

# Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

1<sup>er</sup> Trimestre 2019

nº 18

**Sumario:**

Dirección: José Luis Monereo Pérez

## Editorial

- ✦ Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema pensiones y en la “jubilación forzosa”

*José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta*

## Estudios Doctrinales

- ✦ Notas a la protección social de los deportistas de alto nivel y a la protección social en el fútbol femenino y aficionado

*Djamil tony Kahale Carrillo*

- ✦ La protección jurídico-laboral de maternidad ante la “gestación subrogada” y tutela integral de los hijos: antecedentes, estado de la cuestión y perspectivas

*Susana Rodríguez Escanciano*

- ✦ La incapacidad temporal de los empleados públicos en el régimen general de la seguridad social y el mutualismo administrativo: régimen retributivo y negociación colectiva

*Inmaculada Marín Alonso*

- ✦ Elementos normativos e instrumentales en materia de (des)protección social del prestador de servicios en la economía colaborativa

*Francisco Vila Tierno*

- ✦ La adecuada gestión de los recursos humanos de la seguridad social: un factor fundamental en la lucha contra el fraude

*Rashid Mohamed Vázquez*

- ✦ La regulación de las siempre postergadas prestaciones ortoprotésicas: implantes quirúrgicos, prótesis externas, sillas de ruedas, ortesis y ortoprotésis especiales

*Henar Álvarez Cuesta*

## Estudios de Doctrina Judicial

- ✦ Las dolencias previas al acceso al sistema de seguridad social y el reconocimiento del derecho a la pensión de incapacidad permanente en grado de gran invalidez

*Isabel María Villar Cañada*

- ✦ El convenio especial para inmigrantes y su incidencia en la determinación de la base reguladora en las pensiones calculadas a prorrata en aplicación del reglamento CE 883/2004. Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17 Crespo Rey

*Andrés Ramón Trillo García*

## Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- ✦ Las fuentes normativas del derecho Alemán de la Seguridad Social

*Holger Brecht-Heitzmann*

## 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 *fundraising*: herramienta para aumentar la eficiencia en la captación de recursos del Tercer Sector. Su regulación en España en una perspectiva comparada

*Domingo Carbajo Vasco, Santos M. Ruesga Benito y Julimar da Silva Bichara*

## Clásicos de la Seguridad Social

- ✦ JOSÉ VIDA SORIA (1937-2019): Las raíces del derecho de la Seguridad Social sometido a un proceso de reforma permanente

*José Luis Monereo Pérez*

# Revista de Derecho de la Seguridad Social

# Laborum

1<sup>er</sup> Trimestre 2019

Nº 18

© 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](http://www.laborum.es)

email: [laborum@laborum.es](mailto: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](http://www.laborum.es/revsegsoc)



[facebook.com/RevSegSoc](https://www.facebook.com/RevSegSoc)



[@RevSegSoc](https://twitter.com/RevSegSoc)



[revsegsoc@laborum.es](mailto:revsegsoc@laborum.es)

Reservados todos los derechos.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47)

## **DIRECCIÓN:**

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

## **SUBDIRECCIÓN:**

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

## **CONSEJO DE REDACCIÓN:**

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

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

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

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

Juan Antonio Maldonado Molina, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

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

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

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

Francisco Ortiz Castillo, *Abogado y Graduado Social*

## **CONSEJO ASESOR:**

Mario Ackerman, *Catedrático Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Director de la Maestría y del Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de Buenos Aires*

Jordi Agustí Juliá, *Magistrado del Tribunal Supremo*

Miguel A. Almendros González, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

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

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

Ángel Arias Domínguez, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*

Alberto Arufe Varela, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*

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

Guillermo Barrios Baudor, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*

Francisco Blasco Lahoz, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

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

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

Umberto Carabelli, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Bari “Aldo Moro”. Italia*

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

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

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

Lance Compa, *Catedrático de Relaciones Laborales, Derecho e Historia. Universidad de Cornell l. Ithaca. Nueva York*

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

Luis Enrique De la Villa, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad a Distancia de Madrid*

Mikel De la Fuente Lavín, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del País Vasco*

Ángel Luis De Val Tena, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Aurelio Desdentado Bonete, *Magistrado Emérito del Tribunal Supremo*

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

Marco Esposito, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Nápoles. Italia*

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

José Antonio Fernández Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Juan Antonio Fernández Bernat, *Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

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

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

Ángel Gallego Morales, *Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. CARL*

Javier Gárate Castro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela*

Juan García Blasco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

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

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

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

María García Valverde, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*  
Mario Garmedia Arigón, *Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de la República de Uruguay*  
Rosa González de Patto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*  
Santiago González Ortega, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo Olavide*  
Jesús Lahera Forteza, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense*  
Juan López Gandía, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*  
Belén del Mar López Insua, *Profesora Contratada Doctora (Acreditada como Titular de Universidad) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada*  
José Luján Alcaraz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*  
Jesús Martínez Girón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*  
Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*  
Jesús Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III*  
Cristina Monereo Atienza, *Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Málaga*  
María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*  
Rafael Muñoz de Bustillo, *Catedrático de Economía Aplicada. Universidad de Salamanca*  
Antonio Ojeda Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*  
Sofía Olarte Encabo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*  
Mari Carmen Ortiz Lallana, *Magistrada del TSJ de La Rioja. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Adrián Osvaldo Goldín, *Abogado. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Buenos Aires. Argentina*  
Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*  
José Antonio Panizo Robles, *Administrador Civil del Estado*  
Rosa Quesada Segura, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*  
Margarita Ramos Quintana, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*  
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*  
Gloria Rojas Rivero, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*  
Eduardo Rojo Torrecilla, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*  
Santos Miguel Ruesga Benito, *Catedrático de Economía Aplicada. Universidad Autónoma de Madrid*  
Tomás Sala Franco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*  
Fernando Salinas Molina, *Magistrado del Tribunal Supremo*  
Carmen Sánchez Trigueros, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*  
Carolina San Martín Mazzuconi, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*  
Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*  
Elena Signorini, *Profesora agregada de Derecho Laboral y de Seguridad Social. Universidad de Bérgamo. Italia*  
Andrés Trillo García, *Ltrado Jefe de los Servicios Centrales del Instituto Nacional de la Seguridad Social*  
Fabio Tulio Barroso, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Pernambuco. Brasil*  
Daniel Toscani Giménez, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*  
Fernando Valdés Dal-Ré, *Magistrado del Tribunal Constitucional. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*  
Francisco Vila Tierno, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

#### **COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:**

Alessandro Garilli, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho Universidad de Palermo*  
Jaime Cabeza Pereiro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*  
Carlos Alfonso Mellado, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*  
Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*  
Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I*  
Borja Suárez Corujo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*  
Carolina Gala Durán, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*

#### **EDITOR:**

Francisco Ortiz Castillo

# Índice

## **EDITORIAL** **11**

---

### **NOTAS SOBRE LAS APORTACIONES DEL RD-LEY 28/2018, DE 28 DE DICIEMBRE, EN EL SISTEMA PENSIONES Y EN LA “JUBILACIÓN FORZOSA”**.....13

*JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ*

*GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA*

1. EXCESO O ABUSO EN LA UTILIZACIÓN DE LA FIGURA DEL REAL DECRETO LEY ..... 13
2. LA ESTRUCTURA DEL REAL DECRETO LEY 28/2018..... 16
3. PENSIONES PÚBLICAS ..... 18

## **ESTUDIOS DOCTRINALES** **27**

---

### **NOTAS A LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS DEPORTISTAS DE ALTO NIVEL Y A LA PROTECCIÓN SOCIAL EN EL FÚTBOL FEMENINO Y AFICIONADO**.....29

*DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO*

1. INTRODUCCIÓN..... 29
2. DEFINICIÓN DE DEPORTISTAS DE ALTO NIVEL, DEPORTISTAS DE ALTO NIVEL Y DEPORTISTAS DE ALTO RENDIMIENTO ..... 32
3. CONTRIBUCIÓN A LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS DEPORTISTAS DE ALTO NIVEL Y A LA PARTICIPACIÓN DE DEPORTISTAS EN COMPETICIONES INTERNACIONALES..... 37
4. CONTRIBUCIÓN A LA PROTECCIÓN SOCIAL EN EL FÚTBOL FEMENINO Y AFICIONADO, Y FOMENTO DEL MOVIMIENTO ASOCIATIVO ..... 42
5. AYUDAS PARA LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS DEPORTISTAS DE ALTO NIVEL Y EL APOYO A LOS DEPORTISTAS ESPAÑOLES QUE PARTICIPEN EN COMPETICIONES INTERNACIONALES ..... 44
6. CONCLUSIONES..... 49
7. BIBLIOGRAFÍA..... 51

### **LA PROTECCIÓN JURÍDICO-LABORAL DE MATERNIDAD ANTE LA “GESTACIÓN SUBROGADA” Y TUTELA INTEGRAL DE LOS HIJOS: ANTECEDENTES, ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PERSPECTIVAS** .....53

*SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO*

1. PLANTEAMIENTO. LA MATERNIDAD SUBROGADA TRANSFRONTERIZA Y SUS EFECTOS INTERNOS..... 53
2. LA ELUSIÓN DE UN MARCO NORMATIVO NACIONAL PROHIBITIVO. AVANCES Y RETROCESOS EN LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES EN CUANTO AL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN ..... 56
3. LAS DUDAS SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD..... 62
4. LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA PROTECTORA DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD Y LA SOLUCIÓN DE COMPROMISO FUNDADA EN LA SALVAGUARDA DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS HIJOS..... 72

5. CONCLUSIÓN. HACIA UNA PRUDENTE INTEVENCIÓN LEGISLATIVA SOBRE UNA SITUACIÓN ADMITIDA POR LA VÍA DE LOS HECHOS CAPAZ DE EVITAR EFECTOS COLATERALES INDESEADOS.....	75
---	----

**LA INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO: RÉGIMEN RETRIBUTIVO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....79**

*INMACULADA MARÍN ALONSO*

1. INTRODUCCIÓN .....	79
2. LAS RESTRICCIONES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL A PARTIR DE 2012.....	80
3. EL REFORZAMIENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL EN LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO DE 2018.....	85
4. LA HETEROGENEIDAD DE RÉGIMENES DE PROTECCIÓN SOCIAL DEL PERSONAL AL SERVICIO DE EMPLEADORES PÚBLICOS.....	89
5. EL MARCO NORMATIVO PROTECTOR DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS INCLUIDOS EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. ....	98
6. EL MARCO NORMATIVO PROTECTOR DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS GESTIONADOS POR EL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO .....	99

**ELEMENTOS NORMATIVOS E INSTRUMENTALES EN MATERIA DE (DES)PROTECCIÓN SOCIAL DEL PRESTADOR DE SERVICIOS EN LA ECONOMÍA COLABORATIVA .....105**

*FRANCISCO VILA TIERNO*

1. INTRODUCCIÓN .....	105
2. EL CONTEXTO INTERNACIONAL DE LA OIT A LA UE.....	107
3. LA ACTUACIÓN EN EL ÁMBITO NACIONAL.....	117
4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS CITADAS .....	126
5. ALGUNAS WEBS DE INTERÉS SOBRE LA MATERIA .....	128

**LA ADECUADA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: UN FACTOR FUNDAMENTAL EN LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE.....129**

*RASHID MOHAMED VÁZQUEZ*

1. INTRODUCCIÓN: EL FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL. TIPOLOGÍA Y DESARROLLOS EN LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE .....	129
2. LA INSOSTENIBLE GESTIÓN DE LAS PLANTILLAS PÚBLICAS: UN ASPECTO PENDIENTE DE URGENTE REFORMA PARA UNA LUCHA CONTRA EL FRAUDE MÁS EFECTIVA.....	131
3. LA NECESIDAD DE REORDENAR LOS RECURSOS HUMANOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DOTARLA DE NUEVAS RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO Y DE DESARROLLAR OTRAS ACCIONES COMPLEMENTARIAS. ....	134
4. CONCLUSIONES .....	139

**LA REGULACIÓN DE LAS SIEMPRE POSTERGADAS PRESTACIONES ORTOPROTÉSICAS: IMPLANTES QUIRÚRGICOS, PRÓTESIS EXTERNAS, SILLAS DE RUEDAS, ORTESIS Y ORTOPRÓTESIS ESPECIALES .....141**

*HENAR ÁLVAREZ CUESTA*

1. LA PRESTACIÓN ORTOPROTÉSICA DENTRO DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD .....	141
2. CONCEPTO DE PRESTACIÓN ORTOPROTÉSICA EN LA CARTERA DE SERVICIOS COMUNES.....	144
3. CARTERA COMÚN SUPLEMENTARIA AMBULATORIA DE LA PRESTACIÓN ORTOPROTÉSICA .....	149
4. TERCER NIVEL DE PRESTACIÓN ORTOPROTÉSICA: LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.....	157
5. CONCLUSIONES.....	162
6. BIBLIOGRAFÍA.....	164

**ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL .....167**

**LAS DOLENCIAS PREVIAS AL ACCESO AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE EN GRADO DE GRAN INVALIDEZ .....169**

*ISABEL MARÍA VILLAR CAÑADA*

1. INTRODUCCIÓN.....	169
2. EL SUPUESTO DE HECHO. SÍNTESIS DEL RELATO FÁCTICO DE LA SENTENCIA.....	170
3. LA EXISTENCIA DE CONTRADICCIÓN. LA CALIFICACIÓN DEL GRADO DE INCAPACIDAD PERMANENTE Y EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA .....	171
4. LAS DOLENCIAS PREVIAS A LA AFILIACIÓN Y LA PENSIÓN DE GRAN INVALIDEZ .....	173
5. CONCLUSIONES.....	178

