden se sustancian numerosas cuestiones en las que una de las partes es la Administración Pública[23]. Dicha competencia viene a diseccionarse de forma casuística en el art. 2 de la LRJS, concretamente, por lo que se refiere a la materia de la Seguridad Social, el apartado o), desarrolla esta cuestión, aclarando que en esta materia se incluye el desempleo y las protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, la imputación de responsabilidades en materia de prestaciones de la Seguridad Social y la determinación de la discapacidad en el ámbito de la protección de la dependencia (prestaciones que a pesar de considerarse como Servicios Sociales externos a la Seguridad Social, se equiparan a la protección del sistema de Seguridad Social). Además de atribuirse a este orden cuestiones que tienen relación de forma directa o indirecta con la protección y la acción de la Seguridad Social, ex art. 2 letras b), q) y s)[24].

[22] Vid, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A. en *Distribución y delimitación de competencias entre la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa*, op. cit., pp. 126 y 127.

[23] Sobre esta cuestión, por ser más reciente, pueden verse: SALINAS MOLINA, F., "Competencias jurisdicción social y jurisdicción contencioso administrativa", en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia %20Salinas %20Molina %20Fernando %20.pdf?idFile=1e5bfda2-5c6e-4de6-ad3e-d5b55174b946, consultado el 1 de diciembre de 2016; QUINTANA LÓPEZ, T. Y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. en "Límites jurisdiccionales entre los órdenes contencioso-administrativo y social", *Revista Jurídica de Castilla y León* nº 26, enero, 2012, pp. 77 y ss; y, finalmente, LÓPEZ ANIORTE, M.C., "La ampliación del marco competencial en el orden social: ¿hacia la unidad de jurisdicción?, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 103, 2013, pp. 37 y ss.

[24] Esto es, respectivamente, acciones que se ejerciten contra los empresarios por responsabilidad en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (que hasta entonces había una cierta indefinición que *(...)*

En mi opinión, la nueva redacción de los artículos 2 y 3 de la LRJS, en comparación con la Ley de Procedimiento Laboral a la que sustituía, ha supuesto una forma de eliminar las "zonas de conflicto" en la división objetiva de la jurisdicción entre el ámbito contencioso administrativo y el social. Y ello a pesar de que la materia de Seguridad Social no queda atribuida de forma exclusiva al ámbito de lo social suponiendo "puntos de fractura" entre las mismas[25]. En este sentido, para incrementar la complejidad de la cuestión, el art. 3 de la LRJS establece "cuatro límites" al conocimiento de cuestiones en materia de Seguridad Social a dicho orden y que se refieren: a) a la impugnación directa de disposiciones generales de rango inferior a la Ley y decretos legislativos que excedan los límites de la delegación en materia de Seguridad Social; b) a las impugnaciones de los actos administrativos en materia de encuadramiento, cotización, liquidación y recaudación de cuotas y actuaciones de la ITSS en tales materias que se refieran a infracciones y sanciones; c) a la impugnación de actos administrativos sobre asistencia y protección social pública en materias distintas a las indicadas anteriormente en los apartados o) y s) del art. 2; d) y, finalmente, de las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, así como las que se refieran a la gestión del Sistema Nacional de Salud[26]. En definitiva, como se dijo hace tiempo con mucha razón, lo característico del sistema español de atribución de competencias en materia de Seguridad Social es su carácter "híbrido"[27].

4.2.3. La consecuente argumentación de inadmisión del recurso de casación por incompetencia de jurisdicción

En aplicación del art. 88.1 a) de la LJCA, el recurrente en casación denuncia el defecto en el ejercicio de la jurisdicción, ya que entiende que la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional debió de conocer el asunto. Pero, en cambio, la inadmitió el mismo en razón de la materia y, en consecuencia con ello, estimó atribuido ese conocimiento al juzgado de lo social de Logroño.

---

permitía al orden civil de la jurisdicción el conocimiento de las mismas); acciones que se ejerciten para el reconocimiento de la llamada Seguridad Social voluntaria (mejoras de la acción protectora, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro) siempre que su causa derive de una decisión unilateral del empresario, un contrato de trabajo o un convenio, pacto o acuerdo colectivo, incluyendo dentro de las mismas, los complementos de prestaciones o de las indemnizaciones, especialmente en los supuestos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, que pudieran establecerse por las Administraciones públicas a favor de cualquier beneficiario; y, finalmente, corresponden a este orden jurisdiccional social la impugnación de actos de las Administraciones públicas, *"sujetos a derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictadas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social"*, distintas de las referidas a prestaciones, incluyendo las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia (siempre que dicha sanción no lo sea por cuestiones de encuadramiento y cotización a la Seguridad Social).

[25] En este sentido, MERCADER UGUINA, J., en *Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso administrativo,* op. cit., p. 17.

[26] SALINAS MOLINA, F., "Competencias jurisdicción social y jurisdicción contencioso administrativa", op. cit. pp. 24 y ss.

[27] *"Puesto que, habiendo optado por atribuir el conocimiento de las controversias sobre Seguridad Social a órganos jurisdiccionales especializados por razón de la materia, pero como al mismo tiempo goza de gran importancia el dato de la presencia de órganos administrativos gestores, se atribuye determinados bloques de litigios en materia de Seguridad Social a la jurisdicción contencioso administrativa",* como indica MÁRQUEZ PRIETO, A., en *La materia contenciosa de la Seguridad Social,* op. cit., pág. 40.

En este supuesto, como era lógico, el letrado del INSS también se opuso pidiendo la desestimación de este motivo recurso, declarando no haber lugar al recurso de casación, con imposición de costas al recurrente.

Como no podía ser de otro modo, el motivo de casación basado en el art. 88.1 a) de la LJCA, vigente en aquél momento, fue rechazado por la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo ya que, en aplicación del art. 3 de la LJCA, no corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, entre otras, las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actuación de la Administración pública. Por su parte, en aplicación de los arts. 1 y 2 o) de la LRJS, como vimos anteriormente, se atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social las pretensiones que se promuevan en materia de Seguridad Social, *"así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias"*.

Evidentemente, la resolución acordando el alta médica del recurrente, respecto a la que se interpuso el recurso extraordinario de revisión desestimado presuntamente por silencio, fue dictada por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de Empleo de La Rioja, es, sin duda, una resolución administrativa que resuelve sobre el derecho a prestaciones de Seguridad Social, extinguiendo el derecho del recurrente a percibir la prestación por incapacidad temporal, conforme al art. 131 bis 1 de la LGSS de 1994 (en la actualidad, art. 170 de la LGSS vigente).

En consecuencia, el Tribunal Supremo rechaza también este motivo de casación, y por tanto el recurso, ya que determina que *"el conocimiento del litigio corresponde a la Jurisdicción social, por lo que el Auto recurrido es conforme a Derecho, al declarar, en aplicación de las citadas normas, y conforme al art. 5.1 y 3 de la LJCA la remisión de las actuaciones al Juzgado del Orden Social de Logroño"*.

Pero, quizás, lo más preocupante de todo y ya no solo por la incompetencia manifiesta de la dirección letrada que quiso, a pesar de ser advertido por la Administración, coger una vía procesal ante un orden incompetente por razón de la materia, es la condena en costas al demandante (que puede ser de hasta casi 2.000 euros) más los gastos adicionales de abogado y procurador que tuvo que soportar por la temeridad de la dirección letrada en este pleito. Creemos que el cliente tendría que pedir responsabilidades civiles, para cubrir los daños y perjuicios que la irresponsable actuación letrada le produjo en su patrimonio.

Viudedad en el RETA: El aplazamiento *posmortem* del pago no equivale a "estar al corriente". Comentario a la STS (UD) de 22 de junio de 2016

Widowhood in the special scheme for self-employed workers: the postmortem of the payment deferral does not amount to "be aware". Comment to the STS (UD) June 22, 2016

MARGARITA MIÑARRO YANINI
PROFESORA TITULAR DE UNIVERSIDAD
ÁREA DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD JAUME I -CASTELLÓN-

Resumen

La Sentencia comentada se pronuncia sobre el efecto que produce el aplazamiento de cuotas adeudadas solicitado y reconocido tras el hecho causante (fallecimiento) a efectos de percibir la prestación de viudedad en el en el RETA.

Abstract

The aforementioned sentence is pronounced on the effect of the deferment of quotas due and recognized after the event (death) in order to receive the widow's benefit in the RETA.

Palabras clave

Pensión de viudedad, cotización, aplazamiento de pago

Keywords

Widow's pension, quotation, deferment of payment

1. ASPECTOS CLAVE DEL SUPUESTO DE HECHO

La STS de 22 de junio de 2016, que ahora se examina, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de mayo de 2015 que, a su vez estimó el recurso interpuesto por la parte actora contra la SJS de nº2 de Las Palmas de 20 de julio, desestimatoria de la demanda. Los hechos básicos que antecedieron a este itinerario procesal son los que siguen:

- El sujeto causante, fallecido el 27 de julio de 2010, estuvo de alta como trabajador autónomo durante el período que media entre el 1 de agosto de 1998 y el 31 de mayo de 2009.
- No obstante, entre el 1 de enero de 2001 y el 31 de mayo de 2009 –2.954 días–, no abonó la cotización correspondiente (originó una deuda a favor del INSS de 29.472,89 euros). Desde el 19 de diciembre de 2009 percibió subsidio de desempleo.
- Producido el deceso, la viuda solicita pensión de viudedad, que le fue denegada por resolución del INSS de 13 de agosto de 2010. La denegación se fundamenta en la falta de un período mínimo de cotización de quince años y por no hallarse al corriente en el pago de las cuotas exigibles en la fecha en que se entiende causada la prestación. Formulada reclamación previa, fue desestimada

- El 16 de mayo de 2011, la TGSS acuerda el aplazamiento para el pago de la deuda contraída con la Seguridad Social, una vez fue solicitado por la viuda tras el fallecimiento de su marido –hecho causante del estado de necesidad protegido–
- El INSS no cursó la invitación al pago de la deuda contraída con la Seguridad Social cuando se solicitó la pensión

2. MARCO JURÍDICO DE APLICACIÓN: UN ORDEN REGULADOR DISPERSO Y OBSOLETO

A la vista de los hechos sintetizados, la cuestión jurídica central suscitada en esta controversia se concreta en la siguiente: la concesión, tras la preceptiva solicitud, de un aplazamiento en el pago de cuotas pendientes, una vez surgido el hecho causante o situación de necesidad, ¿ha de entenderse o no equivalente a estar al corriente en el pago de las cotizaciones? Pues bien, como expresa de inicio la jurisprudencia unificada, la solución no sólo no ha sido pacífica en el tiempo, sino que ni tan siquiera goza de un marco legal claro, coherente y preciso como para ofrecer una solución fácil en este aspecto. Al contrario, la persistencia de una regulación dispersa, de rango desigual, incluyendo típicas normas de valor inferior y una marcada obsolescencia, propicia una imagen de significativa "confusión" (FJ segundo, punto 1).

Esta complejidad y confusión, incluso oscuridad, quedan evidenciadas si se tiene en cuenta que el marco jurídico regulador de la cuestión controvertida exige identificar el sentido práctico de, al menos, las siguientes cuatro normas:

a) En primer lugar, las previsiones relativas al mecanismo de la invitación al pago en situaciones de descubierto de las cuotas a la solicitud de la prestación.

Desde su inicial configuración como Régimen Especial, la normativa del RETA contenía la significativa peculiaridad de posibilitar el reconocimiento de la prestación aunque existieran deudas de cotizaciones a la Seguridad Social, siempre que, en el momento del hecho causante se hubiese cumplido el período mínimo de cotización exigible para la prestación correspondiente. El art.28.2 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia, fijó la regla general de acceso a la protección a estos efectos. Conforme a la misma, surgiría la protección tan sólo si se está al corriente de pago de las cotizaciones cuando ha sobrevenido la situación protegible, sin perjuicio de la pervivencia de la técnica de "invitación al pago", teniéndose reglamentariamente como una condición equivalente al requisito de estar al corriente la situación en la que el interesado "atendiendo la invitación, ingresase las cuotas adeudadas dentro del plazo señalado". En suma, de darse este supuesto, la Entidad gestora tenía la obligación de «invitar» al interesado para que, en el plazo improrrogable de treinta días a partir de la notificación, procediese al ingreso de las cotizaciones debidas.

Si conocida es la regla legal, más lo fue la práctica que llevó a cabo la Administración, orientada a su generalización, muy por encima de los lindes legislativos del momento –ejemplo: cómputo recíproco de cotizaciones, incluido el RGSS–. Tanto, que la jurisprudencia de unificación de doctrina le reprobó tal orientación, reconduciéndola a la senda legal (SSTS de 16 de enero y 22 de noviembre de 2001 –RRCUD 1733/2000 y 1078/2001–, respectivamente).

b) En segundo lugar, la DA 39ª.1 LGSS (RD Legislativo 1/1994, aplicable al supuesto –hoy sería el art. 40 TRLGSS/2015–), no sólo reafirma el requisito de estar al corriente del pago, sino que generaliza la técnica de invitación al pago de las cuotas previsto en el citado art. 28 del Decreto 2530/1970.

Ilustrando uno de los vicios de técnica legislativa más frecuentes en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social[1], el de las reformas con causa en una reacción legislativa correctora de la jurisprudencia que no confortaba la práctica administrativa precedente, a su vez corregida por aquélla, el artículo 20 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, incorporó en el TRLGSS/94 la nueva disposición adicional trigésima novena. Con ello, se generalizaba el presupuesto de encontrarse al corriente en el pago de las cotizaciones, de modo que no era de aplicación solo a los trabajadores por cuenta propia, sino al conjunto de los afiliados que fuesen responsables del ingreso de las cotizaciones sociales (por ejemplo, empleados de hogar discontinuos; los artistas profesionales, así como los profesionales taurinos, respecto de las cuotas a su cargo). Ciertamente, el objetivo de la reforma legislativa –como el de la práctica administrativa sobre la que se asienta– era el de facilitar el cumplimiento del nuevo condicionamiento, para lo que se impulsaba el referido efecto expansivo también a todos los trabajadores por cuenta propia (cualquiera que fuese el Régimen de encuadramiento; en aquel tiempo más plural que en el actual, tras diversas reformas de simplificación, más pretendidas que reales), así como a otros trabajadores por cuenta ajena que fuesen responsables del ingreso de las cuotas. De este modo, la previsión del artículo 28 del Decreto 2530/1970, al que remitía expresamente la referida disposición adicional 39ª, se exigía a la Entidad gestora –si el interesado había acreditado el período mínimo de cotización al que se supeditase, en su caso, la correspondiente prestación– *"la obligación de notificar la existencia de la deuda a fin de que se pusiese al corriente en el pago"* –invitación– de la misma en el plazo referido –30 días naturales siguientes a la notificación–, reconociendo la prestación, en tal caso, así lo hiciese, desde la fecha del hecho causante de la misma. Por el contrario, si se dejaba transcurrir dicho plazo y se trataba de una pensión sólo comenzaba a percibirse desde el día 1º del mes siguiente al que el deudor se pusiese al corriente (si se trataba de un subsidio o de una cantidad a tanto alzado, la prestación se percibía desde la misma fecha, pero reducida en un 20 %)[2].

c) Un tercer bloque de disposiciones relevantes para el tema examinado, y que, como se verá, determinará el sentido del fallo, es el relativo a la técnica del aplazamiento del pago. Se trata, como es igualmente conocido, de las normas reguladoras del procedimiento de recaudación de las cuotas de Seguridad Social –relación

[1] Vid. DESDENTADO BONETE, A.: "Nostalgias del sistema: Reflexiones sobre el Derecho de Seguridad Social en época de crisis". AAVV. *Reforma laboral, tutela judicial y derechos fundamentales*. CGPJ. Madrid. 1997. pp. 379 y ss.

[2] Vid. para el caso de la aplicación del mecanismo del «cómputo recíproco de cotizaciones» en el acceso a la pensión cuando se adeudan cotizaciones de cuyo ingreso es responsable el solicitante de la misma, PANIZO ROBLES, J.A.: "Reconocimiento de pensión y deudas con la Seguridad Social: El Tribunal Supremo reitera su posición anterior pero ¿resuelve definitivamente la cuestión? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 27 de abril de 2016 –rcud. 1084/2014–)". En: http://www.laboral-social.com/sts-27-abril-2016-rcud-1084-2014-reconocimiento-pension-incapacidad-descubierto-cotizacion-RETA-RGSS-no-computo-reciproco.html

económica de cotización–.

Sobre este mecanismo, dispone el art.31.3 RD 1415/2004, de 11 de junio, que aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social que *"la concesión del aplazamiento, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en este reglamento y en la resolución que lo conceda, dará lugar, en relación con las deudas aplazadas, a la suspensión del procedimiento recaudatorio y a que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social en orden a la obtención de subvenciones y bonificaciones, la exención de responsabilidad por nuevas prestaciones de la Seguridad Social causadas durante aquél, la contratación administrativa y a cualquier otro efecto previsto por ley o en ejecución de ella"*. El art.17.1 OM 1562/2005 desarrolla esta norma, fijando de forma expresa no ya sólo la equiparación del aplazamiento concedido de pago a estar al corriente, *"en tanto no se produzca el incumplimiento a que se refiere el artículo 36 del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social"*, sino también los efectos de tal equiparación. Así, el aplazamiento equivale a estar al corriente y las cuotas aplazadas se computarán a los efectos de carencia y cuantía de las prestaciones.

Conviene recordar, para completar esta referencia al marco legal aplicativo, si bien en el caso concreto aquí analizado no es de aplicación, que la legislación vigente también prevé el supuesto en el que, concedido el aplazamiento, se incumpliesen las condiciones del mismo. Su mención sirve también para reafirmar esa forma tan singular de reforma legislativa en materia de Seguridad Social que es convertir en Ley la práctica administrativa. Así, en los supuestos en que a un trabajador responsable del ingreso y pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, acreditando el cumplimiento el período mínimo de cotización exigible para el acceso a la prestación de que se tratase, se le hubiese considerado al corriente en el pago de las cotizaciones a efectos del reconocimiento de una prestación en virtud de un aplazamiento en el pago de las cuotas adeudadas, pero posteriormente incumplió los plazos de dicho aplazamiento, la entidad gestora entendió que procedía la suspensión de la prestación, en tanto cumpliese. De este modo, la entidad gestora prefirió el principio de conservación de la tutela, más acorde con el enfoque flexible y humanitario típico de este sector jurídico-social, al más traumático del efecto excluyente de la cobertura. Sin embargo, para el TS, existiendo deudas de Seguridad Social de cuyo ingreso era responsable el solicitante de la pensión, si, concedido el aplazamiento, se incumplían sus condiciones, las deudas tendrían que ser reclamadas por la TGSS (disposiciones del procedimiento recaudatorio de la Seguridad Social), sin afectar a la prestación ya reconocida. La inexistencia de un mecanismo legal de este tipo de descuento impediría consolidar la solución suspensiva[3]. El legislador irá pronto en auxilio de la práctica administrativa –también del beneficiario, en este caso (a menudo la situación no es tan connivente con el interés del titular de la protección, favoreciéndose el propio del ahorre de costes)– y dio nueva redacción a la disposición adicional 39ª TRLGS/1994 (apartado 6 de la disposición final séptima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto –art. 40.2 TRLGSS/2015–), a fin de hacer de la referida práctica administrativa suspensiva norma de Ley.

[3] Vid. STS de 10 de marzo de 2011, RCUD 2656/2010. Para conocer con profundidad el alcance práctico de esta nueva jurisprudencia en su día, vid. GARCÍA PAREDES, M.L.: "Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: pensión de jubilación. Incumplimiento del pago aplazado de cuotas [Comentario a la STS (Sala 4ª) de 10 de marzo de 2011]", *Actualidad Laboral*, núm. 15, septiembre/2011.

En definitiva, este recorrido por las vicisitudes de la norma de referencia, evidencia una notable evolución hacia el antiformalismo a fin de favorecer el acceso a la protección social, cuando se revelara una efectiva voluntad de corregir las lagunas de cotización, aunque fuese a posteriori y tras la sucesión de actos administrativos, de la entidad gestora –como la invitación al pago y el aplazamiento– y del propio sujeto beneficiario –respeto de las condiciones de cumplimiento fijadas–. En esta línea, el propio TS ha reconocido que la regulación reglamentaria no sólo está dispersa –lo que es una evidencia– y aparece "confusa", sino que refleja una línea de política del derecho favorable al reconocimiento de un elevado margen de decisión discrecional a la TGSS. De ahí que concluya –si bien su doctrina para el caso no será tan benévola– que las normas reglamentarias, en especial las de origen ministerial, tendrían el sentido de una notable extensión –"con claridad", afirma– a las consecuencias para la equiparación que, sin embargo, en el Reglamento General tan sólo *"apunta para los casos en que la TGSS accede al aplazamiento de pagos"* (FJ segundo, punto in fine).

3. EL PRESUPUESTO DE LA CONTRADICCIÓN: LOS PRONUNCIAMIENTOS DISPARES PREVIOS Y LA SENTENCIA DE CONTRASTE

3.1. Sentencia de instancia: SJS nº2 de Las Palmas de 20 de julio

La confusión, discrecionalidad e informalidad reguladora ha derivado en criterios judiciales contrastantes. En este sentido, la viuda del trabajador autónomo obtuvo diversas respuestas a su demanda de prestación. En un primer momento, negativa. Así, cuando interpuso demanda contra la resolución del INSS denegatoria de la pensión, aquélla fue desestimada por la SJS nº2 de Las Palmas, de 20 de julio. La base del razonamiento para desestimar la pretensión de la actora es que, al no estar al corriente del pago de las cuotas, el INSS no estaba obligado a realizar la invitación al pago respecto de las cuotas atrasadas. Asimismo, señala que no está cubierto el período de carencia establecido para dar derecho al percibo de la pensión y que ésta únicamente hubiera podido devengarse si hubieran sido abonadas todas las cotizaciones pendientes aplazadas.

3.2. Sentencia de suplicación: STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de mayo de 2014

En cambio, recurrida en suplicación la Sentencia de instancia, el TSJ de Canarias (Las Palmas) estimó el recurso por Sentencia de 27 de mayo de 2014. El Tribunal de suplicación se fundamentó en la doctrina establecida en la STS de 7 de marzo de 2012 (nº rec.1967/2011). Ésta, en un supuesto de ausencia de invitación al pago por parte del INSS, por estar prescritas las cuotas impagadas en el momento de la solicitud de la pensión de viudedad –13 años después del fallecimiento del causante–, entendió que, como derecho imprescriptible que es el reconocimiento de la pensión de viudedad, debía darse la oportunidad a la viuda de, previa invitación al pago, abonar las cuotas adeudadas y percibir la pensión. En suma, entiende que la prescripción de las cuotas y la ausencia de invitación al pago no suponen la atribución automática de la pensión solicitada, sino que ha de producirse la invitación al pago para dar la oportunidad de que la viuda cumpla el requisito que le falta para que le sea reconocido el derecho a la pensión.

No obstante, es de destacar que la STSJ de Las Palmas, ahora examinada, no aplica sin más tal doctrina. Al contrario, asimila la invitación al pago con la concesión de aplazamiento, y seguidamente, da un salto lógico para equiparar ésta con el pago efectivo de las cantidades adeudadas.

3.3. Sentencia de contraste: STS de 12 de febrero de 2014

La Sentencia de contraste presentada no se refiere a la pensión de viudedad, sino a la de incapacidad permanente, pero incide en el tema central de la litis, pues en ella el TS examina los efectos que en el RETA produce la concesión del aplazamiento de pago tras el acaecimiento del hecho causante, concretamente si equivale o no a estar al corriente del pago a efectos de lucrar la prestación.

La respuesta del Tribunal viene dada por la jurisprudencia previa recaída en esta materia. En este sentido, incorpora una clarificadora síntesis doctrinal sobre este tema, tomada de la STS de 20 de diciembre de 2011 (nº rec. 2104/2011), en la que señala "*1) El requisito del derecho a prestaciones de que el asegurado esté al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social a su cargo está previsto con carácter general en la Disposición Adicional 39a de la Ley General de la Seguridad Social, y para los asegurados del RETA en el artículo 28 del Decreto 2530/1970 (reiterado en el artículo 57 OM 24-9-1970); 2) La normativa sobre Recaudación de la Seguridad Social no atribuye a la "mera solicitud de aplazamiento" una eficacia suspensiva del procedimiento recaudatorio (artículo 36.5 del Reglamento General aprobado por RD 1415/2004); 3) Por el contrario, la OM que desarrolla el Reglamento General de Recaudación sí equipara a la situación "al corriente" efectos de reconocimiento del derecho a las prestaciones, al acto de concesión de dicho aplazamiento (artículo 17.1 de la OM de 25 de mayo de 2005); 4) la equiparación entre la espera o pago aplazado de una deuda vencida y la situación al corriente es una ficción jurídica que, como tal, debe entenderse limitada a los supuestos excepcionales previstos en la norma; y 5) en contra de lo que sostiene la sentencia recurrida, no cabe entender que la mera solicitud de aplazamiento de pago, la cual requiere un tiempo de instrucción y estudio por parte de la entidad gestora, pueda generar el efecto inmediato y automático pretendido".*

En consecuencia, considera ineficaces a efectos prestacionales las cuotas satisfechas con posterioridad al hecho causante, entendiendo que en caso de aplazamiento el efecto de la moratoria no alcanza a las prestaciones causadas antes ni a las que se causen después de incumplido éste, aunque sí las que se causen durante su vigencia. Es, por tanto, evidente que esta Sentencia y la dictada en Suplicación por el TSJ de Canarias (Las Palmas) atribuyen un efecto muy diverso al aplazamiento del pago de cuotas producido tras el hecho causante de la pensión, lo que determina que el Tribunal Supremo aprecia la contradicción y admita a trámite el RCUD.

4. RAZONAMIENTO DEL TS: EFECTOS DEL APLAZAMIENTO SOBREVENIDO DE COTIZACIONES EN EL RETA

La STS de 22 de junio de 2016 anunciaba, al examinar el presupuesto de la contradicción, una respuesta negativa, al ser la sentencia de contraste de la propia Sala Cuarta. En estas circunstancias, por seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la Ley,

lo más probable era que, admitida la contradicción, casara la doctrina equitativa de la sala de suplicación. Y esto es lo que se ha producido.

El TS prima en la solución de la contradicción de posiciones en torno a la cuestión nuclear –si en el RETA la concesión de un aplazamiento de cuotas una vez producido el hecho causante se asimila a estar al corriente en el pago–, el principio contributivo, rígida y formalmente entendido. La Sala Social del TS no niega que, a efectos de reconocimiento de prestaciones, se equipara la situación "al corriente de pago" con la concesión del aplazamiento; pero eso es así sólo cuando dicho aplazamiento hubiera sido concedido con anterioridad al hecho causante de la prestación (art.17.1 OM 25 de mayo de 2005). A tal fin, remite a sus precedentes –más lejanos y a los más próximos–. En aplicación de dicha doctrina al supuesto examinado, el Tribunal señala que *"la doctrina que aplicamos no presenta especial dificultad cuando se trata, como aquí, de prestaciones por supervivencia de quien las solicita; en tales casos es cierto y seguro el momento al que debe referirse el cumplimiento de las exigencias referidas a la cotización (carencia, estar al corriente): el del fallecimiento del causante. Si entonces existen deudas procede la invitación al pago a fin de que pueda accederse a la protección, previo abono del importe adeudado. Lo que debe descartarse, al menos en el actual escenario normativo, es que la posterior obtención de un aplazamiento para el abono de las cotizaciones comporte el retroactivo cumplimiento del requisito de estar al corriente".*

En suma, el Tribunal Supremo sigue una línea muy continuista en esta Sentencia, en la que parece reafirmar la exigencia más general de estar al corriente del pago de las cuotas para acceder a las pensiones. En caso de que existan descubiertos respecto de los que se haya concedido aplazamiento para el pago de las cotizaciones adeudadas, señala que sólo será efectivo respecto de las prestaciones que se reconozcan en el futuro, pero no en relación a las que ya se haya producido el hecho causante.

5. CONCLUSIONES: UN NUEVO FRENTE ABIERTO PARA LA REFORMA DE LAS PENSIONES

Ciertamente, podría pensarse que el tema analizado y resuelto por la unificación de doctrina no va más allá de otro caso de efecto excluyente del rígido carácter contributivo de nuestro sistema de Seguridad Social. Éste determinaría, de una manera inexorable, la exigencia de que el beneficiario –o causante en las de muerte y supervivencia– esté al corriente del pago de cuotas para causar derecho a las pensiones. Con todo, el propio sistema normativo actual, como el más tradicional, así como su práctica administrativa continuada –primero– y, luego, jurisprudencial, asumen la existencia de mecanismos que flexibilizan tal requisito o condición. Pero no por ellos los haría equivalentes a la exención de los mismos, como si las técnicas de la invitación al pago y el aplazamiento del mismo acogiesen, más que una típica lectura equitativa, una benevolencia susceptible de difuminar el principio contributivo por otro de solidaridad pura, propio de las prestaciones no contributivas, lo que no sería el caso.

Ahora bien, es importante destacar, desde una perspectiva más amplia, conceptual y realista, también axiológica, que no es éste un caso más. Al contrario, en él se da la confluencia de dos cuestiones problemáticas mucho más generales y que hoy están en el "ojo del huracán" de la enésima reforma del sistema de Seguridad Social.

De un lado, se trata de una "pensión de viudedad", sin duda, una de las señaladas en el actual proceso de reforma como urgidas de cambios. En este sentido, se han puesto de manifiesto posturas –no compartidas– que abogan por sacar de la rama contributiva las pensiones de viudedad, a fin de sanear las cuentas del Sistema.

Se argumenta que estas pensiones no son de naturaleza contributiva en sentido estricto, ya que los beneficiarios no habrían cotizado por ello, sino un sujeto diverso. Por lo tanto, en aplicación del principio de separación de fuentes de financiación del Sistema, debería ser el Estado, a través de los Presupuestos Generales del Estado, el que debería correr con el gasto. Asimismo, con unas cuentas algo artificiosas, se evidencia que siendo el coste total de las pensiones de viudedad de algo más de 20.000 millones de euros anuales, y el déficit del Sistema –estimado por la Autoridad Fiscal Independiente (AIReF)– de unos 17.000 millones, con esta solución jurídico-financiera, prácticamente se neutralizaría el déficit.

Por supuesto, no procede entrar aquí en esta relevante cuestión, muy vinculada con la cuestión analizada, aunque sí es oportuno hacer alguna precisión. Por una parte, la idea no es nueva, pues ya la sugirió el Gobierno en funciones antes de que se disolvieran por primera vez las Cámaras, y su objetivo es descargar la presión financiera que soporta la Seguridad Social, que hoy absorbe partidas que no son de naturaleza contributiva. Por otra, su planteamiento no sólo resulta muy discutible técnicamente –pues sí existe cotización previa, aunque sea de otro sujeto, como se comprueba en el caso aquí estudiado–, sino que conlleva riesgos para la coherencia del Sistema y para el principio de suficiencia de esta rama de pensiones. En este sentido, puede plantearse si sacarlas de la rama contributiva no sería el primer paso para asistencializarlas aún más en su cuantía y, a partir de ahí, transferirlas a las CCAA, sin que ya cuenten con la garantía de suficiencia prestacional, derivando en una especie de prestaciones de asistencia. En cualquier caso, sea cual sea la solución técnico-jurídica, queda claro que el sistema de Seguridad Social pos-constitucional no puede prescindir del principio de solidaridad y tener una rama de pensiones de viudedad, sean contributivas –como se entiende procede mantener– o no lo sean, pero dentro del Sistema, al margen de los complementos ya existentes de las CCAA.

De otro lado, en el caso aquí analizado se da un fenómeno mucho más extendido de lo que pueda pensarse. En efecto, estamos ante un trabajador autónomo que no ha podido pagar sus cuotas sin que, además, llegase a pedir el aplazamiento del pago, que ha debido hacer su beneficiaria, a efectos de tener una oportunidad de protección. En este sentido, conviene recordar que siendo los autónomos del RETA apenas un 18 % de los afiliados al sistema de Seguridad Social (algo más de 3 millones de un total de casi 18 millones), suponen más de un 25 por cien de los aplazamientos del pago de cuotas. Esto es, pese a la constante presión política y social para que se fomente el autoempleo y/o el emprendimiento, con la constante reducción de sus cotizaciones sociales, la verdad es que el RETA sobrecarga el déficit creciente del Sistema de Seguridad Social, porque tiene casi 7.000 millones de déficits.

Por eso, las alarmas se han encendido por saltar a los medios que arrastra un déficit de 6.600 millones[4], que sí es una clara señal de las profundas contradicciones de un sistema que,

[4] Vid. http://www.elconfidencial.com/economia/2016-04-06/el-regimen-de-autonomos-entra-en-barrena-suma-un-deficit-de-6-600-millones_1179803/

por un lado, se encarga de promover el autoempleo sobre las cuentas de la Seguridad Social, y, por otro, no hace sino conocer los profundos "agujeros negros" que en el sistema abre tal política. De este modo, el creciente desequilibrio del Sistema –del RETA consume ya casi la mitad–, no sólo se proyecta en pensiones futuras muy bajas, porque la media de bases de cotización están muy por debajo de lo recomendable, pues van al mínimo –algo que permite el sistema, singularidad exclusiva de los trabajadores autónomos y su mecanismo de voluntariedad en la elección de bases que contrasta de un modo radical con la obligatoriedad propia de un sistema de reparto–, sino que, además, se producen notables lagunas de protección. En este sentido, el aplazamiento del pago se ha convertido en la segunda vía más transitada para acceder al autoempleo "forzado", tras las célebres "tarifas planas", ayudando a multiplicar los artificios en un sistema que adolece de numerosas disfunciones.

Desde esta perspectiva, adquiere mayor sentido una de las afirmaciones del TS y que formula con precisión en la recapitulación de su jurisprudencia, en especial fijada en el precedente de referencia que servirá para casar la doctrina de suplicación canaria opuesta a la posición del Alto Tribunal, si bien sobre la base de otro de sus precedentes, que el propio TS usa en un sentido diverso a la sala de suplicación. Esta es la citada STS de 12 de febrero de 2014 y a su afirmación según la cual "*la equiparación entre la espera o pago aplazado de una deuda vencida y la situación al corriente es una ficción jurídica que, como tal, debe entenderse limitada a los supuestos excepcionales previstos en la norma*".

Qué duda cabe que cuando el mecanismo del aplazamiento del pago no aparece tan sólo como una solución particular y ocasional, orientada a flexibilizar el rigor del criterio contributivo, sino como una solución generalizada para sostener artificialmente el crecimiento de afiliaciones del Sistema, esa exigencia de interpretación acotada o más estricta adquiere una especial relevancia práctica. En consecuencia, parece claro también el riesgo de debilitamiento del sistema si se abre la interpretación a reflexiones o enfoques desproporcionadamente flexibles o de equidad. De ahí que el citado principio de solidaridad reflejado en esta rama de pensiones de muerte y de supervivencia requeriría de una lectura ajena al formalismo y basada en la efectividad de la tutela, que se vería contrarrestado por la necesidad de no promover artificialmente técnicas como el aplazamiento del pago, que plenamente justificadas con carácter general, en determinados grupos de casos –RETA– adquiere una relevancia especial, con tantas bondades como riesgos. Es por eso, la STS de 22 de junio de 2016 que examina los efectos del aplazamiento del pago en el RETA respecto de la pensión de viudedad cuando aquél fue solicitado y concedido con posterioridad a que se produjera el hecho causante, presenta un singular interés.

Concluye el Tribunal que cuando se solicita y concede el aplazamiento una vez se ha producido el hecho causante, las cotizaciones aplazadas son inefectivas, siendo sólo útiles para el reconocimiento y cálculo de la pensión cuando aquél hubiera sido concedido antes de que se produjera el hecho causante. De este modo, el TS levanta una cierta barrera para el acceso a la pensión de viudedad en situaciones que no serán nada infrecuentes, de modo que no se admite el aplazamiento solicitado con la intención directa de beneficiarse de una pensión cuyo hecho causante ya se ha producido. En suma, los mecanismos flexibilizadores que prevé el ordenamiento de seguridad social para facilitar el cobro de la pensión a través de la regularización de los pagos de cuotas adeudadas no alteran la exigencia de estar al corriente del pago de cuotas, puesto que éstos tendrían, a día de hoy, efectos muy limitados. Así, por una parte, en la invitación al pago éste ha de producirse de manera efectiva en

cualquier caso. Respecto del aplazamiento, pese a que sí cabría que se percibiese una pensión cuando aún no se ha cubierto íntegramente la deuda, para ello es preciso que aquél se haya solicitado y concedido antes de que la razón de ser de la prestación haya surgido, es decir, con anterioridad al hecho causante. No obstante, como se ha apuntado, en el actual contexto de reformas profundas del Sistema de la Seguridad Social –en una dirección que parece más plural que en el pasado más reciente–, estos temas deberían ocupar un espacio propio en la Agenda de temas de interés a considerar por el legislador.

Laborum

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

La Incorporación a la Seguridad Social del Trabajo No Remunerado del Hogar: La Experiencia Ecuatoriana[1]

Integration of unpaid care and work at home to the social security system: the ecuadorean experience

SUSANA BARCELÓN COBEDO

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Resumen

El trabajo versa sobre la Ley ecuatoriana de inclusión en la Seguridad Social de las personas que se dedican de forma exclusiva al cuidado del hogar, utilizándola como pretexto para reflexionar sobre el fundamento de esta inclusión así como acerca de los caracteres de la misma en lo que se refiere a los sujetos protegidos, a la afiliación y a la cotización, a las contingencias y a las prestaciones que se dispensan. Debido a la singularidad de esta inclusión, bajo el perfil profesional, muchos elementos de las adscripciones clásicas han debido ser adaptados lo que hacer que el trabajo se detenga en ellos y en su forma de aplicación concreta, destacando los elementos más complejos, conflictivos o polémicos.

Palabras clave

Seguridad Social, asimilación del trabajo de cuidado del hogar a una actividad profesional, sujetos protegidos, financiación, prestaciones

Abstract

The work turns on the Ecuadorean Law of incorporation in the Social Security of the persons who devote themselves of exclusive form to the care of the home, using it as pretext to think about the foundation of this incorporation as well as it brings over of the characters of the same one regarding the protected subjects, to the affiliation and to the financing, to the protected contingencies and to the benefits.

Keywords

Social Security, assimilation of the family care to a professional activity, protected subjects, financing, benefits.