**EL CONVENIO ESPECIAL PARA INMIGRANTES Y SU INCIDENCIA EN LA DETERMINACIÓN DE LA BASE REGULADORA EN LAS PENSIONES CALCULADAS A PRORRATA EN APLICACIÓN DEL REGLAMENTO CE 883/2004. COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 28 DE JUNIO DE 2018, ASUNTO C-2/17 CRESPO REY .....179**

*ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA*

1. ANTECEDENTES DE HECHO .....	179
2. EL CÁLCULO DE LAS PENSIONES EN LOS CASOS DE TRABAJOS EN OTROS ESTADOS DE LA UNIÓN EUROPEA .....	181
3. EL CÁLCULO DE LA PENSIÓN MEDIANTE LA APLICACIÓN DE LAS BASES MEDIAS DE ESPAÑA.....	182
4. EL CONVENIO ESPECIAL PARA TRABAJADORES EMIGRANTES .....	183
5. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA A LA CUESTIÓN PLANTEADA .....	191
6. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA.....	194
7. COMENTARIO FINAL.....	195

---

## **DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS** **197**

---

### **LAS FUENTES NORMATIVAS DEL DERECHO ALEMÁN DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....199**

*HOLGER BRECHT-HEITZMANN*

- 1. INTRODUCCIÓN ..... 199
- 2. NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y JERARQUÍA NORMATIVA ..... 200
- 3. REGULACIÓN LEGAL ..... 202
- 4. CONCLUSIÓN ..... 208

## **CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS** **209**

---

*MARÍA NIEVES MORENO VIDA*

- 1. UNIÓN EUROPEA ..... 211
- 2. PROTECCIÓN SOCIAL ..... 211
- 3. RELACIONES DE TRABAJO Y EMPLEO ..... 221

## **CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS** **225**

---

*BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA*

- 1. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL ..... 227
- 2. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS ..... 235
- 3. RECENSIONES ..... 236
  - “LA RENTA MÍNIMA GARANTIZADA. DE LA RENTA MÍNIMA A LA RENTA BÁSICA” ..... 236
  - “EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN UN PANORAMA DE REFORMAS ESTRUCTURALES: DESAFÍOS PARA EL TRABAJO DECENTE” ..... 238
  - “UNIVERSOS DE DIGNIDAD. AUTONOMÍA RELACIONAL, IGUALDAD EN MÍNIMOS Y VULNERABILIDAD HUMANA” ..... 240

## **ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL** **243**

---

### **EL *FUNDRAISING*: HERRAMIENTA PARA AUMENTAR LA EFICIENCIA EN LA CAPTACIÓN DE RECURSOS DEL TERCER SECTOR. SU REGULACIÓN EN ESPAÑA EN UNA PERSPECTIVA COMPARADA.....245**

*DOMINGO CARBAJO VASCO*

*SANTOS M. RUESGA BENITO*

*JULIMAR DA SILVA BICHARA*

- 1. INTRODUCCIÓN ..... 246
- 2. ¿QUÉ ES EL *FUNDRAISING*?. LA COMPLEJIDAD Y DIVERSIDAD DE LA DEFINICIÓN ..... 248
- 3. LA REGULACIÓN DEL *FUNDRAISING* ..... 254
- 4. LA DIMENSIÓN ECONÓMICA DEL *FUNDRAISING* ..... 264
- 5. ALGUNAS CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA EN UNA FUTURA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE *FUNDRAISING* EN ESPAÑA ..... 273
- 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS ..... 281

---

**CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL** **287**

---

**JOSÉ VIDA SORIA (1937-2019): LAS RAÍCES DEL DERECHO DE LA  
SEGURIDAD SOCIAL SOMETIDO A UN PROCESO DE REFORMA  
PERMANENTE.....289***JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ*

1. ELEMENTOS PARA LA COMPRESIÓN DE SU BIOGRAFÍA INTELECTUAL ..... 289
2. PENSAMIENTO Y ACCIÓN EN LO CONCERNIENTE A LA SEGURIDAD SOCIAL... 294
3. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA DE JOSÉ VIDA SORIA, CON PARTICULAR  
REFERENCIA A LA SEGURIDAD SOCIAL ..... 299



Editorial

Laboorium



## Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema pensiones y en la “jubilación forzosa”

---

## Notes on the contributions of Royal Decree-Law 28/2018 of 28 December on the pension system and on “forced retirement”

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE GRANADA  
DIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM  
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE MURCIA  
SUBDIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM  
MAGISTRADO (SUPL.) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA REGIÓN DE MURCIA

*“Hay dos maneras de no estar al nivel de nuestro tiempo –estar por encima o estar por debajo de él”*

ARTHUR SCHOPENHAUER<sup>1</sup>

### 1. EXCESO O ABUSO EN LA UTILIZACIÓN DE LA FIGURA DEL REAL DECRETO LEY

Terminaba el año 2018 y el Gobierno ante la imposibilidad de conseguir la aprobación de una Ley de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio de 2019<sup>2</sup>, acudió a la aprobación del Real Decreto Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo. Una primera lectura del preámbulo del RD-Ley 28/2018 resulta esclarecedora acerca de la preocupación del Gobierno por justificar acudir a esta vía excepcional, nada más y nada menos que en diecisiete ocasiones se menciona “*la extraordinaria y urgente necesidad*” de las medidas adoptar, dedicando además un apartado final a recordar cual es la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la justificación de uso de la figura del RD-Ley. Nos dice la exposición de motivos<sup>3</sup>, que el RD-Ley:

---

<sup>1</sup> SCHOPENHAUER, A.: *Parábolas, aforismo y comparaciones*, edición de Andrés Sánchez Pacual, Barcelona, Edhasa, 1995, pág. 90.

<sup>2</sup> El Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2019, sería aprobado en Consejo de Ministros de 11 de enero de 2019 con escasa suerte en su recorrido parlamentario, al haber sido rechazado por el Pleno del Congreso de los Diputados en fecha 13-2-2019 al aprobar las enmiendas de totalidad al mismo, con la consiguiente devolución al Gobierno.

<sup>3</sup> Apartado VII.

- a) Respetar las materias que están vedadas a este instrumento normativo (art. 86.1 CE).
- b) Es conforme con los presupuestos habilitantes de extraordinaria y urgente necesidad y en apoyo de ello se invoca expresamente la doctrina del TC, contenida en su sentencia 61/2018, de 7 de junio (FJ 4) y que conforme a la misma se han explicitado y razonado los motivos que ha tenido el Gobierno para su aprobación y por otro hay una conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para atenderla. Se advierte también que el hecho de que la reforma se haya considerado por el Gobierno como estructural no impide que se pueda acudir a esta figura, según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional<sup>4</sup>.
- c) Que el principio de necesidad queda suficientemente justificado a lo largo de la exposición de motivos.
- d) Y que la seguridad jurídica, proporcionalidad y eficacia de las modificaciones está garantizada dado que se limitan estrictamente a abordar de forma puntual, precisa y clara los aspectos de la normativa reformada.

Pues bien, del examen del contenido del RD-Ley surgen bastantes dudas acerca de que concurren los presupuestos habilitantes de extraordinaria y urgente necesidad y que se haya confundido con la mera oportunidad o interés político en modificar la regulación vigente en atención a determinadas circunstancias sociales o económicas que se han creído de interés reformar, que pueden ser todo lo razonables y adecuados que se quieran pero que no cumplen con los presupuestos que habilitan para utilizar esta medida extraordinaria que es un Real Decreto Ley. En muchos de los casos normado no se entiende que la situación a atender sea inaplazable y que no hubiera podido ser atendido por otros medios (en este sentido véanse los arts. 93, 94, 148 y 149 del Reglamento del Congreso de los Diputados que regulan los procedimientos legislativos de urgencia; procedimiento de lectura única; o mecanismo de delegación de competencia legislativa a favor de las comisiones). No todas las medidas allí adoptadas podrían calificarse como inaplazables y en algunas de ellas, la denominada conexión de sentido (de la medida) no modifican realmente (inmediatamente) la situación jurídica existente.

Por señalar algunas de las materias que ha encontrado acomodo en el RD-Ley 28/2018 y que poco se compadece con las exigencias de un RD-Ley, se podrían señalar –entre otras– las siguientes:

- La obligación del trabajador autónomo de optar por una mutua en la cobertura de la Incapacidad Temporal (IT) para aquellos que ya la tuvieren cubierta con el INSS/ISM;
- La extinción de una determinada modalidad de colaboración voluntaria de las empresas;

---

<sup>4</sup> En este sentido se citan en apoyo de la tesis las SSTC 31/2011, de 17 de marzo (FJ 4) y 137/2011, de 14 de noviembre (FJ6).

- Las medidas en relación con los trabajadores empleados de hogar que tendrán su efectividad a partir de 2020.

Si miramos hacia la necesidad de conexión de sentido, es decir que las medidas adoptadas estén en relación con las causas invocadas de extraordinaria y urgente necesidad, no se entiende mucho, por ejemplo, la reforma del Sistema Especial del tomate fresco con destino a la exportación<sup>5</sup>. Se invoca la necesidad de su reforma en que “... *debe compensarse los incrementos de gasto generados por las mejoras introducidas en el real decreto-ley* ...”<sup>6</sup> denunciando que hasta la fecha era un sistema privilegiado de cotización y claramente deficitario; sin embargo no se ve dónde estarán los ingresos del sistema si durante 2019 las cuotas que abonen los empresarios tendrán una reducción del 80% –a cargo del sistema– y de un 10% de bonificación en la aportación por contingencias comunes.

Estamos realmente asistiendo a un importante déficit democrático en el que la labor del Parlamento se está reduciendo a ratificar las disposiciones del poder ejecutivo (en la presente legislatura, iniciada el 7 de junio de 2018, han visto a la luz treinta y uno Reales Decretos Leyes, ninguna iniciativa legislativa iniciada con posterioridad a tal fecha ha culminado con su aprobación)<sup>7</sup>. La figura del RD-ley es una disposición excepcional, con un

<sup>5</sup> DA. 4.ª RD-Ley 28/2018.

<sup>6</sup> Apartado V de la Exposición de motivos.

<sup>7</sup> RD-Ley 1/2018, de 23 de marzo, por el que se prorroga para 2018 el destino del superávit de las corporaciones locales para inversiones financieramente sostenibles y se modifica el ámbito objetivo de éstas.

RD-Ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.

RD-Ley 3/2018, de 20 de abril, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor.

RD-Ley 4/2018, de 22 de junio, por el que se concreta, con carácter urgente, el régimen jurídico aplicable a la designación del Consejo de Administración de la Corporación RTVE y de su Presidente.

RD-Ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos.

RD-Ley 6/2018, de 27 de julio, por el que se aprueba una oferta de empleo público extraordinaria y adicional para el refuerzo de medios en la atención a asilados y refugiados.

RD-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

RD-Ley 8/2018, de 3 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo.

RD-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género.

RD-Ley 10/2018, de 24 de agosto, por el que se modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura.

RD-Ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

RD-Ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información.

RD-Ley 13/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor.

RD-Ley 14/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

RD-Ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores.

(...)

proceso de elaboración en el que está ausente la publicidad, es todo lo contrario a la transparencia y que no se justifica por la situación de debilidad parlamentaria de un Gobierno.

## 2. LA ESTRUCTURA DEL REAL DECRETO LEY 28/2018

Se estructura en dos Títulos, con 13 artículos y completado con varias Disposiciones (adicionales, transitorias, derogatoria y finales) así como con dos anexos.

<b>Título I. Revalorización de pensiones públicas y otras medidas de orden social</b>	Capítulo I. Pensiones y ayudas públicas	Artículos 1 y 2
	Capítulo II. De la cotización	Artículos 3 a 10
<b>Título II. Medidas en materia Laboral y de Empleo</b>	Artículos 11 a 13	
<b>Disposiciones adicionales</b>	Número total: Doce	
<b>Disposiciones transitorias</b>	Número total: Ocho	
<b>Disposición derogatoria</b>	Se derogan expresamente: -Art. 4 y DT.9ª Ley 3/2012, 6 de julio. -Arts. 9 a 13, DA 9.ª y DT. 1ª Ley 11/2013, de 26 julio. -Ap. 2 DA 2.ª, Ap. 1 de DT. 2.ª RD. Leg. 2/2015, 23 de octubre. -Ap. 6 DAD. 27.ª LGSS. -DA 120 y 121 Ley 6/2018,	
<b>Disposiciones Finales</b>	Número total: Once. Algunas de ellas contienen diversos apartados: DF. 2.ª: 29 apartados DF. 3.ª: 7 apartados DF. 4.ª: 2 apartados DF. 5.ª: 4 apartados	
<b>Anexos</b>	Dos	

RD-Ley 16/2018, de 26 de octubre, por el que se adoptan determinadas medidas de lucha contra el tráfico ilícito de personas y mercancías en relación con las embarcaciones utilizadas.

RD-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

RD-Ley 18/2018, de 8 de noviembre, sobre medidas urgentes en materia de carreteras.

RD-Ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera.

RD-Ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España,

RD-Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

RD-Ley 22/2018, de 14 de diciembre, por el que se establecen herramientas macro prudenciales.

RD-Ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados.

RD-Ley 24/2018, de 21 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público.

RD-Ley 25/2018, de 21 de diciembre, de medidas urgentes para una transición justa de la minería del carbón y el desarrollo sostenible de las comarcas mineras.

RD-Ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía.

RD-Ley 27/2018, de 28 de diciembre, por el que se adoptan determinadas medidas en materia tributaria y catastral.

RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

Las materias de las que trata el RD-Ley 28/2018 (salvo las recogidas en sus trece artículos) son de lo más variopintas:

- a) En las Disposiciones Adicionales nos encontramos con aplazamientos en la entrada en vigor de determinados preceptos de la Ley 20/2007, suspensión de sistema de reducción en las cotizaciones por riesgos profesionales en atención a la disminución de la siniestralidad laboral; cotización en sistema especial de manipulado y empaquetado del tomate fresco; de la seguridad social de las personas que desarrollan programas de formación y práctica no laborales; cotización por anticipo de la edad de jubilación en el Cuerpo de la Ertzaintza y efectos económicos de pensiones de viudedad de clases pasivas.
- b) En las Disposiciones Transitorias, se atiende a las situaciones a contemplar en atención a la vigencia de determinadas reformas de su articulado.
- c) Las Disposiciones Finales se recogen reformas que afectan al Estatuto de los Trabajadores, al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; al Estatuto del Trabajo Autónomo; a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social; a Ley de Clases Pasivas del Estado; de la Ley 27/2011, de 1 de agosto; y al RD 383/1984, de 1 de febrero.

Por su parte la Disposición Derogatoria única expresamente deroga:

- a) El art. 4 y DT. 9 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (relativa al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores).
- b) Los arts. 9 a 13, la DA. 8.<sup>a</sup> y DT. 1.<sup>a</sup> de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (se trata del capítulo III relativos a los estímulos a la contratación como incentivos a la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa, contratación indefinida de un joven por microempresas y empresarios autónomos, contratación en proyectos de emprendimiento joven, primer empleo joven e incentivos a los contratos en prácticas).
- c) El apartado 2 de la DA. 2.<sup>a</sup>, el apartado 1 de la DT. 2.<sup>a</sup> y DT. 9 del Estatuto de los Trabajadores (sobre contratos para la formación y aprendizaje y normas transitorias en relación con las cláusulas en los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación).
- d) El apartado 7 de la DA. 27 de la LGSS (sobre subsidio extraordinario de desempleo).
- e) Las DA. 120 y 121 de la Ley 6/2018, de 3 de julio (sobre ayuda económica de acompañamiento y bonificaciones por conversión en indefinidos de contratos para la formación y el aprendizaje).

### 3. PENSIONES PÚBLICAS

#### 3.1. CUANTÍA DE LAS PENSIONES Y OTRAS PRESTACIONES SOCIALES PÚBLICAS

##### 3.1.1. Revalorización de las pensiones<sup>8</sup>

La exposición de motivos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, abogaba por “*Establecimiento de la revalorización automática de las pensiones, en función de la variación de los precios, a través de la fórmula estable contenida, de forma permanente, en la propia Ley General de la Seguridad Social*”, dando para ello una nueva redacción al art. 48 de la LGSS/1994 (actual art. 58 LGSS), desarrollando tal previsión. Por su parte la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, introdujo el denominado factor de sostenibilidad e índice de revalorización. El factor de sostenibilidad se encuentra recogido en el art. 211 LGSS y su finalidad es mantener la **proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas**, garantizando a las generaciones presentes y futuras la percepción de pensiones adecuadas y suficientes, de manera que ajusta la pensión inicial de jubilación de manera que el importe total que perciba a lo largo de su vida un pensionista que acceda al sistema de pensiones dentro de un cierto número de años, y que previsiblemente tendrá mayor esperanza de vida, sea equivalente al que perciba el que se jubile en un momento anterior. Para ello se relaciona la esperanza de vida estimada en ambos momentos y se utilizan **períodos quinquenales** para determinar la evolución de dicha esperanza de vida. El factor de sostenibilidad **se aplicará por una sola vez** para la determinación del importe inicial de las nuevas pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social. Estaba previsto su entrada en vigor para 2019, si bien la DF. 38.<sup>a</sup> de la Ley 6 /2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado ha retrasado su aplicación sine die, al menos hasta 2023. La medida tiene sus efectos negativos para quienes ante su inminente aplicación optaron por adelantar su jubilación antes de 2019.

Por otra parte, dado que por algunos sectores se cuestionaba **la vinculación de la revalorización** periódica de las pensiones de acuerdo con el **índice de precios de consumo, invocando para ello razones económicas, demográficas, etc.**, se buscaron otros índices relacionándolos con el **crecimiento de los salarios, la evolución de la economía o el cómputo de las cotizaciones** a la Seguridad Social, etc. Pues bien, la DA. 1.<sup>a</sup> del RD-Ley 28/2018, dejará sin efecto la previsión del art. 58 LGSS y art. 27 de la Ley de Clases Pasivas de Estado aprobado por RD-Legislativo 670/1987, de 30 de abril, y ordenará que la revalorización para 2019 se haga conforme a las previsiones del art. 1 de dicho Real Decreto Ley. Así mismo mandata al Gobierno (antes de 1 de julio de 2019) para que adopte las medidas necesarias para la modificación de los preceptos reseñados y establezca dentro del marco del diálogo social y de acuerdo con las recomendaciones del Pacto de Toledo un nuevo mecanismo de revalorización que garantice el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones preservando la sostenibilidad social y financiera del sistema de Seguridad Social.

<sup>8</sup> Arts. 1, 2 y DA. 1.<sup>a</sup> RD-Ley 28/2018 y disposiciones concordantes de la Ley 6/2018.

En síntesis, las previsiones recogidas en el art. 1 y 2 del RD-Ley 28/2018 para la revalorización de las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social y de Clases Pasivas, son las siguientes:

**a) En general:**

Un incremento del 1,6% respecto del importe que habrían tenido en 2018, si las mismas se hubieran revalorizado conforme al IPC real del período nov./2017 a nov. 2018 (el 1,7%), por ello: a) Se partirá del importe de la pensión a 31/12/2017; b) Se incrementará su cuantía en 1,7%; c) Al resultado se le aplica el índice de revalorización previsto para 2019, es decir el 1,6%; d) La pensión así revalorizada no podrá superar en 2019: 2.659,41 euros/mes o 37.231,74 euros/año.

Aunque la comparación pueda ser cuestionable si comparamos en el tiempo base de cotización máxima y pensión máxima. La brecha entre lo máximo aportado (cotizado) y lo máximo a percibir, podemos ver lo siguiente: a) En el período 2003-2012: la pensión máxima venía a representar un 90% sobre lo máximo cotizado; y b) En 2019 se reduce a un 70%.

**b) En particular:**

Un incremento del 3% sobre la cuantía de 2018, los importes de las pensiones mínimas contributivas del sistema, PNC, SOVI no concurrentes y concurrentes con pensiones de viudedad del sistema y determinadas prestaciones con hijo a cargo. Novedad importante es que No se considera concurrente la pensión que se compatibilice con el cobro de prestaciones económicas a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la guerra civil<sup>9</sup>, el subsidio de ayuda a tercera persona recogido en la Ley General de derechos de las personas con discapacidad<sup>10</sup> y las pensiones extraordinarias por actos de terrorismo<sup>11</sup>.

**c) Paga compensatoria:**

-A percibir en pago único antes del 1 de abril de 2019. Los perceptores de pensiones ya revalorizadas en 2018, recibirán una cantidad equivalente a la diferencia entre la pensión percibida en 2018 y la que le hubiera correspondido de haber aplicado el incremento del 1,7%.

### 3.1.2. Complementos a mínimos

Por su parte el anexo I recoge el cuadro de cuantías mínimas de las pensiones contributivas y también de otras pensiones y prestaciones públicas en su modalidad contributiva de la Seguridad Social

-La cuantía límite de ingresos para el reconocimiento de complementos a mínimos (aplicable a las prestaciones familiares) experimentan un incremento del 3%; quedando así:

<sup>9</sup> Ley 3/2005, de 18 de marzo.

<sup>10</sup> RD. Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

<sup>11</sup> RD 851/1992, de 10 de julio.

a) Sin cónyuge a cargo: 7.569,00 euros/año; y b) Con cónyuge a cargo: 8.829,00 euros/año. Se exceptúa de tal incremento: a) Pensiones abonadas con cargo art. 42 Ley 37/1988, cuyo importe íntegro mensual, sumado, en su caso, al importe de otras pensiones públicas percibidas exceda del límite mensual establecido para las pensiones públicas; b) Pensiones reguladas en el título II del RD 851/1992; y c) Pensiones del SOVI en concurrencia con otras pensiones públicas (salvo pensión de viudedad del sistema).

-Las cuantías relativas a pensiones no contributivas, pensiones SOVI, complementos de pensión no contributiva por alquiler de vivienda, prestaciones familiares, subsidios económicos para personas con discapacidad, pensiones asistenciales, prestaciones económicas recogidas en la Ley 3/2005 y ayudas a los afectos por VIH, se recogen en el apartado II del anexo I.

### 3.2. COMPATIBILIDADES

Con el fin de favorecer el acceso y mantenimiento de las prestaciones para discapacitados recogidas en el RD 383/1984, de 1 de febrero, se modifica su art. 35 relativo a la compatibilidad de los subsidios con los recursos personales del discapacitado<sup>12</sup>. La nueva redacción de dicho precepto parte de que los subsidios será compatibles con recursos personales, si no superan el límite máximo establecido en el art. 32 RD 383/1984. A saber: a) El general: 70% SMI (incrementado un 10% más por cada miembro de la unidad familiar); y b) con un máximo: 100% SMI.

Aquí no hay cambios con respecto a la situación anterior. La modificación la vamos a encontrar en su nuevo párrafo segundo que excepcional de tal límite al subsidio de movilidad y gastos de transporte declarándolo compatible con la percepción de pensiones no contributivas o con recursos personales que no superen la cuantía de dichas pensiones. En definitiva, la paupérrima novedad es que un beneficiario de pensión no contributiva o que tenga recursos personales que superen dicha cuantía podrá mantener el subsidio de movilidad cuya magna cuantía para 2019 asciende a 65,40 euros/mes.

El párrafo tercero de dicho artículo –en su nueva redacción– señala que el cómputo de recursos personales se hará sobre los correspondientes al año natural anterior al que se solicita el reconocimiento, o en su caso, al de revisión anual del subsidio correspondiente. Aquí tampoco ha novedad.

### 3.3. PORCENTAJE ESPECIAL DEL 60% EN LA PENSIÓN DE VIUEDAD

La DA. 30.<sup>a</sup> de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, vino establecer un nuevo porcentaje de la pensión de viudedad del 60% para quienes tuvieren: a) Una edad igual o superior a 65 años; b) *No tengan derecho a otra pensión pública*; c) No perciban ingresos por la realización de trabajos por cuenta propia o ajena; y d) Los rendimientos o rentas percibidas por el pensionista (al margen de la pensión de viudedad) no superasen en cómputo anual el límite de ingresos establecido para ser beneficiario de la pensión mínima de viudedad. Este nuevo porcentaje de la pensión de viudedad, que en realidad viene a ser un mínimo de pensión,

<sup>12</sup> DF. 8.<sup>a</sup> RD-Ley 28/2018.

debería de haber entrado en vigor el 1-1-2012, fue sucesivamente aplazada su vigencia hasta que el RD 900/2018, de 20 de julio<sup>13</sup>, lo puso en marcha, si bien de forma progresiva estableciendo que para 2018 el porcentaje alcanzaría el 56% y que a partir de 1 d enero de 2019, se aplicaría el 60%. Si bien fue presentada esta medida con gran entusiasmo, como una importante mejora para las pensiones de viudedad la realidad es que el número de beneficiarios que luego veían efectiva tal subida eran muy pocos teniendo en cuenta que la gran mayoría ya percibían cuantías mínimas y que lo que podría significar de subida se compensaba (a la baja) con una reducción del mínimo ya recibido. Lo curioso es que pese a tener este porcentaje un marcado carácter no contributivo o asistencial, según se mire, su financiación es con cargo a la propia Seguridad Social. La reforma que introduce la DF. 7.<sup>a</sup> del RD-Ley 28/2019, en el régimen de estos porcentajes es en condicionante relativo a “no tener derecho a otra pensión pública”, en el sentido de declararlo compatibles con pensiones públicas (españolas o extranjeras) cuya cuantía no exceda del importe del mismo. En estos supuestos el incremento se abonará por la diferencia entre la cuantía de éste y de la pensión recibida por el beneficiario. Considerando además que no impide su percibo la pensión a cargo del Fondo Especial de MUFACE<sup>14</sup>, si se reúnen el resto de requisitos.

Correlativamente se modifica el art. 39, ap. 3 del RD-Legislativo 670/1987, de 30 de abril, texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado<sup>15</sup>, con una finalidad similar al porcentaje del 60% que se establece de la pensión de viudedad para las pensiones del sistema, incrementando la cuantía de la pensión de viudedad (el porcentaje es del 50% o 25%) en 4 ó 2 puntos cuando se reúnan tales requisitos.

### **3.4. IMPORTE MÍNIMO GARANTIZADO DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE DERIVADA DE ENFERMEDAD COMUN<sup>16</sup>.**

La reforma introducida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (modificó los apartados 1 y 3 del art. 140 LGSS/1994, actual art. 196 LGSS) tuvo importantes efectos negativos en orden a la cuantía final de la pensión, singularmente de la pensión de incapacidad permanente total al vincularla o relacionarla con la jubilación. No obstante, allí se establecía una garantía mínima en la pensión finalmente resultante no podría ser inferior al 55 por ciento de la base mínima de cotización para mayores de 18 años vigente en cada momento. Ahora tal garantía se reduce al importe mínimo anual de la pensión de Incapacidad Permanente Total (IPT) derivada de enfermedad común de los menores de 60 años sin cónyuge a cargo. El recorte o rebaja es importante. Si la base mínima para mayores de 18 años es para 2019 de 1.050 euros/mes, conforme a la situación anterior a la reforma, la pensión quedaría como mínimo en 577,5 euros/mes; ahora, teniendo en cuenta el mínimo de la pensión de IPT (en la modalidad señalada) para 2019, resultará una pensión de 417 euros/mes.

<sup>13</sup> Dando cumplimiento a lo dispuesto en la DA. 44.<sup>a</sup> de la Ley 6/2018, de 20 de julio.