1. INTRODUCCIÓN

Es una reivindicación frecuente que el trabajo no remunerado en el hogar familiar tenga algún tipo de reconocimiento social, económico, productivo y jurídico. El fundamento de esta reclamación parte de la indiscutible utilidad social de este tipo de tareas, siquiera sea por su función de contribuir a la reproducción de la fuerza de trabajo; pero con más razón por el significado que tal reconocimiento tiene desde la perspectiva de género en el sentido de dar visibilidad y valor al trabajo de cuidado y de atención al hogar y a los hijos. En este

[1] Quiero agradecer expresamente la ayuda prestada para la elaboración de este artículo de D. Fabián Vallejo Luzuriaga, Analista de Seguridad Social del Ministerio Coordinador de Desarrollo Social de la República del Ecuador y miembro del grupo de trabajo del citado Ministerio que ha elaborado, bajo la dirección de la Ex Ministra Coordinadora Dª Cecilia Vaca Jones, el Libro *"Afiliación a la Seguridad Social del Trabajo no remunerado del hogar"*, Quito, 2016.

sentido abundan estudios en los que se ha intentado atribuir entidad económica a esa tarea de cuidado computando su trascendencia a los efectos del PIB; o los que reclaman la necesidad de que dicho trabajo (instrumento que también favorece la conciliación personal, familiar y laboral), tenga algún tipo de tratamiento jurídico, ya sea en el ámbito profesional, en el terreno más limitado de la Seguridad Social, otorgándole en este segundo plano alguna forma de tutela frente a todas, y especialmente algunas (por razón de la edad o de la incapacidad), de las contingencias protegidas y, en consecuencia, a las situaciones de necesidad resultantes. Así, desde un punto de vista estrictamente laboral, se ha propuesto, por ejemplo, la retribución de dicho trabajo como compensación económica, no necesariamente salarial, por el tiempo de dedicación a las tareas del hogar; o, desde la perspectiva de la Seguridad Social, entender dicho trabajo como título suficiente para que quienes lo desarrollan estén incluidas en el ámbito subjetivo de protección frente a los riesgos sociales. Y se utiliza el género femenino, como se hará frecuentemente a lo largo del trabajo, como una forma de dar presencia a una tarea que, como es conocido, ha sido, y continúa siendo desarrollada, de forma mayoritaria, por las mujeres.

Es evidente que si lo que se pretende es dar relevancia al trabajo no remunerado en el hogar familiar desde el punto de vista de la Seguridad Social, la única vía de acceso a las prestaciones del Sistema sea la profesional; en tanto que el trabajo es el título que atribuye el derecho a la protección frente a las contingencias (de corte profesional), establecidas en la ley.

De tratarse del nivel no contributivo de protección, el título habilitante del trabajo necesariamente queda desplazado por el de ciudadanía (o de residencia) unido a la carencia real de recursos; de forma que todos los ciudadanos, con independencia de su carrera profesional de seguro y si ésta no ha existido o ha sido insuficiente, quedarán automáticamente protegidos frente a la contingencia, consistente en la ausencia efectiva de recursos de subsistencia. Desde esta perspectiva, por tanto, es indiferente si la persona ha trabajado formalmente o no, y si ha realizado o no tareas de cuidado del hogar, en todo caso, quedará protegida por la Seguridad Social mediante las prestaciones no contributivas de cuantía uniforme que se otorgan cuando el sujeto se encuentra en una situación real de necesidad (en el caso español y dentro del sistema de Seguridad Social, cuando además tenga una edad mínima –65 años—o esté incapacitado de un cierto nivel –65 por 100–) y carece de cualquier otra protección frente a esas contingencias. Como puede apreciarse, desde la lógica no contributiva, el trabajo no remunerado al servicio del hogar familiar es irrelevante ya que esa dedicación para nada tiene importancia a los efectos de generar el derecho a las prestaciones. Bien es verdad, que estas prestaciones mínimas suelen ser el refugio final de las mujeres que se han dedicado al cuidado en el hogar y que no pueden tener acceso a las prestaciones contributivas porque no han trabajado y tampoco han podido generar el derecho a una pensión de viudedad que es, habitualmente, el último recurso prestacional de las mujeres que se han dedicado, incluso, de forma exclusiva, al cuidado del hogar. En cualquiera de estos escenarios, el trabajo no remunerado al servicio del hogar carece de relevancia para la Seguridad Social no contributiva, que concederá sus prestaciones con independencia de haber desarrollado o no algún tipo de trabajo o de que se haya prestado o no cuidado al hogar; de manera que se otorgará la protección a esas mujeres porque carecen de recursos al llegar a una cierta edad o están incapacitadas. O bien, pero este es ya el terreno de las prestaciones contributivas que es donde están adscritas las prestaciones por muerte y supervivencia, porque han obtenido el derecho en virtud de otras cotizaciones realizadas por

la persona laboralmente activa del hogar familiar, habitualmente el hombre, al que han dedicado sus cuidados.

Así pues, como se ha dicho, desde la perspectiva de la Seguridad Social, la única vía para que el trabajo no remunerado del hogar tenga relevancia es la de considerarlo asimilado a una actividad productiva de las típicas que incluyen a quienes las hacen en el campo de aplicación del nivel profesional de la Seguridad Social, sea considerada esa actividad asalariada o autónoma. No es que esta técnica sea desconocida en el ámbito de la Seguridad Social ya que es posible encontrar múltiples ejemplos de actividades asimiladas a las laborales o profesionales que sólo en virtud de esa asimilación pueden considerarse trabajos productivos por cuenta ajena o propia. Es el caso de la inclusión en el campo subjetivo de aplicación del nivel profesional a colectivos tan variados como los de miembros del clero, pastores protestantes, rabinos e imanes; de los sujetos elegidos como cargos de representación electoral como diputados europeos, nacionales o autonómicos; de los cargos electos de las organizaciones empresariales y sindicales; de los concejales de los ayuntamientos; o, en fin, de los miembros de las congregaciones religiosas.

Partiendo de esta vía de adscripción, el trabajo no remunerado en el hogar debe por tanto asimilarse bien a una actividad asalariada o dependiente, bien a una autónoma. En el primer caso, este trabajo será tratado como si fuera un desempeño productivo al servicio de quienes se benefician de él, esencialmente, de quien es el hipotético empresario, esto es, el titular económico del hogar familiar. Por el contrario, si el enfoque es el del trabajo no asalariado, entonces se considerará que el cuidado del hogar es una especie de trabajo autónomo equiparado a una actividad profesional independiente que, como tal, queda incluido en el campo subjetivo de protección de la Seguridad Social. En todo caso, la equiparación del trabajo no remunerado al servicio del hogar con una actividad profesional, sea asalariada o autónoma, suscita muchos interrogantes: ¿cómo se define el trabajo no remunerado del hogar a los efectos de su inclusión en el sistema de Seguridad Social, según se parta de una asimilación al trabajo asalariado o autónomo?¿cómo se identifican los sujetos protegidos?¿qué rasgos debe reunir y qué requisitos cumplir el trabajo para esa inclusión?¿cómo se realizan las cotizaciones, cómo es el reparto interno de la misma y quién debe soportar y en qué medida esa carga?¿frente a qué contingencias se debe proteger a estas personas y con qué alcance?¿qué efectos tienen todas estas peculiaridades en las prestaciones que se otorgan y en sus caracteres?

Esto es lo que se pretende abordar en este trabajo utilizando como pretexto práctico la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, de 15 de abril de 2015, de la República del Ecuador, que ha modificado importantes artículos de la Ley de Seguridad Social (LSS), de 30 de noviembre de 2001, en concreto lo relativo al Seguro General Obligatorio (SGO) para dar inclusión en este Seguro, de forma muy novedosa, a las personas que se dedican al trabajo no remunerado en el hogar.

2. EL TRATAMIENTO DEL TRABAJO NO REMUNERADO EN EL HOGAR A LOS EFECTOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008

La citada Ley ecuatoriana de 2015 da cumplimiento, siete años después de la aprobación del texto constitucional, a una expresa previsión de tutela, desde la perspectiva de

la Seguridad Social, de las personas que se dedican, de forma no remunerada, al cuidado del hogar. En efecto, el art. 34 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el derecho a la Seguridad Social se reconoce a todos de forma universal para lo que mandata a los correspondientes poderes públicos para que lo hagan efectivo, incluyendo, expresamente, entre los beneficiarios a quienes realizan trabajo no remunerado en los hogares. Por su parte, el art. 367 del mismo Texto Constitucional, además de afirmar el carácter público y universal del sistema de Seguridad Social, señala que esa protección se producirá en el marco del Seguro Universal Obligatorio y con la finalidad de atender a las contingencias que puedan materializarse; y más concretamente, en que esa tutela debe abarcar a las personas que realizan tareas de cuidado. Para concluir el mismo artículo que la financiación de dicha particular protección será con aportaciones de los afiliados y con contribuciones del Estado.

La Constitución ecuatoriana, pues, no se limita (algo que ya en sí mismo resulta relevante), a otorgar el derecho a la Seguridad Social a las personas que desarrollan un trabajo no remunerado en el hogar, sino que lo hace concretando algunas de las características de ese derecho y su forma de articularlo. De manera que de la Constitución se deriva que: a) la inclusión en la Seguridad Social de estas personas será a través del SGO, lo que claramente indica que tal inclusión debe ser merced a un título profesional, equiparando a éste el propio trabajo no remunerado del hogar; aunque es cierto que la Constitución no aclara si dicha inclusión profesional ha de ser a título de asalariadas o autónomas, dejando en consecuencia libertad al legislador para optar por una u otra alternativa; b) la protección debe darse frente a las contingencias que la propia Constitución señala, si bien aceptando que puede no ser frente a todas las citadas pero sí, respecto de las que significan la tutela de las situaciones de necesidad de mayor impacto para estas personas como son las de carácter permanente, en concreto, las que dan derecho a pensiones y no sólo subsidios; y, finalmente c) la protección debe financiarse repartiendo la carga entre afiliadas y Estado, dejando que sean regulaciones posteriores las que hayan de fijar el porcentaje respectivo; lo que implica que sea a cargo del presupuesto público no la financiación de las prestaciones sino directamente la propia cotización.

Hay que tener en cuenta que estas previsiones constitucionales constituyen ciertamente un condicionante para el legislador ordinario cuya tarea de intermediación normativa ha de respetar esas exigencias expresas contenidas en el Texto Constitucional. Algo que no puede decirse de muchas otras constituciones en las que no existe la obligación expresa de incluir a estas personas en el sistema de Seguridad Social, y donde la inclusión, de producirse, será en los términos en los que el legislador ordinario estime más pertinentes, dentro de un amplísimo margen de discrecionalidad. En este sentido, la legislación ecuatoriana da un paso, que merece ser destacado, hacia la introducción de específicas garantías constitucionales para la realización efectiva de los derechos sociales. De manera que la protección legal de las personas que se dedican al cuidado del hogar no es una opción libre del legislador sino una obligación o carga y, cuando dicha obligación se decide poner en práctica, no puede el legislador hacerlo de la forma que estime conveniente sino que en su tarea encuentra límites como son los de la forma de financiación así como los de la definición de las contingencias protegidas y las características de las prestaciones correspondientes.

3. LOS ELEMENTOS CLAVE DE LA INCLUSIÓN DEL TRABAJO NO REMUNERADO DEL HOGAR EN LA SEGURIDAD SOCIAL

3.1. Los sujetos protegidos: la determinación por la actividad

Una de las cuestiones centrales en relación con la inclusión del trabajo no remunerado del hogar en la Seguridad Social es la propia definición del supuesto de hecho; lo que implica precisar tanto el concepto de hogar como de trabajo no remunerado a su servicio.

En esta línea y en cuanto al *concepto de trabajo del hogar o cuidado familiar*, la Ley no se ha preocupado por definirlo, en el entendido, quizás, de que se trata de un concepto común, extendido y socialmente definido con una cierta relativa precisión. Este sobreentendido de la Ley supone sin duda un cierto grado de imprecisión conceptual, aunque es verdad que la ausencia de definición (más allá de hablar de "cuidado") de lo que se deba entender como trabajo no remunerado del hogar no imposibilita que pueda precisarse por referencia a las representaciones más comunes que se acogen bajo la expresión de "tareas del hogar". De este modo, como tales deben considerarse todas las de ordenación, limpieza y mantenimiento del hogar; las de obtención y elaboración de alimentos; el cuidado de hijos, incluyendo formación e instrucción; el cuidado de otros familiares que conviven en el hogar con la interesada; y, en fin, todas las gestiones y actividades relativas al mantenimiento de un hogar familiar y cualesquiera otras semejantes. Un concepto, por tanto, amplio que permite que sea relativamente sencillo cumplir dicho presupuesto material ya que el desempeño de cualquiera de esas innumerables tareas permite sostener que la mujer se dedica a las tareas de cuidado del hogar. Al margen de que se suscite la cuestión (que no es irrelevante), de si esa dedicación ha de ser a todas o basta con que se concentre en algunas específicas; cuestión que debe ser respondida, razonablemente, en el sentido de entender que la referencia legal a la dedicación exclusiva ya presupone la dedicación, más o menos imprecisa o indeterminada, pero al conjunto de tareas que significan el cuidado del hogar y no sólo a alguna de ellas de forma aislada.

Otro elemento conceptual relevante para la identificación del sujeto protegido tiene que ver con la *existencia misma, la extensión, dedicación y calidad de ese trabajo no remunerado y con la naturaleza, carácter o número de los destinatarios del cuidado*. Lo que podría establecerse exigiendo exclusividad o dedicación prevalente; o fijando el número mínimo y el parentesco o vínculo de los miembros del hogar.

Pues bien, a estos efectos, la norma ecuatoriana define el trabajo no remunerado del hogar, a efectos de su inclusión en el SGO, como el que hace "*quien, desarrolla de manera exclusiva, tareas de cuidado del hogar sin percibir remuneración o compensación económica alguna y no desarrolla ningún de las actividades contempladas en los literales anteriores*" (art. 9, i), es decir, todo el repertorio de actividades profesionales retribuidas que son el fundamento ordinario de la afiliación al Seguro. Se decanta por tanto la Ley por el requisito de la exclusividad, lo que supone que selecciona para proteger tareas de cuidado de una mínima entidad tanto en lo que hace a su contenido (la multiplicidad de la que se hablaba antes) como en lo que se refiere a la dedicación personal (que no es compatible con otras actividades de tipo profesional ordinario). Por eso la Ley añade que esta persona no debe desarrollar ninguna actividad que le obligue o permita (según el grado de voluntariedad, que afecta esencialmente a los trabajadores autónomos) estar afiliado al Seguro General.

Es decir que las mujeres que se incorporan al Seguro son aquéllas que no desarrollan otra actividad que la exclusiva al cuidado del hogar, entendida en el sentido amplio antes dicho y que, por esta razón, no reúnen el requisito básico para estar incluidas, por su actividad productiva, en el ámbito de protección del SGO. Por eso la Ley no precisa nada en relación con la intensidad de la dedicación; es más, no exige intensidad alguna del cuidado, por lo que debe entenderse que cualquiera es válido, siempre que exista aunque sea mínimamente. Asimismo, debe concluirse que la exclusividad implica que quien hace esas tareas de cuidado no las comparte con ninguna otra persona; lo que implica que por cada hogar familiar sólo será posible aceptar una única afiliación, sin que sean tenidas en cuenta situaciones de tareas compartidas (aunque realmente puedan darse) ni se acepten, en consecuencia, afiliaciones dobles o múltiples por cada hogar que se cuida (sólo una persona podrá atribuirse esa tarea y, en consecuencia, a los efectos de la Seguridad Social, sólo una podrá afiliarse).

En cuanto a la *noción de hogar así como respecto de la relación de parentesco* que puede o debe existir entre quien se dedica al cuidado del hogar y los componentes de dicho hogar, y el número de los mismos, la norma identifica el hogar de forma indirecta como una unidad de convivencia de una serie de personas que, además, están unidas por vínculos de parentesco; se De manera que, para que se justifique la protección social, deben existir otros convivientes en el hogar a cargo de la persona que dispensa el cuidado, no siendo suficiente el autocuidado. Y, además, deben ser parientes o formar parte de la misma familia, aunque la Ley tampoco exige ningún vínculo concreto ya que las referencias a hijos y padres se hacen sólo a los efectos de las pensiones por muerte; de forma que cualquier pariente, en sentido amplio (lo que podría abarcar incluso la figura de los acogidos informales), da justificación al cuidado.

Bien es verdad que la Ley podría haber precisado más estableciendo, quizás, un número mínimo de componentes del hogar para que pueda darse la prestación de cuidado, así como el círculo de parentesco que determina al alcance mismo del cuidado. En cuanto a lo primero, parece suficiente sólo con dos componentes: quién cuida y quién es cuidado. Y en cuanto a lo segundo, la norma lo prevé de forma indirecta como puede apreciarse por el llamado Catastro de Información Social, que la misma norma crea (y que está operativo desde septiembre del año 2015), en el que constan los datos socioeconómicos de la unidad familiar a la que la mujer dedica sus esfuerzos de cuidado. A través de esta información, que ha de proporcionar la propia persona que solicita la afiliación como trabajadora no remunerada del hogar, se identifican los núcleos familiares donde se realiza de forma exclusiva esa tarea, sus componentes y los ingresos totales del núcleo de convivencia. Dada la flexibilidad de la regulación, parece que lo relevante es el hecho de la convivencia real y el nivel de ingresos de esa unidad familiar, así considerada sólo por la comunidad de vida y de ingresos, quedando en un segundo plano el vínculo de parentesco.

En conclusión, el sujeto protegido previsto en la norma y al que otorga el derecho a afiliarse y a reclamar en su momento la protección, es una persona, normalmente mujer, que se dedica, de forma exclusiva y sin compartir esta actividad con nadie de los miembros de la misma unidad de convivencia, al conjunto de las tareas tradicionales de cuidado del hogar en el que, sin contar a la cuidadora, hay al menos otra persona, y cuyos lazos más relevantes no son de parentesco, sino más bien los derivados del hecho en sí mismo de la convivencia en un mismo hogar y de la participación en común de los ingresos que aportan todos los

conviviente a esa unidad que es, esencialmente, económica más que familiar, aceptando que este último rasgo que se manifiesta a través del parentesco, esté presente de forma debilitada. En definitiva, es la identificación de la unidad de convivencia en el Catastro de Información Social, que hace la propia interesada, la que da legitimidad a la solicitud de afiliación de la persona que se dedica de forma no remunerada a las tareas del hogar.

Todas las previsiones descritas en cuanto a la definición del sujeto protegido y la actividad que desarrolla, al ser muy flexibles, repercuten, sin duda, en el posible número potencial de afiliados por esta singular vía al SGO. Especialmente si se tiene en cuenta que en el sistema de Seguridad Social ecuatoriano la afiliación del trabajo autónomo sigue siendo en gran medida voluntaria. Por lo que sería necesario precisar si quedan incluidas como protegidas todas las personas que formalmente no estén afiliadas admitiendo, incluso, que los trabajadores autónomos que voluntariamente deciden permanecer al margen de la Seguridad Social puedan encontrar protección alternativamente por la vía del trabajo no remunerado del hogar. Algo que, además, tiene mucho que ver con la frecuencia y extensión del trabajo informal concentrado, mayoritariamente, en el sector del trabajo autónomo o no dependiente; lo que puede favorecer que quienes deberían estar ya inscritos en el sistema de Seguridad Social mantengan esa elusión pudiendo, sin embargo, lograr alguna tipo de tutela al acogerse a la protección del trabajo no remunerado del hogar. La innovadora tutela social del trabajo del hogar puede acabar acogiendo a quienes, además de ese trabajo, desempeñan actividades directamente productivas que les proporcionan ingresos y les imponen la obligación, o la facultad, de obtener alguna tutela mediante su afiliación al Seguro correspondiente, pero que no lo hacen de forma voluntaria.

En consecuencia, no es intención de la Ley, derivar hacia la protección ordinaria del trabajo autónomo a quienes realizan este tipo de trabajo no declarado a los efectos de la Seguridad Social y que a la vez hacen trabajos de cuidado del hogar. Seguramente la dificultad de realizar esta labor de depuración y de control ha llevado a esta permisividad en cuanto a la aceptación de las solicitudes de afiliación que tendrá como consecuencia que, por ejemplo, cualquier asalariado no oficializado a los efectos de la Seguridad Social no encontrará obstáculos a su inclusión en el sistema de protección del trabajo no remunerado del hogar, si hace estas tareas; y lo mismo puede decirse de los autónomos que no quieran, pese a desempeñar este tipo de trabajo productivo, solicitar la afiliación al Seguro (en tanto que voluntario). Todo lo señalado, además de desincentivar la afiliación más adecuada como asalariado o autónomo, desvirtúa en cierta medida la finalidad de esta tutela del trabajo en el hogar ya que se acaba protegiendo a quienes deberían estar en el sistema directamente por su condición de asalariados o autónomos mediante una fórmula, es verdad que de tutela limitada, pero mucho menos costosa, tanto en sí misma como por el hecho de que está fuertemente subvencionada por el Estado.

En definitiva, la intención inicial de la Ley es la de proteger a una figura que, de forma un tanto estereotipada, puede dibujarse de la siguiente manera: mujer, con cargas y responsabilidades familiares, de edad media o alta, sin ingresos propios, sin otra ocupación que el cuidado del hogar, permaneciendo, y habiéndolo hecho siempre o durante mucho tiempo, al margen de cualquier otra ocupación o trabajo y, por tanto, carente de toda expectativa de protección por el sistema de Seguridad Social, salvo por lo que hace a los derechos derivados por muerte de su cónyuge, caso de tenerlo. Pero, finalmente, la lasitud de la determinación en cuanto a la actividad de cuidado hace que, salvo que se dispongan de

medios de control, muchos solicitantes de esta afiliación desarrollarán otras actividades productivas (legales o informales), al margen de si las ganancias que se derivan de ellas son escasas o abundantes. Es decir que, junto a la figura antes descrita, la Ley acaba aceptando en la práctica que hay otra también posible beneficiaria de la tutela: mujer, joven o de edad media, dedicada esencialmente al cuidado del hogar, pero que combina estas tareas con otras de tipo asalariado, frecuentemente a tiempo reducido, o de naturaleza autónoma y algo marginal. Lo que amplía, sin duda, el campo de las potenciales beneficiarias del nuevo sistema de tutela.

3.2. La asimilación de la tarea de cuidado del hogar a un trabajo autónomo

Entre las dos opciones de encuadramiento en el sistema profesional de la Seguridad Social, ya sea como asimiladas a trabajadores dependientes o a autónomos, la Ley ecuatoriana ha optado por la segunda alternativa. Ello se desprende de los siguientes datos: a) de la reforma del art. 15 LSS, cuando hace referencia a la aportación de los afiliados, que coloca al trabajador no remunerado al servicio del hogar en el mismo listado que el trabajador autónomo, el profesional de libre ejercicio, el patrono o socio de un negocio, el dueño de una empresa unipersonal y el menor trabajador independiente; es decir, todos ellos trabajadores no asalariados; b) del art. 73 LSS cuando, al hablar de afiliación y tras establecer la obligación empresarial en cuanto a los trabajadores asalariados, hace cargar sobre el propio cuidador la actividad de solicitar la afiliación, característica típica de los trabajadores autónomos; c) del mismo art. 73 LSS cuando señala que el empleador, la persona que realiza el trabajo del hogar no remunerado y el afiliado sin relación de dependencia son los directamente obligados al pago de los aportes o cotizaciones.

La alternativa por el trabajo autónomo parece la más correcta y menos compleja que la asimilación de dicho trabajo a uno asalariado que exigiría la existencia individualizada de un receptor de los cuidados sobre el que se descargaría la tarea de afiliar a la persona en cuestión y de colaborar en la financiación del sistema. Así pues, configurar el trabajo de cuidado como una forma de trabajo autónomo establece una relación directa y personal entre la cuidadora y el Estado, de forma que tanto la afiliación como la financiación (aunque sea en parte), corre a cargo del sujeto protegido. Lo que es lógico si se piensa que la inclusión del trabajo de cuidado del hogar en el sistema de Seguridad Social lo que busca es dar protección a esa persona que ha asumido en exclusiva la tarea de cuidado renunciando a la presencia profesional ordinaria en el SGO y, en consecuencia, carente de toda protección frente a riesgos futuros como son la vejez o la incapacidad; y no tanto porque esos riesgos supongan la pérdida de ingresos para la unidad familiar, sino porque esa tarea sin recompensa dineraria directa coloca a la persona que se ha dedicado a ese cuidado en una situación extremadamente debilitada cuando se materialicen las contingencias de vejez e incapacidad. Mucho más si se tiene en cuenta que la unidad de convivencia familiar a la que se ha cuidado puede no existir o haber la mujer dejado ya de formar parte de ella. Esta nueva forma de protección tutela más bien expectativas frente a eventuales situaciones de necesidad personal; por eso, resulta razonable su equiparación a un trabajo autónomo que, como tal permite a efectos de la Seguridad Social, que la interesada gestione dicha protección de forma directa, sin intervención de terceros.

3.3. La afiliación: voluntariedad y procedimiento. La afiliación como declaración y prueba de la actividad

Puesto que el trabajador no remunerado del hogar se inserta en la Seguridad Social ecuatoriana asimilado a un trabajador autónomo, lo hace en los mismos términos que éste, es decir, de forma voluntaria. Esa voluntariedad se pone de manifiesto en la solicitud de afiliación que puede hacerse en cualquier momento a elección de la interesada, al margen de que venga desempeñando las tareas de cuidado desde antes; y, por lo mismo, la voluntariedad puede revocarse también en cualquier momento, solicitando libremente la baja en el sistema. El desempeño del cuidado, por tanto, es requisito indispensable para solicitar la afiliación pero no obliga a hacerlo desde el momento en que comienza, ni tampoco limita la posibilidad de darse de baja sólo cuando esa tarea ha dejado de existir. La existencia del cuidado, pues, habilita a pedir la afiliación cuando la cuidadora lo considere pertinente, mientras que la continuidad del cuidado no impide la baja, que es también voluntaria.

En todo caso, es evidente que el cuidado del hogar debe existir ya que, de no ser así, faltaría el presupuesto indispensable para la afiliación. Cuestión distinta es la comprobación y prueba de su existencia. A estos efectos, dada la flexibilidad en la fijación del supuesto de hecho y que el instrumento central de formalización, esto es el Catastro de Información Social, se confeccione a partir de las declaraciones de las propias interesadas, es fácil deducir que el resultado final de la regulación legal es que se aceptará la afiliación de cualquier persona que declare que se dedica de forma exclusiva al cuidado del hogar previa la constatación de que existe un hogar que cuidar, de que en el mismo conviven dos o más personas unidas con algún tipo de vínculo familiar o asimilado, y de que la interesada se dedica de forma exclusiva a su cuidado (de conformidad con lo que resulte del Catastro de Información Social). Aspectos que, de cambiar, podrían suponer que quien cesa en el cuidado, quien abandona el hogar, o quien no tiene familiares que cuidar porque ya no conviven con él, quedará excluido del sistema de protección. Algo que se deriva del art. 73 de la Ley del Seguro pero cuya aplicación práctica se confía, casi exclusivamente, a la propia interesada a quien se le exige que mantenga actualizada la información relativa al lugar de trabajo (el hogar con las características señaladas) y a su situación socioeconómica. Aunque también se remita a las averiguaciones que pueda realizar en este sentido el ente gestor, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).

No precisa tampoco la norma si la tarea de cuidado debe haberse desempeñado siempre y exclusivamente o durante un tiempo mínimo antes de solicitar la afiliación; o si, por el contrario, basta la actualidad del cuidado aunque se haya iniciado precisamente en el mismo momento en que se solicita. Parece, dada la mecánica de afiliación que diseña, que deba desprenderse lo segundo. Lo que tampoco es una mala opción legal ya que, basándose la protección en la mecánica del seguro, es la actividad de cuidado la que da derecho a la tutela desde el mismo momento en que se inicia y mientras dura. Por esta razón toda persona que desarrolle esta actividad tiene derecho a solicitar la afiliación y deber de darse de baja cuando esa actividad finaliza; sin que sea imprescindible que la dedicación al hogar sea la única desarrollada hasta ese momento o que deba desempeñarse ininterrumpidamente en el futuro.

En todo caso, y pese a los posibles deficiencias detectadas (si es que pueden ser calificadas en estos términos) no hay que olvidar que esta nueva protección se configura más

como una oferta del sistema de Seguridad Social que como una imposición del mismo; lo que supone aceptar un cierto margen de afiliación incorrecta sobre la base de que quien la solicitará responderá normalmente al doble perfil antes dibujado: una mujer que se dedica al cuidado del hogar, sin otros recursos propios que los que se derivan si acaso de algunas actividades marginales irrelevantes. Un colectivo más o menos indeterminado que no sólo no se quiere rechazar sino que, por el contrario, se intenta incentivar que solicite la afiliación, al mostrarse el sistema de Seguridad Social benevolente en lo que se refiere al cumplimiento de las condiciones materiales que la justifican. Lo anterior ha dado como resultado que, a finales marzo de 2016 y sólo seis meses después de implantada prácticamente la nueva protección, se hayan registrado en el Catastro de Información Social 46.304 núcleos familiares con un total de 137.369 personas, habiéndose registrado para la afiliación por desempeño exclusivo del trabajo de cuidado, un total de 29.899 personas.

3.4. La financiación y las cotizaciones. Los ingresos de la unidad familiar y su cómputo

La afiliación implica de forma inmediata la obligación de realizar aportaciones para la financiación del sistema que, como se ha dicho, corren a cargo de la persona que se dedica al cuidado del hogar. Es lo que la LSS llama *"principio de hecho generador"*. Esa aportación deberá pagarla la afiliada en el plazo de quince días posteriores al mes al que corresponda los aportes y, si tales cotizaciones no se ingresaran, podrán ser reclamadas por el IESS; si bien, en el caso del trabajo no remunerado del hogar, sin multas e intereses a cargo de la persona que realiza el trabajo de cuidado ni de los familiares que constituyen su unidad económica de convivencia (art. 73 LSS).

En cuanto a la cotización se calcula, conforme establece el art. 15 LSS, sobre la Base Presuntiva de Aportación (BPA) que la propia LSS define en su art. 13. La BPA es de aplicación a los trabajadores autónomos debido, como el mismo artículo señala, a la difícil determinación de los ingresos reales a efectos de la cotización de los afiliados sin relación de dependencia; que es, precisamente, la situación de la persona al cuidado del hogar que carece de ingresos propios y no recibe compensación económica por el desarrollo del cuidado. Como alternativa, la BPA es una cantidad estimada que se expresa en múltiplos o submúltiplos del sueldo o salario mínimo de aportación al SGO, y sobre la que se aplicarán los porcentajes pertinentes dando como resultado la cuota a pagar, a su vez, repartida entre Estado y afiliada. Es, en concreto, el IESS el que, anualmente, establecerá esa BPA *"teniendo en cuenta los resultados actuariales, la situación socioeconómica de la persona afiliada, el tipo de contingencias así como los índices de siniestralidad de cada riesgo protegido"* (art. 15 LSS).

En el caso concreto de las personas que se dedican al trabajo no remunerado del hogar, la misma LSS precisa la forma de calcular las aportaciones con reglas propias que utilizan como referente una BPA diferenciada en cuatro niveles según los ingresos de la unidad familiar que la interesada declare en el momento de solicitar la afiliación y su relación con el Salario Básico Unificado (SBU). A tal efecto, el SBU así como los salarios mínimos sectoriales se fijan anualmente en el Ecuador por el Consejo Nacional de Trabajo y Salarios que es un organismo de carácter tripartito (empleadores, trabajadores y Estado) dependiente del Ministerio de Trabajo; caso de no llegar a acuerdos, será el propio Ministerio el que fije el SBU. En ambos casos, dicha fijación se hará teniendo en cuenta el aumento de

precios y la productividad general. En concreto, y para el año 2016, el SBU se ha fijado en 366 dólares USA, lo que representa aproximadamente un 72,7 por 100 de los ingresos medios nacionales ya que el salario medio de los trabajadores ecuatorianos es para el año 2015 de 503,57 dólares USA (549,72 dólares USA en el caso de los hombres y 425,93 dólares USA, para las mujeres).

Pues bien, teniendo en cuenta el SBU, las cuatro BPA, que corresponden a los cuatro niveles establecidos por la Ley de 2015 y añadidos a la LSS, se fijan en el 25 por 100, el 50 por 100, el 75 por 100 y el 100 por 100 del SBU. Y cada trabajadora no remunerada del hogar se adscribirá a una u otra BPA en función de cuáles sean los ingresos mensuales de la unidad familiar de convivencia a la que cuida en relación con el SBU. Así, el primer nivel está constituido por ingresos familiares inferiores el 50 por 100 del SBU; el segundo, por ingresos iguales o superiores al 50 por 100 pero inferiores al 100 por 100 del SBU; el tercero, por ingresos iguales o superiores al 100 por 100 pero inferiores al 150 por 100 del SBU; y, el cuarto y último, por ingresos iguales o superiores al 150 por 100 del BU, sin límite superior.

Es decir, que las unidades familiares con ingresos totales muy reducidos (menos de la mitad del SBU, es decir, menos de 183 dólares USA y muy por debajo de los ingresos medios, de 503.57 dólares USA) cotizarán por una cuantía que se calcula sobre la cuarta parte del SBU (91,5 dólares USA), esto es, la mitad del máximo de sus ingresos estimados. En cuanto a las demás unidades familiares, se incrementa la base de cálculo según suban sus ingresos, de manera que, en hogares con ingresos entre 183 y 366 dólares USA, la Base de Aportación será de 183 dólares USA, esto es, equivalente al mínimo de los ingresos estimados; mientras que si esa unidad familiar tiene ingresos mensuales entre 366 y 549 dólares USA, la Base de Aportación será de sólo 274,5 dólares USA, es decir, menos de los ingresos estimados, y si tiene ingresos mensuales superiores a 549 dólares USA, la Base de Aportación será del total del SBU, es decir, 366 dólares USA, por tanto, inferior en una cuantía apreciable a los ingresos computados de la unidad familiar.

Lo anterior supone que la carga de la cotización es más gravosa, proporcionalmente, en relación con las unidades familiares con menores ingresos, lo que es llamativo y sólo puede justificarse o por la diferencia entre los porcentajes aplicables a cada BPA, por la cuantía muy reducida de la cotización (particularmente en los hogares con menos recursos), o por la aportación diferenciada del Estado en cada cotización según los niveles de ingresos en los que se ubiquen las unidades familiares. En cuanto a los porcentajes de los que se deriva la cuota, no ha sido así ya que, cumpliendo el mandato de la Ley de 2015, se ha procedido a fijarlos por el IESS para cada una de las BPA siendo único y el mismo (el 13,25 por 100 de la Base de Aportación) para cualquier nivel. Por tanto, la redistribución y la mayor atención a los hogares con menos recursos tiene lugar mediante el subsidio estatal a la cotización que, éste sí, varía según los niveles de ingresos: 10,99 por 100, 7,95 por 100, 5,95 por 100 y 0 por 100, respectivamente; lo que significa que, del total de la cotización, la interesada sólo asume el 2,26 por 100 (2.05 dólares USA), el 5,30 por 100 (9,69 dólares USA), el 7,30 por 100 (20.03 dólares USA), y el 13,25 por 100 (48,49 dólares USA), mientras que el resto (10,05, 14,54, 16,33 y 0 dólares USA, respectivamente) corre a cargo del Estado. Una protección, por tanto, muy económica y asequible para las unidades familiares con bajos ingresos y más relevante en las de ingresos superiores.

En cualquier caso, y dado el papel central que juegan los ingresos de la unidad familiar de convivencia, lo clave es la forma de determinarlos. Así, a la hora de establecer qué ingresos se computan y de quién, el art. 11 LSS señala que, a los efectos de la cotización al SGO, se tendrán en cuenta, como materia gravada, "*todo ingreso susceptible de apreciación pecuniaria"* que se perciba por la unidad económica familiar. Se trata de una formulación muy amplia, que hubiese precisado de alguna concreción legal, conforme a la cual queda comprendido cualquier tipo de ingreso (del trabajo, de rentas de cualquier tipo) que obtenga cualquier miembro de la unidad económica familiar de convivencia. Cuestión distinta es la posibilidad real de controlar el número y entidad de esos ingresos, que exigirá una intensa actividad de supervisión más allá de la que puedan proporcionar los datos fiscales de los miembros de esa unidad familiar, caso de que existan; para lo que, de nuevo, el Catastro de Información Social parece central.

De todas formas, y dado que el procedimiento de determinación de los ingresos de la unidad familiar tiene lugar por la declaración inicial de la interesada, es razonable pensar que la entidad de los ingresos también quedará sujeto, en gran medida, a la voluntad del afiliado; voluntariedad, pues, que no es sino una manifestación más de que el objetivo final que se persigue es tratar de asegurar, en el sentido estricto de la palabra, unas determinadas contingencias teniendo el interesado un cierto margen de maniobra para elegir el nivel de cotización. Que es lo que sucede, dicho sea de paso, en España, en relación con la cotización de los trabajadores autónomos. Con independencia de las posibilidades de un control riguroso en los casos más extremos, el solicitante tendrá margen para elegir el nivel de cotización (pese a que debe estar predeterminado por los ingresos) y, en consecuencia, cotizará en función del nivel elegido.

Lo que, desde una perspectiva estricta de aseguramiento, podría justificarse si así fuera que la cotización es en su totalidad a cargo de la persona al cuidado del hogar; de forma que la elección de un nivel bajo de cotización tendrá como consecuencia prestaciones de peor calidad y cuantía. Pero no es así ya que, como se ha visto y está expresamente previsto en la Constitución y en la LSS, el asegurado, salvo en el nivel más alto de recursos (que, por lo mismo tenderá a ser eludido), sólo deberá abonar una parte de la cotización ya que el resto, y más mientras más bajo sea el nivel elegido, es a cargo del Estado. Una regulación, pues, de la que se derivará, salvo control riguroso, una tendencia de las interesadas a adscribirse al nivel más bajo de ingresos que ya les garantiza prestaciones, aunque mínimas, debido a su menor coste. Siendo así que sólo quienes tengan una mentalidad de seguro preferirán adscribirse a los niveles de aportación más altos considerando las cotizaciones como una inversión que habrá de traducirse en prestaciones más atractivas; lo que sucede sobre todo en el tercer nivel donde el subsidio del Estado tiene cierta importancia y la cotización a cargo de la asegurada no es insoportable en comparación con los ingresos de la unidad familiar que pueden llegar a ser hasta el 150 por 100 del SBU, es decir una cuantía similar a la que es el promedio estatal de los ingresos salariales.

Los ingresos familiares de la unidad económica familiar tienen, pues, importancia no sólo para ubicar al asegurado en uno u otro nivel de cotización; también, para establecer la cuantía de la aportación estatal a cada cotización y para determinar, como se verá, la propia cuantía de las prestaciones. Por lo que, aunque la norma legal no se extienda en ello, es evidente que una definición más precisa de lo que deben ser considerados ingresos familiares, de los que deben computarse y en qué forma y una identificación más concreta de

las personas cuyos ingresos se consideran, es imprescindible; como lo es la implantación de formas de control, inspección y comprobación de la realidad de los ingresos declarados. Por otra parte, computar en bruto todos los ingresos de la unidad familiar sin introducir coeficientes correctores en razón del número de integrantes puede llevar a resultados un tanto absurdos: por ejemplo, que sea más ventajoso ser una unidad familiar con pocos miembros en los que sólo una persona, además del cuidador, ingrese por su trabajo (será más fácil ubicarse en los niveles más bajos de la Base de Aportación) que si se trata de una unidad familiar con muchos miembros en la que algunos de ellos trabajen e ingresen recursos, ya que la mera suma llevará al asegurado a tener que cotizar conforme a Bases de Aportación más altas. Pudiendo sin embargo, ser la primera una unidad familiar con mayor grado de disponibilidad económica que la segunda, y, paradójicamente, cotizar menos que ésta.

Por otra parte, la ausencia de pago, o no estar al día en el abono de las cotizaciones, excluye la posibilidad de obtener prestaciones ya que la LSS requiere, como condición general del derecho a las mismas, el *"estar afiliados, en alta y al corriente de pago de sus obligaciones con el sistema de Seguridad Social al momento de producirse la contingencia"*. Una exigencia que, si rigurosa, puede excluir de la protección a personas que, pese a haber cotizado durante mucho tiempo de forma correcta, han dejado de abonar circunstancialmente sus cotizaciones justo en el tiempo en el que se realiza la contingencia (vejez, incapacidad, muerte).