<sup>14</sup> Se trata de una prestación complementaria a la pensión de Clases Pasivas o del Régimen General en su caso, previamente reconocida al supérstite o cónyuge superviviente, que solo puede concederse si el fallecido tenía reconocida pensión del Fondo Especial o si, en el momento del fallecimiento, estaba afiliado a alguna de las Mutualidades que las tuvieran establecidas, y se encontraba al corriente en la cotización específica a la misma, diferente a la cotización general a MUFACE. Ver DA. 6.<sup>a</sup> RD. Legislativo 4/2000, de 24 de junio y DA. 1.<sup>a</sup> del RD 375/2003, de 28 de marzo.

<sup>15</sup> DF. Sexta del RD-Ley 28/2018.

<sup>16</sup> DF. 2.<sup>a</sup> seis del RD-Ley 28/2018.

### 3.5. JUBILACIÓN FORZOSA. REFERENCIA JURÍDICO-CRÍTICA AL “NUEVO” MODELO LEGAL

*A) Aplicación de la legislación anterior a la Ley 27/2011 a las pensiones de jubilación<sup>17</sup>.*

Antes de que perdiese vigencia la DT. 4.<sup>a</sup> de la LGSS que permitía aplicar la legislación anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, se posibilita que se siga aplicando la misma, a las pensiones de jubilación (para cualquier modalidad, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones) que se causen antes de 1-1-2020, a lo siguientes supuestos: Personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de 1-4-2013 y con posterioridad a ella no hubieran vuelto a ser incluidas en el sistema (igual que antes); y 2) Personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de expedientes de regulación de empleo o por medio de convenios colectivos –igual que antes– siempre que la extinción o suspensión se produzca antes de 1-1-2020. Tales acuerdos deben estar registrados en INSS/ISM.

Alguna novedad añadida cabe comentar y es: a) No incluye los supuestos de jubilación parcial que antes sí se recogían; y b) Prevé que, no obstante, la previsión de aplicación de la legislación anterior el trabajador puede optar que se aplique para el reconocimiento de la pensión la legislación vigente al momento del hecho causante. Lo cual nos puede llevar a la duda de si ¿se puede aplicar la legislación actual para el reconocimiento y la “vieja” para el cálculo y determinación de la pensión?

*B) Recuperación de las jubilaciones forzosas negociadas en convenio colectivo*

A modo de recordatorio de la azarosa “vida” de la fijación de una edad límite para mantener la actividad laboral:

- a) La DA. 5.<sup>a</sup> ET de 1980: establecía una edad laboral máxima incondicionada. La respuesta STC 22/1981, de 2 julio: fue declarar nula la disposición que establece una incapacitación para trabajar a los 69 años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral.
- b) La DA. 10.<sup>a</sup> ET de 1995: estableció la posibilidad de que se pudiera fijar una edad laboral máxima vinculada a políticas de empleo. Durante los 20 años de vigencia ningún Gobierno hizo uso de la delegación que la DA establecía.
- c) La Disp. Derogatoria del RD-Ley 5/2001, 2 de marzo y Ley 12/2001, derogará la DA. 10.<sup>a</sup> ET.
- d) El artículo único de la Ley 14/2005, de 1 de julio, volvió a incorporar al ET de 1995, la derogada DA. 10.<sup>a</sup>, si bien exigiendo que se tuviera cubierto el período mínimo de cotización o uno mayor para acceder a la jubilación.

<sup>17</sup> Ap. veintiocho de la DF. 2.<sup>a</sup> RD-ley 28/2018.

- e) La Ley 27/2011 modificará las exigencias requiriendo ahora que se tenga cubierto un período mínimo que permita alcanzar un 80% de la Base reguladora.
- f) La Disp. Final cuarta. 2 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, declarará 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.

Pues bien, el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva CEOE y CEPYME y UGT y CC.OO. (5 julio 2018) insta a la Administración laboral a promover los cambios legales necesarios para habilitar a la negociación colectiva a prever cláusulas de jubilación obligatoria por edad ligadas a objetivos de política de empleo y relevo generacional. La propuesta debatida y acordada con los interlocutores sociales en la Mesa de Diálogo Social por el Empleo tendrá como objetivo: dar respuesta a la situación actual del empleo joven en España, que demanda acciones inmediatas, toda vez que la tasa de desempleo en el colectivo de menores de 30 años es superior al 25 por ciento, frente al 14,55 por ciento actual de tasa de paro general. Esto supone que casi un millón de jóvenes se encuentran en desempleo. Esta situación demanda la adopción de medidas inmediatas para reducir la brecha generacional en relación con el empleo y la asimetría entre España y los países de nuestro entorno. *“La habilitación legal para que los convenios colectivos puedan establecer una edad de jubilación obligatoria vinculada a objetivos de política de empleo se erige como un instrumento adecuado para impulsar el relevo generacional en el mercado de trabajo, dando solución, al menos en parte”.*

De la propuesta de política del Derecho a su materialización legal: la DF. 1.<sup>a</sup> del RD-Ley 28/2018, vuelve a recuperar la DA. 10.<sup>a</sup> del ET/1995, con un contenido similar. Así los CC podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad legal de jubilación, si:

- El trabajador afectado reúne los requisitos para tener derecho a la “pensión completa” de jubilación contributiva (antes se condicionaba a que al menos alcanzare el 80% de la BR).
- Y que la medida se vincula a objetivos coherentes de empleo expresados en el convenio colectivo (estabilidad, transformación de contratos temporales en indefinidos, etc.).

Cabría interrogarse sobre si realmente estamos ante una medida política de fomento del empleo con esta medida que se materializa en un despido por razón de la edad. La larga experiencia desacredita decididamente esta medida como política de empleo que desconoce el derecho al trabajo y la voluntariedad de la jubilación como paradigma normativo (fuera del empleo público, claro). Y es que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han ido flexibilizando los requisitos exigidos hasta el punto de que lo hacen irreconocibles respecto de la primera STC de 1981 que exigía la no amortización del puesto de trabajo y la sustitución del trabajador jubilado por un trabajador desempleado.

Y lo grave es que el RD. Ley 28/2018, ha restablecido este tipo de despido por razón de la edad amparado, nuevamente, en *genéricas* propuesta de creación o fomento del empleo por parte del empleador que sirven supuestamente de válida “motivación” causal:

En efecto, en virtud de la nueva redacción de la disp. adic. décima del ET por la disp. adic. primera del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre y la derogación de la disp. trans. novena del ET por la derog. única 2.c) del RDL, los convenios colectivos podrán establecer una edad de jubilación forzosa vincula a objetivos de política de empleo (sic.). De este modo, se vuelve a posibilitar –por autorización *ex lege*– que los convenios colectivos establezcan jubilaciones por edad, permitiendo el “rejuvenecimiento” de plantillas (sic.), porque, en principio, los contratos extinguidos serán reemplazados, en ciertas condiciones, por nuevas contrataciones de desempleados o por transformaciones de temporales en indefinidos. Es así que legalmente se reconoce una capacidad convencional sometida a condiciones de política de empleo en las empresas o sectores que ponga en práctica dicha estrategia “empleativa”<sup>18</sup>. Cabría interrogarse sobre la pertinencia desde la triple óptica del derecho *al* trabajo, de la voluntariedad de la jubilación como regla y de la misma sostenibilidad del sistema de pensiones esta nueva habilitación legal a la negociación colectiva, que supone una limitación de aquellos derechos individuales y una salida prematura del mercado de trabajo de los trabajadores de edad avanzada cuando precisamente se está tratando de impulsar la prolongación voluntaria de la vida laboral (incentivada por la Unión Europea a través de un cuadro de medidas que impulsan la jubilación postergada) y el envejecimiento activo. No debe ignorarse que la jubilación del trabajador es –con las excepciones previstas legalmente– ante todo un derecho que se ha de ejercer voluntariamente y no una obligación (ni tampoco una imposición unilateral atribuida ex convenio colectivo a un sujeto privado).

La normativa social debería ponderar mejor los distintos intereses y derechos en juego, de manera que es incrementara el empleo y se retrasase la salida del mercado de trabajo de las personas de edad avanzada. Por lo demás, como es bien conocido, la práctica de las jubilaciones forzosa (materializados en despidos con ocasión de la edad) no se caracteriza por atenerse a exigencias de política de empleo realmente atendibles, como se impondría a tenor del art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, y a la doctrina del Tribunal Constitucional más razonable (por ejemplo, la STC 66/2015, de 13 de abril). En este sentido los agentes sociales deberían ser especialmente prudentes y garantistas en el uso de esta problemática recuperación de la habilitación legal para establecer jubilaciones forzosa y consiguiente el despido de los trabajadores maduros, evitando el fácil expediente de expulsar a estos trabajadores más vulnerables del mercado laboral. Por lo

<sup>18</sup> **Disposición final primera.** Modificación del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Se modifica la disposición adicional décima del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que queda redactada en los siguientes términos: «Los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá cumplir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. b) La medida deberá vincularse a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo.»

demás, deberán considerar muy seriamente que esta medida extintiva no deja de ser contradictoria con una política coherente de envejecimiento activo y el fomento de la prolongación voluntaria de la vida laboral, como objetivos que han sido incorporado a la estrategia de la Unión Europea y Española sobre la protección de los trabajadores de edad avanzada y la sostenibilidad de las pensiones (que, en sí misma, es también otra forma de protección social de los mayores). Es la lógica de incentivar la jubilación postergada que remite al mantenimiento del empleo de los trabajadores más allá del cumplimiento de la edad legal de jubilación.

Aparte de proponer desde aquí ya de *lege ferenda* su derogación, mientras tanto *de lege data*, decir que una vez restablecida la habilitación legal para acordar la jubilación forzosa del trabajador, debe apostarse una interpretación y admisibilidad muy restrictiva, en cuanto vinculada a objetivos precisos de no amortización del puesto de trabajo dejado vacante por el trabajo que es obligado inductivamente a jubilarse forzosamente por decisión unilateral del empleador que lo despide. Esta sería una interpretación más próxima a la que fuera defendida originariamente por en la STC 22/1981, de 12 de junio. Con arreglo a esta interpretación restrictiva, los despidos por jubilación que incumplan los requisitos y finalidades de la norma habilitante se han de entender nulos pues se reconducirían a un acto de despido basado en el cumplimiento de una determinada edad (despido por la sola razón de la edad), y por tanto, frontalmente opuesta a los artículos 14 CE y 17 del ET. De ahí que deberían ser calificados de nulos. De no ser así, la expulsión sistemática de los trabajadores continuará siendo una medida al servicio de las reestructuraciones empresariales y “moneda de cambio” en el marco de una negociación colectiva que se muestre poco sensible (aunque no siempre haya sido así) a la vulnerabilidad de los trabajadores de edad avanzada.

Y es que en la nueva redacción no se garantiza prácticamente nada dicho equilibrio virtuoso y se queda en el carácter genérico y en las buenas intenciones. Estos son los términos de la nueva disposición adicional 10<sup>a</sup>: sirven ¡“... cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo”! Sin palabras. Con este tipo de límites legales (sic.) se va a volver a las andadas de expulsar y discriminar a los trabajadores mayores sin garantías de no amortización del puesto de trabajo que desempeñaban. Se abre de nuevo la vía para las reestructuraciones empresariales se realicen a través una expulsión masiva de trabajadores de edad avanzada. Los cuáles serán sustituidos –en el mejor de los casos– por trabajadores precarios que ostentan peores condiciones de trabajo (trabajadores temporales o a tiempo parcial) y de retribución (a contador cero y con sin el derecho a recibir determinados complementos salariales).



Estudios  
Doctrinales

LABORUM



## Notas a la protección social de los deportistas de alto nivel y a la protección social en el fútbol femenino y aficionado

### Notes on the social protection of elite athletes and social protection in women's and amateur football

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

*PROFESOR TITULAR ACREDITADO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE CARTAGENA (UPCT)*

#### Resumen

El estudio tiene por objeto analizar la protección social de los deportistas de alto nivel y a la protección social en el fútbol femenino y aficionado, regulado en el Real Decreto 2/2018, de 12 de enero, por el que se dictan determinadas normas de desarrollo del Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional; que tiene fundamentalmente por objeto regular las contribuciones de las entidades participantes en el Campeonato Nacional de Liga a la promoción del deporte y al desarrollo del fútbol aficionado. Para ello se abordará, previamente, la definición de deporte de alto nivel, deportistas de alto nivel y deportistas de alto rendimiento, para luego estudiar, por una parte, la contribución a la protección social de los deportistas de alto nivel y a la participación de deportistas en competiciones internacionales. Por otra, la contribución a la protección social en el fútbol femenino y aficionado, y el fomento del movimiento asociativo. Por último, las ayudas para la protección social de los deportistas de alto nivel y el apoyo a los deportistas españoles que participen en competiciones internacionales.

#### Abstract

This paper sets out to analyse the social protection of elite athletes and social protection in women's and amateur football, regulated by Royal Decree 2/2018 of 12 January, which lays down certain rules for the implementation of Royal Decree-Law 5/2015 of 30 April on urgent measures in relation to the commercialisation of the audiovisual rights of professional football competitions, the main purpose of which is to regulate the contributions of entities participating in La Liga to the promotion of sports and the development of amateur football. For this purpose, it will first address the definition of elite sport, elite athletes and elite athletes and then study the contribution of elite athletes to social protection and to the participation of athletes in international competitions. After this, it will analyse the contribution to social protection in women's and amateur football, and the promotion of the grass roots movement. Finally, it will discuss subsidies for the social protection of elite athletes and support for Spanish athletes participating in international competitions.