Quizás fuera aconsejable articular algún sistema de puesta al día de las cotizaciones aun cuando ya se haya producido la contingencia. Es verdad que esto se asemeja mucho a lo que se califica como compra de prestaciones en el sentido de que el abono de cotizaciones sólo tiene lugar, retrasadamente, en el momento en que se materializa la contingencia y teniendo ya ésta presente. Pero aparece como la única forma de evitar la expulsión de la protección de quienes no están, de forma transitoria, al corriente en el pago de sus obligaciones de financiación. Aunque pudiera matizarse en el sentido de aceptar esa puesta al día sólo respecto de quienes han dejado de abonar las cotizaciones por un periodo máximo, que puede medirse en meses, anteriores al momento de materialización de la contingencia. De todas formas, y salvo por lo que hace a la contingencia de muerte, las otras dos siempre pueden acabar obteniéndose con sólo darse de alta y pagar las cotizaciones, actuales o debidas, antes de solicitar la prestación. Momento en el que, o bien queda a la decisión del interesado que, respecto de la vejez, podrá decidir el momento de pedirla ya que la edad estándar de jubilación no es tanto un límite de edad máximo sino un mínimo a partir del cual puede solicitarse la prestación; o bien, siendo la incapacidad una situación constituida sin referencia directa alguna a prestación laboral o profesional, puede demorarse la solicitud de la prestación al momento de ponerse al día con las prestaciones adeudadas. Un rasgo más de voluntariedad o de discrecionalidad del asegurado característico de esta tutela.

Puesto que la afiliación, y consiguiente cotización, de las personas dedicadas en exclusiva al cuidado del hogar tiene como finalidad proporcionar a estas personas prestaciones a las que no podrían acceder en ningún caso debido a su falta de una actividad productiva declarada, ello no hace imposible que quien acabe solicitando esas prestaciones no pueda agregar a sus tiempos de cotización otros realizados antes de dedicarse al cuidado en virtud de una actividad profesional, o hechas de forma intermitente debido a una dedicación de este tipo al hogar familiar. Esto es lo que permite el art. 15 LSS al hablar de la "*portabilidad de aportes*" al establecer que cualquiera de las aportaciones al sistema servirán

para el cómputo acumulado de los periodos de cotización para acceder a las prestaciones económicas del mismo en su conjunto; de forma que tanto las hechas en condición profesional se podrán agregar a las realizadas como persona al cuidado del hogar como a la inversa.

3.5. Las contingencias protegidas

El art. 10 de la LSS establece que *"la persona que realiza trabajo no remunerado del hogar estará protegida contra las contingencias de vejez, muerte e invalidez que produzca incapacidad permanente y absoluta"*. Es decir, las contingencias que pueden generar un derecho a pensiones, más concretamente de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad y orfandad, excluyendo las que son prestaciones económicas temporales tales como la incapacidad temporal o incluso la maternidad o la paternidad.

Es evidente que la protección es limitada y que la opción legal, muy razonable, se decanta por dar cobertura a las situaciones más permanentes y vulnerables de necesidad como son la vejez o la incapacidad de quien, por haberse dedicado al cuidado del hogar, no ha podido generar derecho alguno a prestaciones profesionales del sistema de Seguridad Social, encontrándose normalmente además, por estas circunstancias, en una situación de necesidad económica, difícil de afrontar dada la edad o la falta de capacidad de la que ha sido cuidadora. Puesto que es alguien que, por definición, no recibe contraprestación alguna de su tarea de cuidado, la norma estima que las situaciones transitorias no deben ser protegidas por el hecho de que no hay salario o ingreso alguno que se pierda y que haya que ser sustituido así como porque se trata de contingencias de duración limitada que pueden ser afrontadas por la propia persona o con la ayuda de los otros miembros de la unidad de convivencia a los que cuida. Las contingencias, en cambio, de vejez e incapacidad, por su permanencia y gravedad y porque imposibilitan no sólo la propia tarea de cuidado como cualquier otro trabajo, sí merecen ser protegidas, siendo, por tanto, el objetivo central de la tutela. Mucho más si se miran desde la perspectiva de garantizar, a quien alcanza la edad de jubilación o sufre una incapacidad, una fuente propia de ingresos en forma de pensión que no ha podido generar por no haber desarrollado, debido a su dedicación exclusiva al cuidado, otra actividad profesional; o si se consideran como una especie de recompensa al trabajo de cuidado desarrollado durante muchos años.

Esta justificación encuentra su excepción en la tutela frente a la contingencia de muerte; ya que en este caso, la beneficiaria no será lógicamente la cuidadora, que es la que fallece, sino otros miembros del núcleo familiar (cónyuge o pareja de hecho, hijos) a los que ha dedicado su trabajo no remunerado. Una ampliación que sólo se justifica (no sin dudas), en relación con la pensión de orfandad puesto que esto convierte en beneficiarios a quienes dependían de quien se dedicaba a su cuidado. Pero que en relación con la viudedad plantea mayores problemas; y ello porque, al reconocer esta prestación al cónyuge o pareja de hecho supérstite, se está proporcionando al superviviente una prestación que no viene a cubrir ninguna carencia económica ya que no hay salarios o ingresos que la unidad familiar de convivencia pierda por el fallecimiento de la cuidadora, beneficiando a quienes ha sido los beneficiarios del cuidado mismo. Posiblemente, haya sido la inercia normativa la que ha llevado a incluir también las prestaciones por muerte y supervivencia junto a las de vejez e incapacidad permanente en su condición común de pensiones. A lo que, también, puede haber contribuido un criterio de contributividad según el cual tales prestaciones se deben en

la medida en que se ha cotizado por ellas; sin embargo, no se puede olvidar que la contributividad de esta forma de protección puede modularse y que, además, falta uno de sus elementos definitorios cual es que la aportación corresponde hacerla íntegra a la causante. Lo que no sucede en cuanto que, como se ha visto, la financiación de este sistema corresponde en gran medida al Estado.

La norma prevé también que, de forma voluntaria, la persona que realiza trabajo no remunerado del hogar pueda asegurarse para la cobertura de la contingencia de la cesantía. Tampoco aquí hay justificación, en razón de las características de la tarea de cuidado, para este tipo de tutela ya que, cumpliendo la cesantía un papel de garantía económica frente al fin del trabajo o la pérdida del empleo, es muy difícil de trasladar al ámbito del trabajo no remunerado. En realidad, la cesantía, a diferencia de una prestación típica de desempleo, funciona como una compensación económica por el fin de la actividad que procede de un fondo o seguro alimentado por el empresario en caso del trabajador asalariado. Sólo desde esta perspectiva puede entenderse esta posible protección frente a la cesantía, concibiendo el tiempo de dedicación al cuidado del hogar como un tiempo de acumulación de recursos que, más que afrontar pérdida de ingresos, cumple la función de recompensa de la actividad de cuidado desarrollada. Por eso la norma la oferta de forma voluntaria a los interesados. En este caso, es claro que, al ser una opción libre de quien, no obstante, se afilia al sistema para las otras prestaciones previstas, se configura como una especie de seguro público, corriendo a cargo del propio interesado, en exclusiva, la financiación de esta específica tutela contra la cesantía. Seguramente sea una alternativa bastante marginal; lo que se desprende del tenor literal de la norma que no la incluye como parte del conjunto estándar de prestaciones diseñado para estas personas y que está constituido por las pensiones descritas.

En cuanto a la definición de las contingencias, hay una remisión general a las que se contienen en la Ley de Seguridad Social; lo resulta lógico si se acepta que el cuidado del hogar está asimilado al trabajo y resulta protegido en los mismos términos que aquél si bien, con peculiaridades.

En concreto, y por lo que hace a la jubilación ordinaria, la regla general prevista en el art. 185 LSS es que la edad mínima pensionable se sitúe en 60 años con un mínimo de 360 imposiciones mensuales, o un mínimo de 480 aportaciones mensuales sin límite de edad. Sin embargo, en el caso del trabajo no remunerado del hogar esa edad no podrá ser nunca inferior a los 65 años; lo que implica que la jubilación no podrá pedirse, desde el desempeño como cuidadora del hogar, antes de los 65 años. Sin embargo, esta regla limitativa de la edad no habrá de impedir a quien cotice a dicho régimen de protección que pueda acceder a la jubilación a una edad anterior, siempre que la situación de partida en el momento de solicitar la pensión de jubilación sea la de activo por desempeñar un trabajo ordinario ya que, como se ha dicho, pueden computarse las cotizaciones hechas al régimen de protección del trabajo no remunerado del hogar y, en consecuencia, sumarse a otras de tipo profesional. Junto al requisito de la edad, la LSS exige que la asegurada reúna un mínimo de 240 aportaciones mensuales (20 años); lo que, de no existir disposiciones transitorias (que no están ni en la Ley de 2015 ni en la LSS), hará que las personas que se hayan dedicado, y sigan dedicándose, exclusivamente al cuidado del hogar, tengan que esperar ese tiempo desde la entrada en vigor de la Ley para poder obtener prestaciones (esto es, hasta el año 2035). Si esto es así, está claro que quienes tengan edades cercanas a los 65 años no encontrarán interesante afiliarse, salvo que arrastren cotizaciones por otros desempeños profesionales. Lo

que, aparte de hacer que esta tutela sea algo futurible y que sólo podrá concretarse tras muchos años de cotización, hace que este sistema sea, al menos los primeros años, más una forma de ingreso de cotizaciones como fundamento de una expectativa de protección que una tutela actual.

Respecto de las dos incapacidades previstas, total y absoluta, la norma remite implícitamente también a la regulación ordinaria de la incapacidad (art. 186 LSS) que, a estos efectos, resulta un tanto confuso particularmente a la hora de diferenciar entre la incapacidad permanente total y la absoluta. En efecto, el art. 186 LSS empieza hablando de jubilación por incapacidad total y permanente, para luego diferenciar dos incapacidades según ocurran durante el desempeño de la actividad o tras de ella a las que llama igualmente como incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, refiriéndose, en fin, a una incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo que queda protegida con una prestación asistencial si no se acredita el derecho a una jubilación por incapacidad permanente total. Como puede apreciarse, una regulación confusa que podría hacer llegar a la conclusión de que, en realidad, se trata de una misma incapacidad para todo tipo de trabajo que se denomina acumulativamente como total y absoluta.

Sin embargo, la LSS, en lo que se refiere al trabajo no remunerado del hogar, sí diferencia entre ambas incapacidades a efectos de las prestaciones, siendo mejores para la absoluta; lo que, siendo las exigencias de cotización iguales (6 aportaciones mensuales para las personas que tengan entre 15 y 25 años; 36 para quienes tengan entre 26 y 45 años; y 60 para los que tengan 46 años o más) parece llevar inevitablemente esa distinción al propio terreno de la incapacidad, dividiéndola en grados. En consecuencia, será el impacto de la incapacidad en la capacidad general de la persona y, en concreto, para el desempeño de la función de cuidado, lo que permitirá encuadrarla en un nivel u otro (total o absoluta), atribuyendo mejores pensiones, como es lógico, cuando se está en presencia de la segunda. Esto es así pese a que la definición de la incapacidad que se contiene en el art. 186 de la LSS, donde se establece que se considera inválido al asegurado *"que, por enfermedad o por alteración física o mental, se hallare incapacitado para procurarse por medio de un trabajo proporcionado a su capacidad, fuerzas y formación teórica y práctica, una remuneración por lo menos equivalente a la mitad de la remuneración habitual que un trabajador sano y de condiciones análogas obtenga en la misma región"*, esté pensando más en un desempeño profesional ordinario que en la tarea de cuidado del hogar.

Por lo tanto, proyectar sobre la situación del trabajo no remunerado en el hogar el concepto de incapacidad laboral o profesional encuentra dificultades de aplicación al no incluir un referente conceptual de la incapacidad adaptado a la peculiar tarea de la cuidadora del hogar, cuya incapacidad mal puede medirse respecto de una actividad, la profesional típica, que no desarrolla. De forma que sería necesario establecer un concepto propio de incapacidad, diferenciando más nítidamente entre total y absoluta, que se relacione directamente con la tarea de cuidado y establezca en qué condiciones existirá una incapacidad de una u otra naturaleza. O, alternativamente aunque no ha sido ésta la opción legal, haber establecido un único concepto de incapacidad que hubiera tenido en cuenta la naturaleza y características del trabajo no remunerado que se hace y las circunstancias que provocan que no pueda seguir desarrollándose. En definitiva, la situación protegida remite a una incapacidad que inhabilita, más que para desempeñar cualquier tipo de trabajo, para seguir desarrollando eficazmente la tarea de cuidado familiar. Una incapacidad que, además

de permanente, debe ser valorada, si absoluta o no, en razón no sólo de las habilidades y capacidades profesionales sino de la capacidad general de la persona de realizar actos cotidianos de la vida, aunque sea en beneficio de sus familiares.

3.6. Las prestaciones, su cálculo y su régimen jurídico

La forma de cálculo de las prestaciones (esencialmente, pensiones) se regula de forma diferenciada en relación con las personas afiliadas al sistema en su condición de dedicadas al cuidado del hogar familiar y que, desde esta condición, las solicitan. Una regulación que no se aplica si las mismas personas solicitan estas pensiones pero desde la situación de activo y la correspondiente afiliación por esta causa, aunque acumulen a las cotizaciones hechas como profesional activo las hechas al sistema de protección del trabajo no remunerado del hogar.

Pues bien, para la pensión de jubilación, además de la edad (65 años), estar afiliada y en alta así como al corriente en el pago de las aportaciones, se requiere, como se ha dicho, un mínimo de 240 aportaciones mensuales. Cumplidos estos requisitos, la pensión mensual de jubilación difiere según los ingresos que obtenga la unidad familiar de convivencia. De manera que, si esos ingresos (que han servido, como se ha visto, como base de cálculo de las aportaciones) son inferiores al 50 por 100 del SBU, la pensión será del 90 por 100 de la base de cálculo (recuérdese, para el primer nivel, 91,5 dólares USA), es decir, 82,35 dólares, garantizándose un mínimo de 79 dólares. En la misma línea, cuando los ingresos sean iguales o superiores al 50 por 100 del SBU e inferiores al 100 por 100, el porcentaje será del 65 por 100 de la base de cálculo (183 dólares USA), esto es, 118,95 dólares USA, con un mínimo garantizado de 115 dólares. Si los ingresos son iguales o superiores al 100 por 100 del SBU pero menores del 150 por 100, el porcentaje será del 62,5 por 100 de la base de cálculo (274,5 dólares USA), esto es, 171, 56 dólares USA, con un mínimo garantizado de 165 dólares; un porcentaje que podrá incrementarse en un 1,25 por 100 por cada año adicional de aportación a partir de 20 (recuérdese que la cotización mínima son 240 aportaciones mensuales, es decir, justamente los 20 años), con un máximo del 85 por 100 de la base de cálculo (esto es, 233,32 dólares USA). Finalmente, las mismas reglas que en este último caso rigen si los ingresos familiares son iguales o superiores al 150 por 100 de del SBU, donde la base de cálculo será de 366 dólares USA y el porcentaje será también del 62,5 por 100, con un mínimo garantizado de 221 dólares USA; porcentaje que podrá incrementarse de la misma manera hasta el 85 por 100 (esto es, 311,10 dólares USA), con un mínimo garantizado de 221 dólares.

El elemento contributivo se presenta, por tanto, atenuado, como es lógico si se tiene presente que el Estado contribuye de forma importante a la financiación de las aportaciones, de manera que, mientras más bajos sean los ingresos de la unidad familiar, mayor será el porcentaje aplicable a la base de cálculo: del 90 por 100 en el primer nivel al 62,5 por 100 de los dos últimos, pasando por el 65 por 100 del segundo. Se protege, en consecuencia, en razón de lo que se ha aportado pero corrigiendo este efecto por la influencia de los recursos de la unidad familiar, teniendo relevancia la finalidad de proteger en mayor medida las unidades familiares con menores ingresos y en peor situación económica. Sin embargo, y puesto que la base de cálculo para la determinación de las prestaciones está en función de las aportaciones realizadas, este mejor tratamiento de las unidades familiares con menores ingresos queda desdibujado ya que precisamente son estas unidades las que cotizarán por

bases de aportación más bajas, recuperando en alguna medida la idea contributiva. Esto es así en la medida en que la base de cálculo de la pensión de jubilación, como de cualquier otra pensión, es el resultado de tomar en consideración el promedio de todas las bases de aportación que se hayan registrado desde el año 2003, actualizadas con la inflación, pues así lo establece expresamente la LSS. Lo que permite computar también otras cotizaciones hechas por otras actividades profesionales, situaciones en las que tiene mayor virtualidad la garantía de mínimos.

Por lo que se refiere a las pensiones de incapacidad, y al margen de las aportaciones mínimas necesarias, la contributividad hace acto de presencia aunque matizada por la naturaleza de la contingencia puesto que, dado el carácter mucho más imprevisible de la incapacidad y el hecho de que pueda afectar a cualquier persona al margen de la edad, la exigencia general de las 60 aportaciones (cinco años) se ve reducida si la edad de la incapacitada es menor debido a la imposibilidad o mayor dificultad de reunir esas cotizaciones cuando la edad es menor. Una exigencia que, de nuevo, remite al futuro la efectividad de la protección al no preverse normas transitorias.

Al margen de lo anterior, la cuantía de las pensiones es, en el caso de la incapacidad permanente absoluta, igual a la de la pensión de jubilación, salvo la posibilidad de incrementar los porcentajes de cotización por aportaciones superiores a los 20 años, regla que aquí carece de sentido. En cuanto a la incapacidad permanente total, partiendo de los mismos cuatro niveles de determinación de la cuantía de las prestaciones, los porcentajes aplicables a la base de cálculo serán, respectivamente, del 80 por 100 (con un mínimo garantizado de 70 dólares), del 60 por 100 (con un mínimo de 106 dólares), del 55 por 100 (con un mínimo de 146 dólares) y del 55 por 100 (con un mínimo de 194 dólares). La cuantía, pues, de la pensión de incapacidad, además de medirse por el grado de la misma (total o absoluta), se fija en razón de los ingresos familiares, siendo más alta proporcionalmente que las que corresponden a los hogares con ingresos más elevados. En todo caso, la ley permite a quien pueda tener derecho, de forma simultánea, a las pensiones de incapacidad y jubilación optar por una de ellas a su libre elección.

Por lo que se refiere a las pensiones de viudedad y orfandad, además de exigir vínculo conyugal o el registro legal como pareja de hecho, la ley dispone que será necesario acreditar al menos dos años de vida marital o, alternativamente, la existencia de hijos en común. Un requisito razonable como manifestación no sólo de la existencia de la unidad de convivencia como de la realidad y posibilidad del cuidado mismo. Pero que abre el interrogante de qué deba entenderse por hijos en común, si sólo de los que lo son de los dos componentes de la unidad familiar o si pueden computarse hijos de cada uno de los miembros del matrimonio o pareja de hecho pero aportados a la unidad familiar de convivencia. En todo caso, la ley, reforzando la idea contributiva, exige el mismo número de cotizaciones que para la incapacidad según la edad de la persona fallecida; y establece, según los habituales cuatro niveles, las mismas cuantías prestacionales que para la incapacidad permanente total, sólo que la base de cálculo será, en el supuesto de que el fallecido sea pensionista de jubilación o de incapacidad, la cuantía misma de la última pensión percibida. Una situación que, cuando menos, puede suscitar perplejidad ya que, si bien una pensionista de jubilación puede ser perfectamente cuidadora del hogar, es algo más dudoso que lo pueda ser alguien en situación de incapacidad, y mucho menos si absoluta. De nuevo, quizás, la inercia normativa, al tener

como referente la pensión ordinaria de viudedad u orfandad, ha llevado a incluir en esta tutela especial este tipo de previsión.

4. OBSERVACIONES FINALES

La protección social de las personas que desempeñan trabajo no remunerado del hogar que se acaba de describir constituye un meritorio intento de cumplir el mandato constitucional a la vez de innovar en el terreno del campo subjetivo de protección de lo contributivo merced a una asimilación de ese trabajo con cualquiera actividad productiva, con lo que ello supone de reconocimiento social de esa tarea de cuidado. Pero se trata de una tutela cuya articulación no se muestra sencilla, esencialmente, porque en realidad no se trata del desarrollo de una actividad profesional más o menos estandarizada, que es el referente de todas las normas que regulan los distintos aspectos de las prestaciones contributivas (por más que se asimile esa tarea a la de un trabajador autónomo). Lo evidencian las numerosas cuestiones que se han puesto de manifiesto a lo largo del trabajo que requieren una cuidadosa adaptación, no siempre fácil, de lo regulado en relación con las personas profesionalmente activas y con las prestaciones que se prevén para ellas. Aspectos como la determinación de los sujetos a proteger, las reglas de afiliación y cotización y las características de las prestaciones han obligado a un esfuerzo de acomodación que no siempre ha sido completo ni ha resuelto todos los interrogantes técnicos que se suscitan.

De todas formas, la iniciativa puesta en marcha en el Ecuador debe valorarse de forma positiva como un primer y novedoso intento de incluir a estas personas, habitualmente al margen de la tutela social directa, en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social. Y, como toda innovación, lleva en sí la carga de ser, con todas sus ventajas e inconvenientes, pionera en el esfuerzo de traer a la realidad normativa un fenómeno social extendido como es el de la dependencia económica de las mujeres que se ocupan de forman exclusiva el hogar de las personas a las que dispensan sus cuidado. Protegerlas social y económicamente en las situaciones más graves de necesidad es un logro del Estado Social, que es como define la Constitución a la República del Ecuador, que debe ser muy favorablemente acogido.

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

***-Medidas urgentes*.- Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social (BOE 3-12-16)**

Este Real Decreto-Ley va dirigido a la adopción de medidas de política económica "que contribuyan a corregir determinados desequilibrios que aún inciden negativamente en la economía española". Así, se incorporan reformas dirigidas a la consolidación fiscal, completando las medidas tributarias introducidas por el RD-L 2/2016, de 30 de septiembre, dirigidas a la reducción del déficit público.

Las reformas tributarias realizadas por esta norma incluyen un incremento de la fiscalidad indirecta de ciertos productos (Impuestos especiales sobre Productos Intermedios; sobre Alcohol y Bebidas Derivadas; y sobre las Labores del Tabaco), así como reformas en el ámbito del Impuesto de Sociedades, dirigidas a elevar la recaudación con nuevos límites a la deducibilidad de determinadas figuras en las bases imponibles. En el Impuesto sobre el Patrimonio se procede a prorrogar durante 2017 la exigencia de su gravamen. También se aborda una reforma de ciertas figuras tributarias: se procede a la eliminación de la posibilidad de aplazamiento o fraccionamiento de determinadas obligaciones tributarias; se aprueban los coeficientes de actualización de los valores catastrales para 2017, entre otras cosas.

En cuanto a las medidas en materia social, se incluyen en el real decreto-ley los arts. 9 y 10 que se refieren, respectivamente, a la actualización del tope máximo y de las bases máximas de cotización en el sistema de la Seguridad Social y a los incrementos futuros del tope máximo y de las bases máximas de cotización y del límite máximo de las pensiones del sistema de la Seguridad Social.

-Actualización del tope máximo y de las bases máximas de cotización en el sistema de la Seguridad Social: Las cuantías del tope máximo de la base de cotización a la Seguridad Social en aquellos regímenes que lo tengan establecido y de las bases máximas de cotización aplicables en cada uno de ellos se incrementarán, a partir del 1 de enero de 2017, en un 3 por ciento respecto a las vigentes en el año 2016. Medida que se considera por el legislador necesaria para asegurar la viabilidad del sistema de la Seguridad Social ante su situación de déficit y en aplicación del principio de solidaridad.

-Incrementos futuros del tope máximo y de las bases máximas de cotización y del límite máximo de las pensiones del sistema de la Seguridad Social: Los incrementos del tope máximo de la base de cotización y de las bases máximas de cotización en el sistema de la Seguridad Social, así como del límite máximo para las pensiones causadas en dicho sistema, que se realicen con posterioridad al establecido en este RD-ley se ajustarán a las recomendaciones efectuadas en tal sentido por la Comisión Parlamentaria Permanente de Evaluación y Seguimiento de los Acuerdos del Pacto de Toledo y los acuerdos en el marco del diálogo social.

Por otro lado, la Disposición Adicional Única de este RDL encomienda al Gobierno fijar, de acuerdo con lo establecido en el art. 27.1 ET, el salario mínimo interprofesional para 2017 con un incremento del 8 por ciento respecto del establecido para 2016. Asimismo, el Gobierno determinará la afectación de dicho incremento a las referencias al salario mínimo

interprofesional contenidas en los convenios colectivos vigentes a la fecha de entrada en vigor del RD que apruebe el salario mínimo interprofesional para 2017, así como en normas no estatales y en contratos y pactos de naturaleza privada.

Por Resolución de 15 de diciembre de 2016, del Congreso de los Diputados, se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación de este Real Decreto-ley (BOE 24-12-2016).

***-Subvenciones. Atención a las Personas Paradas de Larga Duración*.- Orden ESS/1857/2016, de 5 de diciembre, por la que se distribuyen territorialmente para el ejercicio económico de 2016, para su gestión por las comunidades autónomas con competencias asumidas, subvenciones del ámbito laboral financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, incluyendo aquellas destinadas a la ejecución del Programa de Acción Conjunto para la Mejora de la Atención a las Personas Paradas de Larga Duración (BOE 7-12-16)**

La Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales de 18 de abril de 2016 acordó, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, la ejecución del Programa de Acción Conjunto para la Mejora de la Atención a las Personas Paradas de Larga Duración, el cual se ha aprobó por el Consejo de Ministros el 2 de diciembre de 2016. La realización del citado Programa tiene como finalidad favorecer la inserción laboral de las personas desempleadas de larga duración y tiene su reflejo en el Plan Anual de Política de Empleo para 2016.

Por otro lado, el Gobierno y los interlocutores sociales firmaron el 15 de diciembre de 2014 el «Acuerdo sobre el Programa Extraordinario de Activación para el Empleo» con el objetivo de mejorar la empleabilidad y dotar de nuevas oportunidades a los trabajadores desempleados con mayor dificultad de inserción, consecuencia del cual fue el Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo, como un programa, extraordinario y específico, que se dirige a los trabajadores desempleados de larga duración que se encuentran en una situación de especial necesidad, con cargas familiares, y que realizan una búsqueda activa de empleo.

El programa comprende la realización de políticas activas de empleo con la finalidad de aumentar las oportunidades de retorno al mercado laboral de los beneficiarios, las cuales se gestionan por los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas, y se acompaña de una prestación económica de desempleo que se gestiona por el Servicio Público de Empleo Estatal.

Tras la valoración del Programa realizada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, junto con las comunidades autónomas y los interlocutores sociales, se prorrogó el Programa de Activación para el Empleo por el Real Decreto-ley 1/2016, de 15 de abril. Con posterioridad, la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, en reunión de 18 de abril de 2016, acordó los criterios de la distribución territorial de los créditos correspondientes al ejercicio 2016 para financiar la ejecución de las políticas activas de empleo incluidas en los ejes recogidos en el artículo 10 del texto refundido de la Ley de Empleo, incluyendo la ejecución del Programa de Acción Conjunto para la Mejora de la Atención a las Personas Paradas de Larga Duración y el programa de modernización de los servicios públicos de empleo, así como las ayudas previas a la jubilación ordinaria en el

Sistema de la Seguridad Social. Finalmente, el Consejo de Ministros, en reunión de 2 de diciembre de 2016, previo informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, formalizó los criterios de distribución territorial y la distribución resultante de los créditos previstos para el ejercicio económico de 2016, correspondientes a dichas ayudas.

Por todo ello, a través de esta Orden ESS/1857/2016, de 5 de diciembre se procede a la distribución de las cantidades asignadas a cada comunidad autónoma para la ejecución de las acciones antes descritas.

***-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 del Perú (BOE 16-11-16)**

El 20 de octubre de 2016 la República del Perú ha procedido a la firma del Acuerdo de Aplicación 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. 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, junto con el texto del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

***-Acuerdos internacionales*.- Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Paraguay, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2016 (BOE 23-1-17).**

De conformidad con el artículo 30, literal a) del Convenio de Seguridad Social entre la República de Paraguay y el Reino de España de fecha 24 de junio de 1998, las Autoridades Competentes, por el Reino de España, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, y por la República de Paraguay, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, han acordado las siguientes disposiciones:

Se determinan quiénes son los Organismos de Enlace y las Instituciones Competentes para la aplicación del Convenio en España y en Paraguay, las normas especiales y excepcionales para la aplicación del Título II del Convenio, y las disposiciones particulares para el reconocimiento de las distintas prestaciones: prestaciones económicas por enfermedad o accidente común y maternidad; invalidez, vejez, muerte y supervivencia; prestaciones familiares; prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Este Acuerdo Administrativo se aplica desde el 1 de diciembre de 2016, surtiendo efectos desde el 1 de marzo de 2006, fecha de entrada en vigor del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Paraguay, según se establece en su artículo 20.

***-Sistema Nacional de Garantía Juvenil*.- Real Decreto-ley 6/2016, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso del Sistema Nacional de Garantía Juvenil (BOE 24-12-16)**

Con este Real Decreto-ley se pretende fortalecer el Sistema Nacional de Garantía Juvenil mediante la adopción de medidas dirigidas a mejorar la inscripción y atención en el

Sistema Nacional de Garantía Juvenil e incentivar la empleabilidad y la ocupación de los jóvenes.

Las mejoras implementadas en el fichero redundarán en beneficio del sistema, ya que, además de lista única de demanda y soporte para la inscripción, el fichero es herramienta esencial para el seguimiento de las acciones y programas y la evaluación de los resultados alcanzados.

El primer capítulo introduce modificaciones a la Ley 18/2014, de 15 de octubre, que pretenden favorecer el acceso y la inscripción de jóvenes al Sistema Nacional de Garantía Juvenil y mejorar la gestión y eficacia del sistema:

-En primer lugar, se simplifican los requisitos que se fijaban para poder ser beneficiario del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, respetando en todo caso los requerimientos derivados de la normativa comunitaria.

-En segundo lugar, se permite que todas las entidades participantes en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil puedan establecer procedimientos específicos, de conformidad con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, para la inscripción de los jóvenes en el fichero único del Sistema Nacional de Garantía Juvenil.

-En tercer lugar, se posibilita que todos los jóvenes inscritos como demandantes de empleo en los servicios públicos de empleo, que cumplan con los requisitos de la Garantía Juvenil, sean inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, incluso con efectos retroactivos, en el caso de que hubieran participado o estén participando en alguna de las actuaciones previstas por el Sistema.

-Además, se prevé la participación de los interlocutores sociales en el procedimiento de inscripción de los jóvenes y en la Comisión Delegada de Seguimiento y Evaluación del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, lo que permitirá que los interlocutores sociales participen activamente en todos los niveles del sistema. A la Comisión Delegada también se incorporan el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en el entendimiento de que las soluciones a la garantía juvenil deben venir del trabajo conjunto de los ámbitos de empleo, educación, servicios sociales y juventud.

El segundo capítulo establece la conversión de reducciones a la cotización a la Seguridad Social en bonificaciones, con cargo al presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal, cuando se trate de medidas en beneficio de jóvenes inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil. Para ello, introduce modificaciones en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, y en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

-*Empleo*.- Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2013, sobre Ecoinnovación — Empleo y crecimiento a través de la política medioambiental (2012/2294(INI)) (DOUE C 468, 15-12-16)

A través de esta Resolución, el Parlamento Europeo subraya, entre otras cosas, que las soluciones ecológicas atraerán a una nueva generación de servicios y manufacturas de alta

tecnología, mejorarán la competitividad europea y crearán nuevos empleos muy cualificados, y que la ecoinnovación es la piedra angular del desarrollo, por la UE, de una estrategia de crecimiento sostenible desde los puntos de vista medioambiental, económico y social que genere oportunidades de empleo de buena calidad en una gran variedad de sectores.

La Resolución del Parlamento Europeo se centra en cuatro aspectos principalmente: políticas generales para la creación de empleo y crecimiento inteligente y sostenible; el concepto de ecoinnovación; la cooperación entre la UE, los Estados miembros y las regiones; y la financiación de la ecoinnovación.

Mediante esta Resolución, el Parlamento Europeo pide a la Comisión que siga elaborando su visión de la innovación a escala europea en el contexto de la transición hacia una economía hipocarbónica con un uso eficiente de los recursos, pero que se centre asimismo en objetivos concretos, ámbitos prioritarios y metas volantes. Destaca que la inversión dirigida específicamente a la transformación ecológica de las regiones de la UE es un instrumento muy útil para alcanzar los objetivos estratégicos de convergencia regional y cohesión territorial y señala el potencial de creación directa e indirecta de empleo de calidad mediante la plena aplicación de la Estrategia UE 2020. Por ello:

-Pide a los Estados miembros que desarrollen estrategias para alinear las destrezas de la mano de obra con las oportunidades que ofrece el sector de las tecnologías ambientales, examinando los diferentes subsectores y sus respectivas necesidades de trabajadores cualificados.

-Destaca la doble ventaja, medioambiental y económica, de la transición a una economía verde sostenible y las oportunidades de empleo que se derivan de ello, y pone de relieve que dichas oportunidades deben crear empleos de calidad y sostenibles tanto para los trabajadores cualificados como para los no cualificados.

-Reitera que dicha transición exige un enfoque global que incluya la educación, la formación, el desarrollo de capacidades, la investigación y desarrollo, las inversiones de los sectores privado y público y el desarrollo de infraestructuras, todo lo cual contribuye a generar oportunidades de empleo variadas y sostenibles.

-Considera que las empresas europeas innovadoras no sólo necesitan subvenciones, sino también una mejor legislación, mejor conexión con la base de investigación y un acceso mejor y más diverso a las ayudas y la financiación, que pueden consistir tanto en subvenciones como en préstamos o financiación de capital; pide, por consiguiente, a los Estados miembros y a la Comisión que para ello creen condiciones adecuadas a escala nacional y europea.

-Señala en particular la importancia de acceder a una formación adecuada y desarrollar aptitudes en el ámbito de la ecoinnovación, con miras a ofrecer a los empresarios la mano de obra cualificada requerida, dotar a los jóvenes de los conocimientos, habilidades y competencias necesarios para ser empleables en respuesta a las oportunidades de innovación que surjan, y facilitar la transición de los trabajadores de sectores en declive a sectores nuevos y verdes; destaca, a este respecto, las oportunidades que ofrecen las prácticas

formativas en el ámbito rural y otros tipos de formación profesional a la hora de desarrollar esos nuevos conjuntos de aptitudes.

-Solicita la integración horizontal del concepto de ecoinnovación en los Fondos Estructurales y en el Fondo de Cohesión; recomienda que las autoridades locales y regionales, de conformidad con la estructura jurídica e institucional de cada Estado miembro, adopten estrategias de desarrollo en consonancia con los objetivos de la Estrategia Europa 2020 para crear nuevos puestos de trabajo en una economía sostenible.

-Pone de relieve el papel que las asociaciones y sinergias entre el sector de la educación, las empresas y las autoridades locales y regionales pueden desempeñar para ofrecer la formación necesaria, incluidas las aptitudes relacionadas con las PYME para hombres y mujeres, la orientación profesional, la calidad, las prácticas subvencionadas y las oportunidades de formación dual, con el fin de ofrecer un acceso amplio a las oportunidades de empleo y a los puestos de trabajo de calidad que surgen como resultado de la ecoinnovación.

-Insta a los Estados miembros a que hagan uso, lo antes posible, del Fondo Social Europeo para programas destinados a aumentar las cualificaciones de los trabajadores, formarlos y ofrecerles nueva formación.

-Considera importante que las ecoinnovaciones y las tecnologías medioambientales resulten viables a largo plazo en términos financieros y de competitividad y considera que, cuando se conceden ayudas públicas, el apoyo a la inversión de carácter público debe alentar los métodos de producción respetuosos con el medio ambiente. Además, pide que se ofrezcan posibilidades de financiación específicas para las PYME y cooperativas en relación con los conceptos de ecoinnovación.

-*Fondos de pensiones*.- Directiva (UE) 2016/2341 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo (FPE) (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 354, 23-12-16)

Se aprueba la Directiva (UE) 2016/2341 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo. Constituye una refundición, en aras de una mayor claridad, de la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y las diversas modificaciones sustanciales de la misma que se han llevado a cabo en diversas ocasiones.

Destaca especialmente en esta regulación el objetivo de que, en el mercado interior, los fondos de pensiones de empleo (FPE) tengan la posibilidad de operar en otros Estados miembros, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección y seguridad a los partícipes y beneficiarios de los planes de pensiones de empleo.

La presente Directiva persigue una armonización mínima, por lo que no debe imposibilitar que los Estados miembros mantengan o adopten otras disposiciones para proteger a los partícipes y beneficiarios de los planes de pensiones de empleo, siempre y cuando tales disposiciones sean compatibles con las obligaciones de los Estados miembros en virtud del Derecho de la Unión. La presente Directiva no afecta a cuestiones relativas a la

legislación nacional en materia social, laboral, fiscal o de contratos, ni a la adecuación de las disposiciones en materia de pensiones en los Estados miembros.

Con el fin de facilitar aún más la movilidad de los trabajadores entre los Estados miembros, la presente Directiva aspira a garantizar la buena gobernanza, el suministro de información a los partícipes de los planes de pensiones, y la transparencia y la seguridad de las pensiones de empleo.

Como principio general, se parte de la base de que es preciso actuar de manera adecuada para mejorar en mayor medida los planes de ahorro privados complementarios de jubilación, como los planes de pensiones de empleo, teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social están sometidos a una presión cada vez mayor -lo que significa que se recurre cada vez más a planes de pensiones de empleo como complemento de otros regímenes de jubilación-, y que los FPE desempeñan un importante papel en la financiación a largo plazo de la economía de la Unión y en la prestación de pensiones de jubilación seguras a los ciudadanos (con activos por valor de 2,5 billones de euros en nombre de aproximadamente 75 millones de partícipes y beneficiarios). Se considera necesario mejorar estas pensiones sin que ello signifique poner en duda la enorme importancia del régimen de pensiones de la seguridad social en términos de protección social segura, duradera y efectiva, que debe garantizar un nivel de vida decente en la vejez, por lo que debe constituir el núcleo del objetivo de reforzar los modelos sociales europeos.

Se considera que la facilitación de la actividad transfronteriza de los FPE y la transferencia transfronteriza de planes de pensiones, mediante la clarificación de los procedimientos pertinentes y la supresión de los obstáculos innecesarios, podría tener repercusiones positivas para las empresas afectadas y sus empleados, con independencia del Estado miembro en que trabajen, gracias a la centralización de la gestión de las prestaciones de jubilación.

Entre los aspectos regulados en esta Directiva destacan los siguientes:

-Las actividades transfronterizas de los FPE se deberán entender sin perjuicio de la legislación social y laboral nacional en el ámbito de los planes de pensiones de empleo del Estado miembro de acogida que sea aplicable a la relación entre la empresa que ofrece el sistema de previsión (empresa promotora) y los partícipes y beneficiarios. Los conceptos de actividad transfronteriza y transferencia transfronteriza de planes de pensiones son distintos y deben estar regulados por disposiciones diferentes. Si una transferencia transfronteriza de un plan de pensiones conlleva una actividad transfronteriza, se deben aplicar las disposiciones relativas a la actividad transfronteriza.