#### Palabras clave

Protección social; deportistas; Seguridad Social; deportistas de alto nivel; fútbol femenino; igualdad de género

#### Keywords

Social protection; athletes; social security; elite athletes; women's football; gender equality

## 1. INTRODUCCIÓN

El deporte<sup>\*</sup>, según la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de

<sup>\*</sup> Este artículo queda enmarcado dentro de los trabajos de investigación desarrollados por el autor en el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-64752-P –Sostenibilidad y responsabilidad en el ámbito deportivo: análisis jurídico y propuestas de reforma normativa ante los retos fiscales y laborales de los deportistas–.

explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional (RDI 5/2015)<sup>1</sup>, se considera como «un medio apropiado para adquirir valores de desarrollo personal y social; afán de superación, integración, respeto a la persona, tolerancia, acatamiento de reglas, perseverancia, trabajo en equipo, superación de los límites, autodisciplina, responsabilidad, cooperación, honestidad, lealtad, etc. Todas ellas son cualidades deseables por todos y se pueden conseguir a través del deporte y de la orientación que los profesores, entrenadores y familia le den, siempre con el apoyo de todos los agentes implicados en él, de forma que estos valores se desarrollen y perduren en la persona y le ayuden a un completo desarrollo físico, intelectual y social y por añadidura a una mejor integración en la sociedad en que vivimos».

Bajo este contexto, la Real Academia Española lo define, por una parte, como la actividad física, ejercida como juego o competición, cuya práctica supone entrenamiento y sujeción a normas. Por otra, recreación, pasatiempo, placer, diversión o ejercicio físico, por lo común al aire libre<sup>2</sup>. Empero, el RDI 2/2015 trae una nueva acepción al deporte denominada «deporte moderno», a consecuencia, por un lado, de la profesionalización; por otro, de la comercialización.

El primero de los nombrados, profesionalización, hace alusión tanto a las personas como a las estructuras, y se asocia, por ende, al paso de los deportistas de un estado aficionado a otro profesional; y, a su vez, a la racionalización del funcionamiento operativo de las organizaciones dedicadas a la promoción y desarrollo del deporte.

El segundo, comercialización, es de nueva creación y se relaciona a la transmisión de los acontecimientos deportivos mediante distintos medios de comunicación, que se ha traducido en interesantes oportunidades de generación de ingresos para las organizaciones deportivas a través de la venta de derechos de televisión, de licencias de imagen y otras actividades comerciales producto de la exposición mediática de equipos, jugadores y estrellas del deporte.

Sin embargo, la concurrencia de ambos factores no ha sido homogénea y algunas disciplinas lo han experimentado antes que otras o con mayor profundidad; en todo caso, esta circunstancia ha transformado profundamente al deporte desde una doble perspectiva. Por una parte, las disciplinas deportivas se van acercando a una nueva concepción del deporte como industria, convirtiéndole en un extraordinario motor de crecimiento económico. Por otra, en las sociedades occidentales el deporte se ha convertido, actualmente, en un fenómeno social cuya importancia ha trascendido el ámbito estrictamente deportivo.

El consumo acelerado de los eventos deportivos mediante los medios de comunicación social, es una dimensión que supera cumplidamente los mercados nacionales para globalizarse, por lo que ha transformado completamente la configuración clásica de las competiciones deportivas oficiales más profesionalizadas, cuya sostenibilidad depende del balance entre la correcta gestión de los recursos económicos que atraen en su difusión masiva y su capacidad para mantenerse como un producto atractivo, competitivo y socialmente relevante. Bajo esta perspectiva, que en estos momentos se vive, el impacto

---

<sup>1</sup> BOE núm. 104, de 1 de mayo de 2015.

<sup>2</sup> [www.rae.es](http://www.rae.es)

económico procedente de la comercialización de los derechos audiovisuales de las competiciones profesionales del deporte es, sin duda, el factor singular que con mayor intensidad condiciona las posibilidades de desarrollo de esas competiciones; y, a su vez, el que mejor refleja los desequilibrios de esa dualidad entre lo económico y lo deportivo que las caracteriza.

En España, como en una gran parte de otros países, es la competición de fútbol profesional masculino en el que en mayor medida desembocan estas tendencias en las que los factores meramente deportivos se combinan con los propios de un sector económico pujante y con los elementos inmateriales y culturales que se asocian con la práctica del fútbol. La influencia de los ingresos económicos procedentes de la explotación de los derechos audiovisuales ha sido sustancialmente crítica y determinante, por un lado, para consolidar la competición española de fútbol profesional como una de las de mayor calidad reconocida en el mundo; y, por otro, para potenciar y desarrollar el mercado audiovisual, en especial el de los servicios de televisión de pago.

Bajo este contexto, se promulga el RDI 5/2015 que tiene por objeto establecer las normas para la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de competiciones futbolísticas correspondientes al Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División, a la Copa de S.M. el Rey y a la Supercopa de España, así como los criterios para la distribución de los ingresos obtenidos entre los organizadores y participantes en las mismas. Aquellos contenidos audiovisuales comprenden los eventos que se desarrollen en el terreno de juego, incluyendo las zonas del recinto deportivo visibles desde el mismo, desde los dos minutos anteriores a la hora prevista para el inicio del acontecimiento deportivo hasta el minuto siguiente a su conclusión, e incluyen los derechos para su emisión tanto en directo como en diferido, en su integridad y en versiones resumidas o fragmentadas, destinados a su explotación en el mercado nacional y en los mercados internacionales<sup>3</sup>.

En términos generales, dicha norma se articula sobre tres ejes. En primer lugar, establece la obligación de ceder las facultades de comercialización conjunta de los derechos audiovisuales de retransmisión a la Liga Nacional de Fútbol Profesional y a la Real

---

<sup>3</sup> Lo previsto en el RDI 5/2015 se entiende sin perjuicio de la emisión de breves resúmenes informativos a que hace referencia el artículo 19.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (BOE núm. 79, de 1 de abril de 2010): «El derecho de emisión en exclusiva no puede limitar el derecho a la información de los ciudadanos. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual que hayan contratado en exclusiva la emisión de un acontecimiento de interés general para la sociedad deben permitir a los restantes prestadores la emisión de un breve resumen informativo en condiciones razonables, objetivas y no discriminatorias. Este servicio se utilizará únicamente para programas de información general y sólo podrá utilizarse en los servicios de comunicación audiovisual a petición si el mismo prestador del servicio de comunicación ofrece el mismo programa en diferido.

No será exigible contraprestación alguna cuando el resumen informativo sobre un acontecimiento, conjunto unitario de acontecimientos o competición deportiva se emita en un informativo de carácter general, en diferido y con una duración inferior a noventa segundos. La excepción de contraprestación no incluye, sin embargo, los gastos necesarios para facilitar la elaboración del resumen informativo. Durante la emisión del resumen deberá garantizarse la aparición permanente del logotipo o marca comercial de la entidad organizadora y del patrocinador principal de la competición.

Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual pueden acceder, en la zona autorizada, a los espacios en los que se celebre tal acontecimiento».

Empero, se excluyen del ámbito de aplicación de dicha norma los derechos de explotación de contenidos para su emisión a través de los servicios de comunicación audiovisual radiofónica.

Federación Española de Fútbol. En segundo, se diseña un sistema de reparto de los ingresos con criterios correctores que limitan las diferencias entre los participantes. Por último, cada entidad asume las contribuciones obligatorias al Fondo de Compensación, para las políticas de promoción de la competición profesional y del fútbol aficionado y para las políticas del Consejo Superior de Deportes (CSD) en apoyo de la Primera División del Fútbol Femenino, la Segunda División B del Campeonato Nacional masculino y las asociaciones de futbolistas, árbitros, entrenadores y preparadores físicos.

En cuanto, a la protección social de los deportistas de alto nivel (DAN) y en el fútbol femenino y aficionado<sup>4</sup>, que es el objeto de este estudio, se promulga el Real Decreto 2/2018, de 12 de enero, por el que se dictan determinadas normas de desarrollo del Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional (RD 2/2018)<sup>5</sup>, que tiene fundamentalmente por objeto regular las contribuciones de las entidades participantes en el Campeonato Nacional de Liga a la promoción del deporte y al desarrollo del fútbol aficionado.

Asimismo, se regula la contribución a la promoción del deporte de los clubes y entidades afiliadas a la Liga mediante la aportación de un porcentaje de los ingresos derivados de la explotación de los derechos audiovisuales. De igual manera, por un lado, se fija en un 3,5 % la contribución al Fondo de Compensación, destinándose un 90 % del mismo a los clubes que desciendan de Primera a Segunda y el resto a los que desciendan de Segunda División. Por otro, se regula la contribución al desarrollo del fútbol aficionado, obligando a destinar el 1 % de los ingresos procedentes de la comercialización de derechos audiovisuales, que se repartirá entre las federaciones autonómicas. Estas deberán destinar, a su vez, estas cantidades al desarrollo de la práctica del fútbol aficionado y a sufragar los gastos de expedición de licencias de personas con dificultades económicas.

De igual manera, prevé una aportación de hasta un 1 % al CSD –que debe destinarse a la protección social de los DAN y a financiar ayudas a deportistas que participen en competiciones internacionales– y otra aportación al CSD de un 0,5 % para la protección social en el fútbol femenino y en la Segunda División B, así como para financiar el asociacionismo en el fútbol. Todas estas especificidades, a continuación, serán objeto de este estudio, previo a la definición de deporte de alto nivel, de los DAN y de los deportistas de alto rendimiento. El estudio que se presenta, por tanto, realiza un recorrido de la normativa anteriormente señalada.

## **2. DEFINICIÓN DE DEPORTISTAS DE ALTO NIVEL, DEPORTISTAS DE ALTO NIVEL Y DEPORTISTAS DE ALTO RENDIMIENTO**

El Real Decreto 971/2007, de 13 de julio, sobre DAN y alto rendimiento (RD 971/2007)<sup>6</sup>, considera deporte de alto nivel la práctica deportiva que es de interés para el Estado, en tanto que constituye un factor esencial en el desarrollo deportivo, por el estímulo

<sup>4</sup> Vid. MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., “Mujer y deporte profesional: supuestos significativos y puntos críticos laborales y de seguridad social”, *Actualidad Laboral*, núm. 17, 2010, págs. 2018 y ss.

<sup>5</sup> BOE núm. 12, de 13 de enero de 2018.

<sup>6</sup> BOE núm. 177, de 25 de julio de 2007.

que supone para el fomento del deporte base, y por su función representativa de España en las pruebas o competiciones deportivas oficiales de carácter internacional.

Sin embargo, los DAN son aquellos que cumpliendo los criterios y condiciones definidos en los artículos 3 (Requisitos para la adquisición y acreditación de la condición de deportista de alto nivel) y 4 (Criterios de valoración para el acceso a la condición de deportista de alto nivel) del RD 971/2007, que más adelante se señalaran, sean incluidos en las resoluciones adoptadas al efecto por el Secretario de Estado-Presidente del CSD, en colaboración con las federaciones deportivas españolas y, en su caso, con las Comunidades Autónomas (CCAA).

La doctrina, no obstante, es del criterio que la intervención del CSD disminuye las probabilidades de diferentes interpretaciones. Sin embargo, puede ser motivo de suspicacias en relación de aquellos deportistas que de manera eventual pudieran considerarse de alto nivel y no se incluyan en las mencionadas resoluciones adoptadas por el Presidente de aquel organismo<sup>7</sup>.

Sin perjuicio de las competencias de los Entes públicos territoriales, tienen la consideración de deportistas de alto rendimiento, aquellos deportistas con licencia expedida u homologada por las federaciones deportivas españolas, que cumplan alguna de las siguientes condiciones:

a) Que hayan sido seleccionados por las diferentes federaciones deportivas españolas, para representar a España, o bien, en competiciones oficiales internacionales en categoría absoluta, en al menos uno de los dos últimos años; o bien, en competiciones oficiales internacionales en categorías de edad inferiores a la absoluta, en al menos uno de los dos últimos años.

b) Que sean deportistas calificados como de alto rendimiento o equivalente por las CCAA, de acuerdo con su normativa. Las medidas de apoyo derivadas de esta condición se extenderán por un plazo máximo de tres años, que comenzará a contar desde el día siguiente al de la fecha en que el Ente público territorial publique por última vez la condición de deportista de alto rendimiento o equivalente del interesado.

c) Que sigan programas tutelados por las federaciones deportivas españolas en los centros de alto rendimiento reconocidos por el CSD.

d) Que sigan programas de tecnificación tutelados por las federaciones deportivas españolas, incluidos en el Programa nacional de tecnificación deportiva desarrollado por el CSD.

e) Que sigan programas tutelados por las CCAA o federaciones deportivas autonómicas, en los Centros de tecnificación reconocidos por el CSD.

La acreditación de la calificación de deportista de alto rendimiento será realizada por el CSD o la CCAA, según corresponda.

---

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F., "Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los deportistas", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 69, 2007, pág. 165.

En cuanto a los requisitos para la adquisición y acreditación de la condición de deportista de alto nivel, el Secretario de Estado-Presidente del CSD debe acreditar la condición de deportista de alto nivel, a aquellos cuyo rendimiento y clasificación les sitúe entre los mejores del mundo o de Europa, de acuerdo con los criterios selectivos que se establecen en el RD 971/2007 y su anexo, a propuesta de la Subcomisión Técnica de Seguimiento prevista.

Las resoluciones del Secretario de Estado-Presidente del CSD que reconozcan la condición de deportista de alto nivel se publican en el «Boletín Oficial del Estado» (BOE). No obstante, el legislador señala aquellas personas que no podrán acceder a la condición de DAN:

a) Los deportistas que no sean contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y tengan su residencia fiscal en un país o territorio considerado como paraíso fiscal<sup>8</sup>. A estos efectos, los deportistas que no sean contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas deberán acreditar el país en el que tienen su residencia fiscal mediante la presentación de un certificado de residencia expedido por las autoridades fiscales competentes de dicho país.

b) Los deportistas cuyos resultados, aun cumpliendo los criterios contemplados en el RD 971/2007, hayan sido obtenidos representando a un país diferente a España.

c) Los deportistas que, careciendo de la nacionalidad española, y compitiendo en representación de España por permitirlo el Reglamento de la Federación Deportiva Internacional correspondiente, no ostenten la condición de residentes en España de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>9</sup>, y en su normativa de desarrollo (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009<sup>10</sup>).

En relación a los criterios de valoración para el acceso a la condición de deportista de alto nivel, pueden obtener dicha condición los deportistas con licencia federativa estatal o con licencia autonómica homologada que, participando en competiciones organizadas por las Federaciones internacionales reguladoras de cada deporte o por el Comité Olímpico Internacional, y sin perjuicio de lo que pueda ser acordado excepcionalmente por la Comisión de Evaluación del Deporte de Alto Nivel, cumplan los criterios exigidos en el anexo del RD 971/2007, según la pertenencia a alguno de los siguientes grupos:

<sup>8</sup> La Real Academia Española define «paraíso fiscal» como aquel país o territorio donde la ausencia o parvedad de impuestos y controles financieros aplicables a los extranjeros residentes constituye un eficaz incentivo para atraer capitales del exterior. [www.rae.es](http://www.rae.es)

Los paraísos fiscales resultan realidades a erradicar por generar opacidades que no favorecen comportamientos éticos y respetuosos de las normas jurídicas. Ello ha comportado, tanto desde el ámbito internacional como nacional, una creciente actividad normativa en aras a prevenir su existencia. El ordenamiento español establece un régimen disuasorio de los paraísos fiscales basado en una definición general y tratos singularizados en diversas normas impositivas. *Cfr.* SÁNCHEZ HUETE, M., “La nueva definición de paraísos fiscales ¿El fin de los listados reglamentarios?”, *Quincena Fiscal*, núm. 13, 2015, págs. 85-108.

<sup>9</sup> BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

<sup>10</sup> BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011.

Grupo A: Deportistas de categoría absoluta, que participen en modalidades y/o pruebas olímpicas.

Grupo B: Deportistas de categoría absoluta, que participen en modalidades y/o pruebas no olímpicas, definidas y organizadas por las federaciones internacionales en las que estén integradas las federaciones españolas.

Grupo C: Deportistas de categorías de edades inferiores a la absoluta (entre 22 y 15 años) que participen en modalidades y/o pruebas olímpicas.

Grupo D: Deportistas de categorías de edades inferiores a la absoluta (entre 22 y 15 años) que participen en modalidades y/o pruebas no olímpicas, definidas y organizadas por las federaciones internacionales en las que estén integradas las federaciones españolas.

Grupo E: Deportistas de categorías de edades inferiores a la absoluta (entre 20 y 15 años) que participen en modalidades y/o pruebas olímpicas de categorías absolutas.

Grupo F: Deportistas de categorías de edades inferiores a la absoluta (entre 20 y 15 años) que participen en modalidades y/o pruebas no olímpicas de categorías absolutas, definidas y organizadas por las federaciones internacionales en las que estén integradas las federaciones españolas.

Todos los grupos señalados, no obstante, se estructuran, a su vez, dependiendo del tipo de prueba en la que compita el deportista, del tipo de actuación que se valore y, en el caso de las pruebas no olímpicas, también dependiendo del número de países participantes en la competición.

En cuanto a la pérdida de la condición de deportista de alto nivel, el legislador señala las siguientes causas:

a) Por vencer el plazo de cinco años de duración de las medidas de apoyo otorgadas, salvo que dicho deportista haya sido medallista olímpico o paralímpico, en cuyo caso el plazo de duración será de siete años.

b) Por haber sido sancionado, con carácter definitivo en vía administrativa, por infracción en materia de dopaje.

c) Por haber sido sancionado, con carácter firme en vía administrativa, por alguna de las infracciones previstas en el artículo 14 del Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre disciplina deportiva<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> BOE núm. 43, de 19 de febrero de 1993. Art. 14: «Se considerarán como infracciones comunes muy graves a las reglas del juego o competición, o a las normas generales deportivas:

a) Los abusos de autoridad [art. 76, ap. 1.a), L. D.].

b) Los quebrantamientos de sanciones impuestas [art. 76, ap. 1 b), L. D.].

El quebrantamiento se apreciará en todos los supuestos en que las sanciones resulten ejecutivas. El mismo régimen se aplicará cuando se trate del quebrantamiento de medidas cautelares.

c) Las actuaciones dirigidas a predeterminar, mediante precio, intimidación o simples acuerdos el resultado de una prueba o competición [art. 76, ap. 1.c), L. D.].

(...)

d) Por haber dejado de cumplir las condiciones previstas en el artículo 3.3 del RD 971/2007; es decir, que no puedan acceder a la condición de DAN, por una parte, aquellos deportistas que no sean contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y tengan su residencia fiscal en un país o territorio considerado como paraíso fiscal. Por otra, los deportistas cuyos resultados hayan sido obtenidos representando a un país diferente a España. Por último, los deportistas que, careciendo de la nacionalidad española, y compitiendo en representación de España por permitirlo el Reglamento de la Federación Deportiva Internacional correspondiente, no ostenten la condición de residentes en España de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en su normativa de desarrollo.

e) Por competir oficialmente por un país diferente a España.

Por último, hay que señalar que el artículo 1 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales (RD 1006/1985)<sup>12</sup>, define a los deportistas profesionales, como aquellos «quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución». De su lectura se desprende que hay dos categorías, por una parte, los deportistas profesionales y, por otra, los que no lo son. Por tanto, los primeros gozan de acción protectora de la Seguridad Social, y los segundos no, al ser deportistas amateur<sup>13</sup>.

---

d) Los comportamientos, actitudes y gestos agresivos y antideportivos de jugadores, cuando se dirijan al árbitro, a otros jugadores o al público [art. 76, ap. 1.e), L. D.].

e) Las declaraciones públicas de directivos, técnicos, árbitros y deportistas o socios que inciten a sus equipos o a los espectadores a la violencia [art. 76, ap. 1.e), L. D.].

f) La falta de asistencia no justificada a las convocatorias de las selecciones deportivas nacionales [art. 76, ap. 1.f), L. D.].

A estos efectos la convocatoria se entiende referida tanto a los entrenamientos como a la celebración efectiva de la prueba o competición.

g) La participación en competiciones organizadas por países que promuevan la discriminación racial [art. 76, ap. 1.g), L. D.], o sobre los que pesen sanciones deportivas impuestas por Organizaciones Internacionales, o con deportistas que representen a los mismos.

h) Los actos notorios y públicos que atenten a la dignidad o decoro deportivos, cuando revistan una especial gravedad. Asimismo, se considerará falta muy grave la reincidencia en infracciones graves por hechos de esta naturaleza.

i) La manipulación o alteración, ya sea personalmente o a través de persona interpuesta, del material o equipamiento deportivo en contra de las reglas técnicas de cada deporte cuando puedan alterar la seguridad de la prueba o competición o pongan en peligro la integridad de las personas.

j) La alineación indebida y la incomparecencia o retirada injustificada de las pruebas, encuentros o competiciones.

k) La inejecución de las resoluciones del Comité Español de Disciplina Deportiva.

<sup>12</sup> BOE núm. 153, de 27 de junio de 1985.  *Vid.* CARDENAL CARRO, M., “El RD 1006/1985 leído en 2009: 33 propuestas para mejorar las relaciones laborales en el deporte profesional saneando la economía de las entidades deportivas”, en AA.VV. (coords. PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R.),  *El deporte profesional* , Bosch, Barcelona, 2009, págs. 505-544.

<sup>13</sup> RON LATAS, R., “La protección social de los deportistas en España”, en AA.VV.,  *Mujer, trabajo y Seguridad Social* , La Ley, Madrid, 2010.

### 3. CONTRIBUCIÓN A LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS DEPORTISTAS DE ALTO NIVEL Y A LA PARTICIPACIÓN DE DEPORTISTAS EN COMPETICIONES INTERNACIONALES

Con objeto de mejorar la promoción y funcionamiento de la competición y contribuir al fomento del deporte en general, según el artículo 6.1. d) del RDI 5/2015, cada uno de los clubes y entidades participantes en el Campeonato Nacional de Liga, en cualquiera de sus categorías, deben cumplir anualmente con la siguiente obligación, en proporción a los ingresos que obtengan por la comercialización conjunta de los derechos audiovisuales: hasta un 1 % se entregará al CSD, que lo destinará a financiar, en la cuantía y los términos que reglamentariamente se establezcan, los costes de los sistemas públicos de protección social que correspondan a los trabajadores que tengan la condición de deportista de alto nivel y para quienes el deporte constituya su actividad principal y, en su caso, los convenios especiales que permitan su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Asimismo, se pueden destinar a financiar ayudas a deportistas que participen en competiciones internacionales.

La determinación de la cantidad adeudada por los clubes se calcula a partir de la estimación de los costes necesarios. Esta estimación se determina de manera anual a través de resolución del Presidente del CSD, que recaba los informes que son precisos, en particular del actual Ministerio Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, de las Federaciones deportivas españolas de las que formen parte deportistas que participen en competiciones deportivas internacionales y de la Liga Nacional de Fútbol Profesional, para sustentar debidamente la estimación realizada.

La mencionada resolución determina el importe o porcentaje que debe ser destinado tanto a sufragar los costes de la Seguridad Social de los DAN<sup>14</sup>, como a financiar las ayudas a deportistas que participen en competiciones internacionales, y garantiza que se destinen a esta última línea de ayudas, un porcentaje que no será inferior al 30 % de la cantidad total que deban aportar los clubes o entidades que participan en la competición de fútbol profesional.

Para concretar el porcentaje aplicable a cada una de estas finalidades se tiene en consideración los siguientes criterios:

- a) El número total de DAN.
- b) El importe estimado del coste anual necesario para sufragar el coste de los sistemas de protección social de los DAN.
- c) La cuantía anual de las cantidades destinadas a becas y ayudas por resultados deportivos contempladas en los programas deportivos internacionales del CSD, Comité Olímpico o Paralímpico y federaciones deportivas españolas.

---

<sup>14</sup> En cuanto a la protección de la Seguridad Social, *vid.* FERNÁNDEZ ORRICO, F., “Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los deportistas”, *op. cit.*, págs. 137-174. ARRIETA HERAS, T., “Algunas notas sobre la Seguridad Social de los deportistas profesionales”, *Análisis de diversas cuestiones sobre los Pactos de Toledo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Seguridad Social, núm.17, Madrid, 1997.

d) Los gastos inherentes a las concentraciones y actividades de preparación de deportistas en competiciones internacionales.

e) Los costes relativos a la adquisición de equipamiento y material deportivo para la participación en competiciones deportivas internacionales.

La entrega al CSD de las cantidades calculadas o determinadas debe realizarse antes de la conclusión del año natural en que los clubes y entidades deportivas obligados a ello reciban los ingresos procedentes de la comercialización de los contenidos audiovisuales correspondientes a cada temporada. La Liga Nacional de Fútbol Profesional realiza pagos a cuenta de las cantidades que corresponda percibir al CSD procediéndose a la regularización de las cantidades definitivas cuando se conozca la liquidación definitiva de las cantidades correspondientes a cada club.

En cuanto a las ayudas a DAN, el CSD destinará estas cantidades a financiar los costes de los sistemas públicos de protección de aquellos, en la medida en que lo permitan las disponibilidades presupuestarias para atender estos gastos. Estas ayudas se destinan a financiar el pago de sus cuotas de Seguridad Social que por su actividad como tales se encuentren de alta en el sistema de la Seguridad Social, o bien sea en el Régimen General, como consecuencia de una relación laboral regulada por RD 1006/1985<sup>15</sup>, o bien sea en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos como consecuencia del trabajo que desarrollen por cuenta propia<sup>16</sup> o por haber firmado un convenio especial para DAN.

Asimismo, disfrutan de estas ayudas quienes ostenten la condición de deportista de alto nivel, de conformidad con lo dispuesto en el RD 971/2007. Bajo este contexto, se precisa acreditar que la práctica deportiva de alto nivel del deportista constituía su actividad principal en el momento en que se hubieran obtenido los resultados deportivos que determinan el reconocimiento de la condición de deportista de alto nivel.

No podrán acceder a dichas ayudas los DAN que desarrollen su actividad deportiva en equipos adscritos a clubes inscritos en la Liga Nacional de Fútbol Profesional, en sus equipos dependientes o filiales de la especialidad de fútbol. Tampoco podrán disfrutar de estas ayudas los DAN que obtengan ingresos vinculados a su actividad deportiva que exceda del importe que se establezca en la resolución del Presidente del CSD.

A estos efectos, para calcular el límite de ingresos vinculados a la actividad deportiva no se computarán las ayudas de contenido económico ajustadas a los programas de preparación establecidos por el CSD con las federaciones deportivas españolas o con los Comités Olímpico y Paralímpico Español, que cumplan con las condiciones establecidas en el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones (RD 439/2007)<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> BOE núm. 153, de 27 de junio de 1985.

<sup>16</sup> Vid. BLASCO LAHOZ, J., *Las prestaciones económicas del régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Bomarzo, Albacete, 2015.

<sup>17</sup> BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2007.

El importe de las cantidades destinadas a la financiación de los sistemas de protección social de los DAN tiene por objeto:

a) Sufragar la totalidad o una parte de la cuota del régimen general de la Seguridad Social que corresponda abonar al trabajador como consecuencia de una relación laboral regulada por RD 1006/1985, si el beneficiario es trabajador por cuenta ajena.

b) Sufragar la totalidad o una parte de la cuota que deban abonar los trabajadores por cuenta propia o autónomos, si el beneficiario pertenece al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, tanto por estar de alta en este Régimen o por haber suscrito un convenio especial, en los términos previstos en la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social<sup>18</sup>.