-Si la empresa promotora y el FPE están ubicados en el mismo Estado miembro, el simple hecho de que los partícipes o beneficiarios de un plan de pensiones residan en otro Estado miembro no constituye en sí una actividad transfronteriza.

-Los Estados miembros deben tener en cuenta la necesidad de proteger los derechos de pensión de los trabajadores destinados temporalmente en otro Estado miembro.

-A pesar de la entrada en vigor de la Directiva 2003/41/CE, la actividad transfronteriza se ha limitado debido a las divergencias en las legislaciones social y laboral

nacionales. Por otra parte, persisten obstáculos prudenciales importantes que hacen que resulte más oneroso para los FPE gestionar planes de pensiones a nivel transfronterizo. Además, debe mejorarse el nivel mínimo actual de protección de los partícipes y beneficiarios. Este aspecto resulta sumamente importante, ya que los riesgos de longevidad y de mercado se están asumiendo cada vez más por los partícipes y beneficiarios que por los FPE o las empresas promotoras. Además, debe aumentarse el nivel mínimo actual de información facilitada a los partícipes y beneficiarios.

-Los FPE deben estar completamente separados de las empresas promotoras y operar de acuerdo con el sistema de capitalización con el único objetivo de proporcionar prestaciones de jubilación. Los FPE que operan con ese único objeto deben gozar de la libertad de prestación de servicios y de la libertad de inversión, sujetos únicamente a unas normas prudenciales coordinadas, con independencia de que dichos FPE tengan o no personalidad jurídica.

-De conformidad con el principio de subsidiariedad, los Estados miembros deben conservar la plena responsabilidad de la organización de sus sistemas de pensiones, así como del papel reservado a cada uno de los «tres pilares» del sistema de pensiones en cada Estado miembro. En el contexto del segundo pilar, también deben ser plenamente responsables del papel y las funciones de las diversas instituciones que efectúan el pago de las prestaciones de las pensiones de empleo, tales como los fondo de pensiones de empleo sectoriales o promovidos por las empresas, y las empresas de seguros de vida. La presente Directiva no tiene por objetivo cuestionar tales prerrogativas de los Estados miembros, sino animarlos a establecer regímenes de pensiones de jubilación adecuados, seguros y sostenibles, y a facilitar la actividad transfronteriza.

-Deben excluirse del ámbito de aplicación de la presente Directiva a las instituciones que gestionen sistemas de seguridad social, que estén ya coordinados en el ámbito de la Unión. No obstante, es necesario tener en cuenta la especificidad de los FPE que, en un único Estado miembro, gestionen a la vez sistemas de seguridad social y planes de pensiones de empleo. Por otra parte, las instituciones que operen con arreglo al principio de la financiación del capital como parte de sistemas de seguridad social obligatorios no están cubiertas por la presente Directiva. Además, las entidades financieras que ya se beneficien de un marco legal de la Unión están, en general, excluidas del ámbito de aplicación de la presente Directiva. No obstante, en la medida en que esas entidades desarrollan, en algunos casos, actividades de pensiones de empleo, es importante asegurarse de que la presente Directiva no provoque distorsiones de competencia, que pueden evitarse aplicando a las actividades de pensiones de empleo que lleven a cabo las empresas de seguros de vida los requisitos prudenciales de la presente Directiva, de conformidad con el artículo 2, apartado 3, letra a), incisos i) a iii), y letra b), incisos ii) a iv), de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Asimismo, la Comisión debe examinar de cerca la situación en el mercado de las pensiones de empleo y estudiar la posibilidad de ampliar la aplicación opcional de la presente Directiva a otras entidades financieras reguladas.

-Puesto que los FPE tienen por objetivo garantizar la seguridad financiera en la jubilación, sus prestaciones de jubilación deben adoptar, por regla general, la forma de rentas de carácter vitalicio, temporal, pago único o cualquier combinación de estas posibilidades.

-En caso de quiebra de una empresa promotora, los partícipes pueden perder sus empleos y sus derechos de pensión adquiridos, lo que hace necesario garantizar que exista una separación clara entre la empresa promotora y el FPE y que se establezcan normas prudenciales mínimas para proteger a los partícipes.

-Los FPE son instituciones de prestaciones de pensión con una finalidad social que prestan servicios financieros. Son responsables del pago de las prestaciones de las pensiones de empleo y, por consiguiente, deben cumplir determinados requisitos prudenciales mínimos con respecto a sus actividades y condiciones de funcionamiento, teniendo en cuenta las normativas y usos nacionales. Sin embargo, estas instituciones no deben ser tratadas como meros proveedores de servicios financieros. Su función social y la relación triangular existente entre empleados, empleadores y FPE deben recibir el reconocimiento y el respaldo adecuados como principios rectores de la presente Directiva.

-Sin perjuicio del Derecho laboral y social nacional relativo a la organización de los sistemas de pensiones, incluidos la afiliación obligatoria y los resultados de acuerdos de negociación colectiva, los FPE deben tener la posibilidad de prestar sus servicios en otros Estados miembros una vez recibida la autorización de la autoridad competente de su Estado miembro de origen. Debe permitirse a los FPE que puedan actuar como fondos de pensiones de empleo que integren planes de pensiones cuyas empresas promotoras estén situadas en cualquier Estado miembro y que integren planes de pensiones con partícipes de más de un Estado miembro. Todo ello puede generar importantes economías de escala para dichos FPE, mejorar la competitividad de la industria de la Unión y fomentar la movilidad laboral.

-La facultad de un FPE establecido en un Estado miembro de gestionar un plan de pensiones establecido en otro Estado miembro debe ejercerse respetando plenamente las disposiciones del Derecho social y laboral vigente en el Estado miembro de acogida en la medida en que afecte a los planes de pensiones de empleo, como, por ejemplo, en lo relativo a la determinación y el pago de las pensiones de jubilación y a las condiciones para movilizar los derechos consolidados. Conviene clarificar el ámbito de las normas prudenciales, a fin de garantizar la seguridad jurídica de las actividades transfronterizas de los FPE.

-Los FPE deben poder transferir planes de pensiones a otros FPE a través de las fronteras dentro de la Unión, con objeto de facilitar la organización de la previsión ocupacional para la jubilación a escala de la Unión. Las transferencias deben estar sujetas a la autorización de la autoridad competente del Estado miembro de origen del FPE receptor del plan de pensiones una vez que la autoridad competente haya obtenido la aprobación de la autoridad competente del Estado miembro de origen del FPE que transfiera el plan de pensiones. La transferencia y sus condiciones deben estar sujetas a la aprobación previa de una mayoría de los partícipes y una mayoría de los beneficiarios afectados o, si procede, de una mayoría de sus representantes, como los fiduciarios de un sistema basado en la confianza.

-En caso de transferencia de una parte del plan de pensiones, debe garantizarse la viabilidad tanto de la parte transferida como de la parte restante del plan de pensiones, y deben protegerse adecuadamente después de la transferencia los derechos de todos los partícipes y beneficiarios, exigiendo a los FPE transferentes y receptores que mantengan

activos suficientes y adecuados para cubrir las provisiones técnicas de la parte transferida y la parte restante del plan.

-Un cálculo prudente de las provisiones técnicas constituye una condición esencial para asegurar que pueden cumplirse los compromisos de pago de las prestaciones de jubilación tanto a corto como a largo plazo. El volumen de las provisiones técnicas debe ser suficiente para satisfacer las prestaciones en curso de pago a los beneficiarios y para reflejar los compromisos por pensiones devengados a favor de los partícipes. Pero como los riesgos cubiertos por los FPE difieren significativamente entre los Estados miembros, los Estados miembros de origen deben tener la posibilidad de efectuar el cálculo de las provisiones técnicas con arreglo a normas adicionales y más detalladas que las establecidas en la presente Directiva. En cualquier caso, debe exigirse que las provisiones técnicas sean objeto de cobertura por activos suficientes y adecuados para proteger los intereses de los partícipes y beneficiarios del plan en caso de insolvencia de la empresa promotora.

-Con el fin de promover la igualdad de condiciones entre los FPE nacionales y transfronterizos, los Estados miembros deben tomar en consideración los requisitos relativos a la financiación tanto para los FPE nacionales como para los transfronterizos.

-Debe autorizarse a los FPE a invertir en otros Estados miembros de conformidad con las normas de su Estado miembro de origen, con el fin de reducir el coste de la actividad transfronteriza. Por consiguiente, los Estados miembros de acogida no deben poder imponer requisitos de inversión adicionales a los FPE domiciliados en otros Estados miembros.

-Algunos riesgos no pueden reducirse mediante requisitos cuantitativos recogidos en las provisiones técnicas y los requisitos de financiación, sino que solo pueden abordarse debidamente a través de obligaciones en materia de gobernanza. Garantizar un sistema eficaz de gobernanza es, por tanto, esencial para gestionar correctamente los riesgos y la protección de los partícipes y beneficiarios. Dicho sistema debe guardar proporción con el tamaño, la naturaleza, la escala y la complejidad de las actividades de los FPE.

-Una función clave es la capacidad para llevar a cabo determinadas tareas de gobernanza. Los FPE deben tener capacidad suficiente para contar con una función de gestión de riesgos, una función de auditoría interna y, en su caso, una función actuarial.

-Cada Estado miembro debe exigir que todo FPE establecido en su territorio elabore cuentas anuales e informes de gestión que tomen en consideración cada uno de los planes de pensiones adscritos a dicho FPE y, en su caso, cuentas anuales e informes de gestión para cada plan, que deben ofrecer una imagen fiel de los activos, compromisos y situación financiera del FPE, tomando en consideración cada uno de los planes de pensiones gestionados por el FPE y debiendo estar debidamente aprobado por una persona autorizada.

-La política de inversión de un FPE constituye un factor decisivo para la seguridad y la sostenibilidad económica a largo plazo de los planes de pensiones de empleo. Por este motivo los FPE deben fijar y, al menos cada tres años revisar, las directrices de su política de inversión. Dicha declaración debe ponerse a disposición de la autoridad competente y, previa solicitud, ponerse igualmente a disposición de los partícipes y beneficiarios de cada plan.

-A la vista de la naturaleza del plan de pensiones establecido y de la carga administrativa que implica, los FPE deben ofrecer información clara y adecuada a los partícipes potenciales, a los partícipes y a los beneficiarios para fundamentar las decisiones que adopten sobre su jubilación y garantizar un elevado nivel de transparencia a lo largo de las distintas fases de un plan. Así, antes de afiliarse a un plan de pensiones, los partícipes potenciales deben recibir toda la información necesaria para poder decidir con conocimiento de causa. Cuando los partícipes potenciales no puedan elegir y se les dé de alta automáticamente en un plan de pensiones, el FPE les proporcionará rápidamente después del alta la información pertinente esencial sobre su afiliación. Además, para los partícipes, los FPE deben elaborar una declaración de las prestaciones de pensión que contenga información general y personal importante sobre el plan de pensiones, informándoles con suficiente antelación antes de la jubilación sobre sus opciones de pago de la pensión. Y durante la fase de percepción de las prestaciones de jubilación, los beneficiarios deben seguir recibiendo información sobre sus prestaciones y las opciones de pago correspondientes.

-Con el fin de garantizar una supervisión eficaz de las actividades externalizadas, incluidas todas las actividades que se reexternalicen subsiguientemente, es esencial que las autoridades competentes tengan acceso a todos los datos pertinentes que obren en poder de los prestadores de servicios a los que se hayan externalizado las actividades, con independencia de que se trate de una entidad regulada o no regulada, y que tengan derecho a realizar inspecciones in situ.

La obligación de transponer la presente Directiva al Derecho nacional debe limitarse a las disposiciones que constituyan una modificación de fondo respecto de las Directivas anteriores. La obligación de transponer las disposiciones inalteradas se deriva de las Directivas anteriores.

***-Inspección de trabajo*.- Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre el tema «Inspecciones de trabajo eficaces como estrategia para mejorar las condiciones laborales en Europa» (2013/2112(INI)) (DOUE C 482, 23-12-16)**

Constituye ésta una importante Resolución del Parlamento Europeo sobre una de las instituciones clave para la mejora de las condiciones laborales y el cumplimiento de las normas, la Inspección de Trabajo.

En primer lugar, como premisa importante, el Parlamento Europeo declara "que las inspecciones de trabajo desempeñan una función fundamental en la protección de los derechos de los trabajadores, ya que garantizan la salud y la seguridad en el lugar de trabajo y luchan contra unos entornos de trabajo poco seguros, impiden el incumplimiento de la normativa en materia de protección laboral y fomentan un crecimiento económico justo y responsable desde el punto de vista social, además de contribuir a que se abonen realmente los salarios y las contribuciones sociales y, con ello, a que aumenten los ingresos fiscales y los de los sistemas de seguridad social, y a que se garantice que los trabajadores dispongan de un seguro de enfermedad y de accidente en el lugar de trabajo y a que cobren unas pensiones".

En segundo lugar, destaca el diagnóstico que realiza el Parlamento Europeo sobre la situación actual que determina la necesidad de establecer a nivel europeo un conjunto de

medidas y recomendaciones para la existencia de una Inspección de trabajo eficaz y una adecuada protección de los trabajadores: la necesidad creciente de una inspección de trabajo en el contexto del desplazamiento de trabajadores por toda Europa; la necesidad de reforzar las inspecciones de trabajo en las PYME y en las obras de tamaño reducido; que la responsabilidad de las empresas multinacionales con respecto a las condiciones laborales y la salud de los trabajadores no se puede garantizar únicamente mediante acuerdos en materia de responsabilidad social de las empresas; que la externalización del trabajo a través de la subcontratación y el trabajo temporal conlleva a menudo una mano de obra menos cualificada y la dificultad de identificación de la responsabilidad en materia de disposiciones sobre salud y seguridad en el trabajo; que el trabajo no declarado tiene consecuencias negativas en las economías de los Estados miembros, en la sostenibilidad financiera del modelo social europeo y en la financiación y pago de las prestaciones sociales y de los servicios públicos; que una de las consecuencias de la crisis económica ha sido el aumento de la carga de trabajo, en particular en lo que se refiere a cambios en la jornada laboral; que siguen surgiendo nuevas formas de relaciones laborales que son cada vez más difíciles de encajar en la normativa vigente; que los trabajadores contratados de manera irregular son víctimas de consecuencias negativas indirectas tales como la falta de acceso a la información, a los servicios de salud ocupacional y de formación y a largo plazo afecta al derecho a una pensión de jubilación, lo que se traduce en un mayor riesgo de pobreza; que el trabajo no declarado distorsiona la competencia en el mercado interior, y produce situaciones de dumping social; que el trabajo no declarado representa en la actualidad el 18,8 % del PIB en la UE-27 y más del 30 % en algunos países; que las acciones de denuncia de irregularidades son necesarias para facilitar la detección de los abusos y garantizar la protección del denunciante, y tanto la UE como los Estados miembros tienen el deber de proteger plenamente a los denunciantes; que 168 000 ciudadanos europeos fallecen cada año víctimas de accidentes o de enfermedades laborales y siete millones sufren lesiones debidas a accidentes, siendo indispensable la prevención de riesgos; que los sistemas de inspección, en mayor o menor grado, no cuentan con personal ni con los recursos necesarios; que la fragmentación del mercado laboral y la propagación incontrolada y no reglamentada de determinadas formas de empleo en algunos Estados miembros está reduciendo de manera importante los niveles salariales; que los sectores más afectados por el trabajo no declarado presentan una gran intensidad de mano de obra (construcción, seguridad, limpieza, trabajadores domésticos, cuidados y servicios asistenciales…) y se caracterizan por la precariedad de las condiciones de trabajo y de remuneración; que existe una estrecha relación entre la inmigración ilegal y el trabajo no declarado y que los trabajadores que ejercen un trabajo no declarado carecen de seguro social, de enfermedad y de accidente; que las inspecciones de trabajo en relación con servicios transfronterizos y las relaciones laborales son una cuestión transfronteriza y que el acceso transfronterizo a los datos es inadecuado.

Por todo ello, en tercer lugar, el Parlamento Europeo señala, por un lado, una serie de medidas de control a nivel nacional (principios para una inspección de trabajo eficaz, medidas sobre el trabajo no declarado y medidas en relación con la protección de los trabajadores, en particular respecto a la salud y seguridad en el lugar de trabajo) y, por otro lado, recomendaciones sobre políticas a escala de la UE (mayor fluidez y eficacia en los intercambios transfronterizos de información y nuevas iniciativas legislativas a escala de la UE).

Entre ellas destacan:

-la obligación de aplicar los principios del Convenio número 81 de la OIT sobre la inspección de trabajo, que todos los Estados miembros han firmado y ratificado;

-que las inspecciones de trabajo solo pueden ser eficaces si se realizan sin previo aviso, de forma reiterada y conforme a un principio aleatorio; y que, para que las sanciones sean eficaces, deben concebirse de tal manera que garanticen que los empresarios no pueden obtener ningún beneficio de la elusión de los acuerdos salariales o de la legislación o normativa vigentes;

-que los Estados miembros, en los casos de abuso detectados por los organismos de inspección de trabajo, o cuando los denunciantes pongan casos de abuso en conocimiento de los inspectores de trabajo, protejan a los trabajadores afectados y a los denunciantes implicados y les permitan reivindicar sus derechos de manera gratuita; señalando que un derecho de recurso judicial directo o un derecho de demanda colectiva protegen a los trabajadores afectados y a los denunciantes de manera eficaz.

-que los Estados miembros apliquen las disposiciones legales mediante sanciones proporcionadas a la gravedad de la infracción y que sancionen de manera disuasoria el incumplimiento de las condiciones de trabajo; si bien destaca que para mejorar las condiciones laborales la mejor vía son medidas de prevención e inspecciones decididas y bien coordinadas desde una etapa temprana facilitando a los empleadores información y asesoramiento o el registro retroactivo de los trabajadores no declarados, entre otros factores;

-que deben adoptarse medidas particulares en determinados ámbitos de actividad o en relación con colectivos de trabajadores específicos: el medio rural, los trabajadores con contratos de duración determinada y las empresas que celebran contratos temporales, los trabajadores domésticos (pidiendo a los Estados miembros que ratifiquen el Convenio nº 189 de la OIT), los trabajadores a domicilio y los teletrabajadores, el sector de los transportes, los falsos autónomos (especialmente en los sectores de la construcción y de transformación de la carne) y los supuestos de externalización y subcontratación, el trabajo no declarado, y los trabajadores migrantes que se encuentran en una situación irregular o no autorizada;

-destaca la dificultad de aplicar las normas de salud y seguridad en el trabajo en el caso de los trabajadores que realizan actividades no declaradas; subraya que el derecho a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo se aplica a todos y cada uno de los trabajadores por cuenta propia y ajena y que una mejor aplicación de las normas existentes permitirá dotar de contenido a ese derecho; y sugiere que los Estados miembros estudien la posibilidad de ofrecer revisiones médicas confidenciales para todos los trabajadores con carácter gratuito una vez al año o, al menos, una vez por contrato, con el fin de garantizarles una protección básica;

-aboga por endurecer las sanciones a las empresas que incumplan sus obligaciones en relación con los derechos fundamentales de los trabajadores, y considera que dichas sanciones deben tener un efecto suficientemente disuasorio que permita garantizar que el empleador no pueda en ningún caso beneficiarse si elude observar las normas vigentes en materia de salud y seguridad en el trabajo; pide a los Estados miembros que revisen sus

sistemas de fijación de sanciones para que el nivel de la multa sea proporcional a los daños y que garanticen que esté por encima de los beneficios obtenidos al eludir las normas;

-considera que la Estrategia Europa 2020 pone de relieve la necesidad de aumentar la presencia de las mujeres en el mercado de trabajo y que los inspectores de trabajo deben tener conocimiento de las condiciones laborales tanto de las mujeres como de los hombres;

-pide que las sanciones también se apliquen a las empresas cuando se descubra que estas incluyen en una lista negra a trabajadores por sus actividades como representantes sindicales o en materia de salud y seguridad;

-pide que se apoye a las autoridades nacionales de inspección en la aplicación de un sistema de protección de los trabajadores eficaz y centrado en el lugar de trabajo, sobre todo en las pequeñas y medianas empresas; e insta a los Estados miembros a que garanticen que las inspecciones se concentren con mayor claridad en la búsqueda de soluciones concretas y viables para subsanar las deficiencias detectadas en materia de salud y seguridad en el trabajo;

-que las inspecciones de trabajo intensifiquen las iniciativas específicas de prevención y educación encaminadas a dar a conocer entre los ciudadanos las normas y los procedimientos en materia de salud y seguridad;

-pide a la Comisión que, en colaboración con los interlocutores sociales y las autoridades nacionales competentes y respetando el principio de subsidiariedad, dedique recursos humanos adecuados a las situaciones transfronterizas de incumplimiento de la normativa de protección de los trabajadores y de trabajo no declarado —encargados, entre otras cosas, de la detección de sociedades ficticias y del control de los proveedores de servicios transnacionales—, y que ponga en marcha programas de formación continua de ámbito europeo dirigidos a los organismos de inspección, que aborden cuestiones como los falsos autónomos y el desplazamiento de trabajadores, la detección de nuevas técnicas de elusión de las normas y la organización de controles transfronterizos; recomienda asimismo que los organismos nacionales de inspección lleven a cabo inspecciones transfronterizas conjuntas de forma ocasional, especialmente en las zonas cercanas a las fronteras;

-pide a la Comisión que estudie las ventajas que aportaría la introducción —y que, si procede, la ponga a disposición— de una tarjeta europea de seguridad social a prueba de falsificaciones o de otro documento electrónico de ámbito europeo;

43. Pide a la Comisión que lleve a cabo un proyecto piloto sobre un sistema europeo de alerta rápida destinado a señalar las infracciones de las normas de protección de los trabajadores y los casos de trabajo no declarado, que favorecería el intercambio rápido de información entre los Estados miembros y se acompañaría de una lista negra, de modo que se evite de un modo más eficaz el incumplimiento de la normativa de protección de los trabajadores; indica que este sistema de alerta rápida puede tomar como referencia el actual sistema de alerta rápida de protección de los consumidores (RAPEX); subraya la necesidad de documentar de forma precisa las infracciones de las normas mediante el registro sistemático de los resultados de las inspecciones, de manera que puedan tomarse medidas específicas contra los abusos;

-señala que, en determinadas situaciones transfronterizas, se ha limitado considerablemente el derecho de control de las autoridades nacionales de inspección sobre sociedades extranjeras, lo que ha puesto en peligro tanto la protección de los trabajadores como la igualdad de condiciones; y pide a la Comisión y a los Estados miembros que garanticen que los organismos de inspección puedan ejercer plenamente su derecho a realizar inspecciones independientes no discriminatorias en situaciones transfronterizas, independientemente del lugar de establecimiento de la sociedad;

-resalta que las directivas existentes en materia de seguridad social y empleo no hacen suficiente hincapié en la mejora de la ejecución ni en el papel de los organismos de inspección de trabajo; considera que, cuando sea necesario, las directivas existentes deben examinarse y revisarse minuciosamente y que debe abordarse mejor la cuestión de la ejecución en el Derecho laboral europeo; acoge con satisfacción, en este contexto, las normas mínimas de inspección propuestas por la Comisión en las directivas relativas a determinados grupos de trabajadores; destaca que el papel de los organismos de inspección y de los interlocutores sociales debe tenerse en cuenta en materia de seguridad social y de empleo de manera que sea posible garantizar una protección eficaz;

-pide a los Estados miembros y a la Comisión que fomenten la adopción voluntaria de normas laborales más estrictas por parte de las empresas a través del establecimiento de un sistema de «etiquetas sociales» gratuitas reconocidas a escala nacional o de la UE;

-considera necesario reforzar el papel de los inspectores de trabajo e intensificar las campañas contra el trabajo infantil y pide a la Comisión que ponga en marcha campañas específicas de control y supervisión a escala de la UE centradas en las condiciones de trabajo de los menores, con especial atención a los menores migrantes;

-pide a la Comisión y a los Estados miembros que garanticen que todos los trabajadores puedan ejercer sus derechos procesales y derechos de ejecución, tales como los indicados en la propuesta de Directiva sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos concedidos a los trabajadores en el marco de la libre circulación de los trabajadores;

-considera importante que, en relación con los trabajadores móviles, los organismos nacionales de inspección y, en su caso, las organizaciones de trabajadores puedan realizar inspecciones siempre que lo consideren necesario;

-pide a la Comisión que diseñe directrices y facilite la cooperación y el intercambio de información entre los Estados miembros, de manera que estos puedan analizar y controlar con mayor eficacia las actividades de las empresas de trabajo temporal, incrementando las inspecciones exhaustivas de estas empresas y considerando la posibilidad de introducir medidas que sometan a dichas empresas a obligaciones de certificación e información;

-pide a la Comisión que, respetando el principio de subsidiariedad, presente un libro verde que apoye la función de los inspectores de trabajo y establezca normas europeas para las inspecciones de trabajo, así como requisitos uniformes de formación en este ámbito, teniendo en cuenta las diferencias entre los mercados nacionales de trabajo.

-Protección social. Trabajadores Autónomos.- **Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre la protección social para todos, incluidos los trabajadores autónomos (2013/2111(INI)) (DOUE C 482, 23-12-16)**

El Parlamento Europeo, a través de esta Resolución hace hincapié en la necesidad de optimizar y modernizar constantemente los sistemas de protección social a escala de los Estados miembros con el fin de garantizar una protección social fuerte, sostenible y adecuada para todos, basada en los principios del acceso universal y la no discriminación y capaz de reaccionar con flexibilidad ante la evolución demográfica y del mercado de trabajo.

Pide a los Estados miembros que garanticen una financiación responsable y sostenible a largo plazo de los sistemas de seguridad social, en particular en épocas de crisis económica, y que desarrollen la vertiente preventiva de los sistemas de seguridad social y hagan mayor hincapié en la activación de medidas, sin olvidar que uno de los aspectos más importantes de las inversiones sociales es que permiten conciliar los objetivos sociales y económicos y que a largo plazo pueden contribuir a mantener y desarrollar la economía; considera, a este respecto, que las inversiones sociales deben considerarse precisamente como tales, es decir, inversiones y no gastos.

En la Resolución se hace especial referencia a la protección social de los trabajadores autónomos, destacando una serie de medidas que deberían ser adoptadas por la UE y por los Estados miembros:

-garantizar que todos los trabajadores y todas las personas que ejercen una actividad autónoma tengan acceso al aprendizaje permanente mediante la redistribución de la financiación nacional y de la UE existente destinada exclusivamente a trabajadores con contratos permanentes para destinarla a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores autónomos, independientemente de su tipo de contrato:

-facilitar la posibilidad a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores autónomos y sus cónyuges o parejas que participen en sus actividades, de conciliar trabajo y responsabilidades de prestación de cuidados, por ejemplo acelerando la aplicación de los artículos 7 y 8 de la Directiva 2010/41/UE de 7 de julio de 2010 y ofreciendo a los trabajadores que lo soliciten flexibilidad en cuanto al horario de trabajo, el teletrabajo y el trabajo a tiempo parcial para el cuidado de menores y personas dependientes.

-ofrecer oportunidades para la formación continua y la reconversión profesional de trabajadores asalariados, trabajadores autónomos y aquellos que estén en transición de un trabajo asalariado a un trabajo autónomo;

-promover y facilitar la autoorganización de los trabajadores autónomos, especialmente de las mujeres, con el objetivo de incrementar su capacidad para defender sus intereses colectivos;

-solucionar, conforme a la Directiva 2010/41/UE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, todos los obstáculos que impiden que las mujeres y sus cónyuges o parejas reconocidas de acuerdo con la legislación nacional puedan beneficiarse de la protección social a la que tienen derecho de conformidad con esa legislación;

-abordar de manera eficaz la falta de protección social que se observa en los casos de familiares, e incluso cónyuges (parejas), que trabajan en empresas familiares pequeñas o muy pequeñas, dada la ambigüedad y la falta de formalidad que conllevan dichas relaciones laborales o cuando son ellos mismos trabajadores autónomos;

-reconocer debidamente el trabajo autónomo como una forma de trabajo que favorece la creación de empleo y la disminución del desempleo, y que su evolución positiva debería ir acompañada de medidas adecuadas de protección social de los trabajadores autónomos definidas en la legislación nacional de los Estados miembros;

-facilitar la conciliación del trabajo y las responsabilidades de prestación de cuidados ofreciendo a los trabajadores flexibilidad en relación con la jornada laboral y el lugar de trabajo, a fin de evitar una situación en la que no tengan más opciones de flexibilidad que la de recurrir al empleo autónomo dependiente;

-llevar a cabo una definición nacional clara de trabajo autónomo para evitar el riesgo del falso trabajo autónomo entre los trabajadores de la UE, que puede dificultar su acceso a una seguridad social adecuada;

-identificar claramente el falso trabajo autónomo y sancionar a los empresarios si se constatan y acreditan tales casos; insiste, no obstante, en que la determinación de la condición de trabajador asalariado debe seguir siendo una responsabilidad jurídica del Estado miembro anfitrión en cuyo territorio se realice el trabajo;

-estudiar la cuestión del trabajo autónomo dependiente y encontrar soluciones prácticas, especialmente en aquellos sectores en los que las actividades transfronterizas desempeñan una función importante y entre los grupos vulnerables, como los trabajadores domésticos y los trabajadores con salarios bajos;

-velar por que el trabajo autónomo no se convierta en un medio de impedir que los trabajadores disfruten de los beneficios de la seguridad social y la seguridad en el trabajo ni un medio de que los empleadores eludan el Derecho laboral y de la seguridad social; asimismo, se debe evitar la asimilación de los trabajadores autónomos con los asalariados a fin de proteger las ventajas del trabajo autónomo y de la actividad económica de tal naturaleza, y de contribuir al desarrollo del espíritu empresarial y de la calidad de los servicios;

-ampliar, de ser necesario, la protección social en lo que se refiere a la jubilación, la incapacidad, los permisos de maternidad/paternidad y el desempleo, de manera que la protección social de los trabajadores autónomos se adapte mejor a las necesidades de los mismos;

-promover y apoyar los seguros de grupo para los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales; garantizar a los trabajadores autónomos el acceso a regímenes colectivos de seguro y de pensiones basados en la solidaridad;

-poner a disposición de los trabajadores autónomos y de los trabajadores móviles información sobre sus derechos y obligaciones en caso de migración, inmigración y trabajo transfronterizo;

-involucrar a los interlocutores sociales, de conformidad con las prácticas nacionales, en un proceso de desarrollo y modernización de la protección social, y profundizar el diálogo social a nivel nacional y de la UE; asimismo, pide a los interlocutores sociales que incluyan las cuestiones relacionadas con los derechos laborales y la protección social de los trabajadores autónomos, con objeto de seguir creando un marco de protección social suficiente para los trabajadores autónomos, sobre la base de la reciprocidad y el principio de no discriminación, y que analicen si es preciso incluir a los trabajadores autónomos en la negociación colectiva y el modo de hacerlo, adoptando estrategias concretas sobre el modo de abordar los problemas de los trabajadores autónomos en los casos en que la legislación nacional no permite la representación sindical de los trabajadores autónomos.

-***Seguridad y salud en el trabajo***.- **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 10 de diciembre de 2013, sobre la propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Convenio relativo a la seguridad en la utilización de los productos químicos en el trabajo, de 1990, de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio n.° 170) (11463/2013 — C7-0236/2013 — 2012/0320(NLE)) (DOUE C 468, 15-12-16)**

-***Trabajo doméstico***.- **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 11 de diciembre de 2013, sobre la propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011, de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio n° 189) (11462/2013 — C7-0234/2013 — 2013/0085(NLE)) (DOUE C 468, 15-12-16)**

-***Ayudas sociales. Comunidad Autónoma de Andalucía***- **Acuerdo de 20 de diciembre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de pensionistas por Jubilación e Invalidez en sus modalidades no Contributivas, para el año 2017 (BOJA 27-12-2016)**

La insuficiencia de las prestaciones no contributivas del Sistema de Seguridad Social junto con la competencia exclusiva que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de asistencia y servicios sociales impulsaron a la Administración autonómica a la aprobación del Decreto 284/1998, de 29 de diciembre, para el establecimiento de ayudas económicas complementarias de carácter extraordinario a favor de los pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas. Dicho Decreto, y su modificación, fueron objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional, que mediante Sentencia nº 239/2002, de 11 de diciembre, desestimó los conflictos positivos de competencia promovidos por el Gobierno de la Nación. Conforme al contenido de dicha Sentencia, la Comunidad Autónoma de Andalucía reanudó el pago de las Ayudas Sociales de carácter Extraordinario a favor de pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas en el año 2003, habiéndose abonado las mismas con carácter ininterrumpido desde entonces.

La Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, dispone en su artículo 14 que podrán establecerse prestaciones económicas, de carácter periódico y no periódico, a favor de aquellas personas que no puedan atender a sus necesidades básicas debido a la situación económica y social en que se hallan. La Ley 1/1999, de 31 de marzo, de

Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, y la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, ambas en su artículo 40, se pronuncian en igual sentido, disponiendo que la Comunidad Autónoma de Andalucía puede establecer prestaciones económicas para las personas de estos colectivos que carezcan de los recursos necesarios para atender sus necesidades básicas, distintas y compatibles con las del Sistema de la Seguridad Social y con las que pueda otorgar la Administración General del Estado. En este sentido, el Gobierno de la Comunidad Autónoma considera que las personas beneficiarias de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social se encuentran incursas en este supuesto, en consideración a la cuantía de la prestación que perciben y su bajo nivel de rentas, como colectivo en riesgo de exclusión, debiéndose promover el establecimiento de mecanismos que ayuden a eliminar las causas que motivan este riesgo. Por ello, y desde el ámbito propio de competencias que la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene atribuido en materia de servicios sociales, se considera necesario el establecimiento para el año 2017 de una ayuda social de carácter extraordinario para quienes perciben en Andalucía pensiones de jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas

Este Acuerdo tiene por objeto el establecimiento de ayudas sociales extraordinarias a favor de las personas beneficiarias de pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas. Estas ayudas sociales, personales e intransferibles, tienen carácter extraordinario, como consecuencia de quedar limitada su vigencia al año 2017, sin que se consoliden para el futuro.

La cuantía individual de estas ayudas se fija en 123 euros, que se abonará mediante un pago único realizado de oficio durante el primer trimestre del año 2017, sin que precise solicitud de la persona interesada, a través de transferencia bancaria en la cuenta donde tengan las personas beneficiarias domiciliado el percibo ordinario de su prestación.

Serán personas beneficiarias de estas ayudas sociales de carácter extraordinario aquellas en quienes concurran los siguientes requisitos:

a) Ser perceptora de pensión de jubilación o invalidez en sus modalidades no contributivas y tener esta condición a 31 de diciembre de 2016.

b) Tener la vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

-Ayudas sociales. Comunidad Autónoma de Andalucía.- **Acuerdo de 20 de diciembre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de las personas perceptoras de las pensiones del Fondo de Asistencia Social y de las beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos para el año 2017 (BOJA 27-12-2016)**

La Comunidad Autónoma, en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de servicios sociales que le atribuye el artículo 61.1.a) del Estatuto de Autonomía para Andalucía, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, instauró ayudas económicas complementarias de carácter extraordinario para las personas beneficiarias de FAS y del SGIM mediante el Decreto 261/1989, de 19 de diciembre, con la finalidad de contribuir a mejorar su situación socioeconómica.

Constituye el objeto de estas ayudas la mejora de la cuantía económica de las prestaciones de los actuales beneficiarios y beneficiarias del Fondo de Asistencia Social y del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos, como expresión de solidaridad social hacia personas con recursos insuficientes, sin perjuicio de que continúen adoptándose las medidas necesarias para que aquéllas que reúnan los requisitos exigidos pasen a percibir las prestaciones no contributivas, en concordancia con el proceso de generalización de dichas prestaciones. Persistiendo actualmente la situación descrita, el Gobierno de la Comunidad Autónoma considera necesario establecer para el año 2017 esta ayuda de carácter extraordinario. En este sentido es preciso dejar constancia de que la cuantía de dicha ayuda está en la línea de fomentar una acción administrativa dirigida a la ciudadanía socialmente menos favorecida, mediante un aumento real en sus recursos económicos disponibles.

Estas ayudas tendrán la naturaleza de prestación de asistencia social y el carácter de personales, intransferibles y extraordinarias, como consecuencia de quedar limitada su vigencia al año 2017, sin que implique el derecho a seguir percibiéndolas en sucesivos años.

La cuantía individual de estas ayudas se fija en 1.188 euros anuales, y se abonará en cuatro pagas a lo largo del año, que se harán efectivas en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de 2017. El pago se realizará de oficio, sin que precise solicitud de la persona interesada, mediante transferencia bancaria en la cuenta donde tengan las personas beneficiarias domiciliado el percibo ordinario de su prestación.

Serán personas beneficiarias de estas ayudas sociales de carácter extraordinario aquellas en quienes concurran los siguientes requisitos:

a) Ser perceptora de una pensión asistencial reconocida en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, por el que se regula la concesión de ayudas del Fondo de Asistencia Social a ancianos y a enfermos incapacitados para el trabajo, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 28/1992, de 24 de noviembre, de Medidas Presupuestarias Urgentes, o tener reconocido el Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos, en los términos recogidos en la Disposición transitoria única del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y tener esta condición al menos durante los tres meses inmediatamente anteriores a las fechas establecidas para su pago en el acuerdo tercero.

b) Tener la vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

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 y Noticias Bibliográficas

1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO)

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

STS de 14 de julio de 2016, Rec. 539/2015 (RJ 2016\4084)

RCUD. Demanda de oficio de la TGSS en materia de relación laboral. Prestación de servicios de una agente de seguros en la empresa demandada: se estima la naturaleza laboral.

En demanda de oficio la TGSS solicita se declare que la prestación de servicios de una agente de seguros es laboral. La sentencia de instancia estimó la demanda, siendo confirmada en suplicación, y por esta Sala IV. Al efecto el TS señala que han de examinarse los datos concurrentes en cada caso, y en el presente, pese a que en el contrato de agencia se hace constar que el agente no tendrá relación de dependencia, esa nota de autonomía es desvirtuada: acudía todos los días a su oficina para realizar la jornada, recibiendo instrucciones del gestor del grupo sobre el trabajo a desarrollar, tras lo cual efectuaba las visitas a clientes o las llamadas asignadas, realizando al término del día un informe que entregaba al gestor, lo que también se verificaba semanal y mensualmente; para ello utilizaba los medios materiales de la empresa y la cartera de clientes de la misma, sin que pudiese efectuar dicho trabajo para otra aseguradora sin permiso de la demandada, el centro donde prestaba servicios cerraba en agosto, periodo en que disfrutaba sus vacaciones;, de donde se infiere que la prestación se llevaba a cabo dentro del ámbito de organización y dirección empresarial, lo cual, además, habría sido tácitamente reconocido por la propia empresa pues en el acto de conciliación de la demanda por despido, reconoció la improcedencia del mismo; y a ello no es óbice a ello el régimen retributivo pactado (comisiones por pólizas contratadas mediante la intervención de la actora).

STS de 14 de septiembre de 2016, Recurso: 846/2015 (RJ 2016\5429)

Recargo de prestaciones: vinculación de la sentencia de recargo a la dictada previamente por el orden contencioso. No es automática y cabe el apartamiento motivado de las conclusiones.