En la resolución del Presidente del CSD se fija un tope máximo para las ayudas señaladas, y se concreta las obligaciones formales que deben cumplir los perceptores de estas ayudas. El CSD establece un programa de ayudas a deportistas que participen en competiciones internacionales que se financia con cargo a las cantidades que corresponda percibir a este organismo.

La Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, tiene como finalidad señalar las pautas para la suscripción de dicho convenio en sus diferentes tipos y determina la iniciación o la continuación de la situación de alta o asimilada a la de alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda en razón de la actividad que el trabajador o asimilado desarrolle o haya desarrollado con anterioridad a la suscripción del convenio en los términos que se establecen en dicha Orden y demás disposiciones complementarias.

No obstante, el convenio especial con la Seguridad Social tiene como objeto la cotización al Régimen de la misma en cuyo ámbito se suscriba el convenio y la cobertura de las situaciones derivadas de contingencias comunes mediante el otorgamiento de las prestaciones a que se extienda la acción protectora de dicho Régimen de la Seguridad Social por tales contingencias, de la que, asimismo, quedan excluidas, salvo en los supuestos en que otra cosa resulte de lo dispuesto en el Capítulo II (Modalidades de Convenios Colectivos) de la Orden, las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo y los subsidios correspondientes a las mismas. De igual manera, quedan excluidas la cotización y la protección por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional.

El convenio especial con la Seguridad Social se suscribe con la Tesorería General de la Seguridad Social mediante los órganos competentes al efecto, de acuerdo con la distribución de competencias que la misma tenga establecida. Por tanto, pueden suscribir el convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social:

a) Los trabajadores o asimilados que causen baja en el Régimen de la Seguridad Social en que se hallen encuadrados y no estén comprendidos en el momento de la suscripción en el campo de aplicación de cualquier otro Régimen del Sistema de la Seguridad Social.

<sup>18</sup> BOE núm. 250, de 18 de octubre de 2003.

b) Los trabajadores por cuenta ajena con contrato de trabajo de carácter indefinido, así como los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Sistema de la Seguridad Social, siempre que unos y otros continúen en situación de alta y tengan cumplidos 65 o más años de edad y acrediten 35 o más años de cotización efectiva, y queden exentos de la obligación de cotizar a la Seguridad Social.

c) Los trabajadores o asimilados en situación de pluriempleo o de pluriactividad que cesen en alguna de las actividades por cuenta ajena determinantes de la situación de pluriempleo o en la actividad o actividades por cuenta propia o en la prestación o prestaciones de servicios por cuenta ajena constitutivas de su situación de pluriactividad.

d) Los trabajadores o asimilados que cesen en su prestación de servicios por cuenta ajena o en su actividad por cuenta propia y que sean contratados por el mismo u otro empresario con remuneraciones que den lugar a una base de cotización inferior al promedio de las bases de cotización correspondientes a los días cotizados en los doce meses inmediatamente anteriores a dicho cese.

e) Los pensionistas de incapacidad permanente total para la profesión habitual que, con posterioridad a la fecha de efectos de la correspondiente pensión, hayan realizado trabajos determinantes de su inclusión en el campo de aplicación de alguno de los Regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social y se encuentren en las situaciones previstas en los apartados anteriormente señalados.

f) Los trabajadores que se encuentren percibiendo prestaciones económicas del nivel contributivo por desempleo y se les extinga el derecho a las mismas o pasen a percibir el subsidio por desempleo, así como los que cesen en la percepción de este último.

g) Los pensionistas de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, que sean declarados plenamente capaces o con incapacidad permanente parcial para la profesión habitual como consecuencia de un expediente de revisión por mejoría o error de diagnóstico.

h) Los pensionistas de incapacidad permanente o jubilación a quienes se anule su pensión en virtud de sentencia firme o se extinga la misma por cualquier otra causa.

i) Los trabajadores o asimilados que causen baja en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social por haber solicitado una pensión del mismo y ésta les sea posteriormente denegada por resolución administrativa o judicial firme.

j) Los demás trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena o asimilados, en los supuestos especiales que se regulan en el Capítulo II de la Orden (Modalidades de Convenios Colectivos).

Como puede observarse, la gama de deportistas beneficiarios es extensa, lo que da cabida a muchas personas que se dediquen al deporte y cumplan con las exigencias de la Orden. Empero, el convenio que más interesa para este estudio es el Convenio especial para DAN. El artículo 27 de la Orden establece que los DAN, mayores de dieciocho años que, en razón de su actividad deportiva o de cualquier otra actividad profesional que realicen no estén ya incluidos en cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social, pueden solicitar su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o

Autónomos mediante la suscripción de un convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social.

Este convenio especial se sujeta a las particularidades establecidas en el RD 971/2007 y, en su defecto, se está a lo dispuesto en el capítulo I de la Orden. El RD 971/2007 establece, no obstante, que el citado convenio se rige por lo establecido en la Orden, salvo las siguientes particularidades:

a) Los DAN pueden suscribir el convenio especial, aunque con anterioridad no hayan realizado actividad determinante de su inclusión en el campo de aplicación de la Seguridad Social, no exigiéndose, por tanto, período previo de cotización.

b) La solicitud de suscripción del convenio especial debe realizarse dentro del período en que el solicitante ostente la condición de deportista de alto nivel y surtirá efectos desde el día de su presentación<sup>19</sup>.

c) En el momento de suscribir el convenio especial, el interesado puede elegir la base de cotización entre las vigentes en el Régimen Especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos, con sujeción a las normas generales aplicables a dicho régimen.

d) La realización de cualquier actividad profesional por cuenta propia o ajena que suponga la inclusión del deportista de alto nivel en cualquier régimen de la Seguridad Social determinará, sin excepción alguna, la extinción del convenio.

e) No será causa de extinción del convenio especial la no inclusión en las sucesivas relaciones de DAN publicadas en el BOE, de aquellos deportistas que hubiesen estado incluidos con anterioridad y hubiesen suscrito el convenio.

Empero, las causas de extinción del convenio se centran en las siguientes:

- a) Por adquirir el deportista la condición de pensionista de jubilación o incapacidad permanente.
- b) Por quedar comprendido el deportista en el campo de aplicación de cualquier Régimen de la Seguridad Social.
- c) Por falta de abono de tres mensualidades consecutivas o cinco alternativas.
- d) Por fallecimiento del deportista.
- e) Por decisión del deportista debidamente comunicada a la Tesorería de la Seguridad Social.

En cuanto, a la cotización se realiza en el momento de suscribirse el convenio especial, el deportista puede elegir la base de la cotización entre las vigentes en el Régimen

<sup>19</sup> Letra b) del número 3 del artículo 13 redactada por la disposición final primera del R.D. 2/2018, de 12 de enero, por el que se dictan determinadas normas de desarrollo del R.D.-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional (BOE de 13 enero).

especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos, con sujeción a las normas generales aplicables a aquel régimen. No obstante, cada vez que se modifique la base de cotización de aquel Régimen el convenio especial se incrementará como mínimo en el porcentaje de incremento de dicha base mínima. Por lo que el plazo de ingreso de las cuotas se realiza dentro del mes al que esté referida la cuota.

#### **4. CONTRIBUCIÓN A LA PROTECCIÓN SOCIAL EN EL FÚTBOL FEMENINO Y AFICIONADO, Y FOMENTO DEL MOVIMIENTO ASOCIATIVO**

Las entidades y clubes deportivos participantes en el Campeonato Nacional de Liga, en cualquiera de sus categorías, deben entregar al CSD hasta un 0,5 % de los ingresos por comercialización conjunta de los derechos de explotación de los contenidos audiovisuales. La Liga Nacional de Fútbol Profesional efectúa dicha entrega al CSD por cuenta de los referidos clubes y entidades deportivas.

La determinación de la cantidad adeudada por los clubes se calcula a partir de la estimación de los costes necesarios para atender a las finalidades señaladas anteriormente. Esta estimación se determina anualmente, mediante resolución del Presidente del CSD, y previo informe emitido por el órgano de control de la gestión de los derechos audiovisuales. La cuantificación de los costes correspondientes tiene como referencia el número total de potenciales beneficiarios a quienes se pueda sufragar el pago de las cuotas empresariales y de los trabajadores correspondientes a la contratación de deportistas y técnicos; así como el importe estimado de los gastos de cotización que puedan ser asumidos con cargo a los fondos que deben destinarse al cumplimiento de esta finalidad.

La entrega al CSD de las cantidades calculadas o determinadas debe realizarse antes de la conclusión del año natural en que los clubes y entidades deportivas obligados a ello reciban los ingresos procedentes de la comercialización de los contenidos audiovisuales correspondientes a cada temporada. La Liga Nacional de Fútbol Profesional realiza pagos a cuenta de las cantidades que corresponda percibir al CSD, procediéndose a la regularización de las cantidades definitivas cuando se conozca la liquidación definitiva de las cantidades correspondientes a cada club.

Sin embargo, no tienen derecho a percibir las ayudas los clubes o sociedades anónimas deportivas adscritas a la Liga Nacional de Fútbol Profesional, que cuenten con equipos dependientes o filiales que participen en la Primera División de fútbol femenino o en la Segunda División B del Campeonato nacional de Liga. El CSD facilita a la Real Federación Española de Fútbol información relativa a las subvenciones que otorgue para la financiación de las actividades previstas en la presente sección.

En cuanto a las subvenciones para el fútbol femenino<sup>20</sup> y para el fútbol aficionado, el CSD destina las cantidades que perciba a financiar los costes de los sistemas públicos de protección de los deportistas y técnicos contratados por cuenta ajena por las entidades deportivas que participen en la Primera División de Fútbol Femenino y en la Segunda

<sup>20</sup> La doctrina en relación al deporte profesional femenino es del criterio que «no cabe discutir (que aquel) por cuenta ajena sea un tópico jurídico laboral auténtico, tanto por razones sustantivas como por razones procesales». MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Deporte profesional de-generado. Un estudio sobre feminismo radical*, Atelier, Barcelona, 2017, pág. 15.

División B del Campeonato Nacional de Liga en la cuantía que permitan las disponibilidades presupuestarias. Asimismo, se destina al menos un 5 % de las cantidades a distribuir a conceder ayudas a asociaciones o sindicatos de deportistas, técnicos y árbitros<sup>21</sup>.

El objeto de estas ayudas es financiar el pago de las cuotas empresariales y de los trabajadores correspondientes a la contratación de deportistas y técnicos, sobre la base del RD 1006/1985<sup>22</sup>, incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social. Las solicitudes de los deportistas y técnicos se tramitan a través de las entidades deportivas empleadoras o, en su caso, directamente por los trabajadores<sup>23</sup>. Empero, tienen la condición de beneficiarios de este programa las siguientes entidades deportivas:

- a) Las entidades que participen en la Primera División de Fútbol femenino en cuanto a la cuota empresarial, y las deportistas y técnicos en cuanto a la cuota del trabajador.
- b) Las entidades que participen en la Segunda División B del Campeonato Nacional de Liga, en cuanto a la cuota empresarial, y los deportistas y técnicos, en cuanto a la cuota del trabajador.

Estas subvenciones se convocan anualmente mediante resolución del Presidente del CSD. En la correspondiente convocatoria anual se establece el importe máximo anual de las ayudas que se convoquen para ambas categorías, debiendo destinarse las ayudas a la financiación de las cuotas empresariales correspondientes a la contratación de deportistas y técnicos incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, así como a los deportistas y técnicos para financiar el pago de las cuotas del trabajador.

La cuantía disponible se destina, en primer término y con carácter preferente, a satisfacer los gastos correspondientes a los participantes en la Primera División de Fútbol femenino<sup>24</sup>. Empero, las cantidades remanentes, en segundo término, se destinan a satisfacer los costes de la protección social correspondiente a los deportistas y técnicos que participen en la Segunda División B del Campeonato Nacional de Liga de fútbol. En el supuesto que la cuantía disponible, en cada momento, no resultara suficiente para cubrir los costes de la protección social correspondientes a los deportistas y técnicos incluidos en alguno de los grupos anteriores, se procede al prorrateo de las cantidades de manera proporcional al número de beneficiarios adscrito en el correspondiente grupo.

---

<sup>21</sup> Cfr. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “Sobre la laboralidad de la prestación de servicios de los árbitros de fútbol”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 101, 2000.

<sup>22</sup> Vid. MONROY ANTÓN, A., “El deportista profesional: la necesidad de la reforma del Real Decreto 1006/1985”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3/2005.

<sup>23</sup> En cuanto, a la configuración y modalidades del contrato de deporte profesional, Vid. PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS, F., *Los derechos «comunes» del deportista profesional*, Reus Editorial, Madrid, 2016, págs. 45-156.

<sup>24</sup> La doctrina, no obstante, es de la opinión que sostener la laboralidad del deporte profesional femenino «era como quedarse sólo a medias, pues las mujeres deportistas vienen soportando en el mundo (y por supuesto, en España) una problemática jurídico laboral y de seguridad social agravada, si es que se le compara con la que soportan los deportistas varones». MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Deporte profesional degenerado. Un estudio sobre feminismo radical*, op. cit., pág. 18. Situación que sólo puede suscitar «fascinación», según el pie de página número 8 *Idem*; CARDENAL CARRO, M., “Prólogo”, en AA.VV. (Coords. VIZCAINO RAMOS, I. y RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R.), *Estudios comparatistas sobre Derecho Deportivo del Trabajo (masculino, femenino y mixto)*, Netbiblo, A Coruña, 2010, págs. iii-iv.