La jurisprudencia constitucional mantiene el principio general de vinculación de la sentencia firme del orden contencioso-administrativo respecto a la que deba dictarse posteriormente en el orden social (STC 21/2011). Si bien entendíamos que la indicada doctrina no consagra el criterio de la automaticidad absoluta, sino que exige dicha vinculación siempre que no existan razones expresamente fundadas para entender que en el caso concreto cabe una distinta apreciación o valoración de los hechos.

Por ello, partiendo del mantenimiento del citado principio general de vinculación, en nuestras sentencias nos decantamos por confirmar las sentencias que, apartándose de lo resuelto en la sentencia que resolvía la impugnación de la sanción, contenían, no obstante, un pronunciamiento distinto pero exteriorizaban el fundamento de la conclusión contradictoria con una motivación detallada y suficientemente. De ahí que, por el contrario, rechazáramos la aplicación de forma automática del principio general de vinculación sin valorar los hechos concurrentes y específicamente probados en el proceso social seguido en materia de recargo.

STS de 22 de septiembre de 2016, Rec. 633/2015 (RJ 2016\4741)

RESPONSABILIDAD DE LA MUTUA EN PRESTACIONES POR ENFERMEDAD PROFESIONAL: la ausencia de reclamación previa en el plazo legal impide que la Mutua reinicie el procedimiento con ulterior reclamación. La previsión del art. 71 LRJS (exclusiva caducidad del expediente quedando intacto el derecho sustantivo) únicamente se refiere al reconocimiento/denegación de prestaciones y a las personas individuales interesadas, no a las entidades colaboradoras y a reclamaciones por imputación de responsabilidad. Reitera doctrina STS/4ª/Pleno 15 junio 2015 (rcud. 2766/2014 y 2648/2014), seguida por otras muchas posteriores. Se desestima la pretensión de la Mutua de reintegro del capital coste constituido en su momento.

3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

STS de 19 de julio de 2016, Rec. 3900/2014 (RJ 2016\4405)

RECURSO DE SUPLICACIÓN: cuantía del proceso: prestaciones Seguridad Social: reclamación sobre prestaciones económicas periódicas: cuantía litigiosa a efectos de recurso vendrá determinada por importe prestación básica o diferencias reclamadas, ambas en cómputo anual, sin tener en cuenta actualizaciones o mejoras que pudieran serle aplicables, ni intereses o recargos por mora (art. 192.4 en relación con art. 192.3 LRJS).- Atrasos derivados posibles diferencias reclamadas por incremento prestación: no son computables a efectos de acceso al recurso de suplicación, háyanse o no cuantificado.- Se matiza doctrina jurisprudencial anterior a entrada en vigor LRJS.- A los fines determinación cuantía del proceso a los concretos fines acceso al recurso, se excluyen cualquiera diferencias económicas que no resulten de la diferencia entre "el importe reconocido previamente en vía administrativa" y lo reclamado en la demanda, como las resultantes de actualizaciones o mejoras que pudieran serle aplicables a tales diferencias anuales, de intereses o recargos por mora, así como de posibles atrasos que normalmente incluirían conceptos como actualizaciones o mejoras y/o intereses o recargos por mora.

STS de 13 de septiembre de 2016, Rec. 3770/2015 (RJ 2016\5047)

RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD. ASBESTOSIS. FECHA DE EFECTOS DEL RECARGO: competencia del orden social; aplicación del plazo tres meses anteriores a la fecha en la que se presenta la correspondiente solicitud previsto en el artículo 43.1 LGSS (actual artículo 53.1 LGSS).

STS de 15 de septiembre de 2016, Rec. 3272/2015 (RJ 2016\5300)

TEMA.- Efectos temporales del recargo de prestaciones. CUESTIONES ABORDADAS Y CRITERIOS.- 1.- Prescripción del recargo y efectos temporales de las prestaciones. Doctrina de la Sala. 2.- Para resolver el asunto hay que atender a la naturaleza predominantemente prestacional del recargo. 3.- Efectos económicos: aplicación del plazo tres meses anteriores a la solicitud (art. 43.1 LGSS/1994). 4.- La "solicitud" es la de imposición del recargo (no la de la prestación) cuando la Inspección de trabajo se abstuvo de proponer el recargo. FALLO.- Anulación de la STSJ Cataluña en el tema referido a efectos temporales del recargo.

STS de 20 de septiembre de 2016, Rec. 3346/2015 (RJ 2016\4891)

Recargo de prestaciones por ausencia de medidas de seguridad en la contingencia de enfermedad profesional. El artículo 43.1 LGSS (53.1 Texto Refundido) contiene un plazo de prescripción para las prestaciones que sean susceptible de ello de cinco años y una fecha de efectos retroactiva de tres meses desde la solicitud cuando no haya prescrito el derecho. Al recargo del art. 123.1 LGSS le resulta aplicable el plazo de prescripción de cinco años y los efectos económicos del mismo se producirán con una retroacción de tres desde la solicitud, prevista en aquél precepto.

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

STS de 8 de julio de 2016, Rec. 4025/2014 (RJ 2016\4343)

SEGURIDAD SOCIAL: Cotización: responsables del pago: solidarios: grupo de empresas: existencia: requisitos: estructura societaria coincidente: confusión patrimonial: responsabilidad solidaria procedente.

6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL:

6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

STS de 5 de julio de 2016, Rec. 379/2015 (RJ 2016\4583)

RETA. IPT Cualificada. El derecho al incremento del 20 % de la pensión de IPT no se genera por el solo hecho de cumplir la edad de 55 años. Se le deniega al pensionista IPT del RETA que cede la gestión de la actividad, pero sigue siendo titular de la explotación agraria alquilada a sus hijos, por lo que percibe a cambio una renta anual y la totalidad de las subvenciones. Reitera doctrina STS 15/7/2015 (rec. 2204/2014).

STS de 6 de julio de 2016, Rec. 1062/2014 (RJ 2016\2963)

Seguridad social. Extinción de la prestación de incapacidad temporal por no acudir la actora a la cita de revisión médica de la Mutua. Falta de contradicción.

La sentencia comentada recae en un proceso de seguridad social referido a la pérdida de la prestación de incapacidad temporal por no acudir la actora a la cita médica señalada por la Mutua. Consta que se remitió a la actora un burofax que no se pudo entregar inicialmente, dejándosele un aviso. En un segundo intento, la actora recibió la comunicación con la cita médica, pero una vez transcurrida la fecha fijada para dicha revisión. La Sala de suplicación, con estimación del recurso de la Mutua, revoca la sentencia estimatoria de la demanda declarativa del derecho de la actora a la percepción de la prestación por IT. Entiende la Sala que la no recepción del primer burofax, a pesar de habérsele dejado aviso, se debe a la negligencia o desinterés de la demandante, por lo que la falta de asistencia a la revisión no está justificada. La Sala IV desestima el recurso de la actora al considerar que no concurre la necesaria contradicción entre sentencias. En efecto, si bien en la sentencia impugnada hubo dos intentos de notificación previos a la extinción de la prestación, en el de contraste se produce un sólo intento de notificación. Además, los debates son distintos, puesto que en el caso de autos lo que alega la actora es que el burofax fue depositado en buzón incorrecto, y dicha cuestión es inédita en la sentencia referencial.

STS de 19 de julio del 2016, Rec. 3907/2014 (RJ 2016\4421)

Trabajador de la ONCE que por sus patologías ya necesitaba la ayuda de tercera persona antes de su alta en el sistema de Seguridad Social que se produce en virtud de contrato con la ONCE. Situación clínica que se agrava tras un posterior traumatismo. El INSS le concede la Incapacidad Permanente Absoluta. No procede el reconocimiento de Gran Invalidez.

STS de 21 de julio del 2016, Rec. 3885/2014 (RJ 2016\4425)

RETA: fecha de efectos económicos de la IPA cuando no consta que la beneficiaria proceda de la situación de incapacidad temporal ni que, pese a permanecer de alta en el RETA, hubiera desarrollado realmente la actividad. Reitera doctrina.

La cuestión que se plantea en el RCUD es la de determinar cuál debe ser la fecha de los efectos económicos del reconocimiento de una pensión de IPA reconocida por primera vez en sentencia cuando el beneficiario se mantenga en alta en el RETA. La Sala reitera doctrina y afirma que, cuando se trata de trabajadores por cuenta propia y salvo supuestos probados de conductas fraudulentas, el simple mantenimiento de la afiliación y la consecuente cotización al RETA "no puede entenderse sin más como una presunción de que realiza esa actividad autónoma y menos aún que la misma proporcione al asegurado recursos económicos suficientes para la subsistencia", máxime si se tiene en cuenta que una hipotética baja voluntaria, con el correlativo cese de la cotización, en el RETA antes de obtener con carácter definitivo la declaración de incapacidad permanente podría conllevar perjuicios para el interesado de difícil o imposible reparación. Por tanto, habría de ser el INSS quien acreditará que, a pesar de que el dictamen del EVI a favor del reconocimiento de la IP ya presupone una imposibilidad cuasi objetiva de que aquella se encontraba incapacitada para

desempeñar su actividad habitual, realmente la seguía ejerciendo y que, además, obtuvo de ello rentas suficientes para considerarlas incompatibles con la prestación.

STS de 27 de septiembre de 2016, Rec. 283/2015 (RJ 2016\4899)

Gran Invalidez. Determinación de la imputación de los gastos ocasionados por alojamiento del gran inválido en una institución sanitaria. Inexistencia de contradicción, por tratarse en un caso –sentencia recurrida– de coma vegetativo estabilizado y sin posibilidad de mejoría, aunque con necesidad de asistencia propia de la situación durante las 24 horas del día [oxigenoterapia, cambios posturales y rehabilitación], mientras que en el otro –decisión de contraste– la situación del GI no se hallaba consolidada, teniéndose necesidad de fisioterapia, terapia ocupacional, logopedia y neuropsicología.

STS de 18 de octubre de 2016, Rec. 2367/2015 (RJ 2016\5395)

Incapacidad Permanente Parcial (IPP) por contingencia profesional en RETA: alcance mínimo de las lesiones. DOCTRINA.- Para acceder a la IPP por contingencia profesional en el RETA se requiere una disminución del rendimiento normal "no inferior al 50 %", conforme al art. 4.2 del RD 1273/2003 que prevalece sobre la exigida por el art. 137.3 LGSS (no inferior al 33 %). FALLO.- De acuerdo con Fiscal e impugnación del INSS, estima el recurso de la Mutua.

STS de 25 de octubre de 2016, Rec. 2300/2015 (RJ 2016\5430)

Invalidez permanente. Revisión del grado. Fecha de efectos de la revisión, incluidos los relativos a la determinación cuantitativa de la pensión por gran invalidez conforme al art. 139.4 LGSS/1994, en la redacción dada por la Ley 40/2007. Aplica y reitera doctrina sobre cuestión análoga.

STS de 26 de octubre de 2016, Recurso: 1267/2015 (RJ 2016\5416)

Incapacidad permanente total: profesión de peón de almacén no exige una especialización necesariamente vinculada al tratamiento, manipulación o elaboración de productos de corcho, pues estamos ante un profesiograma amplio para el que es irrelevante la calidad de los materiales sobres los que actúa.

Resume doctrina sobre concepto de profesión habitual: determinación de la profesión habitual a los efectos de delimitar los contornos de la incapacidad permanente total, concepto que presenta dificultades de conformación dado el margen de indeterminación legal que presenta.

En relación a dicho concepto, hemos sostenido con carácter general que la profesión "habitual" es la ejercida prolongadamente y no la residual a cuyo ejercicio ha podido haber conducido la situación invalidante, esto es, la desarrollada a lo largo de la vida activa, aunque en un último estadio, breve por sí mismo y más si se contrapone al muy prolongado anterior, se haya accedido a otra más liviana (STS/4ª de 31 mayo 1996 , 23 noviembre 2000, 9 diciembre 2002 –rcud. 1197/2002– y 26 septiembre 2007 –rcud. 4277/2005–).

La cuestión reviste particularidades cuando se trata de accidente, puesto que en tales casos ha de estarse a la profesión desarrollada en el momento de producirse el mismo, mientras que, con arreglo al mencionado art. 11.2 de la OM de 1969 las incapacidades permanentes derivadas de enfermedad han de relacionarse con la profesión habitual que se haya venido desarrollando en un mínimo periodo de tiempo.

El art. 137.2 LGSS aplicable señalaba en su segundo párrafo: «A efectos de la determinación del grado de incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente». Conviene, no obstante, precisar que dicho precepto ha estado carente de desarrollo reglamentario, y ello pese la Disp. Trans. 5ª bis LGSS, añadida por la Ley 24/1997, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social.

Con arreglo al texto legal indicado, el concepto de profesión habitual no se identifica con el concreto puesto de trabajo ya que la protección dispensada por la prestación guarda relación con la pérdida de rentas no meramente inmediata, sino con un perjuicio más extendido en el tiempo.

La jurisprudencia ha señalado, no obstante, que la delimitación de la profesión habitual no debía identificarse con la categoría profesional, sino con aquellos cometidos que «el trabajador está cualificado para realizar y a lo que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica o de pertenencia a un grupo profesional» (STS/4ª de 17 enero 1989 , 23 febrero 2006 –rcud. 5135/2004– y 27 abril 2005 –rcud. 998/2004–). Este rechazo a la equiparación entre "profesión habitual" y categoría profesional se acentúa en la actualidad al haber desaparecido la segunda del texto del art. 22 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en donde además se ha incrementado la flexibilidad funcional interna.

En definitiva, la profesión habitual se concretará en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional (STS/4ª de 10 octubre 2011 –rcud. 4611/2010–).

6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad

STS de 19 de octubre de 2016, Recurso: 1650/2015 (RJ 2016\5400)

Prestación por maternidad: gestación por sustitución. Falta de contradicción. No se entra en el fondo.

Aunque la maternidad por sustitución no tiene en el Derecho de la Unión la misma protección que la maternidad natural, esta circunstancia no sería óbice para que el Derecho español pudiera –en su caso– atribuirle la misma consideración a los efectos legales; máxime cuando –y esta es otra diferencia entre los supuestos a contrastar– el Derecho comunitario únicamente contempla como objeto de protección la gestación propiamente dicha, en tanto que nuestra legislación de Seguridad Social atribuye los mismos efectos a la adopción y al acogimiento, lo que –al menos a efectos dialécticos– pudiera dar una cierta cobertura argumental a la pretendida aplicación analógica de la prestación en los supuestos de

maternidad subrogada; cuestión esta que no vamos a analizar en el presente procedimiento, precisamente por impedirlo la falta de contradicción.

6.3. Jubilación

STS de 11 de julio de 2016, Rec. 490/2015 (RJ 2016\4374)

FUNCION PUBLICA: Extinción de la relación funcionarial: jubilación: solicitud de prolongación de permanencia en el servicio activo hasta los setenta años: denegación: incompetencia manifiesta por razón de la materia o del territorio del órgano que dictó el acto: inexistencia; aplicación del plan de ordenación de recursos humanos: procedencia: denegación procedente.

STS de 14 de septiembre de 2016, Rec. 2176/2015 (RJ 2016\5052)

RCUD. Jubilación parcial.- Acceso a la jubilación parcial con posterioridad al 31-12-2012, del trabajador con 60 años en la fecha de la solicitud. En la empresa existía acuerdo colectivo de empresa sobre jubilación parcial adoptado antes de la entrada en vigor del RDL 8/2010, de 20 de mayo y comunicado al INSS.- Denegación porque el hecho causante se produjo después del plazo establecido en la DT 2ª RDL 8/2010.- Reitera doctrina SSTS/IV 9/3/16 (rcud. 260/2015); 15/3/16 (rcud. 1773/2015); 16/3/2016 (rcud. 1533/2015); 30/3/16 (rcud. 1271/2015) y de las recaídas en los rcud 1990/2015 y 2293/2015 deliberados en esta misma fecha.

STS de 14 de septiembre de 2016, Rec. 2293/2015 (RJ 2016\4889)

JUBILACIÓN PARCIAL.- Acceso a la jubilación parcial con posterioridad al 31 de diciembre de 2012, del trabajador con 60 años en la fecha de la solicitud. En la empresa existía acuerdo colectivo de empresa sobre jubilación parcial adoptado antes de la entrada en vigor del RDL 8/2010, de 20 de mayo y comunicado al INSS. Denegación porque el hecho causante se produjo después del plazo establecido en la Disposición Transitoria 2ª del RDL 8/2010. Reitera doctrina SSTS 9/3/16 (REC. 260/2015); 15/3/16 (REC. 1773/2015); 16/3/2016 (REC. 1533/2015); 30/3/16 (REC. 1271/2015).

STS de 14 de septiembre de 2016, Rec. 3106/2015 (RJ 2016\5041)

Acceso a la jubilación parcial de trabajador con 60 años en la fecha de la solicitud, producida con anterioridad al 31 de diciembre de 2012. En la empresa existía acuerdo colectivo de empresa sobre jubilación parcial adoptado antes de la entrada en vigor del RDL 8/2010, de 20 de mayo. Supuesto diferente al contemplado en las SSTS de 9 de marzo de 2016, rcud. 260/2015; 15 de marzo de 2016, rcud. 1773/2015 y 30 de marzo de 2016, rcud. 1271/2015. Falta de contradicción.

STS de 14 de septiembre de 2016, Rec. 983/2015 (RJ 2016\5150)

JUBILACIÓN PARCIAL: no exigencia de requerimiento de subsanación por parte del INSS si se aporta inicialmente por la empleadora un acuerdo (singular y/o plural) firmado entre empresa y determinados trabajadores con la finalidad de la aplicación, en su caso, de lo establecido en DF 12ª.2.c) Ley 27/2011, para que acompañara, en su caso, un plan de

jubilación parcial recogido en convenios colectivos de cualquier ámbito o un acuerdo colectivo de empresa.

STS de 20 de septiembre de 2016, Rec. 3390/2014 (RJ 2016\4927)

TEMA.- Carencia para pensiones SOVI por paga de beneficios. PUNTOS ABORDADOS.- 1) Los días-cuota de las pagas extra computan a efectos de carencia en SOVI. Aplica doctrina.2) El monto de días-cuota concuerda con el importe de pagas extras devengado coetáneamente. Aplica doctrina.3) En el sector de comercio los días cuota (pagas extra y de beneficios) ascienden a 60 anuales. Sigue doctrina de STS 22 junio 2015 (rec. 1693/2014).FALLO.- Conforme a Fiscal, desestima recurso frente a STSJ Madrid 670/2014.

STS de 4 de octubre de 2016, Recurso: 2425/2015 (RJ 2016\5230)

Jubilación parcial: no puede acceder a la jubilación parcial, establecida en el artículo 166.2 LGSS, una trabajadora que cumple todos los requisitos exigidos en las letras b), c), d) e) y f) del citado precepto, pero que tiene 60 años en la fecha que pide la jubilación, lo que hizo el 2 de abril de 2013 con base a que la empresa tenía suscrito un acuerdo colectivo en materia de jubilación parcial.

La actora cumplió los sesenta años en 2013 y solicitó la pensión de jubilación parcial después del 31 de diciembre de 2012, fecha final inmodificada en la que podía accederse a tal clase de jubilación a los sesenta años, en las condiciones previstas en la Disposición Transitoria Segunda del RDL 8/2010 y en el artículo 166.2 LGSS en la redacción vigente al tiempo de producirse los hechos.

En instancia se le desestima la demanda y en suplicación se le estima en suplicación, con el argumento de que con el argumento de que, a pesar de que la Disposición Transitoria Segunda del RDL 8/2010, de 20 de mayo , había limitado la posibilidad de acogerse a la jubilación parcial establecida en el artículo 166.2 LGSS con 60 años hasta el 31 de diciembre de 2012, para los trabajadores adoptados en expedientes de regulación de empleo o por medio de convenios y acuerdos colectivos de empresa aprobados antes de la entrada en vigor de dicho RDL, posteriores normas habrían mantenido tal posibilidad de acceso a la jubilación en las condiciones allí establecidas, como se desprendería, a juicio de la sala, del Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, que mantendría esa posibilidad para los trabajadores que se encontrasen incluidos en planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos y comunicados al INSS antes del 15 de abril de 2013.

El TS revoca la sentencia dictada en suplicación basándose en que la Disposición Transitoria Segunda del RDL 8/2010, de 20 de mayo, que excepcionó la regla general de tener cumplidos 61 años para tener acceso a la jubilación parcial y facilitó el acceso con 60 años hasta el 31 de diciembre de 2012 a ciertos trabajadores, no había sido modificada directamente por la normativa posterior, lo que comportaba que la jubilación parcial con 60 años sólo era posible a quienes cumplieran esa edad antes del 31 de diciembre de 2012.

Reitera doctrina: SSTS 9, 15, 16 y 30 de marzo de 2016 (Rcud. 260, 1773, 1533 y 1271 de 2016).

STS de 6 de octubre de 2016, Recurso: 1681/2015 (RJ 2016\5231)

Jubilación parcial: se desestima porque parte actora cumplió los 60 años y solicitó la pensión de jubilación parcial después del 31 de diciembre de 2012 , fecha final en la que podía accederse a tal clase de jubilación a los sesenta años, en las condiciones previstas en la Disp. Trans. 2ª del RDL 8/2010 y en el art.166.2 LGSS en la redacción vigente al tiempo de producirse los hechos.

Reitera doctrina: SSTS 9, 15, 16 y 30 de marzo de 2016 (Rcud. 260, 1773, 1533 y 1271 de 2016).

STJUE de 26 de octubre de 2016, Asunto C-269/15. Hoogstad

Procedimiento prejudicial - Seguridad social - Reglamento (CEE) n.º 1408/71 - Artículo 4 - Ámbito de aplicación material - Retenciones sobre las pensiones legales de vejez y sobre cualesquiera otras prestaciones complementarias - Artículo 13 - Determinación de la legislación aplicable - Residencia en otro Estado miembro.

El Tribunal de Justicia (Sala Décima) declara:

El artículo 13, apartado 1, del Reglamento (CEE) n.º 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) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, modificado por el Reglamento (CE) n.º 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998, se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el procedimiento principal, que prevé el cobro de cotizaciones que guardan una relación directa y suficientemente relevante con las leyes reguladoras de las ramas de seguridad social enumeradas en el artículo 4 del citado Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada, sobre prestaciones procedentes de regímenes de pensiones complementarias, aunque el beneficiario de estas pensiones complementarias no resida en ese Estado miembro y se encuentre, conforme al artículo 13, apartado 2, letra f), del mismo Reglamento, en su versión modificada, sujeto a la legislación en materia social del Estado miembro de residencia.

STS de 26 de octubre de 2016, Rec. 593/2015 (JUR 2016\254690)

RCUD. Jubilación desde el RETA, precedida de un largo periodo de cotizaciones en el RGSS, y existiendo exoneración de cuotas por haber prolongado la edad de jubilación. Determinación de si a efectos del cálculo de la base reguladora se tienen que tener en cuenta las bases mínimas o las efectuadas al RGSS antes de cumplir 65 años. Falta de contradicción.

6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

STEDH de 14 de junio del 2016. (Rec. 35214/2009). Asunto Tomás Aldeguer c. España

PENSIÓN DE VIUDEDAD. El TEDH entiende que España denegó adecuadamente la pensión al solicitante que mantuvo una relación homosexual desde 1990 y hasta la muerte

de su pareja en 2002. El matrimonio homosexual se legalizó en este país en 2005. No puede ser considerado como cónyuge superviviente pues la situación no es absolutamente análoga a la de aquellas parejas heterosexuales que no podían volver a casarse antes de la promulgación de la Ley del divorcio en el año 1981. No hay discriminación. VOTO PARTICULAR.

TC, Auto 142/2016, de 19 de julio de 2016

Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 6966-2015, planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con el artículo 174.3, párrafo cuarto de la Ley general de la Seguridad Social.

Presupuestos procesales: planteamiento de la cuestión: audiencia de las partes: omisión: ausencia de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal por el órgano judicial en relación con la duda de constitucionalidad acerca de la vulneración del principio de igualdad por incurrir en una discriminación indirecta por razón de sexo: inadmisión.

Pensión de viudedad: beneficiarios: convivencia: cuestión notoriamente infundada: pensión de viudedad en parejas de hecho: cuestión de inconstitucionalidad contra el art.174.3 4 de la LGSS: acreditación de la existencia de la pareja de hecho mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste su constitución: requisito que obedece al objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de las pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social: establecimiento de requisitos que no puede considerarse una limitación de los medios de prueba que permitan acreditar la existencia de pareja de hecho: vulneración inexistente del derecho a utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa: inadmisión.

STS de 20 de julio de 2016, Rec. 2988/2014 (RJ 2016\4518)

Pensión de viudedad. Parejas de hecho. La acreditación de la existencia de la pareja solo puede realizarse mediante inscripción en el registro correspondiente o documento público.

Ante la cuestión de si tiene derecho a la pensión de viudedad quien constaba empadronada en el mismo domicilio del causante pero sin constar inscripción en ningún registro de parejas de hecho, la Sala IV, reiterando lo dispuesto en jurisprudencia anterior, señala que no procede el reconocimiento de la misma, puesto que conforme al art. 174.3 LGSS, se exige, en supuestos de parejas de hecho, y a efectos del percibo de la pensión de viudedad: 1) Acreditación de la convivencia, lo que puede realizarse por cualquier medio de prueba. 2) Acreditación de la existencia de la pareja de hecho, lo que sólo puede hacerse mediante inscripción en el registro de parejas de hecho o documento público, lo que en el supuesto no consta.

STS de 21 de julio de 2016, Rec. 2713/2014 (RJ 2016\4520)

Pensión de viudedad. Parejas de hecho. La acreditación de la existencia de la pareja sólo puede realizarse mediante inscripción en el registro correspondiente o documento público.

Ante la cuestión de si tiene derecho a la pensión de viudedad quien constaba empadronada en el mismo domicilio del causante pero sin constar inscripción en ningún registro de parejas de hecho, la Sala IV, reiterando lo dispuesto en jurisprudencia anterior, señala que no procede el reconocimiento de la misma, puesto que conforme al art. 174.3 LGSS, se exige, en supuestos de parejas de hecho, y a efectos del percibo de la pensión de viudedad: 1) Acreditación de la convivencia, lo que puede realizarse por cualquier medio de prueba; 2) Acreditación de la existencia de la pareja de hecho, lo que sólo puede hacerse mediante inscripción en el registro de parejas de hecho o documento público, lo que en el supuesto no consta.

STS de 13 de septiembre de 2016, Rec. 402/2015 (RJ 2016\5036)

Prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de enfermedad profesional. Responsabilidad del pago: incumbe a la Mutua que lo asumió inicialmente dejando firme la resolución administrativa. Reitera doctrina de Pleno y de posteriores sentencias de la Sala.

STS de 5 de octubre de 2016, Recurso: 1613/2015 (RJ 2016\5220)

Viudedad: alcance de la Disposición Transitoria Decimoctava de la LGSS, añadida por la Ley 26/2009 de Presupuestos Generales del Estado y que entró en vigor el 1 de enero de 2010, en relación con las pensiones de viudedad a que se refiere la regla general del artículo 174.2 de la misma norma, y sobre la exigencia de que cuando se trate de personas separadas o divorciadas, el beneficiario de la pensión de viudedad sea perceptor de una pensión compensatoria. La excepción a esa regla se reconoce para los casos de divorcio o separación judicial, producidos antes de la vigencia de la Ley 40/2007, siempre que el fallecimiento del causante de la pensión de viudedad se haya producido durante los diez años siguientes a la separación o el divorcio.

El problema que se suscita es el de la determinación del momento en que ha de iniciarse el cómputo de ese plazo de diez años, esto es, si debe computarse a partir de la separación judicial o a partir del día del divorcio, cuando la primera fue seguida del segundo.

La pensión compensatoria se fija al tiempo de la ruptura matrimonial y el desequilibrio que compensa no puede volverse a examinar al tiempo del divorcio ni para reconocer la pensión, ni para aumentar su cuantía. Consecuentemente el plazo de diez años previsto en la DTr 18ª LGSS debe computarse desde la fecha de la separación judicial, en sintonía con la jurisprudencia de la Sala Civil de este Tribunal.

6.5. Prestaciones familiares

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

6.6. Desempleo

STS de 6 de julio de 2016, Rec. 341/2015 (RJ 2016\4075)

PROTECCIÓN DEL DESEMPLEO: incidencia de la ausencia del territorio nacional de los beneficiarios de prestaciones.- Requisito general de disponibilidad para el trabajo en el ámbito territorial de actuación de los servicios públicos de empleo españoles.- Delimitación del concepto de "traslado de residencia" a los efectos del artículo 213 g) LGSS.- Alcance de las obligaciones de comunicación y documentación a cargo de los beneficiarios.- Período de libranza del artículo 6.3 RD 625/1985 (redacción RD 200/2006).- Cuadro de situaciones de prestación "mantenida", prestación "extinguida" y prestación "suspendida".- Solución del caso: prestación "suspendida" en el período de ausencia, que se reanuda en el momento de reintegrarse el beneficiario al territorio español. Reitera doctrina.

Afirma el Supremo en su Fundamento de Derecho Tercero lo siguiente:

"El recurso debe prosperar, asumiendo, también por indeclinables razones de seguridad jurídica, la doctrina unificada plasmada en la sentencia de contraste y en muchas otras que la siguen, como la de 13 de noviembre de 2013 (rcud. 1691/12). (RJ 2013, 8489) Jurisprudencia que la también citada del Pleno, de 21 de abril de 2015 (rcud. 3266/13), confirma de aplicación a los supuestos acaecidos con anterioridad a la promulgación del RDL 11/2013, de 2 de agosto (RCL 2013, 1211), distinguiendo:

" a) una prestación "mantenida" en los supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento se haya comunicado a la Administración española en tiempo oportuno;

b) una prestación "extinguida" ... en los supuestos de prolongación del desplazamiento al extranjero que comporte "traslado de residencia", es decir por más de los noventa días que determinan en la legislación de extranjería el paso de la estancia a la residencia temporal;

c) una prestación "suspendida" en el supuesto particular del artículo 6.3 del RD 625/1985 (RCL 1985, 1039 y 1325) [redacción RD 200/2006 (RCL 2006, 467)] de "búsqueda o realización de trabajo" o "perfeccionamiento profesional" en el extranjero por tiempo inferior a "doce meses";

d) una prestación "suspendida", en todos los demás supuestos en que se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a noventa días, con la consiguiente ausencia del mercado de trabajo español del beneficiario de la prestación de desempleo."

STS de 14 de julio de 2016, Rec. 3089/2014 (RJ 2016\4085)

Desempleo para quien simultanea cargo societario (gratuito) con trabajo común (oneroso). CRITERIO.- El supuesto se subsume en el art. 97.2.k) LGSS/1994 (hoy derogada), siendo imposible el contraste con el de quien desempeña el cargo directivo en sociedad laboral, en cuyo caso juega el art. 21.1 de la Ley 7/1997, de Sociedades Laborales (hoy derogada). FALLO.- Desestima, por ausencia de contradicción.

STS de 20 de julio de 2016, Rec. 2234/2015 (RJ 2016\4096)

SUBSIDIO DE DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS. REQUISITO: rentas del solicitante. Interpretación art. 215.2 LGSS: el tope cuantitativo ingresos (75 % SMI) previsto como requisito para lucrar subsidio está referido en exclusiva al beneficiario solicitante, sin que el cómputo del tope quede condicionado al número miembros que integran la unidad familiar, por lo que para tener derecho hay un primer requisito, consistente en que el solicitante carezca de rentas propias de cualquier naturaleza que superen aludida cuantía, y sólo cuando este requisito ha sido superado, es cuando pueden acreditarse cargas familiares.- Reitera doctrina, entre otras, SSTS/IV 30-mayo-2000 (rcud 2717/1999), 27-julio-2000 (rcud 1894/99), 28-octubre-2002 (rcud 957/2002), 26-abril-2010 (rcud 2704/2009), 2-diciembre-2014 (rcud 2738/2013) y 2-marzo-2015 (rcud 712/2015).

STS de 20 de septiembre de 2016, Rec. 1912/2014 (RJ 2016\4766)

Desempleo. Pago único. Fraude de Ley. Se desestima por falta de fundamentación de la infracción legal y por falta de contradicción pues, aparte de las diferencias de hecho, en un caso se discutió la existencia de fraude para obtener la prestación y en otro el fraude para lograr el pago único derechos que dependen de requisitos diferentes.

STS de 22 de septiembre de 2016, Rec. 666/2015 (RJ 2016\5037)

Desempleo parcial de funcionario interino al que se reduce la jornada aplicando Decreto-Ley autonómico. DOCTRINA.- 1) Similitud del caso con el surgido cuando se extingue la vinculación temporal y, sin solución de continuidad, hay recontratación a tiempo parcial. 2) Interpretación constitucional de la situación legal de desempleo sobre reducción de jornada cuanto se trata de funcionarios interinos. 3) Existe el derecho a la prestación reclamada. FALLO.- Casa y anula STSJ Comunidad Valenciana 18 noviembre 2014 (rec. 1104/2014).NOTA.- Reitera doctrina de SSTS 1 julio 2015 (rec. 3408/2014) y 27 (2) de julio 2015 (rec. 2862/2014 y rec. 2881/2014) 9 septiembre 2015 (rec. 2880/2014), 27 octubre 2015 (rec. 2876/2014) y otras muchas posteriores.

STS de 22 de septiembre de 2016, Rec. 2411/2014 (RJ 2016\4744)

Desempleo parcial de funcionario interino de la Comunidad Valenciana. Reducción de jornada por aplicación del Decreto Ley 1/2012, de 5 de enero de la Comunidad Valenciana. Se reconoce por constituir situación legal de desempleo. Estima demanda. Reitera doctrina del S.S.T.S. (R. 2467/2014) 14-9-2015, (R. 422/2015) 28-6-2016, (R. 292/2015) 14-6-2016, (R. 2378/2014) 18-12-2015, (R. 3408/2014) 1-7-2015.

STS de 28 de septiembre de 2016, Rec. 3002/2014 (RJ 2016\4907)

Subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Procede la extinción y no la suspensión, si no se comunica al SPEE un incremento de rentas, por venta de acciones, siquiera se hiciese constar después en la declaración IRPF presentada en el año siguiente.

La actora, beneficiaria del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, en la declaración anual de rentas de 29/04/10, marcó con una «X» la opción que señalaba que «desde abril de 2009, sus rentas no han superado, en ningún mes, el importe de 468,000/mes

para el año 2009 ó 478/98 euros/mes para el año 2010». b) en el impreso se indicaba también como opción a seguir que «si por el contrario, en algún mes posterior a abril de 2009 sus rentas han superado el citado importe, deberá acudir a su oficina de empleo para realizar la declaración. c) en la declaración de IRPF correspondiente al 2009, declaró ganancias por importe de 13.191,90, obtenidas por la venta de acciones en 28/10/09; d) el SPEE comunicó la extinción de su subsidio y el requerimiento para la devolución de lo indebidamente percibido en el periodo 28/10/09 a 30/03/11, como consecuencia de no haber comunicado la referida ganancia. El TS sigue el criterio mantenido por la Sala en el RCUD 3035/14 y afirma la plena corrección de la extinción acordada al haber ocultado la beneficiaria al SPEE la existencia de ingresos procedentes de la venta de acciones, pues aunque tales rentas se hubiesen declarado con posterioridad a los efectos del IRPF, esa declaración a la Administración Tributaria en manera alguna corrige o subsana la previa infracción cometida frente al Ente gestor de las prestaciones. En definitiva, la falta de comunicación de ingresos o de incremento patrimonial determina la aplicación de los arts 25 y 47 LISOS.

STS de 25 de octubre de 2016, Rec. 1633/2015 (RJ 2016\5439)

Prestación por desempleo: Incidencia en el devenir de la prestación de la salida al extranjero del beneficiario por tiempo superior a 15 días y también superior a 90. Delimitación del concepto de "traslado de residencia" a los efectos del artículo 213. 1 g) LGSS, en relación con el artículo 6.3 del RD 625/1985, de 2 de abril. La prestación por desempleo puede encontrarse en alguna de las siguientes situaciones: "mantenida", "extinguida" o "suspendida". En el supuesto examinado la prestación de desempleo se declara extinguida ya que el beneficiario, sin comunicarlo a la Entidad Gestora, se ausentó de territorio español y marchó a Marruecos en el año 2011 (desde el 2/7/2011) en cinco ocasiones, permaneciendo un total de 124 días. Reitera doctrina SSTS de 18/10/12, rcud 4325/2011; 30/10/2012, rcud 4373/2011; 17/6/13, rcud 1234/2912; 17/9/13, rcud 2646/2012; 22/10/13, rcud 3200/2012; 23/10/13, rcud 84/2013; 4/11/13, rcud 3258/2012; 13/11/13, rcud 1691/2012; 3/12/13, rcud 1946/2012 ; 20/1/2014, rcud 228/2013; 8/4/14, rcud 2675/12 y 3/6/2014, rcud. 1518/2013. Jurisprudencia que sigue también la STS/IV/Pleno, de 21 de abril de 2015 (rcud. 3266/13), de aplicación a los supuestos acaecidos con anterioridad a la promulgación del RDL 11/2013, de 2 de agosto.

6.7. Prestaciones Sanitarias

STS de 14 de julio del 2016, Rec. 433/2015 (RJ 2016\4083)

Competencia del Orden Social de la Jurisdicción para conocer de la controversia afectante al resarcimiento de gastos de asistencia sanitaria prestada por los Servicios públicos de salud en un supuesto en que la responsabilidad corresponde a la Mutua aseguradora del accidente de trabajo.

STS de 19 de julio de 2016, Rec. 210/2015 (RJ 2016\4229)

Reintegro gastos médicos: asistencia programada con autorización previa: tratamiento quirúrgico en el extranjero previamente autorizado por la Sanidad española. Falta de contradicción. Voto particular.

La cuestión que se plantea en el RCUD consiste en determinar si la beneficiaria demandante, a la que se había autorizado por la sanidad española un tratamiento quirúrgico en el extranjero, tiene o no derecho al reintegro de los gastos ocasionados por dicho tratamiento una vez ya realizado. La Sala desestima el recurso interpuesto por el INSS contra la sentencia que ratifica la condena a la Entidad Gestora a su abono, al apreciar falta de contradicción. Señala al efecto que, a pesar de la aparente similitud de los supuestos, las cuestiones debatidas son distintas, pues en la recurrida no se cuestionan las posibles diversas partidas sino que se niega totalmente el reintegro de los gastos ocasionados por el tratamiento quirúrgico en el extranjero previamente autorizado en el centro que se especificaba; mientras que, en la sentencia referencial no se cuestionan por el INSS los gastos generados por la asistencia sanitaria autorizada y efectuada en el extranjero, sino unas partidas que correspondían a la libre elección de médico y habitación privada que excederían de los gastos de asistencia que se le habrían abonado para el caso de haber recibido la asistencia en España.

STS de 29 de septiembre de 2016, Rec. 419/2015 (RJ 2016\5077)

Competencia Orden Social de la Jurisdicción para conocer de controversia sobre resarcimiento de gastos asistencia sanitaria prestada por los Servicios públicos de salud en un caso en que la responsabilidad corresponde a la Mutua aseguradora del accidente.

Aborda la Sala un supuesto en el que el Tribunal Superior de Justicia confirmó el Auto del Juzgado que declaraba la falta de jurisdicción del orden social para conocer la demanda de la Mutua frente al SERGAS y la TGSS para que se declaren prescritas las reclamaciones por asistencia sanitaria que se recogen en las facturas reseñadas en el hecho cuarto de la demanda. La sentencia, contra la que la Mutua interpone RCUD, entendió que dado que no se discute la asistencia sanitaria prestada por un tercero (clínica privada) a un trabajador/beneficiario que había sufrido un accidente laboral, ni la contingencia profesional, ni la distribución de responsabilidades en la prestación, la competencia correspondía al orden contencioso-administrativo. El Tribunal Supremo reitera doctrina, y declara la competencia del orden social para conocer de la pretensión deducida en la demanda, porque calificado el accidente como laboral y asumida, en suma, la responsabilidad, los avatares del importe y abono de la prestación han de seguir el mismo cauce en el marco del orden social.

7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES

STC 179/2016, de 20 de octubre de 2016 (BOE núm. 285, de 25 de noviembre de 2016)

Recurso de inconstitucionalidad 1744-2013. Interpuesto por el Gobierno de Cataluña respecto de las disposiciones adicionales octogésima primera y octogésima cuarta de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2013.

Competencias en materia laboral y servicios sociales, autonomía financiera de las Comunidades Autónomas: constitucionalidad de los preceptos legales que atribuyen determinadas funciones ejecutivas al Servicio Público de Empleo Estatal y suspenden temporalmente la aplicación de diferentes disposiciones de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Voto particular.

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 15 de septiembre de 2016, Rec. 2111/2014 (RJ 2016\4768)

PREMIO POR JUBILACIÓN ESTABLECIDO EN EL CONVENIO COLECTIVO DE GESTORÍAS ADMINISTRATIVAS. TRABAJADOR NACIDO EL 16 DE SEPTIEMBRE DE 1946, EMPLEADO EN LA EMPRESA DESDE 1964 Y JUBILADO PARCIALMENTE EN 2010, QUEDANDO REDUCIDOS SU JORNADA Y SALARIO AL 15 %. JUBILACIÓN PLENA UN AÑO DESPUÉS. CÁLCULO DE LA CANTIDAD ADEUDADA EN TAL CONCEPTO: corresponde efectuarlo en el momento de la jubilación parcial en que el trabajador reunía, ya los requisitos para acceder a la prestación.

STS de 15 de septiembre de 2016, Recurso: 816/2015 (JUR 2016\239660)

Mejora voluntaria: a cuestión controvertida consiste en determinar si el importe de la prestación o seguro de supervivencia que debe percibir el actor es de cuatro anualidades de su sueldo, tal y como refleja su pretensión y acoge la sentencia de contraste; o, por el contrario debe ser de dos anualidades más 12.020,29 euros como expresa la sentencia recurrida acogiendo la tesis de los codemandados, Telefónica de España, SAU y Metrópolis SA; optando el TS por esta última tesis, puesto que en la cláusula adicional tercera de la póliza se establecía que para el cálculo de la prestación de supervivencia ha de partirse, como capital base, del asegurado para las coberturas de riesgo, esto es, el que se encontraba asegurado con la póliza nº NUM003 , pero que el capital del seguro de riesgo y el de la prestación de supervivencia no puede confundirse. Por ello, el importe de la prestación de supervivencia no ha de ser equivalente a cuatro anualidades, sino la mitad del capital base, último asegurado de riesgo más el importe de dos anualidades, pues son totalmente distintos el capital de riesgo asegurado y el de supervivencia, aunque aquél fuera base para calcular éste.

Reitera doctrina: STS 15 marzo 2016. RCUD 39/2015.

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 24 de noviembre de 2016, Asunto C‑454/15. Webb-Sämann

Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 2008/94/CE — Artículo 8 — Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia de su empresario — Disposiciones relativas a la seguridad social — Alcance — Medidas necesarias para proteger los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los trabajadores asalariados en el marco de un régimen complementario de pensión — Obligación de establecer un derecho de separación de la masa concursal de las aportaciones impagadas a planes de pensiones — Inexistencia.

El Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

El artículo 8 de la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, debe interpretarse en el sentido de que no obliga, en caso de insolvencia del empresario, a excluir de la masa concursal las retenciones salariales convertidas en aportaciones a un plan de pensiones de un antiguo empleado, que dicho empresario debió haber ingresado en una cuenta de pensiones en beneficio de tal empleado.

Novedades Bibliográficas

1. OBRAS *GENERALES* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

AA.VV.: *Guía laboral 2016*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, 934 páginas.

ARRIETA IDIAKEZ, F.J.: *Bases para el estudio de la Seguridad Social*, Bizkaia, 3ª ed., Gomylex, 2016, 257 págs.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESS): *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Laborum, 2016, 962 págs., más I-XXXIII págs.

BALLESTER LAGUNA, F., SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: *Lecciones prácticas de Seguridad Social*, Madrid, 4ª ed., Cinca, 2016, 174 páginas.

BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J.: *Curso de Seguridad Social*, Valencia, 8ª ed., Tirant lo Blanch, 2016, 710 páginas.

BLASCO LAHOZ, J.F.: *La gestión de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 305 páginas.

BLASCO LAHOZ, J.F.: *Seguridad Social. Régimen general, regímenes especiales y prestaciones no contributivas*, Valencia, 4ª ed., Tirant lo Blanch, 2016, 1699 páginas.

ERRANDONEA ULAZIA, E.: *Sistema español de pensiones: revisión crítica de los elementos comunes al cálculo de pensiones contributivas (Normas sobre tope máximo de pensiones, cuantías mínimas y revalorización de pensiones)*, Granada, Comares, 2016.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J. R.: *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, Navarra, 2ª ed., Lex Nova, 2016, 1877 páginas.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., BARCELÓN COBEDO, S.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, 10ª ed., Tirant lo Blanch, 2016, 364 páginas.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DE VAL TENA, A.L., GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: *Lecciones de Seguridad Social*, Madrid, 6ª ed., Tecnos, 2016, 501 páginas.

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, 12ª ed., Tecnos, 2016, 639 páginas.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I. (Eds.): *Código Laboral y de Seguridad Social*, Madrid, La Ley, 2016, 1711 págs.

RODRÍGUEZ INIESTA, G., SEMPERE NAVARRO, A.V. (Eds.): *Código de la Seguridad Social*, Navarra, 21ª ed., Thomson Reuters/Aranzadi, 2016, 1916 págs.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. et al (Eds.): *Legislación laboral y de Seguridad Social*, Madrid, 18ª ed., Tecnos, 2016, 1355 páginas.

ROQUETA BUJ, R., GARCÍA ORTEGA, J. (Dirs.): *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, 5ª ed., Tirant lo Blanch, 2016, 453 páginas.

ROMERO CORONADO, J.: *El programa para el fomento del empleo agrario. Hacia una estrategia global para la promoción del empleo en las zonas rurales*, Granada, Comares, 2016.

VELASCO PORTERO, T., MIRANDA BOTO, J.M.: *Curso elemental de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Madrid, 2ª ed., Tecnos, 2016, 379 páginas.

2. OBRAS *ESPECÍFICAS* DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS

ALONSO-OLEA GARCÍA, B., MEDINA GONZÁLEZ, S.: *Derecho de los servicios públicos sociales*, Madrid, 4ª ed., Civitas, 2016, 573 páginas.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Derecho de la protección social. Derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales*, Madrid, 3ª ed., Civitas, 2016, 657 páginas.

COLLADO GARCÍA, L, ROMERO RÓDENAS, M.J., TARANCÓN PÉREZ, E.: *Guía sobre accidente de trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2016, 144 páginas.

COLLADO GARCÍA, L., ROMERO RÓDENAS, M.J., TARANCÓN PÉREZ, E.: *Guía práctica sobre incapacidad temporal*, Albacete, Bomarzo, 2016, 120 páginas.

DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: *Compatibilidad entre prestaciones sociales por discapacidad y empleo. Un medio para lograr la inserción laboral de las personas con enfermedad mental grave*, Madrid, Aranzadi, 2016, 186 páginas.

DE LA COURT, A.: *Protección por desempleo y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 271 páginas.

DUEÑAS HERRERO, L.: *La acción protectora del régimen general de la Seguridad Social*, Navarra, 2ª ed., Thomson Reuters/Civitas, 2016, 467 páginas.

ERRANDONEA ULAZIA, E.: *Sistema de pensiones: revisión crítica de los elementos comunes al cálculo de pensiones contributivas (Normas sobre tope máximo de pensiones, cuantías mínimas y revalorización de pensiones)*, Granada, Comares, 2016.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *Las prestaciones de la Seguridad Social. Teoría y práctica*, Madrid, 3ª ed., Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, 871 páginas.

MONEREO PÉREZ, J.L., FERNANDEZ BERNAT, J.A., y LÓPEZ INSUA, B. del M. (Dirs. y Coords.): *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Madrid, Aranzadi, 2016, 1086 págs.

ORTIZ CASTILLO, F.: *La Seguridad Social de los ministros de culto, religiosos y secularizados*, Murcia, Laborum, 2016, 371 páginas.

ROS BENAVIDES, M.J.: *Derecho de la protección social*, Madrid, CEF, 2016, 448 páginas.

RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *El sistema multinivel de asistencia sanitaria: Tensiones y desafíos en su articulación*, Granada, Comares, 2017

VV.AA.: *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del Derecho*, MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. (Directores y Coordinadores), Madrid, Comares, 2016, 355 páginas.

VV.AA.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Directores), DE VAL TENA, A.L.y MALDONADO MOLINA, J.A. (Coordinadores), Murcia, Laborum, 2017 (Libro de Inminente publicación).

3. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

BLASCO LAHOZ, J. F.: *Protocolos sobre jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 213 páginas.

4. RECENSIÓN

ORTIZ CASTILLO, Francisco, *La Seguridad Social de los ministros de culto, religiosos y secularizados*, Ediciones Laborum, Murcia, 2016, 371 páginas (Segunda Edición).

RAFAEL VALENCIA
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

En el ordenamiento jurídico español y concretamente, en lo referente a la Seguridad Social, existen algunas categorías que, a pesar de presentar una serie de particulares y singulares características, no deben quedar fuera del régimen general previsto para todos los trabajadores. Es el caso de los ministros de culto, una serie de personas, que desempeñan las labores destinadas al culto de manera permanente en el seno de las confesiones religiosas. El Derecho español no ignora la condición de ministro de culto, pues estima que estas personas desarrollan una actividad concreta que no puede ser subsumida en ninguna otra[1] aunque, a menudo, se produzcan situaciones en las que la concesión de determinadas prestaciones evidencien que la cuestión que constituye el objeto del libro que se recensiona no es completamente pacífica. Sentencias relativamente recientes como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso Manzanas Martín contra España, ponen de manifiesto

[1] Vid. J. MARÍA GONZÁLEZ DEL VALLE, "Ministros de Culto", en J. FERRER ORTIZ (Coord.), Derecho Eclesiástico del Estado español, Eunsa, Pamplona, 2007, p. 229.

que la afirmación anterior no es baladí y que por otra parte, nos encontramos ante un tema de indudable actualidad. Todo lo anterior, unido a la escasa producción doctrinal sobre este asunto, hace que en nuestra opinión haya de valorarse positivamente la elección de la temática de la obra.

Así, podemos comprobar que la obra que se recensiona analiza el régimen jurídico aplicable a la Seguridad Social de los ministros de culto de las confesiones que en España han suscrito Acuerdo de Cooperación con el Estado (Católica, Protestante Judía e Islámica) así como de los ministros de otras confesiones, como la Iglesia Ortodoxa o los Testigos de Jehová, que si bien no han suscrito el mencionado Acuerdo, cuentan en España con gran un número de fieles, de modo que la extensión de su credo es claramente constatable. Asimismo, se describe el régimen de la Seguridad Socialde los religiosos de la Iglesia Católica y de todas aquellas personas que habiendo sido religiosos o sacerdotes en la actualidad están secularizados.

La mencionada monografía, prologada por el Dr. Faustino Cavas Martínez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, ha sido realizada, brillantemente, por el Dr. Francisco Ortiz Castillo y, en cuanto a su estructura, se compone de seis capítulos que se acompañan de los correspondientes anexos legislativo, bibliográfico y un glosario final de términos. Para llevar a cabo esta obra, se han empleado diferentes métodos como la investigación documental o bibliográfica y, eminentemente, la observación detallada de las diferentes normas que en la actualidad intentar otorgar cobertura jurídica a la cuestión que constituye el objeto principal de la monografía que nos ocupa.

El primer capítulo trata los antecedentes de la protección social de los ministros de culto y religiosos de la Iglesia Católica. No podemos olvidar que no fue hasta la publicación del Real Decreto 2398/1977, de 27 de agosto (en adelante, RD 2398/1977), cuando se produjo la incorporación de los clérigos católicos al Régimen General de la Seguridad Social. Sin embargo, como se indica en este capítulo, ello no significa que con anterioridad a esta fecha, no se dotara a estas personas de una cierta protección social, fundamentalmente a través de las garantías canónicas básicas, entre las que hemos de destacar dos en concreto, el sistema beneficial del clero y las pensiones eclesiásticas, reguladas ambas por el propio Código de Derecho Canónico de 1917. Además, en las páginas de este primer capítulo, también son abordados los Fondos de Previsión Social, como instrumentos válidos utilizados para dar respuesta a la necesidad de organización que presentó el sistema de asistencia social del clero ante la crisis del sistema beneficial. Se trata de los Fondos de Previsión Social, refiriéndose expresamente el autor a los fondos diocesanos y a las mutualidades eclesiásticas. Merece especial consideración la referencia a la Mutual del Clero que, si bien fue constituida realmente en 1941, tiene su origen en la obra asistencial de caridad que desde 1619 habían llevado a cabo con los Presbíteros Seculares de Madrid los miembros de la congregación de S. Pedro Apóstol.

Pero, como bien describen las páginas 34 y siguientes, si hay un hito que marque un punto de inflexión en esta etapa fue precisamente la inclusión de los clérigos y religiosos en el régimen de Seguridad Social mediante a la promulgación del RD 2398/1977 y el Real Decreto 3325/1981, de 29 de diciembre (desde ahora RD 3325/1981). Ahora bien, es necesario tener en cuenta, que esta inclusión no afectó únicamente a los clérigos católicos,

sino a los de todas las confesiones religiosas que, en ese momento, se encontraban inscritos en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia.

En el caso de los ministros de culto, esa incorporación se efectuó gracias a la asimilación de los mismos al régimen de los trabajadores por cuenta ajena, asimilación no exenta de controversia, fundamentalmente derivada de la naturaleza de la prestación de servicios del ministro.

Por su parte, en lo que concierne a los religiosos de la Iglesia Católica, su incorporación a la Seguridad Social se llevó a cabo unos años más tarde por el RD 3325/1981 y el régimen escogido para ello fue el de los trabajadores por cuenta propia o autónomos en atención a los rasgos comunes que presentan la labor de los religiosos con la de los trabajadores en empresas, cooperativas y colectivas, además de las dificultades, que según el RD 3325/1981, presentaba asimilar a los religiosos a los trabajadores por cuenta ajena. Todo lo relativo a la inclusión tanto de ministros de culto, como de religiosos en uno u otro régimen de la Seguridad Social y el hecho de que dicha inclusión pudiera considerarse discriminatoria fue profundamente analizado por Sentencias del Tribunal Constitucional como la 88/2005, de 18 de abril o la 22/1981, de 2 de julio, concluyendo este Tribunal en que la diferenciación que efectuó el legislador entre clérigos y religiosos estaba justificada por la diferente actividad que desempeñaban unos y otros.

El segundo capítulo se refiere específicamente a la inclusión en la Seguridad Social de los clérigos de la Iglesia Católica. Para ello, como se indica, es necesario no olvidar lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), pues es este precepto el que establece los criterios personales, territoriales y profesionales que, con carácter general, determinan la inclusión del trabajador en el sistema de la Seguridad Social. También deben considerarse las condiciones específicas que contiene la Orden de 19 de diciembre de 1977, por la que se regulan determinados aspectos relacionados con la aplicación de la Seguridad Social en el Clero Diocesano en su artículo primero. En relación con las mismas no puede pasar desapercibido la primera de ellas, "ser clérigo", cuestión que en modo alguno podemos considerar menor, toda vez que el concepto de clérigo y la definición de sus funciones no es algo que esté clarificado con detalle en la mayoría de las confesiones. De hecho, podemos señalar que es la Iglesia Católica, la confesión religiosa que más esfuerzos ha realizado por delimitar la figura del clérigo y la labor de los mismos.

Pero además, parece oportuno recordar que no todos los clérigos en el seno de la Iglesia se dedican únicamente a la función pastoral, existen otras fórmulas laborales para estas personas, cuyo encuadre en el sistema de la Seguridad Social resulta, cuanto menos, controvertida. Es el caso de los diáconos; los religiosos-clérigos en misión diocesana, los clérigos encargados de la asistencia religiosa tanto en las Fuerzas Armadas, centros hospitalarios e instituciones penitenciarias, los profesores de religión y los clérigos diocesanos pensionistas. En virtud de las peculiares características de cada uno de ellos, nos encontramos ante posibilidades distintas de regulación que son examinadas con detenimiento en el presente capítulo.

Por otra parte, constituye una parte esencial en estas páginas la relación jurídica de afiliación, como acto administrativo en virtud del cual la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce la incorporación al Sistema de la Seguridad Social. Al tratar la afiliación,

también son evaluadas en esta obra las circunstancias relativas al alta, la baja y las variaciones, así como los supuestos especiales de pluriempleo y pluriactividad, concluyendo el autor que las situaciones de pluriempleo y pluriactividad son factibles en el caso de los clérigos católicos, pues la incorporación en el caso por la vía de la asimilación en el Régimen General no es excluyente.

Para finalizar, era necesario dar cabida en este capítulo los aspectos relacionados con la cotización y recaudación, tanto los aspectos generales, como las singularidades en la cotización y recaudación del Clero Diocesano. Para ello se incluyen en las páginas finales unos cuadros ilustrativos sobre las exclusiones inclusiones que en realidad se aplican a los ministros de culto, no solo católicos, sino de otras confesiones. En ellos se evidencia los cuatro tratamientos diferenciados que actualmente existen, el del clero diocesano en primer lugar, el de los ministros judíos, ortodoxos y Testigos de Jehová en segundo lugar, en tercer lugar el régimen de los imames musulmanes y por último, el de los pastores evangélicos[2].

Concluido el análisis de la inclusión en la Seguridad Social de los clérigos católicos, el tercer capítulo de la obra está dedicado a las diferentes normas que otorgan cobertura jurídica a la incorporación al mencionado régimen de los ministros de culto de otras religiones. La primera de las complicaciones con que nos encontramos radica, como hemos anticipado, en el concepto de ministro de culto en el seno de cada uno de estos grupos religiosos, para ello será necesario remitirse al artículo 3 de cada uno de los Acuerdos de cooperación suscritos por el Estado español con protestantes judíos y musulmanes[3]. El caso de los musulmanes es especialmente significativo, pues el Acuerdo de cooperación no emplea el concepto de ministro de culto, sino de dirigentes religiosos. Esta circunstancia provocó que en la norma de incorporación de los dirigentes musulmanes a la Seguridad Social (Real Decreto 176/2006, de 10 de febrero) detallase en su artículo segundo qué personas debían considerarse dirigentes e imames en función de las actividades que llevaran a cabo.

Del mismo modo que en el caso de los clérigos católicos se profundiza en la normativa aplicable a los ministros de culto de estas confesiones, incluyendo también las situaciones relativas a la afiliación, la cotización y la recaudación. También son estudiadas las incorporaciones tanto de los ministros de la Iglesia Ortodoxa Rusa del Patriarcado de Moscú, como la delos Testigos de Jehová, cuya inclusión en el régimen de la Seguridad Social se ha producido gracias a los Reales Decretos 822/2005, de 8 de julio y 1614/2007, de 7 de diciembre.

El cuarto capítulo es el destinado al estudio de la protección social de los clérigos de la Iglesia Católica y a los ministros de culto de otras confesiones. Este estudio se realiza fundamentalmente sobre la base de la acción protectora de la Seguridad Social, haciendo también alusión a la ofrecida por otras ramas de la prestación social pública, como la dispensada a personas discapacitadas, mayores y personas en situación de dependencia.

[2] Vid. p. 93.

[3] Se trata de las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, todas de 10 de noviembre, por las que, respectivamente, se aprueban el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de entidades evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Judías y con la Comisión Islámica de España.

En lo que respecta a las generalidades de la acción protectora, el autor recuerda como en un primer momento, se reconoció como acción protectora, para ellos y sus familiares, que pudieran tener los beneficios correspondientes al Régimen General de la Seguridad Social, quedando excluidas expresamente determinadas prestaciones (Incapacidad Laboral Transitoria, Invalidez Provisional, Subsidio de Recuperación profesional, Protección a la familia, Desempleo). Años más tarde se fueron añadiendo determinadas prestaciones como las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación, la protección familiar, la prestación de riesgo durante el embarazo u otras como la prestación del cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave.

Así, se configura un sistema actual de prestaciones, perfectamente detallado en las tablas que se indican en las páginas 112 y siguientes, acompañado de los requisitos generales de acceso a las prestaciones y la justificación del sistema actual. En ésta se precisan una serie de aclaraciones haciendo constar las circunstancias que inciden en la elaboración del cuadro de prestaciones. Es por ejemplo, el caso de las prestaciones sanitarias de la mujer o el caso del celibato, cuya exigencia en algunas confesiones debe ser admitida pero con las excepciones previstas, buena prueba de ello son tanto el diaconado permanente, como el sacerdote ya casado que se incorpora a la Iglesia Católica.

Pero este capítulo cuarto no contiene únicamente las generalidades en la acción protectora, contempla al mismo tiempo los supuestos de extensión de la acción protectora. Sobre el contenido de la obra en este apartado (página 121 y siguientes), merece ser destacada la exhaustividad con la que el autor trata cada uno de estos supuestos de extensión, desde el contenido de las diferentes prestaciones a los requisitos de las mismas, los posibles beneficiarios, situaciones de incompatibilidad etc. Del mismo modo, figuran en los diferentes supuestos las resoluciones de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social que vinieron a dar respuesta a los interrogantes planteados por los trabajadores en función de las circunstancias concretas del asunto. Es reseñable que en muchos casos, el profesor Ortiz no sólo aporta la información normativa aplicable a cada prestación, sino que también acompaña las tablas explicativas en materias como los porcentajes de años cotizados o la escala de dichos porcentajes como sucede, entre otros supuestos, en el caso de la jubilación.

En el detalle de los supuestos de extensión de la acción protectora, el autor distingue a los ministros de culto protestantes y a los dirigentes islámicos del resto de ministros de culto. El motivo de tal distinción obedece a que estos ministros, además de los supuestos de extensión protectora del que gozan el resto de ministros de culto de otras confesiones, gozan de otras prestaciones como la incapacidad temporal, la maternidad y la paternidad. Con esta ampliación de prestaciones puede apreciarse la sensibilidad del legislador con confesiones diferentes a la Católica, buena prueba ello es la de los pastores evangélicos, pues el hecho de que estos ministros de culto puedan contraer matrimonio e incluso la posibilidad de que existan mujeres al frente de estas iglesias, aconseja que las referidas prestaciones puedan ser de aplicación para los ministros de culto de estas religiones

En el quinto capítulo, es donde el autor acomete el estudio de la figura del religioso y todas las cuestiones derivadas de su inclusión en la Seguridad Social a través de la vía del Régimen de los Trabajadores Autónomos como estableció el RD 3325/198. De este estudio, una vez más, podemos alabar su exigente nivel de detalle, pues llega el autor a tratar incluso

la figura del donado, como persona que convive en un Instituto religioso con otras personas de vida consagrada, si bien no ha realizado los votos propios de la institución donde habita, desarrollando trabajos auxiliares, como la cocina a la agricultura, pero de forma benévola.

Así, lo primero que debe señalarse es que el estado de religioso no se adquiere instantáneamente, sino que es el fruto del paso por varias etapas que, como se indica, podrán tener o no relevancia en cuanto a la inclusión en la Seguridad Social. Nos referimos al postulantando, el noviciado, los votos temporales y votos perpetuos. La posible incidencia de la fase en la que el religioso se encuentre en la inclusión a la Seguridad Social está justificada en el hecho de que en algunas de ellas, sobre todo las iniciales, no existe entre el religioso y la institución una relación jurídica, ni un compromiso. Tan es así, que no es hasta el momento de los votos temporales, el momento a partir del cual se considera que el religioso puede estar protegido por el Régimen de los Trabajadores Autónomos.

Son objeto de tratamiento en este capítulo las condiciones que debe reunir un religioso para su inclusión en el Régimen de los Trabajadores Autónomos, entre ellas, podemos destacar los requisitos, tanto personales, como profesionales, adquiriendo como puede comprobarse, una importancia capital la necesidad de los institutos de vida consagrada estén inscritos en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia (requisito exigido por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa en su artículo 5). En la redacción de las condiciones también se subrayan las exclusiones, donde se remarca que la incompatibilidad de la actividad del religioso hace que sean excluidas situaciones como el pluriempleo.

Por supuesto, también son analizados los presupuestos jurídicos que gravitan sobre la relación jurídica de afiliación, la cotización y recaudación y la extensión de la acción protectora, refiriéndose el autor *in fine* a las singularidades propias de las prestaciones de los religiosos.

Finalmente, en el capítulo sexto podemos encontrar una de las temáticas que, en la actualidad, presenta más controversia, la pensión de jubilación de los sacerdotes, religiosos y miembros de institutos seculares de la Iglesia Católica secularizados. Los pronunciamientos de tribunales españoles e incluso tribunales internacionales como el TEDH han contribuido a que la materia que nos ocupe presente un interés especial. Para el establecimiento de esta pensión de jubilación son de vital importancia los períodos de actividad a reconocer a sacerdotes, religiosos y miembros de institutos seculares para acceso o mejora de la pensión de jubilación, algo que nos lleva a plantearnos si los ministros de culto de confesiones inscritas que cesaron en sus funciones antes de su efectiva inclusión en la Seguridad Social podrán sujetos beneficiarios de la pensión de jubilación, esto es, la cuestión del cómputo de los períodos.

En este punto, con gran acierto, el autor introduce una de las decisiones más importantes en el ámbito internacional, se trata del asunto Manzanas Martín contra España, resuelto por el TEDH en su sentencia de 3 de abril del año 2012. Es el caso de un pastor evangélico que había estado desarrollando su labor en Cataluña, en el seno de su iglesia hasta el año 1991. Para los tribunales catalanes el hecho de que la inclusión de los pastores protestantes en el Régimen General de la Seguridad Social no quedó establecida hasta 1992 impedía que ese período pudiera ser computado a efectos de la concesión de la pensión de

jubilación, decisión refrendada por el propio Tribunal Constitucional que ni siquiera consideró admitir el Recurso de Amparo interpuesto por el demandante. Sin embargo, fue el TEDH el que decretó que se había producido una situación de discriminación, pues en el caso de situaciones similares y para sacerdotes jubilados católicos, si se tuvieron en cuenta los períodos de trabajo realizados con anterioridad a la inclusión de éstos en el Régimen General de la Seguridad Social.

En definitiva, podemos concluir que la obra que recensionamos constituye una excelente forma de exponer el desarrollo legislativo y jurisprudencial en materia de Seguridad Social de clérigos y religiosos, pues contiene un estudio detallado y pormenorizado de cada una de las normas que han querido otorgar cobertura jurídica a la cuestión que nos ocupa. En nuestra opinión, no debe caer en el olvido que, como se indicaba ya en el prólogo de la obra, el objeto de estudio de esta monografía no es de los más habituales, no solo para los profesionales del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, sino también para los eclesiásticistas. Ello conlleva obligatoriamente unas dificultades añadidas en lo que concierne al apoyo de materiales doctrinales que no hace sino engrandecer y otorgar mayor valía a la obra del profesor Ortiz, pues dichas dificultades se traducen en la obligatoriedad de realizar una aproximación lo más concreta posible tanto a las fuentes legislativas, como las jurisprudenciales. De hecho, podemos afirmar que, a día de hoy, es la obra que con mayor exactitud y alto grado de actualización se encarga de la Seguridad Social de los clérigos y religiosos, razón que hace si cabe más interesante la lectura del trabajo presentado.

Laborum

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

El Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente en España. Diagnóstico y propuestas de actuación

Economically Dependent Self-Employment in Spain. diagnosis and Policy Proposals

FERNANDO ROCHA SÁNCHEZ

DIRECTOR DEL ÁREA DE ESTUDIOS Y PROYECTOS

FUNDACIÓN 1º DE MAYO

Resumen

La aprobación en España de la LETA en 2007 representó una de las primeras regulaciones legales del trabajo autónomo económicamente dependiente a nivel europeo. El balance de su desarrollo ha sido claramente insatisfactorio, como pone de manifiesto el escaso volumen de trabajadores reconocidos como "TRADE". A ello se suma además la existencia de un elevado porcentaje de casos en los que el trabajo autónomo dependiente encubre en realidad situaciones fraudulentas o irregulares de trabajo asalariado. Los autónomos dependientes presentan una mayor vulnerabilidad respecto de otros colectivos, particularmente en términos de ingresos y relaciones laborales. Ello plantea la necesidad de adoptar un conjunto de medidas, orientadas a promover la mejora de las condiciones de trabajo y la protección de este colectivo.

Palabras clave

Trabajo autónomo; dependencia económica; Acuerdos de Interés Profesional; España

Abstract

The approval in Spain of the LETA in 2007 represented one of the first legal regulations of economically dependent self-employment at European level. The balance of its development is however clearly unsatisfactory, as evidenced by the reduced number of workers recognized as "TRADE". In addition, there is the existence of a high percentage of cases in which dependent self-employment actually conceals fraudulent or irregular situations of wage labor. Economically dependent self-employed are generally more vulnerable compared to other groups, particularly in terms of incomes and industrial relations. This raises the need to adopt a set of measures, aimed at promoting the improvement of working conditions and the protection of this group.

Keywords

Self-employment; economic dependency; Professional Interest Agreements; Spain

1. INTRODUCCIÓN

El trabajo autónomo ha registrado un aumento progresivo en el ámbito de la Unión Europea (UE) en las últimas décadas, si bien esta tendencia ha experimentado una ralentización desde 2008 en el contexto de la "Gran Recesión"[1].

El trabajo autónomo integra en el segundo trimestre de 2016 un volumen de 33,3 millones de personas para el conjunto de la UE, que representan en torno al 15 % del total

[1] A modo ilustrativo, el trabajo autónomo registró en la UE27 una tasa de crecimiento del 6,3 % entre los años 2000 y 2008, mientras que en el período 2008-2016 ha sido del 0,2 %. Fuente: Eurostat, segundo trimestre de 2016 (población de 15 años y más).

del empleo. De forma más desagregada, el trabajo autónomo sin empleados asciende a 24 millones de personas ─en torno al 11 % del total del empleo─ mientras que el trabajo autónomo con empleados supone 9,3 millones (4,1 % del total del empleo)[2].

El perfil del trabajo autónomo presenta una significativa diversidad, debido entre otros factores a la emergencia del "trabajo autónomo económicamente dependiente"[3]: una figura laboral que constituye todavía un porcentaje relativamente pequeño del conjunto del trabajo autónomo, pero cuyas características suponen un cambio cualitativo respecto de la concepción tradicional del mismo.

La razón es que se sitúa en una zona intermedia entre las categorías clásicas de "trabajo por cuenta ajena" y "trabajo autónomo", en la medida en que los trabajadores económicamente dependientes trabajan por cuenta propia y no se encuentran subordinados formalmente a un empleador pero, al mismo tiempo, sus ingresos dependen de forma mayoritaria de un único cliente.

La aparición de esta figura laboral hunde sus raíces en los cambios estructurales registrados en el mundo del trabajo en las últimas décadas, impulsados por una serie de factores tales como[4]: (a) las estrategias de las empresas, y en particular ciertas formas de externalización del empleo; (b) el desarrollo de nuevas necesidades sociales, relacionadas en especial con los cambios demográficos y con el envejecimiento de la población; (c) los cambios que afectan a la mano de obra, como el aumento del nivel de formación y el incremento de la participación laboral de las mujeres; (d) las necesidades de incorporación al empleo de categorías vulnerables excluidas del mercado de trabajo; (e) el deseo de determinados trabajadores de articular mejor su vida profesional y su vida privada; y (f) el crecimiento de los servicios y las oportunidades nuevas que brindan las tecnologías de la información y de la comunicación.

A todo ello se suma de forma más reciente el impacto de la digitalización[5], en una doble dimensión:[6] de un lado, porque las nuevas formas de empleo digital –como el *crowdwork* y el trabajo a demanda vía apps− están creciendo rápidamente en sectores económicos que ya registraban con anterioridad una presencia significativa del trabajo

[2] Fuente: Eurostat, segundo trimestre de 2016 (población de 15 años y más).

[3] A lo largo del documento, se utilizará indistintamente esta denominación u otras equivalentes, tales como "trabajadores autónomos dependientes" o "autónomos dependientes".

[4] COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: *Dictamen del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Nuevas tendencias del trabajo autónomo: el caso específico del trabajo autónomo económicamente dependiente» (Dictamen de iniciativa).* Diario Oficial de la Unión Europea (19/1/2011).

[5] La digitalización es un fenómeno cuyo análisis registra una creciente y ya considerable bibliografía, pero sobre el que sin embargo existen todavía muchos interrogantes, tanto en términos de conceptualización como de características y efectos. Para una aproximación general a este fenómeno y sus implicaciones específicas en el mundo del trabajo, ver por ejemplo: DEGRYSE, CH.: *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, Brussels, European Trade Union Institute, Working Paper 2016.02; HUWS, U.: *Labor in the Digital Global Economy. The cibertariat comes of Age*, New York, Monthly Review Press, 2014; VALENDUC, G., and VENDRAMIN, P.: *Work in the digital economy: sorting the old from the new*, Brussels, European Trade Union Institute, Working Paper 2016.03.

[6] HUWS, U: "New forms of Platform Employment or Crowdwork", en VVAA: *The digital economy and the single market. Employment prospects and working conditions in Europe*, Wobbe, W., and Bova, E. (Eds), Brussels, Foundation for European Progressive Studies (pp. 65-80).

autónomo dependiente, tales como, las industrias creativas, transporte, consultorías y los servicios de limpieza.

De otro lado, y de forma más relevante, porque las nuevas plataformas on-line para el trabajo digital están contribuyendo a potenciar la ambigüedad de la relación laboral por una doble vía: (a) mediante la incorporación de "terceras partes" en lo que previamente había sido un acuerdo bilateral, planteando la cuestión de quién debería ser considerado como empleador: el cliente, la plataforma digital, otro intermediario...; y (b) creando nuevas asimetrías en el mercado de trabajo, que hacen prácticamente imposible aplicar el concepto de "negociación significativa" implícito en los planteamientos tradicionales de relación laboral entre empleado y empleador, o de contrato de servicio entre trabajador autónomo y cliente.

El corolario de ello es que la situación laboral de las personas que trabajan con estas plataformas online no encaja ni en la figura del trabajo autónomo, ni en la de empleo asalariado. Ello ha llevado a algunos autores a proponer la creación de una nueva figura legal intermedia denominada "*trabajador independiente*", cuya formulación se asemeja mucho a la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente regulada en países como España[7]. Una propuesta que ha suscitado asimismo una cierta controversia sobre su idoneidad, así como respecto de la eficacia de su aplicación en el contexto de la economía digital[8].

El fenómeno del trabajo autónomo económicamente dependiente ha suscitado una creciente atención por parte de las autoridades e instituciones comunitarias, que se ha plasmado en la adopción de diversas iniciativas y actividades en la última década.

La intervención en este campo está condicionada sin embargo por la carencia de datos estadísticos rigurosos y detallados; un déficit que limita seriamente la evaluación sobre la situación de este colectivo, y por tanto el diseño de políticas adaptadas a las necesidades del mismo.

A esto se añade la existencia del "falso autónomo": un fenómeno que por su propia naturaleza irregular no es fácil de cuantificar, y que podría haber registrado un cierto crecimiento en los últimos años en el contexto de la presente crisis económica[9].

Todo ello ha motivado un amplio consenso tanto a nivel académico como institucional, sobre la necesidad de mejorar las fuentes de información sobre el fenómeno del trabajo autónomo. A modo ilustrativo cabe resaltar la Resolución del Parlamento Europeo de enero de 2014, que entre sus recomendaciones incluye un punto donde "hace hincapié en la

[7] HARRIS, S., y KRUEGER, A.: *Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The "Independent Worker"*. The Hamilton Project, Discussion Paper 2015-10 (December), disponible en http://www.hamiltonproject.org/assets/files/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_krueger_harris.pdf (acceso 1712/2016).

[8] DE STEFANO, V.: *The rise of the "just-in-time workforce": On-demand work, crowdwork and labour protection in the "gigeconomy*", Geneva, International Labour Office, 2016.

[9] BALDASSARINI, A.: *Boundary between self-employment and vulnerable work, informal and undeclared work*. Thematic Review Seminar: *Promoting entrepreneurship and self employment across Europe*. Brussels, European Commission, 2010.

necesidad de contar con datos estadísticos actualizados y más detallados que los disponibles actualmente, que podrían utilizarse para analizar la importancia económica de los trabajadores autónomos y de sus diferentes grupos; pide asimismo que se incluyan las cuestiones relativas al trabajo autónomo en la encuesta de población activa de la Unión Europea"[10].

Es importante resaltar que no existe ninguna definición jurídica clara y homogénea para el conjunto de la UE del trabajo autónomo económicamente dependiente. De hecho, solamente algunos Estados miembro han regulado legalmente esta categoría intermedia entre los trabajadores autónomos y los asalariados.

España constituye uno de los países donde se ha procedido a la regulación jurídica del trabajador autónomo económicamente dependiente (en adelante TRADE), a través de dos normas aprobadas respectivamente en 2007 y 2009: la *Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo* (LETA, BOE, 12/6/2007); y *el Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos* (BOE, 4/3/2009). Asimismo, se han adoptado posteriormente medidas orientadas a promover el trabajo autónomo, incluyendo una reforma de la LETA en relación a algunos elementos distintivos de la figura jurídica del TRADE, como el establecimiento de algunas excepciones a la prohibición de recurrir a trabajadores por cuenta ajena[11].

En este marco general se sitúa el presente artículo, cuyo objetivo es realizar un diagnóstico general sobre la situación sociolaboral de los trabajadores autónomos económicamente dependientes en España[12]. El contenido del texto se estructura del siguiente modo: en primer lugar, se realiza una breve panorámica sobre la situación de este colectivo en el ámbito europeo, a modo de contexto. A continuación, se abordan algunas de las principales características y condiciones de trabajo del mismo en España. El artículo finaliza con algunas conclusiones, en la que se plantean una serie de propuestas de actuación, con la finalidad de aportar elementos de reflexión al debate público sobre las políticas y medidas sobre el trabajo autónomo dependiente.

[10] *Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre la protección social para todos, incluidos los trabajadores autónomos*.

[11] *Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social* (BOE, 10/9/2015).

[12] El artículo toma como base un trabajo inédito realizado por el autor, en el marco de un convenio de colaboración entre la Confederación Sindical de Comisiones Obreras y la Unión de Asociaciones de Trabajadores Autónomos y Emprendedores. El contenido de dicho trabajo se ha revisado y actualizado para la presente publicación.

2. EL TRABAJO AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE EN LA UNIÓN EUROPEA

2.1. Delimitación del colectivo

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) estimaba en su informe anual de empleo de 2014 que los trabajadores autónomos dependientes representaban en 2010 en torno al 1,6 % de los trabajadores dependientes de la OCDE, y el 1,3 % si se restringe el universo a los trabajadores del sector privado no agrícola[13].

Tomando como referencia los países europeos considerados en el informe, se detalla una escala que en el extremo superior encabeza Grecia ─donde este colectivo representa el 5 % de los trabajadores─ Polonia e Italia. En el extremo opuesto, se sitúan Suecia, Dinamarca y Luxemburgo.

La distribución presenta algunas variaciones si se restringe el universo al sector privado no agrícola. En este caso, el ranking estaría encabezado por cuatro países con porcentajes de trabajo autónomo dependiente ─Grecia, Eslovaquia, República Checa e Italia─ mientras que en el extremo inferior se sitúan Suecia, Dinamarca, Luxemburgo y Portugal. Según las estimaciones de este informe, España se ubicaría asimismo en la parte baja del ranking, con unos porcentajes de trabajo autónomo económicamente dependiente situados en torno al 0,5 % y el 0,7 % respectivamente.

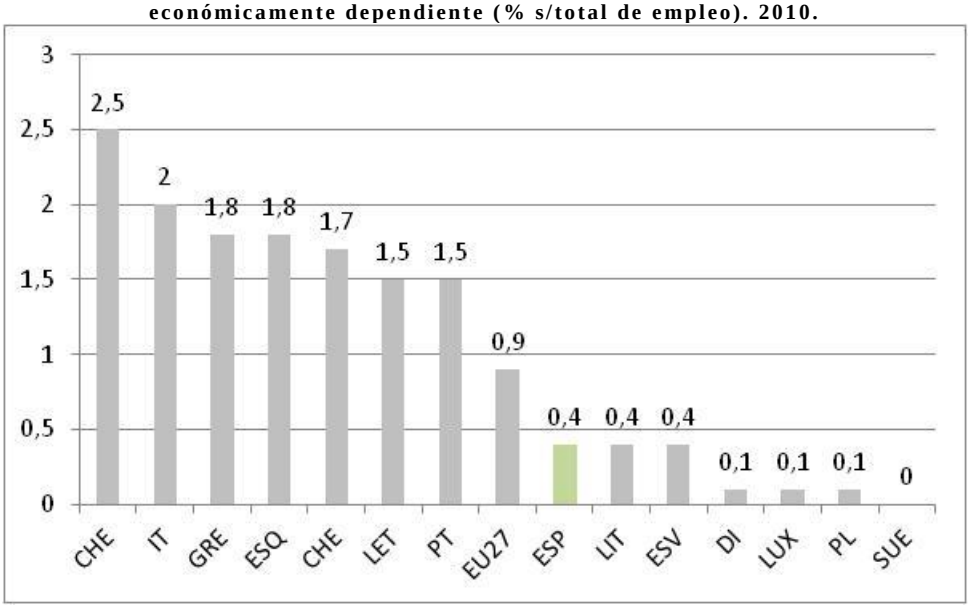
Las estimaciones de la OCDE toman como base los datos de la *V Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo 2010*. Ahora bien, el análisis en detalle de la misma permite ofrecer una visión más ajustada en la medida que se distingue el trabajo autónomo económicamente dependiente del trabajo autónomo sin empleados.

Así, según los datos de esta Encuesta los trabajadores autónomos económicamente dependientes representaban en 2010 en torno al 0,9 % del total del empleo[14]. Asimismo, se constatan notables diferencias entre los Estados miembros de la UE con un ranking encabezado por la República Checa, Grecia, Italia y Eslovaquia, mientras que los porcentajes más bajos se sitúan en Suecia, Polonia, Luxemburgo y Dinamarca. España se sitúa por su parte por debajo de la media de la UE, con un porcentaje del 0,4 % del total del empleo para este colectivo (gráfico 1).

[13] La categoría de trabajadores dependientes se define en este informe como la suma de trabajadores asalariados y trabajadores autónomos dependientes. Ver: OECD: *OECD Employment Outlook 2014*. Paris, OCDE, 2014 (págs. 150-153).

[14] En este caso, el universo de referencia lo constituye la suma de cuatro colectivos: trabajadores asalariados; trabajadores autónomos con empleados; trabajadores autónomos sin empleados; y trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Gráfico 1. Países europeos con mayores y menores porcentajes de trabajo autónomo económicamente dependiente (% s/total de empleo). 2010.



Fuente: Elaboración propia a partir de la V Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo, 2010. Datos tomados de: OOSTVEN, A.; BILETTA, I.; PARENT-THIRION, I; VERMEYLEN, A: *Self-employed or not self-employed? Working conditions of "economically dependent workers*". Dublin, Eurofound, 2013

El empleo de este colectivo presenta una relativa concentración, tanto en términos sectoriales como ocupacionales[15]. Así, el mayor porcentaje se situaría en los sectores de Otros servicios, Transporte y Construcción. La presencia es significativamente más baja en cambio en sectores como Administración Pública y Defensa, y Educación.

Cabe añadir que algunos estudios destacan otros sectores, o actividades de forma más desagregada, donde el empleo de este colectivo tiene una presencia relativamente significativa en diversos países, como son los seguros, servicios a empresas, arquitectura e industria creativa[16].

En cuanto a la distribución ocupacional, la mayor participación se sitúa en Ocupaciones elementales, Trabajadores de servicio y comercio, y Artesanos y otros oficios. El peso de este colectivo es bajo en cambio en ocupaciones como Directores y Gerentes, y Empleados administrativos.

Finalmente, cabe señalar que en noviembre de 2016 se han publicado los primeros resultados de la *VI Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo 2015*. De la misma, se desprende que los trabajadores autónomos dependientes sin empleados en 2015 pueden

[15] OOSTVEN, A.; BILETTA, I.; PARENT-THIRION, I; VERMEYLEN, A: *Self-employed or not self-employed? Working conditions of "economically dependent workers.* Background paper. Dublin, Eurofound, 2013.

[16] VVAA: *Social protection rights of economically dependent self-employed workers.* EICHHORST, W (Coord.), *Brussels, European Union*, 2013.

clasificarse en tres grupos: (a) trabajadores autónomos "genuinamente independientes", que suponen en torno al 56 % de los autónomos sin empleados; (b) *trabajadores autónomos dependientes*, que representan en torno al 13 % de los trabajadores autónomos sin empleados, y el 1 % del total de trabajadores de la UE28; y (c) una "zona gris" de trabajadores que no es posible encuadrar de forma clara en ninguno de ambos grupos, y que suponen en torno al 30 % de los trabajadores autónomos sin empleados[17].

2.2. Condiciones de trabajo

La *Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo* recoge información de interés sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores autónomos económicamente dependientes. En noviembre de 2016 se publicó la sexta edición, como ya se ha señalado. Sin embargo, en el momento de elaboración del presente artículo no estaban disponibles todavía los microdatos con los resultados detallados, por lo que se ha optado tomar como referencia la *V Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo-2010*. Ello permitirá ofrecer una primera aproximación a las condiciones de trabajo de este colectivo, aunque con la precaución de señalar que probablemente se hayan registrado algunas variaciones en los últimos años.

Como punto de partida, conviene resaltar que no resulta fácil situar claramente la posición de los trabajadores autónomos dependientes en una hipotética "escala de condiciones de trabajo", si se la compara con la de otros colectivos de referencia (particularmente: trabajadores autónomos en general, y la de trabajadores asalariados). La razón es que las condiciones de trabajo de los autónomos dependientes se asemejan en algunos aspectos a la de los autónomos sin empleados en general, se equiparan en otros a la de los asalariados, y asimismo se sitúan en algunos casos en una posición intermedia entre ambos colectivos.

De forma más específica, el análisis de diferentes materias centrales ofrece los siguientes resultados[18]:

2.2.1. Ingresos

La diferencia más sustancial entre los trabajadores autónomos económicamente dependientes y los otros colectivos radica en la valoración de su situación financiera: básicamente, se constata una presencia más elevada de los autónomos dependientes en el tramo más bajo de ingresos, registrándose asimismo mayores dificultades financieras de los hogares en este colectivo.

Así, si se considera la distribución de ingresos el 36,4 % de los autónomos dependientes se situaría en el tercio más bajo, un porcentaje muy superior al declarado por los autónomos sin empleados (21,3 %), autónomos con empleados (9,5 %) y asalariados (26,1 %). En el extremo opuesto, el 31 % de los autónomos dependientes declara situarse en

[17] EUROFOUND: *Sixth European Working Conditions Survey-Overview Report*. Luxembourg, Publication Office of the European Union, 2016.

[18] OOSTVEN, A. et al, op.cit. También cabe mencionar otra referencia sobre esta temática: NAVAJAS, V.; LÓPEZ, M.; y ARIZA, J.: *Una radiografía sociolaboral de los trabajadores autónomos dependientes en Europa.* Ponencia presentada al V Congreso Mundial de Investigadores en Economía Social, Lisboa, Lisboa, 2015.

el tramo más alto de ingresos, un porcentaje inferior al de los otros tres colectivos (con valores del 41 %, 66 % y 36 % respectivamente).

La peor situación financiera de los autónomos dependientes se refleja igualmente en otros indicadores. Así, el 14 % de los encuestados de este colectivo declara que su hogar tiene grandes dificultades para cubrir las necesidades a fin de mes. Ello representa un porcentaje ligeramente superior al registrado por los asalariados (11 %), autónomos sin empleados (9 %) y con empleados (5 %).

Por último, cuando se pregunta por la satisfacción con la retribución, el 58,5 % de los autónomos dependientes declara no sentirse satisfecho: un valor muy similar al registrado entre los asalariados (58,7 %), pero superior al de los autónomos sin empleados (54,9 %) y con empleados (48 %).

2.2.2. Tiempo de trabajo

La Encuesta constata que los trabajadores autónomos dependientes tienen una media de horas semanal similar a los asalariados, pero con una distribución mucho más irregular y menor capacidad de organizar tiempo de trabajo que autónomos no dependientes.

Así, la media de horas de trabajo semanales de los trabajadores autónomos económicamente dependientes es de 36 horas: un valor más cercano al registrado por los trabajadores asalariados (37 horas), que al de los trabajadores autónomos sin empleados (42 horas) y con empleados (48 horas).

No obstante, si se considera la distribución de las horas de trabajo se constata que el porcentaje de personas que declaran tener una distribución muy irregular es bastante similar entre los autónomos dependientes y los autónomos sin desempleados, en torno al 35 % de los encuestados (mientras que en el caso de los asalariados es del 8 %).

Cabe destacar asimismo que el porcentaje de autónomos dependientes que tiene plena capacidad para organizar sus horas de trabajo es del 54 %, muy superior al registrado entre los asalariados (5 %), pero inferior a la de los autónomos sin empleados (79 %) y con empleados (70 %).

Finalmente, el balance entre la vida profesional y familiar es mejor entre los autónomos dependientes en comparación a las otras dos categorías de autónomos considerados ─sobre todo, en relación a la de autónomos con empleados─ y peor que la de los asalariados.

Del mismo modo, este colectivo se sitúa en una posición intermedia en relación a otros indicadores, como la realización de trabajos durante las horas libres, o la capacidad de tomarse horas libres de forma autónoma durante la jornada.

2.2.3. Salud y seguridad

Los resultados de los diferentes indicadores analizados ponen de relieve que los autónomos dependientes se sitúan en una zona intermedia entre los autónomos en general y asalariados, en cuanto a la valoración sobre la exposición ante riesgos laborales. Así, en

términos generales los trabajadores de este colectivo no perciben una mayor sensación de riesgo asociada a su trabajo, ni que les afecte en mayor medida a su salud.

Ahora bien, cabe destacar en contraste que el porcentaje de trabajadores autónomos dependientes que declaran estar "muy bien informados" sobre la salud y riesgos en sus trabajos es del 29 %: un valor significativamente más reducido que los de los otros colectivos de referencia, todos ellos con porcentajes superiores al 45 %.

2.2.4. Diferencias sectoriales

Los resultados de un informe sobre situación sociolaboral de los autónomos dependientes en diferentes Estados miembros de la UE, ponen de manifiesto que las condiciones de trabajo y la calidad del empleo de este colectivo pueden presentar notables diferencias atendiendo a la distinta realidad sectorial[19].

Así, se destaca que la situación laboral de este colectivo es mejor en términos generales entre los trabajadores de sectores como los seguros, contabilidad e industrias creativas, mientras que se detecta un mayor grado de precariedad, falsos autónomos e incluso de abusos laborales ─sobre todo, en relación a determinados colectivos como las personas inmigrantes─ en sectores como la construcción y el transporte.

2.2.5. Dimensión de género

Las deficiencias en la disponibilidad de información empírica sobre la realidad del trabajo autónomo económicamente dependiente se acentúan aún más cuando se considera la dimensión de género. De ahí la necesidad de contrastar estudios más cualitativos que aborden la situación del autoempleo en general, y que ofrecen algunas pistas sobre las personas autónomas dependientes en particular.

Así, los resultados de un informe sobre la situación de las mujeres autónomas en ocupaciones de gestión y profesionales apunta que, si bien se ha producido una tendencia paulatina de las mujeres al autoempleo en Europa ─en parte, reforzada con motivo de la crisis─ la persistencia de una significativa discriminación sociolaboral de género constituye un hándicap para el desarrollo profesional de estas personas[20].

Esta discriminación se manifestaría en diversos aspectos, tales como: (a) mayores dificultades en el acceso autoempleo en determinadas actividades más liberales ─como las industrias creativas─ especialmente en períodos de embarazo o a medida que se envejece; (b) mayores problemas en conciliar la vida profesional y laboral, agravados con la carencia de una suficiente red de servicios sociales de apoyo; (c) la existencia de estereotipos que potencian mayores obstáculos a la hora de trabajar con determinados clientes, que prefieren la opción de contratar a varones; (e) un menor nivel de ingresos en términos generales; (g) falta de incorporación en las actividades formativas de contenidos específicos de las

[19] VVAA (op.cit.).

[20] ZAHI, K.; and POLÁCEK, R.: *Improving the representation of self-employed women with professional and managerial tasks*. Brussels, FEMANET-EUROCADRES, 2013.

necesidades de mujeres que quiera acceder al autoempleo; y (h) mayores dificultades para acceder a financiación, en comparación a los varones.

La persistencia de estas barreras es confirmada por otros estudios de ámbito nacional, que además ponen de relieve otros factores negativos para la incorporación de las mujeres al autoempleo, tales como la falta de formación y cualificación en materia de gestión empresarial[21].

Estos elementos no sólo contribuyen a una mayor dificultad en el acceso al autoempleo por parte de las mujeres, sino asimismo a la continuidad de la actividad profesional. La consecuencia de ello es, como apuntan algunos informes nacionales, una mayor tasa de mortalidad de los proyectos de autoempleo de las mujeres en comparación a la registrada por los varones[22].

Es importante señalar, de otro lado, que dentro de este panorama general las trabajadoras autónomas no constituyen un colectivo homogéneo, siendo necesario atender asimismo a algunas características específicas.

En este sentido, es posible constatar ciertas tendencias diferenciadas entre los países del centro y norte de Europa, con una mayor participación de mujeres en el trabajo autónomo de sectores y ocupaciones con mayores requerimientos de cualificación; y la situación de los países del Sur, en los que se ha producido en el contexto de la presente crisis un aumento del trabajo autónomo dependiente entre mujeres, en actividades y ocupaciones con menores requerimientos de cualificación (y por tanto con un mayor riesgo de precariedad laboral).

3. EL TRABAJO AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE EN ESPAÑA

El contenido de esta sección se estructura en tres apartados: la delimitación del colectivo TRADE; una aproximación a sus condiciones de trabajo; y el desarrollo de los Acuerdos de Interés Profesional.

3.1. Delimitación del colectivo

Las diferentes estimaciones realizadas a partir de distintas fuentes de información permiten ofrecer, con las restricciones ya señaladas, una aproximación al tamaño del colectivo de trabajadores autónomos dependientes en España.

3.1.1. Encuesta de Población Activa

La Encuesta de Población Activa (EPA) ofrece datos desagregados por situación profesional, que incluye la categoría de trabajadores autónomos sin empleados. Así, en el

[21] Ver por ejemplo: ROSSEN, M.: *Barriers and incentives to female self-employment in Norway*. Research Seminar on Self Employment, Brussels, European Commission, 2015.

[22] HALABISKY, D.: *Policy brief on Sustaining Self-employment. Entrepreneurial activities in Europe*. Luxembourg, European Commission; OECD. 2015.

tercer trimestre de 2016 el trabajo autónomo sin empleados integra a 2,1 millones de personas, que representan el 11,2 % del total del empleo en España[23].

Dentro de este colectivo se encuadraría la categoría de autónomos dependientes, cuya cuantificación resulta más difícil de precisar, aunque se han realizado algunas estimaciones de forma no periódica a partir de los datos de la EPA.

Así, en el propio preámbulo de la LETA se señalaba que "según los datos suministrados por el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2004, ascienden a 285.600 los empresarios sin asalariados que trabajan para una única empresa o cliente. La cifra es importante, pero lo significativo es que este colectivo se ha incrementado en un 33 por ciento desde el año 2001.

En 2009, el Instituto Nacional de Estadística (INE) realizó una aproximación a la medición del autoempleo dependiente para estimar correctamente las cifras totales de trabajadores por cuenta ajena y propia, aunque desafortunadamente sólo se ha publicado información para dicho año.

De acuerdo con los cálculos del INE, 210.000 trabajadores por cuenta propia mantenían en 2009 una relación laboral con su empresa cliente, cooperativa o familiar asimilable a una relación laboral por cuenta ajena; de las cuales 151.700 dijeron ser autónomos, 42.000 declararon ser miembros de cooperativas y 16.300 ayudas familiares. En este sentido, el volumen de trabajadores por cuenta propia que trabaja en situación de dependencia económica constituye "un número nada desdeñable, que también muestra que este fenómeno no se circunscribe al ámbito de los autónomos sino también a otras figuras del trabajo por cuenta propia (como socios de cooperativas y ayudas familiares)"[24].

Cabe destacar que, más recientemente, algunas asociaciones profesionales han elevado el volumen de trabajadores autónomos que trabajan casi exclusivamente para un cliente a 258 mil personas a finales de 2014, basándose presuntamente para ello también en datos del INE[25].

3.1.2. Registro de afiliación a la Seguridad Social

El Registro de los trabajadores afiliados en regímenes por cuenta propia a la Seguridad Social incluye, desde 2008, datos sobre el número de personas autónomas económicamente dependientes (tabla 1).

Así, al principio de este período se registraban cerca de dos mil trabajadores autónomos económicamente dependientes afiliados a la Seguridad Social. Un número que se ha incrementado de forma moderada en los siguientes años, hasta situarse en un volumen de 10.354 personas en el tercer trimestre de 2016. Como resultado de ello, este colectivo ha pasado de representar el 0,1 % de los trabajadores autónomos personas físicas sin

[23] Fuente: EPA, tercer trimestre de 2016 (población d 16 años y más).

[24] LÓPEZ MORULO, E.; y MALO, M.: "El mercado de trabajo en España: el contexto europeo, los dos viejos desafíos y un nuevo problema", *Ekonomiaz*, nº 87, 1º semestre 2015 (págs. 31-59, cita p. 44).

[25] TRILLAS, A.: "Ni tan libres ni tan protegidos", *Alternativas Económicas*, nº 23, marzo de 2015 (pp.38-42).

asalariados, al 0,5 % al final del período (y del 0,1 % al 0,3 % si se considera el conjunto de trabajadores autónomos).

Tabla 1. Trabajadores afiliados en los regímenes por cuenta propia de la Seguridad Social en España, por colectivo. 2008-2016.

Colectivo	2008	2009	2010	2011	2012
Aut. personas físicas	**2.141.717**	**2.026.176**	**1.978.785**	**1.947.659**	**1.909.916**
Sin asalariados	1.730.230	1.635.666	1.591.589	1.593.514	1.514.839
Ec. Depend.	*1.968*	*3.055*	*4.421*	*5.141*	*6.410*
Con asalariados	411.487	390.510	387.196	354.145	395.077
Otros colectivos	**1.196.747**	**1.156.920**	**1.147.160**	**1.145.269**	**1.136.914**
Total	**3.338.464**	**3.183.096**	**3.125.945**	**3.092.928**	**3.046.830**

Colectivo	2013	2014	2015	2016
Aut. personas físicas	**1.923.955**	**1.945.548**	**1.960.774**	**1.974.881**
Sin asalariados	1.526.044	1.547.071	1.547.512	1.543.272
Ec. Depend.	*7.755*	*9.045*	*9.851*	*10.354*
Con asalariados	397.911	398.477	413.262	431.609
Otros colectivos	**1.152.540**	**1.207.373**	**1.234.604**	**1.250.845**
Total	**3.076.495**	**3.152.921**	**3.195.378**	**3.225.726**

Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Datos a 31 de diciembre, excepto 2016 (30 de septiembre)

3.1.3. Servicio Público de Empleo Estatal

El registro de contratos de trabajadores autónomos económicamente dependientes se localiza en el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE). Desafortunadamente, la información de este registro no es pública, por lo que no se dispone de los datos para cuantificar con precisión el número de contratos registrados desde la aprobación de la LETA (tanto en términos de stock como de flujo).

Cabe mencionar en todo caso que la única referencia accesible durante la elaboración del presente informe es la recogida en el "*Balance de medidas sobre el trabajo autónomo 2008-2011*", elaborado por el Ministerio de Trabajo e Inmigración (actual Ministerio de Empleo y Seguridad Social). En dicho balance, se señala que "según datos del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), desde la entrada en vigor de la norma hasta mediados de diciembre de 2010, se han registrado 20.408 contratos de estas características".

3.1.4. Inspección de Trabajo

La situación de los falsos autónomos es un fenómeno que, por su propia naturaleza irregular, resulta lógicamente muy difícil de medir. En este sentido, las actuaciones de la Inspección de Trabajo realizadas en el marco del Plan de Lucha contra el empleo irregular y la lucha contra el fraude a la Seguridad Social aprobado en 2012, han permitido determinar a

fecha de mayo de 2015 la existencia de 2.372 casos de empleos camuflados tras la fórmula de "falso autónomo" [26].

Los falsos autónomos detectados son producto del trasvase de trabajadores que prestan servicios por cuenta ajena en compañías, pero que son asimilados como empleados autónomos por parte de la misma. Esto supone que en lugar de estar inscritos en el Régimen General de la Seguridad Social lo están en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA). De esta manera, el empresario consigue reducir de manera considerable los costes laborales de los empleados, ya que en ese caso es el propio trabajador el encargado de afrontar los costes fiscales y la cotización a la Seguridad Social, sin que exista un vínculo directo con la compañía.

3.1.5. Conclusión

La revisión de la información empírica disponible permite resaltar, en suma, dos conclusiones relevantes: de un lado, el escaso volumen de trabajo autónomo económicamente dependiente existente en España, por debajo de la media, ya baja, existente en la Unión Europea.

De otro, el notorio contraste existente entre el universo real de trabajadores autónomos que prestan servicios casi exclusivamente para una sola empresa cliente y el muy bajo número de trabajadores autónomos económicamente dependientes registrados. Una brecha que se refrenda con el muy escaso número de contratos registrados (en torno a 20,5 mil a mediados de 2010 según los únicos datos conocidos del SEPE).

Todo esto permite señalar unos resultados claramente limitados de las políticas orientadas a promover esta figura laboral en los términos previstos por la LETA y el Real Decreto 197/2009, máxime considerando las expectativas suscitadas en el debate inicial sobre esta temática[27].

Este proceso puede explicarse por diversas razones. En primer lugar, desde diversos ámbitos se coincide en remarcar el rechazo por una parte sustancial del ámbito empresarial a la utilización de esta figura, tanto por los requisitos legales formales y materiales exigidos para la celebración de un contrato, como por considerar que en la práctica supondría una imposición de cargas y costes para la empresa típicos del trabajo subordinado. De ahí que de forma mayoritaria las empresas prefieran contratar servicios con trabajadores autónomos no dependientes, o incluso recurrir a formas que pueden considerarse fraudulentas (de recurso al falso autónomo o incluso a la falsa cooperativa).

A ello se suma en segundo lugar la situación individual de muchos trabajadores que no se atreven a exigir este derecho porque en el propio reglamento no se contempla la retroactividad, y por ello temen que su contrato se rescinda.

[26] Fuente: Diario "El País" (17/5/2015).

[27] Como ya se ha señalado, en el preámbulo de la LETA se hablaba de un volumen potencial de casi 300 mil personas.

Finalmente, cabe mencionar asimismo las reticencias iniciales de las organizaciones sindicales sobre esta figura laboral, en la medida en que se entiende que contribuye a precarizar aún más el empleo, consolidando la tendencia ya existente de expulsión de ciertas actividades profesionales del ámbito aplicativo del contrato de trabajo.

El corolario es que "en términos prácticos, puede afirmarse que la figura ha cuajado allí donde previamente concurría un colectivo con una identidad propia, con significativa presencia dentro de unas empresas clientes que acudían con intensidad a la contratación de autónomos y que, como resultado de todo ello, había logrado asociarse para la defensa colectiva de sus intereses profesionales. El referente prototípico de ello ha venido siendo el de los distribuidores de productos y transportistas de mercancías titulares de sus vehículos"[28].

3.2. Condiciones de trabajo

El debate jurídico sobre la regulación legal de los TRADE y sus consecuencias han sido objeto de diversos análisis por parte de la literatura especializada, sobre todo en los momentos previos y posteriores a la aprobación de la LETA y el Reglamento[29].

Son mucho más escasos sin embargo los estudios disponibles que aborden en profundidad la situación sociolaboral de este colectivo en España, lo que sin duda constituye un serio obstáculo para la evaluación de sus carencias y necesidades, que sirva de base para la posterior elaboración de propuestas de actuación. A ello se suma además que la situación sociolaboral de este colectivo puede presentar, como ya se ha señalado, diferencias significativas en función del sector de actividad.

En este sentido, para el presente apartado se ha utilizado como principal fuente de información la *VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 2011*, elaborada por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene del Trabajo (INSHT, Ministerio de Empleo y Seguridad Social).

Esta encuesta, realizada sobre una muestra de 8.892 personas, permite desagregar la información en función de la situación profesional, que comprende entre otras categorías la de "Trabajador autónomo sin asalariados y dependiente". La muestra concreta de este colectivo es relativamente pequeña (369 personas), pero en todo caso los resultados de la encuesta ofrecen elementos de interés como aproximación a algunas variables relevantes sobre las condiciones de trabajo de los autónomos dependientes[30].

Los datos cuantitativos de esta encuesta se han complementado con la información de algunos estudios específicos, cuyas conclusiones apuntan elementos de interés sobre la situación sociolaboral de este colectivo[31].

[28] CRUZ VILLALÓN, J.: "El Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente en España. Breve valoración de su impacto tras algunos años de aplicación", *Documentación Laboral*, nº 98, 2, 2013 (págs. 19-36, cita en p. 25).

[29] Para una monografía reciente, ver PÉREZ REY, J.: *El régimen profesional del trabajo autónomo económicamente dependiente: novedades legales y jurisprudenciales*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2016.

[30] Los datos de la encuesta pueden consultarse y manejarse on line en: http://encuestasnacionales.oect.es/.

[31] Concretamente, se han utilizado los siguientes trabajos: GABINETE DE ESTUDIOS DE CCOO-NAVARRA: *Un autónomo o autónoma diferente: los/as TRADE en Navarra*. Pamplona, Observatorio Navarro de Empleo., *(...)*

3.2.1. Perfil del colectivo

Los resultados de la Encuesta del INSHT aportan algunos elementos de interés sobre el perfil del colectivo de trabajadores autónomos dependientes para 2011, en relación tanto a las características personales como de su actividad profesional[32].

Así, en relación a los rasgos personales el mayor porcentaje de personas corresponde al tramo de edad de 45 a 54 años (31,1 %), seguido del tramo de 35 a 44 (29 %). En el extremo opuesto se sitúa el tramo de menor edad (16 a 24 años), donde sólo se integra el 2,1 % de las personas.

Diferenciando por sexo, existe un predominio de varones en el colectivo analizado, concentrando el 61,5 % de las personas, mientras que las mujeres representan el 38,5 %.

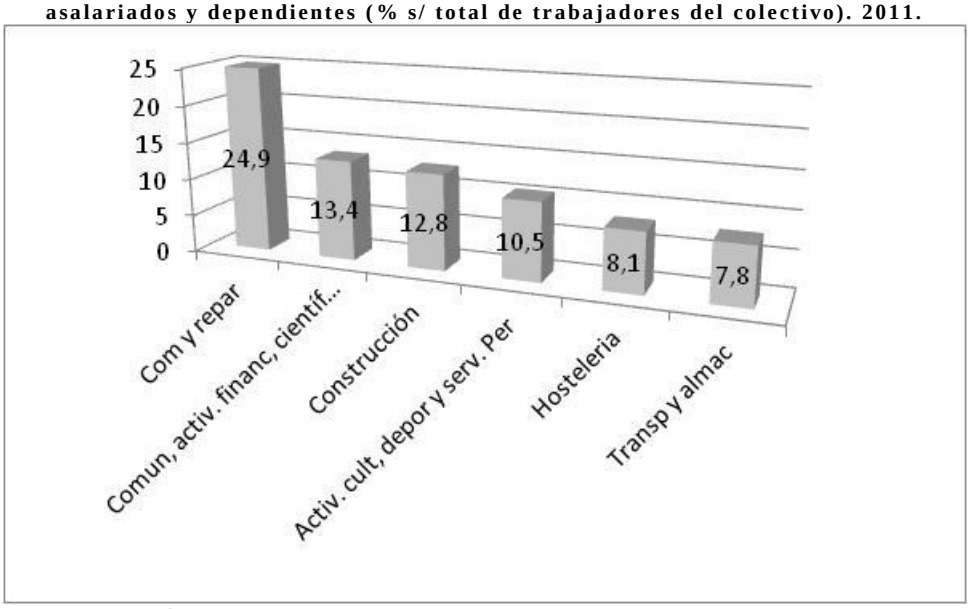
Por nacionalidad, el 92,2 % de las personas declaran tener nacionalidad española, mientras que sólo el 7,8 % se corresponde con otra nacionalidad.

En cuanto a las características de los empleos, el 77,5 % de los autónomos dependientes se concentra en cinco ramas de actividad: comercio y reparaciones; comunicación, actividades financieras, científicas y administrativas; construcción; actividades culturales, deportivas y servicios personales; Hostelería; y Transporte y almacenamiento (gráfico 2).

2008; FOREM: *Evaluación de las necesidades de formación y del impacto de la formación en trabajadores autónomos. Informe de resultados*. Madrid, CCOO y Ministerio de Trabajo e Inmigración. 2009; y UPTA, ASTREES, ASOC. BRUNO TRENTIN, CITUB, EFBWW y ANMEYA: *Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes (TRADES). Medición, estadística, desafío y oportunidades.* Madrid, Comisión Europea. Madrid, 2014.

[32] Conviene señalar que, dado el tiempo transcurrido desde la realización de esta encuesta, los resultados apuntados pueden haber registrado lógicamente algunas variaciones.

Gráfico 2. Ramas de actividad con mayor porcentaje de trabajadores autónomos sin asalariados y dependientes (% s/ total de trabajadores del colectivo). 2011.

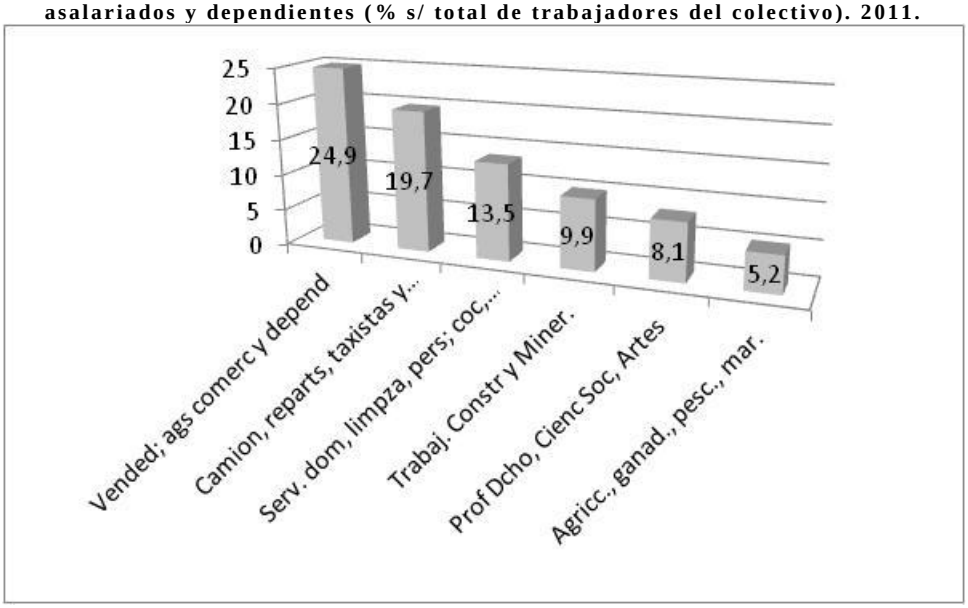


Fuente: Elaboración propia a partir de los datos on line de la *VII Encuesta de Condiciones de Trabajo 2011*. INSHT.

Conviene señalar que existen diferencias en la distribución sectorial de la actividad según sexo. Así, el empleo de los varones se concentra principalmente en tres ramas: comercio y reparaciones; construcción; y transporte y almacenamiento. Las mujeres autónomas por su parte se localizan mayoritariamente en dos ramas: comercio y reparación; y comunicación, actividades financieras, científicas y administrativas

El empleo de los autónomos dependientes presenta asimismo una elevada concentración ocupacional, destacando seis ocupaciones donde se localiza el 81,3 % de las personas (y que están estrechamente relacionadas, lógicamente, con las ramas de actividad señaladas): (a) vendedores, agentes comerciales y dependientes; (b) camioneros, repartidores, taxistas y otros conductores; (c) servicio doméstico, limpieza, personales; cocineros, camareros; barrenderos; (d) trabajadores de la construcción y minería; (e) profesionales del derecho, las ciencias sociales y las artes; y (f) agricultores, ganaderos, pescadores y marineros (gráfico 3).

Gráfico 3. Ocupaciones con mayor porcentaje de trabajadores autónomos sin asalariados y dependientes (% s/ total de trabajadores del colectivo). 2011.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos on line de la *VII Encuesta de Condiciones de Trabajo 2011*. INSHT.

La distribución ocupacional del trabajo autónomo dependiente registra no obstante diferencias significativas por sexos. Así, el mayor porcentaje de los varones se localiza en tres ocupaciones: (a) vendedores, agentes comerciales y dependientes; (b) camioneros, repartidores, taxistas y otros conductores; (b) camioneros, repartidores, taxistas y otros conductores; y (c) trabajadores de la construcción y minería.

El empleo de las mujeres autónomas dependientes por su parte se concentra mayoritariamente en las siguientes ocupaciones: (a) vendedores, agentes comerciales y dependientes; (b) servicio doméstico, limpieza, personales; cocineros, camareros; barrenderos; y (c) profesionales del derecho, las ciencias sociales y las artes.

3.2.2. Motivaciones

Con independencia de la notable diversidad asociada a las múltiples situaciones particulares, es posible resaltar dos razones principales para convertirse en autónomo dependiente: de un lado, por decisión de las propias personas para desarrollar su carrera profesional. De otro, por decisión de las empresas, que en muchos casos proponen ─o imponen─ a los trabajadores esta relación mercantil, en la medida que les supone un ahorro de costes en comparación al empleo asalariado.

Conviene destacar la existencia de diferencias sectoriales a la hora de ponderar ambas razones, siendo la segunda más frecuente en actividades que se caracterizan por la demanda intensiva de empleo con pocos requerimientos de cualificación (como es el caso por ejemplo del Comercio, Hostelería y Restauración).

3.2.3. Condiciones de trabajo

3.2.3.a. Ingresos

Los estudios realizados apuntan que la mayor dificultad que deben afrontar tradicionalmente los trabajadores autónomos dependientes tiene que ver con una mayor inseguridad con relación a sus ingresos.

A ello se suman además otros factores que contribuyen a empeorar la situación financiera, tales como la dificultad en el cobro de las facturas, las dificultades en el acceso a la financiación y la pérdida de clientes, asociada a los problemas en encontrar nuevos.

Es importante destacar no obstante que la situación de precariedad puede presentar notables diferencias, en función de la carrera profesional o el sector de actividad en que se desempeñe la misma.

Conviene resaltar asimismo que las dificultades y obstáculos de este colectivo se han agravado desde el inicio de la presente crisis, tanto por el impacto de la misma sobre la actividad económica y el empleo, como por los efectos de las políticas de ajuste aplicadas en los últimos años.

Ello ha provocado un notable deterioro de las condiciones de trabajo y vida de la población, que se manifiesta en indicadores como el aumento de las personas en riesgo de pobreza y exclusión social, así como en el resurgimiento del fenómeno de la pobreza laboral. En España, este fenómeno afecta especialmente a los trabajadores autónomos sin empleados ─incluidos los autónomos dependientes─ con una tasa de riesgo de pobreza que casi triplica a la de los trabajadores asalariados[33].

3.2.3.b. Tiempo de trabajo

La estimación del número medio de horas trabajadas de los autónomos dependientes presenta serias dificultades, tanto por la falta de datos como por las notables diferencias existentes en función de las características de cada sector.

Los resultados de la *VII Encuesta de Condiciones de Trabajo* del INSHT apuntan que en 2011 el mayor porcentaje de personas de este colectivo se sitúa en el tramo de entre más 30 y 40 horas semanales de trabajo. En términos generales, este es el tramo de horas que cuenta con mayor volumen de trabajadores de cada colectivo.

Ahora bien, si se compara la situación de los otros intervalos, se constata que un mayor peso relativo de este colectivo en los tramos con mayor número de horas por semana en comparación a los asalariados, aunque inferior a la de otros autónomos. A modo ilustrativo, un 25,8 % de autónomos dependientes declara trabajar entre más de 40 horas y 50 horas semanales, y un 15,2 % 50 horas o más. La proporción de asalariados con contrato en

[33] MARTÍN URRIZA, C.; ZARAPUZ PUERTA, L; y LAGO PEÑA, M.: *Desigualdad, pobreza y salarios*. *EnClave de Economía*, nº 2. Gabinete Confederal de Economía de la CS. De CCOO. Madrid, 2015.

ambos intervalos es respectivamente del 13,7 % y del 3 %, mientras que la de autónomos asalariados independientes del 28,2 % y 16,3 %.

Los datos de la Encuesta coinciden asimismo con otros resultados similares a los ya señalados en el ámbito europeo, por ejemplo: una mayor distribución irregular del trabajo que la de los asalariados, aunque inferior respecto de la de las otras categorías de autónomos. Finalmente, cabe destacar que el 52 % de los autónomos dependientes encuestados valora como "bien" su situación en términos de conciliación de la vida profesional y laboral, mientras que el 21 % se sitúa en la categoría de "no muy bien",

3.2.3.c. Autonomía

Los estudios consultados coinciden en apuntar que los TRADE manifiestan tener poco o ningún tipo de autonomía o independencia en la toma de decisiones respecto de variables como las horas de trabajo, los recursos y las herramientas que utilizan. Esto constituye un punto especialmente delicado, en la medida en que la preservación de un grado suficiente de autonomía en la organización del trabajo, es uno de los rasgos distintivos de la figura del TRADE, tal como aparece recogida en la LETA.

En este sentido, se ha señalado que "el tema de la organización del trabajo es una de las condiciones que establece el Estatuto y que en menor medida se está cumpliendo. Precisamente es una de las cuestiones que determina la diferencia entre lo que es un/a TRADE y un/a falso/a autónomo/a. A lo largo del trabajo de campo realizado para esta investigación se ha podido comprobar que en muchos casos, los/as TRADE cumplen con todas las características que establece la Ley a excepción de la organización propia del trabajo. Resulta por tanto muy importante tener en cuenta esta condición para poder hablar de trabajadores autónomos dependientes"[34].

No obstante, cabe señalar que ─según los datos de la encuesta del INSHT─ los autónomos dependientes declaran tener un mayor grado de autonomía en relación a los asalariados, aunque inferior a la de los otros tipos de autónomos, respecto de aspectos como: el orden de realización de las tareas; el método de trabajo; el ritmo de trabajo; y la distribución o duración de las pausas de trabajo.

3.2.3.d. Salud y seguridad en el trabajo

La valoración general de esta materia resulta particularmente compleja, en la medida en que los factores de riesgo laboral están muy determinados por las características de la actividad profesional que se realiza. Los resultados de la VII Encuesta de condiciones de trabajo del INSHT permiten destacar en todo algunos elementos de interés.

Así, los mayores riesgos de accidente declarados por este colectivo corresponden a las categorías de "Cortes y pinchazos", "Golpes" y "Accidentes de tráfico".

[34] GABINETE DE ESTUDIOS DE CCOO NAVARRA (op.cit., p. 103).

En cuanto a la prevención de riesgos laborales, el colectivo de autónomos dependientes se sitúa en una posición más desfavorable respecto de los trabajadores asalariados ─y mejor que la de otros colectivos de autónomos─ en relación a aspectos como: la existencia de Delegado de prevención en el centro de trabajo; el ofrecimiento por parte de la empresa de pasar un reconocimiento médico; la realización de un estudio de riesgos del puesto de trabajo; y la adopción de medidas preventivas.

Finalmente, cabe destacar que el 65,5 % de los autónomos dependientes encuestados declara que no hay formación e información sobre los riesgos en su trabajo, un porcentaje muy superior al de los trabajadores asalariados (41,6 %), pero también mayor en relación al de los autónomos independientes sin empleados (59 %) y al de los empresarios con asalariados (31,4 %).

3.2.3.e. Formación

Existe consenso en resaltar que la participación de los trabajadores autónomos ─incluidos los TRADE─ en el sistema de Formación para el Empleo puede considerarse en términos generales como muy baja. Así, se ha señalado que las "asociaciones y organizaciones están de acuerdo en que las y los autónomos viven "fuera" del sistema, de un sistema cuya oferta formativa está fundamentalmente dirigida, en todos los aspectos, hacia los trabajadores asalariados"[35].

Esta situación puede explicarse por diversas razones:

- La falta de recursos destinados a la formación de trabajadores autónomos, en la medida en que la oferta se destina prioritariamente a los trabajadores asalariados.
- La debilidad (cuantitativa y cualitativa) de la demanda de formación concreta por parte de trabajadoras y trabajadores autónomos, retroalimentada por las dificultades inherentes al colectivo (y que se agravan en etapas de crisis como la actual).
- La inadecuación de los requisitos, contenidos y modalidades de la formación a la especificidad de los trabajadores autónomos.
- Las dificultades para compatibilizar la actividad profesional con la organización y horarios de la formación presencial.
- La dificultad para muchas personas, particularmente las de mayor edad y nivel de formación más bajo, para participar en actividades formativas on line.

Todo ello apunta la necesidad de reorganizar una oferta formativa específica para este colectivo, que tenga en cuenta tanto la dotación necesaria de recursos, como la adecuación de los contenidos, requisitos y modalidades de impartición.

3.3. Acuerdos de Interés Profesional

Uno de los aspectos más singulares de la LETA es el reconocimiento de la posibilidad de negociación colectiva de los trabajadores autónomos económicamente dependientes. Concretamente, el artículo 3.2 de la Ley establece que "los acuerdos de interés profesional

[35] FOREM, op.cit. (p. 95).

serán, asimismo, fuente del régimen profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes. Toda cláusula del contrato individual de un trabajador autónomo económicamente dependiente, afiliado a un sindicato o asociado a una organización de autónomos, será nula cuando contravenga lo dispuesto en un acuerdo de interés profesional firmado por dicho sindicato o asociación que le sea de aplicación a dicho trabajador por haber prestado su consentimiento".

Más allá del debate jurídico sobre este instrumento, el balance de su desarrollo presenta como restricción de partida la ya reiterada carencia de información. La razón de ello es que, con carácter general, no es obligatorio ni el depósito ni la publicación oficial de los Acuerdos de Interés Profesional (AIP), por lo que resulta muy difícil delimitar el volumen de los mismos, así como conocer su contenido.

Existe en todo caso un consenso general sobre el muy reducido número de AIP firmados tras nueve años de entrada en vigor de la LETA, lo que permite concluir que la negociación colectiva de los trabajadores autónomos económicamente dependientes es una realidad prácticamente simbólica.

Un estudio realizado sobre una pequeña muestra de Acuerdos permite destacar a modo ilustrativo algunos elementos relativos a los mismos, si no con pretensiones de generalidad ─debido al simbólico número de AIP consultados─ sí al menos con la finalidad de ofrecer algunos elementos para la reflexión[36].

Los cinco Acuerdos analizados presentan en primer lugar una alta coincidencia en cuanto a su ámbito funcional, que regula mayoritariamente la prestación de servicios de transportistas autónomos.

En cuanto al procedimiento de negociación, cabe destacar que la falta de reglas legales sobre esta cuestión deja el tema en el ámbito de la autonomía de los negociadores en cada Acuerdo.

El contenido material de los AIP analizados es mucho más amplio de lo que cabía esperar, a la vista de las referencias contenidas en la LETA, y en particular de las remisiones expresas que la misma hace a esta fuente del régimen profesional. Así, estos Acuerdos han regulado cuestiones relacionadas con el contrato y su duración, la jornada, la extinción

[36] CASTRO ARGÜELLES, M.: "Los Acuerdos de Interés Profesional: un balance de la negociación llevada a cabo al amparo del Estatuto del Trabajo Autónomo*", Anales de Derecho*, nº 29, 2011 (pp. 34-80). Los AIP analizados son: AIP de la entidad Panrico, SLU sobre condiciones de prestación de servicios de transportistas autónomos, de 14 de abril de 2009; AIP de los trabajadores autónomos económicamente dependientes del transporte de mercancías por carretera de la empresa DSV Road Spain, SAU., de 15 de octubre de 2009; AIP suscrito por Árbitros españoles de baloncesto asociados (AEBA) para la prestación del servicio de arbitraje deportivo en las competiciones organizadas por la Asociación de clubs de baloncesto (ACB) para las temporadas 2010/2011 a 2013/2014, de 31 de agosto de 2010; AIP suscrito por la empresa Lozano Transportes, SAU, y la Agrupación Sindical de Transportistas Autónomos de Catalunya (ASTAC) publicado en el Diario Oficial de la Generalitat de 25 de marzo de 2011; AIP para trabajadores autónomos del transporte de mercancías por carretera suscrito por la empresa Sertrans Catalunya, S.A., y la organización Agrupación Sindical de Transportistas Autónomos de Catalunya ASTAC) publicado en el Diario Oficial de la Generalitat de 6 de julio de 2011.

contractual, las interrupciones justificadas de la actividad, o los procedimientos no jurisdiccionales de solución de conflictos.

4. CONCLUSIONES

La aprobación de la LETA en España en 2007 representó una de las primeras regulaciones de esta figura laboral a nivel europeo, posteriormente desarrollada con un Reglamento específico y diferentes modificaciones legales como la aprobada por la Ley 31/2015.

El balance sobre el desarrollo del trabajo autónomo dependiente en los términos previstos por la LETA, transcurridos 9 años de su aprobación, puede calificarse como claramente insatisfactorio. Ello se pone de manifiesto con el muy escaso volumen de personas reconocidas hasta ahora bajo la figura del TRADE; en torno a diez mil en 2016, sobre todo si se contrasta con el universo potencial establecido en el preámbulo de la propia Ley.

A ello se suma además la existencia de un elevado porcentaje de casos en los que el trabajo autónomo dependiente encubre en realidad situaciones fraudulentas o irregulares de trabajo asalariado (aunque formalmente no se presenten como tales). Una problemática que ha cobrado un renovado vigor en los últimos años como consecuencia del impacto de la digitalización y la emergencia de nuevas formas de actividad como las plataformas on line y la economía colaborativa, que están actuando como nuevos motores para el desarrollo de las relaciones ambiguas de trabajo[37].

En este marco, se plantean a continuación una serie de propuestas específicas de actuación orientadas a la mejora de la protección de este colectivo, y que se han estructurado en siete apartados: fuentes de información; contratos; cotizaciones a la seguridad social; apoyo a la actividad profesional; formación; igualdad de género; y derechos colectivos[38].

4.1. Fuentes de información

La carencia de datos cuantitativos y cualitativos fiables, homologados, detallados y sistemáticos sobre los trabajadores autónomos dependientes constituye un serio obstáculo, tanto a nivel europeo como español, para la realización de evaluaciones rigurosas que sirvan de soporte al diseño y aplicación de medidas adaptadas a las características y necesidades de este colectivo.

En este sentido, es posible apuntar algunos elementos de mejora sobre esta cuestión:

[37] DEGRYSE, CH.: *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, Brussels, European Trade Union Institute, Working Paper 2016.02; HUWS, U.: *Labor in the Digital Global Economy. The cibertariat comes of Age*, New York, Monthly Review Press, 2014. DE STEFANO, V., *The rise of the «just-in time workforce»: on-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig economy»*, Geneva, ILO, 2016; TODOLI SIGNES, A.: *El impacto de la "uber economy" en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo*, IUSLabor 3/2015, (págs. 1-25).

[38] Quiero agradecer a Carlos Bravo y Jordi Ribó, de la Secretaría Confederal de Protección Social y Políticas Públicas de CCOO, sus sugerencias para la elaboración de estas propuestas.

a) La incorporación de la categoría de trabajador autónomo económicamente dependiente en las diferentes estadísticas oficiales realizadas en el ámbito de la Unión Europea, y que contemplen entre sus variables la situación profesional. Un primer paso en esta línea lo constituye la adopción de un programa de módulos ad-hoc para la encuesta muestral de población activa para los años 2016 a 2018, en el que se contempla uno específico sobre "Actividad por cuenta propia"[39]. En este sentido, se prevé que este módulo incorpore información específica detallada sobre los trabajadores autónomos dependientes[40].
b) Una mayor desagregación de la información incluida en los boletines del Registro de trabajadores por cuenta propia afiliados a la Seguridad Social, que hasta la actualidad se limitan a ofrecer el número total de autónomos dependientes por trimestre.
c) La elaboración de una estadística pública sobre las características de los contratos TRADE registrados en el Servicio Público de Empleo Estatal, similar a las publicadas sobre los contratos de trabajo asalariado.

4.2. Contratos

Existe una necesidad objetiva de promover mecanismos eficaces que faciliten y favorezcan el reconocimiento de la condición de TRADE sin desnaturalizar la misma, reforzando al mismo tiempo los derechos de los trabajadores. Para ello, se plantea una reforma del marco legal que incida en aspectos como

a) La supresión del carácter constitutivo del contrato escrito para tener la condición de TRADE.
b) Un mayor rigor en el establecimiento de la causalidad del TRADE, de forma que se considere como tal desde el momento en se produce el hecho contractual.
c) Redefinir la laboralidad en los supuestos de dependencia económica, productiva y organizativa, aunque se empleen medios propios

También se plantea suprimir la apertura a la contratación laboral por parte de los TRADES en los supuestos establecidos por la ley 31/2015 (artículo 1º.3). Una disposición cuyo contenido, como se señaló en su momento en el Dictamen del Consejo Económico y Social, devalúa la propia naturaleza de la figura del TRADE[41].

4.3. Cotizaciones a la Seguridad Social

En relación a esta cuestión se plantean dos elementos:

a) Acercar la cotización a la Seguridad Social y el sistema de pago de los trabajadores autónomos, de modo que las cotizaciones se establezcan en función de los ingresos reales.

[39] *Reglamento (UE) N1 318/2013 de la Comisión de 8 de abril de 2013 por el que se adopta el programa de módulos ad hoc, que cubre los años 2016 a 2018, para la encuesta muestral de población activa establecida en el Reglamento (CE) nº 577/98* (Diario Oficial de la UE, 9/4/2013).

[40] BALDASSARINI, A.: *Self-employment and the economic crisis in Europe*. *Seminar on self-employment*. Brussels, 2015.

[41] Consejo Económico y Social. Dictamen 7/2015 sobre el *Anteproyecto de Ley por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social*. Madrid, 13/5/2015.

b) La reforma de la prestación por cese involuntario de la actividad, incidiendo en aspectos como: la gestión pública a cargo del Servicio Público de Empleo; el carácter obligatorio de la prestación; y la modificación de los requisitos para facilitar el acceso a la prestación.

4.4. Apoyo a la actividad profesional

Los trabajadores autónomos económicamente dependientes comparten una serie de necesidades comunes, en relación a aspectos como: información y asesoramiento sobre distintas materias; financiación y ayudas económicas; y asesoría legal, contable y fiscal.

Los TRADE distan mucho sin embargo de ser un colectivo homogéneo, pudiendo delimitarse situaciones y necesidades diferenciadas en base a distintos tipos de variables: (a) personales, como la edad, sexo y nivel de cualificación; (b) relativas a las características del empleo, como el sector económico o la ocupación; y (c) en base al momento del desarrollo de la actividad, por ejemplo si se va iniciar por primera vez un proyecto de autoempleo; o si se tiene ya una determinada experiencia o trayectoria profesional.

El corolario de ello es que el diseño y aplicación de las diferentes medidas debería partir de una evaluación previa sobre las características de los potenciales grupos beneficiarios, a fin de poder ajustar en lo posible el contenido de las actuaciones a las necesidades específicas de los mismos.

En todo caso, de forma general es posible apuntar los siguientes elementos:

a) Reforzamiento de la dotación de recursos humanos y materiales de los Servicios Públicos de Empleo, y mejora de su funcionamiento en relación a la prestación de servicios relacionados con la promoción del autoempleo. Por ejemplo, formando a personal orientador específicamente sobre esta materia.
b) Mejora de las políticas activas de empleo, tanto en términos de recursos como del contenido de sus actuaciones, incidiendo específicamente en todos los aspectos relativos a la prestación de servicios de información, orientación y asesoramiento en temas de autoempleo.
c) Articulación de una estrategia integral de impulso a los proyectos de autoempleo, prestando especial atención y apoyo al desarrollo de actividades profesionales en sectores con unas previsiones de alta demanda en el futuro. Por ejemplo: sectores emergentes relacionados con la innovación tecnológica; o sectores relacionados con la cobertura de necesidades sociales (como la atención a las personas en situación de dependencia). El contenido de esta estrategia debería incidir en diferentes dimensiones, incluyendo medidas fiscales, regulatorias, financieras y de apoyo específico a proyectos empresariales concretos.
d) Inclusión de cláusulas sociales en los contratos y licitaciones de las Administraciones Públicas, que contemplen entre otros colectivos beneficiarios a los trabajadores autónomos dependientes.

4.5. Formación

La participación de los trabajadores autónomos dependientes en el sistema de Formación para el Empleo puede considerarse en términos generales como muy baja. Esto

plantea la necesidad de reorganizar una oferta formativa específica para este colectivo, que tenga en cuenta tanto la dotación necesaria de recursos, como la adecuación de los contenidos, requisitos y modalidades de impartición en una doble dimensión:

a) El diseño de los contenidos formativos en base a las necesidades específicas de los distintos grupos de beneficiarios, a partir de una evaluación previa de las mismas. Por ejemplo, diferenciando entre las personas que requieren una formación transversal que les permita controlar la gestión de su actividad; y las que demandan una formación sectorial especializada.
b) La planificación de los requisitos y modalidades de impartición tomando en consideración las diferentes posibilidades y límites de tiempo, horario, acceso y seguimiento, e incidiendo en aspectos como: una formación concreta, práctica y útil; de carácter semipresencial, combinando la asistencia personal con la formación on line, y en horarios compatibles con la actividad laboral de cada grupo.

4.6. Igualdad de género

Las mujeres se han incorporado de forma creciente al autoempleo, pero todavía persisten barreras y discriminaciones de género que dificultan tanto el acceso a la actividad profesional como autónoma, como la continuidad de los proyectos profesionales.

En este sentido, se plantea incorporar la perspectiva de género como una dimensión transversal al conjunto de actuaciones orientadas al colectivo de TRADES, combinando este enfoque con la adopción de medidas específicas de apoyo a las mujeres autónomas, incidiendo en aspectos como:

a) Promover programas que favorezcan la conciliación de la vida profesional y personal, en relación a aspectos como el cuidado a la infancia y personas adultas en situación de dependencia.
b) Sensibilización respecto de los estereotipos de género relacionados con el rol percibido de las mujeres y varones en las actividades profesionales. A ello se sumaría la adopción de medidas a favor de la erradicación de la discriminación en los lugares de trabajo.
c) Ayudas para el acceso a la financiación. Esto constituye un elemento central, en la medida en que las mujeres autónomas padecen una seria discriminación a la hora de acceder a un crédito o subvención.
d) Mejoras en la protección social, considerando que las mujeres autónomas son las que tienen un mayor riesgo de pobreza.
e) Medidas específicas en materia de políticas activas y de fomento de la formación.
f) Diseñar actuaciones específicas orientadas y adaptadas tanto a las mujeres jóvenes, como al colectivo de mujeres mayores de 45 años que quiere iniciar un proyecto de autoempleo.

4.7. Derechos colectivos

Los TRADE constituyen un grupo especialmente vulnerable, precisamente por estar situados en una zona intermedia entre los trabajadores por cuenta ajena y propia. En este sentido, se plantea la necesidad de potenciar los mecanismos de tutela de los derechos de este

colectivo, previniendo y sancionando en su caso las situaciones de abuso o fraude laboral encubierto.

De forma particular, se plantea el reforzamiento del papel de los Acuerdos de Interés Profesional. Un instrumento cuyo funcionamiento en los últimos años presenta notables deficiencias, tanto por el muy escaso número de AIP firmados ─aunque su cuantificación exacta no sea posible debido a la falta de un registro obligatorio─ como por algunas debilidades relevantes de los procesos de negociación y aplicación de los mismos, tales como: la fuerza vinculante limitada de los acuerdos; o la capacidad de las empresas para elegir interlocutor para firmarlos, e incluso de premiar a quien acepta firmar una rebaja de sus contenidos.

Para ello se plante incidir en aspectos como:

a) Impulsar el seguimiento y control de la inspección de trabajo sobre el cumplimiento de la normativa legal, encaminado a luchar con el fraude que suponen los falsos autónomos, con especial incidencia en los sectores con mayor nivel de trabajo no declarado.
b) Garantizar los derechos colectivos de los TRADE, impulsando la negociación de Acuerdos de Interés Profesional, sobre todo los sectores con mayor presencia de autónomos dependientes, y potenciando aspectos como: la revisión y reforzamiento del carácter vinculante de los AIPs; reducir las vías de planificación estratégica de las empresas con ellos, o posibilitar vínculos entre estos acuerdos y la negociación colectiva en vigor en la empresa contratante.
c) Promover los servicios de conciliación, arbitraje y resolución de conflictos en materia de incumplimiento del contenido de los contratos, como en su caso de los Acuerdos de Interés Profesional.
d) La puesta en marcha de un registro de Acuerdos de Interés Profesional, y el fomento y recomendación para el envío de los acuerdos por las partes firmantes de los mismos.

Clásicos de la Seguridad Social

Laborum

Manuel Alonso Olea (1924-2003): Las bases del Sistema de Seguridad Social en España

Manuel Alonso Olea (1924-2003): the foundations of the system of Social Security in Spain

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ Y CAROLINA SERRANO FALCÓN

Reconocido como uno de los grandes iuslaboralistas, ha sido uno de los juristas más significativos e importantes de nuestro país y uno de los más grandes maestros del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su influencia ha sido determinante en la evolución de esta disciplina dentro del ordenamiento jurídico-general. Pero su pensamiento y obra ha tenido también una especial relevancia en otros sectores del orden jurídico, dado su enfoque interdisciplinar, siendo, como acertadamente ha sido calificado, "Maestro del Derecho" en sentido amplio, con una extraordinaria formación jurídica[1].

Manuel Alonso Olea nació en Melilla el 10 de junio de 1924. Ingresó a los veintidós años en el Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado y poco después en el Instituto Nacional de Previsión. En el año 1958 obtuvo por oposición la Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla y posteriormente de Murcia, y desde el año 1965 hasta 1989 de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, en las que fundó una importante escuela de laboralistas. A partir de 1989 continuó como profesor emérito tras su jubilación en la Universidad Complutense.

Como excepcional investigador y maestro, dirigió alrededor de cuarenta tesis doctorales en Sevilla, Salamanca y Madrid, que han enriquecido de igual modo la bibliografía en materia laboral; y pronunció conferencias en numerosas Universidades Españolas y cursos de doctorado sobre temas de la disciplina.

Un dato importante en su trayectoria académica fue la Tesis Doctoral realizada sobre *La configuración de los sindicatos norteamericanos.* Desde un primer momento su obra está marcada por una acusada posición realista teniendo en cuenta en todo momento las expectativas sociales y los cambios que esa producía a las leyes del momento. La constante proyección internacional no sólo consta en sus numerosas monografías sobre análisis jurídicos estrictos, sino que también está presente en la traducción de estudios sociológicos, tales como la obra de Theodore Caplow (*La Sociología del Trabajo*, Madrid, 1958) o la obra

[1] MONTOYA MELGAR, A.: "Manuel Alonso Olea, Maestro del Derecho", en VVV.AA.: *Manuel Alonso Olea. La persona y la obra. Estudios y semblanzas en el décimo aniversario de su muerte*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2013, págs. 11 y sigs. Para el cual "Alonso Olea fue el constructor de la disciplina científica del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España" (*Ibid.*, pág. 12).

de J.L Gayler (*Derecho Industrial*, Madrid, 1965). Pero no sólo fue un estudioso de obras extranjeras, sino que se han traducido muchas de sus obras al alemán, portugués e inglés, y fue reiteradamente citado en diversas publicaciones especializadas europeas. Fue además Becario postgraduado en la Universidad de Columbia (Nueva York 1950-1951) y Asociado de Investigación de la Universidad de California, Berkeley, 1961-1962). Esta trayectoria profesional y personal determinaría en todo momento la presencia de la influencia anglosajona y de las corrientes del pragmatismo inherente al pensamiento jurídico anglosajón.

El reconocimiento de jurista universal se comprueba además al concederle universidades extranjeras –además de las españolas de Santiago de Compostela, León y Carlos III de Madrid– doctorados honoris causa –Universidades de Göttingen, Lima y de la República Dominicana– y otras le nombraron profesor honorario –Universidades de Trujillo(Perú), El Salvador (Buenos Aires), Bogotá, Lima y de la Academia Nazionale di Science, Lettere e Arti (Modena) y de la Asociación Hispano-Alemana de juristas, recibiendo además una condecoración extranjera de las Grandes Cruces de las Órdenes del Mérito del Trabajo y del Mérito Judicial del Trabajo de Brasil.

Representó a España ante numerosas instituciones internacionales, siendo Académico Fundador, Secretario General, Presidente y Presidente de Honor de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; colaborador y miembro del Instituto de Estudios Políticos y del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ponente y moderador o Presidente de las Comisiones de Trabajo de sus Congresos Mundiales; y participó como experto en numerosas reuniones de la Asamblea General de Naciones Unidas y con el mismo carácter, en muy numerosas sesiones de la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo.

La autoridad y el prestigio del Profesor Alonso Olea le llevaron a ser Académico de Número de la Real Academia, Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación y Miembro de la Junta Electoral Central. Perteneció al Colegio Libre de Eméritos, al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y miembro de Número de la Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País. Presidió y formó parte en numerosas ocasiones de tribunales de oposición para el ingreso en los cuerpos Inspectores Nacionales de Trabajo, Secretarios de Magistratura de Trabajo, Letrados de la Seguridad Social y Magistrados especialistas de los Órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo.

Un dato que ha marcado su trayectoria científica fue el de presidir el Tribunal Central de Trabajo desde 1967 a 1981 reflejado en toda su obra, pues siempre consideró que en la *iuris dictio* se encuentra la versión más exacta de lo que sea el Derecho aplicable en un determinado momento. Fruto de ello han sido los comentarios realizados a todas las Sentencias del Tribunal Constitucional desde 1981 hasta finales de 1992. Además de su importante obra bibliográfica –que se analiza a continuación– ha sido Director de Revistas jurídicas, tales como la Revista de Política Social desde 1935 a 1985, y desde su fundación fue director de la Revista Española de Derecho del Trabajo y miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Administración Pública.

La obra de Alonso Olea se ha caracterizado por su calidad científica y originalidad, y por combinar la pura técnica jurídica y la realidad económica y social subyacente a toda

ordenación jurídica. En toda su obra deja latente que el ámbito de lo jurídico no es un aspecto de la realidad social, sino por el contrario un aspecto íntimamente vinculado a ella. Por ello el Derecho, y en particular el Derecho del Trabajo, no puede ser entendido como una mera superestructura que se limite a formalizar fielmente a una materia que le viene completamente dada, y como tal, inamovible; lejos de ello el derecho opera como una fuerza político institucional capaz de modular los cambios, de acelerarlos, o de retrasarlos, integrándose en tal sentido con las relaciones sociales que son objeto de regulación jurídica. En esa posición realista interesa también realzar que para el Profesor Alonso Olea el jurista debe estar profundamente comprometido con los valores fundamentales que inspiran el ordenamiento jurídico. De ahí su adscripción al realismo metodológico y el rechazo de las direcciones formalistas en la elaboración científica y en la aplicación del Derecho.

La obra básica del Profesor Alonso Olea está formada por sus Tratados y obras generales sobre *Instituciones de Seguridad Social* (Madrid 1ª ed., 1959), *Introducción al Derecho del Trabajo*, (Madrid, 1962), *Derecho Procesal del Trabajo* (Madrid 1969) y *Derecho del Trabajo* (Madrid 1971), *Las fuentes del Derecho* (Madrid, 1981); todas ellas con numerosas ediciones revisadas, en las que ha sabido sistematizar los fundamentos y las normas legales del Derecho del Trabajo y al mismo tiempo conectarlos con otras ramas del ordenamiento jurídico. Además habría que añadir uno de los primeros comentarios al Estatuto de los Trabajadores (*El Estatuto de los Trabajadores. Texto y Comentario Breve*, Madrid, 1980), que tuvo numerosas reediciones. De estas obras memorables se puede deducir el pensamiento científico del autor. El núcleo de toda su obra gira en torno al contrato de trabajo al considerarlo como una "institución central, origen y razón de la disciplina". Además, para Alonso Olea la importancia del Derecho Colectivo es notoria, aunque sólo cobra sentido si va unido al Derecho Individual, cuya base es el contrato. Por otra parte, se ha convertido en clásica su configuración de la "ajenidad" como elemento configurador de la relación jurídico-laboral, pues para él "la primacía en la realidad social, en su estructuración jurídica y en su enfoque doctrinal está en la ajenidad, no en la dependencia". En dicha construcción no pasa desapercibida la importante influencia del pensamiento de Hegel y de Marx (éste menos afín a él que Hegel), que se proyecta en el conjunto de sus trabajos de investigación como un referente permanente de inspiración iusfilosófica.

Las *Instituciones de Seguridad Social* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1ª ed., 1959) fue desde su origen un libro fundamental en la reordenación de la Seguridad Social respecto a la situación desmembrada de un conjunto de seguros sociales presidido por particularismo de mutualidades más propio de un sistema de previsión inorganizado que de una Seguridad Social propiamente dicha, que debería obedecer a un plan nacional coherente. Se realizaba una operación de racionalización y tratamiento conjunto de los seguros sociales. No es que faltarán intentos anteriores: basta reparar en las eminentes figura de José Maluquer y Salvador, Álvaro López Nuñez, Carlos González Posada, José Gascón y Marín, Severino Aznar Embid, Luis Jordana de Pozas, Carlos Martín Bufill, Antonio Perpiñá Rodríguez, José Pérez Leñero, Mariano Ucelay Repollés, Eugenio Pérez Botija, etcétera[2].

[2] Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la previsión social en España: José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007, y la amplia bibliografía allí citada.

No es de extrañar que, con buen criterio, Alonso Olea haya sido calificado como el "padre" del moderno Derecho de la Seguridad Social en España[3]. En *Las Instituciones* delimita la noción técnica de Seguridad Social en relación a otros instrumentos de protección social. La considera como un sector diferenciado del ordenamiento jurídico y la reconstruye partiendo de la perspectiva de los riesgos profesionales y su tratamiento jurídico.

Para él la Seguridad Social tiene que apreciarse en el sentido de un realismo normativista, alejado del formalismo jurídico como corriente de pensamiento: la Seguridad Social se resuelve en un conjunto normativo de medidas para la prevención y remedio de riesgos de concreción individual, económicamente evaluables, consistentes en defectos de renta con que atender las necesidades usuales y habituales. Por otra parte, establece una ordenación, innovadora en su tiempo, de la Seguridad Social en nuestro país en tres grandes ámbitos: general, profesional y empresarial y lo lleva a cabo en una perspectiva crítica. No obstante, pese al cambio de rumbo acometido por la Ley 193/63, de 28 de diciembre, sobre bases de la Seguridad Social, y su texto artículo aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, en la línea de construir un "sistema español de Seguridad Social", la segunda edición de *Instituciones* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967), decide mantener –pese a ese cambio normativo– el hilo conductor del Sistema a partir del tratamiento de los riesgos profesionales, los cuales adquieren un protagonismo y centralidad excesiva[4]. En todo caso, la calidad del análisis de las contingencias y prestaciones resulta ser excepcional, aunque se resienta la persistencia en la sistemática adoptada y un tratamiento desigual y desproporcionado. Es de señalar que a partir de la 9ª edición de 1983 se reconoce (Prólogo de Alonso Olea, pág. 7) la colaboración de su discípulo de José Luis Tortuero Plaza (al tiempo uno de nuestros mejores conocedores y especialistas en materia de Seguridad Social). Esa colaboración será más determinante desde la 10ª edición de 1985 (Prólogo de Alonso Olea, pág. 7), que le convierte en coautor de *Las Instituciones* hasta la última 18ª edición (Madrid, Ed. Civitas, 2002). Con la muerte de Alonso Olea el día 23 de febrero de 2003, no hay más ediciones. Pero resulta innegable la relevancia, el rigor técnico y la influencia de esta obra desde su origen hasta esa última edición (cada edición incorporaba las novedades normativas, jurisprudencia y las aportaciones de la doctrina jurídica). Una edición posterior hubiera exigido seguramente una nueva ordenación sistemática manteniendo la excelencia ya conseguida en el análisis de cada una de las instituciones de la Seguridad Social y que la consagran como un Manual clásico (constructor de la disciplina) y como tal de referencia permanente para la comprensión de nuestro moderno Sistema de Seguridad Social. Después vendría la aportación en esta perspectiva de "Manual constructor", por así decir, de ALMANSA PASTOR, M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, Ed. Tecnos, 1973, y la extraordinaria DE LA VILLA GIL, L.E.y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de Seguridad Social*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1977.

En Derecho Procesal Laboral fue pionero en reconstruir el Derecho Procesal del Trabajo, que hasta ese momento era apéndice del Derecho Procesal Civil, y trató de trasladar

[3] VILLA GIL, L.E. DE LA: "Las Instituciones de Seguridad Social", en VVV.AA.: *Manuel Alonso Olea. La persona y la obra. Estudios y semblanzas en el décimo aniversario de su muerte*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2013, pág. 177.

[4] VILLA GIL, L.E. DE LA.: "Las Instituciones de Seguridad Social", en VVV.AA.: *Manuel Alonso Olea. La persona y la obra*, cit., págs. 179 y sigs.

la Teoría Procesal de su maestro, D. Jaime Guasp Delgado, por lo que la impronta alemana del Prof. Guasp está muy presente en toda su obra, y particularmente en el Derecho Procesal. Alonso Olea se encontraba entre los distinguidos discípulos de Jaime Guasp.

No hay que olvidar la importancia que ha tenido para el Profesor Alonso Olea el análisis histórico de las instituciones, reflejándose en su estudio sobre los arrendamientos romanos o la Revolución Industrial, que en sus propias palabras señala que "el estudio histórico es el que da base a consideraciones que de otra forma parecerían artificiosas y dogmáticas".

Además de su labor de especialista relevante en toda la materia referente al Derecho del Trabajo, hay también que destacar la gran visión humanista y preocupada por entender el sentido profundo de la disciplina trascendiendo de su puro análisis técnico. Se preocupó además por uno de los fenómenos más importantes en esta era, la incorporación en masa de la mujer a la cultura y al trabajo externos, de lo que él mismo daba testimonio como esposo de Dª.María de los Ángeles García Ochando, que llenaba con su arte las galerías y las páginas de los periódicos de Madrid, Miami y Fortaleza do Brasil.

Con todo, Alonso Olea –como "Maestro de Maestros"– sería el artífice e impulsor de toda una "Escuela científica" de prestigiosos iuslaboralistas: Luis Enrique de la Villa, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Alfredo Montoya Melgar, José Cabrera Bazán, Manuel Carlos Palomeque López, Fermín Rodríguez Sañudo, María Emilia Casas Baamonde, Germán Barreiro González, Joaquín Aparicio Tovar, José Luis Tortuero Plaza, entre otros; a los que cabe añadir, a su vez, el encadenamiento de los discípulos de todos ellos.

Este gran maestro e investigador –que ha permitido con sus reflexiones y estudios haber creado una verdadera base teórica del Derecho del Trabajo descubriéndolo al mismo tiempo en la realidad social– falleció en Madrid el 23 de febrero de 2003 a los 78 años de edad, después de haber dejado constancia durante medio siglo de ciencia jurídica. De ello también son muestras las numerosas condecoraciones que recibió (Medalla de Oro al Mérito al Trabajo, Premio a "Una vida dedicada al Derecho", por la Asociación de Antiguos Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Premio al Foro Pelayo, Gran Cruz de Alfonso X el Sabio, Gran Cruz de Isabel la Católica…).

Obras: Autor de 36 monografías, publicó además en distintas revistas nacionales y extranjeras más de mil críticas, comentarios de libros, introducciones y prólogos. Aunque es difícil exponer y delimitar toda la vasta obra del Profesor Alonso Olea, son relevantes –además de las obras ya citadas– las monografías que han determinado una evolución en ciertas materias. *Pactos Colectivos y contratos de grupo* (Madrid, 1954, reeditada en el año 2000 (Comares) con un nuevo prólogo del autor); *La Seguridad Social de los funcionarios públicos* (Madrid, 1957); *El despido* (Madrid, 1957); *La materia contencioso laboral* (Sevilla, 1959); *La reclamación administrativa previa* (Sevilla, 1961); *Alienación, historia de una palabra* (Madrid, 1974); *Perspectivas actuales del sindicalismo: el sindicalismo y la política social* (Madrid, 1967); *De la servidumbre al contrato de trabajo* (Madrid, 1979); *La Constitución y las fuentes del Derecho en el Estatuto de los Trabajadores* (Madrid, 1980); *Las fuentes del Derecho del Trabajo, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución (*Madrid, 1982); *Las Prestaciones del Sistema Nacional de Salud* (Madrid, 1995); *El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado* (Madrid, 1995); *La*

Seguridad Social. Presente, pasado y futuro (Madrid, 2000); *Apuntes sobre las leyes de extranjería* (Madrid, 2001).

Bibliografía: La bibliografía del Profesor Alonso Olea ha sido abundante. Debe destacarse la publicada por ACARL (Estudio preliminar de R.Pradas; Presentación de J. y M. Serrano), Madrid 1996. Por los Catedráticos y Profesores Españoles de Derecho del Trabajo, le fueron ofrecidos al Prof. Alonso Olea los estudios sobre *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo* (Madrid, 1990) y *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario* (Santiago de Compostela, 1997). Por los Letrados de la Seguridad Social, *Cuestiones sobre los Pactos de Toledo* (Madrid, 1997). Su obra científica ha sido estudiada por los Profesores Montoya Melgar, Galiana Moreno, Sempere Navarro, García Abellán, Durende Sáez, y Ríos Salmerón en el libro *La Obra Científica de Manuel Alonso Olea,* (Murcia, 1983). El Prof. Manuel Martín Valverde dedicó un estudio a la "Lectura y relectura de la *Introducción al Derecho del Trabajo* del Profesor Alonso Olea", en *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 77, (1996). Se realizó un estudio por el cumplimiento de sus sesenta y cinco años, y la razón del homenaje fue su biografía personal y profesional en la obra *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea* (Madrid, 1990); De la Villa Gil, L.E.: "Manuel Alonos Olea, un maestro para siempre", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social/Centro de Estudios Financieros,* núm. 245-246 (2003). También son de interés los *Estudios ofrecidos al Profesor Manuel Alonso Olea con motivo de su investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela* (Santiago de Compostela, 1996), y los *"in memoriam";* concretamente los realizados por el Prof. Luis Enrique de la Villa Gil en *Estudios financieros,* núms. 245-246 (2003), en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 2 (2003) así como el realizado por el Prof. Germán Barreiro González en *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 117 (2003); MONTOYA MELGAR, A.: "Sobre Derecho y Trabajo en la obra de Manuel Alonso Olea", en VV.AA.: *Liber Amicorum. Economía, Empresa y trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea,* Madrid, Ed. Civitas, 2003, págs. 9 y sigs. Importantes e informadas aportaciones se recogen en la obra colectiva VVV.AA.: *Manuel Alonso Olea. La persona y la obra. Estudios y semblanzas en el décimo aniversario de su muerte*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2013.

CRITERIOS DE ACEPTACIÓN DE ORIGINALES Y REGLAS DE ESTILO
REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
(INSTRUCCIONES DE USO)

1. Los trabajos de investigación tendrán que ser efectivamente originales e inéditos, como condición imprescindible para la publicación de los mismos en la revista.

2. Configuración página

Margen superior:	2,50 cm
Margen inferior.	2,50 cm
Margen izquierda:	3,00 cm
Margen derecha:	3,00 cm
Encabezado:	1,25 cm
Pie de página:	1,25 cm

3. Encabezamiento

- Todo el título en versales, con todas las palabras en minúscula salvo la primera letra, negrita, centrado y en cuerpo time new roman 14, sin subrayado.
- Nombre y apellidos iniciales en versales, con todas las palabras en minúscula salvo la primera, normal, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.
- Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, minúscula, cursiva, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.
- Universidad de destino, minúscula, cursiva, alinear a la derecha y en cuerpo time new roman 12.

Ejemplo:

POLÍTICA DE SEGURIDAD SOCIAL Y POLÍTICA DE EMPLEO

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

4. Título

En castellano e inglés.

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.