Por último, en relación a las subvenciones a la promoción del movimiento asociativo, los créditos no comprometidos en la convocatoria pueden destinarse a conceder subvenciones a las asociaciones o sindicatos de deportistas, árbitros, entrenadores y preparadores físicos correspondientes a las especialidades adscritas a la modalidad deportiva de fútbol<sup>25</sup>.

El objeto de estas subvenciones es financiar los programas que faciliten la inserción en el mercado de trabajo de los asociados a estas entidades cuando finalice su dedicación al fútbol, así como a financiar sus gastos de funcionamiento. Tienen la condición de beneficiarios de este programa las asociaciones o sindicatos de futbolistas, árbitros, entrenadores y preparadores físicos que cumplan con los siguientes requisitos<sup>26</sup>:

- a) Que se trate de instituciones sin ánimo de lucro legalmente constituidas y que sus fines conlleven la realización de actividades directamente relacionadas con la práctica del fútbol o la promoción de los derechos sociales de sus asociados en el ámbito del fútbol profesional.
- b) Acreditar la afiliación de, al menos, un 20 % de los deportistas, árbitros, entrenadores o preparadores físicos con licencia federativa que participen en competición de ámbito estatal y en categoría absoluta.
- c) Tener implantación territorial en al menos tres CCAA.

En el caso que existiesen varias asociaciones o sindicatos que pudieran concurrir a las ayudas convocadas, se asignan las cantidades disponibles en función de su representatividad. Para acreditar la representatividad de las asociaciones o entidades se toma como referencia su ámbito de actuación y las competiciones correspondientes a cada especialidad deportiva, se computa de forma diferenciada cada uno de los estamentos federativos, y se distingue por razón de género para determinar la representación de los colectivos representados.

A tales efectos, la Real Federación Española de Fútbol facilita anualmente el número de licencias expedidas por estamentos, categorías, género y clase de licencia. La acreditación del porcentaje de afiliación y representación por parte de las asociaciones profesionales o sindicatos entidades se efectúa en los términos y condiciones que prevé la normativa de protección de datos personales.

## **5. AYUDAS PARA LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS DEPORTISTAS DE ALTO NIVEL Y EL APOYO A LOS DEPORTISTAS ESPAÑOLES QUE PARTICIPEN EN COMPETICIONES INTERNACIONALES**

El artículo 6 del RDI 5/2015, como ya se ha adelantado, establece que cada uno de los clubes y entidades participantes en el Campeonato Nacional de Liga en Primera y Segunda División, debe cumplir anualmente con una serie de obligaciones en proporción a los ingresos que obtenga por la comercialización conjunta de los derechos audiovisuales y ello

<sup>25</sup> Vid. PALOMAR OLMEDA, A., *El régimen jurídico del deportista*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001. ROQUETA BUJ, R., “Deportistas, entrenadores y técnicos deportivos: régimen jurídico aplicable”, *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 9, 1998.

<sup>26</sup> Vid. ROQUETA BUJ, R., *El trabajo de los deportistas profesionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

con el objeto de mejorar la promoción y funcionamiento de la competición y contribuir al fomento del deporte en general.

Entre las mencionadas obligaciones, dispone que los clubes y entidades participantes entregan al CSD, hasta un 1 % de sus ingresos, a fin de sufragar la protección social de los DAN y de financiar ayudas a deportistas que participen en competiciones internacionales.

En desarrollo del citado instrumento legal, se promulga el RD 2/2018, norma que dedica la sección tercera de su capítulo II a establecer el alcance de esta obligación del artículo 6.1 d) del RDI 5/2015, determinándose los términos generales para su concesión y dejando a la oportuna resolución anual del CSD la convocatoria de las correspondientes ayudas. Por ello, se publica la Resolución de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, por la que se convocan en el año 2018 ayudas para la protección social de los DAN y el apoyo a los deportistas españoles que participen en competiciones internacionales<sup>27</sup>.

La convocatoria tiene por objeto, por una parte, el fomento de la protección social de los DAN. Por otra, las ayudas a deportistas que participen en competiciones internacionales. En cuanto a la primera de las nombradas, las ayudas que se concedan tienen como finalidad fomentar la protección social de los DAN sufragando el coste de las cuotas de Seguridad Social de los DAN, reconocidos como tales por el CSD con arreglo al RD 971/2007, y que por su actividad como tales se encuentren afiliados al Sistema de la Seguridad Social regulado por el 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<sup>28</sup>. Bajo este contexto, las ayudas sufragan los siguientes conceptos:

- a) La totalidad de las cuotas del trabajador que los DAN, sujetos al Régimen General de la Seguridad Social como trabajadores por cuenta ajena, abonen, en virtud de una relación laboral regulada por el RD 1006/1985.
- b) La cuota mínima que deban abonar los DAN, por estar de alta en el Régimen especial de trabajadores autónomos.

En relación a la segunda de las mencionadas, las ayudas que se concedan con arreglo a esta finalidad se destina a la preparación y participación de deportistas en competiciones de ámbito internacional.

Las federaciones deportivas españolas juegan un papel importante, dado que son entidades colaboradoras; de las cuales recopilan las solicitudes de sus deportistas, las revisan y envían juntas al CSD en los plazos establecidos. De igual manera, actúan con las justificaciones de estas ayudas. Asimismo, reciben los fondos de las ayudas para su distribución a los deportistas según disponga el convenio que regula la relación entre el CSD y las entidades colaboradoras y la Resolución de concesión.

<sup>27</sup> Extracto de la Resolución de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes por la que se convocan en el año 2018 ayudas para la protección social de los deportistas de alto nivel y el apoyo a los deportistas españoles que participen en competiciones internacionales (BOE núm. 136, de 5 de junio de 2018).

<sup>28</sup> BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

En cuanto a las ayudas para el fomento de la protección social de los DAN, también realizan las tareas administrativas de apoyo al deportista, trabajador por cuenta propia o autónomo, con la Seguridad Social, en cuanto a alta y pago de cuotas. Para ello, se prevé el pago de una compensación económica a la correspondiente federación de 6 euros por deportista y mes, en concepto de gestión por este servicio.

Los beneficiarios de las ayudas para la contribución a la protección social de los deportistas de alto nivel son, como no puede ser de otra manera, los DAN. Sin embargo, las ayudas se encuentran sujetas a los siguientes requisitos específicos:

- a) Que su condición como tales se encuentre oficialmente reconocida y vigente en el momento en el que se solicita la ayuda, de conformidad con lo dispuesto en el RD 971/2007 y que no se encuentren sancionados en firme por infracciones en materia de dopaje en algún periodo de cotización subvencionada.
- b) Que se encuentren inscritos en el Sistema Nacional de Seguridad Social.
- c) Que la práctica deportiva de alto nivel del deportista constituía la actividad principal de la persona que vaya a disfrutar de la cotización subvencionada, en el momento en que se hubieran obtenido los resultados deportivos que determinan el reconocimiento de la condición de deportista de alto nivel.
- d) Que no desarrollen su actividad deportiva en equipos de fútbol adscritos a clubes y Sociedades Anónimas Deportivas que se encuentren inscritos en la Liga Nacional de Fútbol Profesional, ni en sus equipos de fútbol filiales o dependientes.
- e) Que no obtengan ingresos anuales vinculados a su actividad deportiva que excedan de 6 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples de 2017 (38.724,48 €), excluidas las ayudas de contenido económico ajustadas a los programas de preparación establecidos por el CSD con las federaciones deportivas españolas o con los Comités Olímpico y Paralímpico Españoles, que cumplan con las condiciones establecidas en el RD 439/2007.

Los beneficiarios de las ayudas a deportistas que participen en competiciones internacionales son los siguientes:

- a) Aquellos deportistas o equipos de deportistas que hubieran obtenido resultados en pruebas olímpicas en Campeonatos de Europa, Campeonatos del Mundo o Juegos Olímpicos en base a lo dispuesto en el Anexo I de la Resolución que se comenta.
- b) Los deportistas que representen a España en competición internacional con base en los proyectos presentados por sus federaciones españolas, que sean valorados conforme a los siguientes criterios:

- 1) Solo se consideran aquellos proyectos que supongan una mejora significativa a los incluidos en el Proyecto Deportivo de la Federación para 2018.
- 2) Incidencia del proyecto en la mejora de los resultados internacionales de los deportistas beneficiarios a corto y medio plazo (hasta 40 puntos).
- 3) Nivel de rendimiento presente y potencial de los deportistas que se incluyen en el proyecto (hasta 30 puntos).
- 4) Carácter Olímpico/Paralímpico de la/s prueba/s en las que compiten los deportistas a los que se destina el proyecto (15 puntos).
- 5) Resultados internacionales conseguidos por los deportistas de la/s especialidad/es incluidas en el proyecto en los últimos 3 años (hasta 15 puntos).

Con carácter general, pierde la condición de beneficiario todo deportista que haya sido sancionado en firme por infracción en materia de dopaje. En caso de que, en el momento de determinar la concesión de la ayuda, no hubiera recaído aún resolución firme, dicha concesión queda en suspenso hasta que ésta se produzca y si la sanción se produjera con posterioridad a la concesión de la ayuda se instruirá un procedimiento de reintegro de la misma.

Los gastos subvencionables, además de cumplir las condiciones generales señaladas en el artículo 31 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones<sup>29</sup>, en

<sup>29</sup> BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 2003. Artículo 31. Gastos subvencionables: «1. Se consideran gastos subvencionables, a los efectos previstos en esta ley, aquellos que de manera indubitada respondan a la naturaleza de la actividad subvencionada, resulten estrictamente necesarios y se realicen en el plazo establecido por las diferentes bases reguladoras de las subvenciones. Cuando no se haya establecido un plazo concreto, los gastos deberán realizarse antes de que finalice el año natural en que se haya concedido la subvención. En ningún caso el coste de adquisición de los gastos subvencionables podrá ser superior al valor de mercado.

2. Salvo disposición expresa en contrario en las bases reguladoras de las subvenciones, se considerará gasto realizado el que ha sido efectivamente pagado con anterioridad a la finalización del periodo de justificación determinado por la normativa reguladora de la subvención.

3. Cuando el importe del gasto subvencionable supere las cuantías establecidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público para el contrato menor, el beneficiario deberá solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes proveedores, con carácter previo a la contratación del compromiso para la obra, la prestación del servicio o la entrega del bien, salvo que por sus especiales características no exista en el mercado suficiente número de entidades que los realicen, presten o suministren, o salvo que el gasto se hubiere realizado con anterioridad a la subvención. La elección entre las ofertas presentadas, que deberán aportarse en la justificación, o, en su caso, en la solicitud de subvención, se realizará conforme a criterios de eficiencia y economía, debiendo justificarse expresamente en una memoria la elección cuando no recaiga en la propuesta económica más ventajosa.

4. En el supuesto de adquisición, construcción, rehabilitación y mejora de bienes inventariables, se seguirán las siguientes reglas:

a) Las bases reguladoras fijarán el periodo durante el cual el beneficiario deberá destinar los bienes al fin concreto para el que se concedió la subvención, que no podrá ser inferior a cinco años en caso de bienes inscribibles en un registro público, ni a dos años para el resto de bienes.

En el caso de bienes inscribibles en un registro público, deberá hacerse constar en la escritura esta circunstancia, así como el importe de la subvención concedida, debiendo ser objeto estos extremos de inscripción en el registro público correspondiente.

(...)

cuanto al fomento de la protección social de los DAN, son subvencionables los siguientes conceptos de gasto siempre que se vinculen a las preparación o la participación en competiciones internacionales:

- a) La totalidad de las cuotas del trabajador devengadas entre el 1 de julio de 2016 y el 31 de diciembre de 2018, cuando se trate de deportistas profesionales incluidos como tales en el Régimen General de la Seguridad Social, como consecuencia de una relación laboral regulada por RD 1006/1985, si el beneficiario es trabajador por cuenta ajena.
- b) Las cuotas mensuales devengadas entre el 1 de julio de 2016 y el 31 de diciembre de 2018 tanto por estar de alta como deportistas profesionales en el Régimen especial de trabajadores autónomos, como por haber suscrito un convenio especial, en los términos previstos en la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, hasta un importe igual a la cuota mínima del citado Régimen Especial.

---

b) El incumplimiento de la obligación de destino referida en el párrafo anterior, que se producirá en todo caso con la enajenación o el gravamen del bien, será causa de reintegro, en los términos establecidos en el capítulo II del título II de esta ley, quedando el bien afecto al pago del reintegro cualquiera que sea su poseedor, salvo que resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral o se justifique la adquisición de los bienes con buena fe y justo título o en establecimiento mercantil o industrial, en caso de bienes muebles no inscribibles.

5. No se considerará incumplida la obligación de destino referida en el anterior apartado 4 cuando:

a) Tratándose de bienes no inscribibles en un registro público, fueran sustituidos por otros que sirvan en condiciones análogas al fin para el que se concedió la subvención y este uso se mantenga hasta completar el período establecido, siempre que la sustitución haya sido autorizada por la Administración concedente.

b) Tratándose de bienes inscribibles en un registro público, el cambio de destino, enajenación o gravamen sea autorizado por la Administración concedente. En este supuesto, el adquirente asumirá la obligación de destino de los bienes por el período restante y, en caso de incumplimiento de la misma, del reintegro de la subvención.

6. Las bases reguladoras de las subvenciones establecerán, en su caso, las reglas especiales que se consideren oportunas en materia de amortización de los bienes inventariables. No obstante, el carácter subvencionable del gasto de amortización estará sujeto a las siguientes condiciones:

a) Que las subvenciones no hayan contribuido a la compra de los bienes.

b) Que la amortización se calcule de conformidad con las normas de contabilidad generalmente aceptadas.

c) Que el coste se refiera exclusivamente al período subvencionable.

7. Los gastos financieros, los gastos de asesoría jurídica o financiera, los gastos notariales y registrales y los gastos periciales para la realización del proyecto subvencionado y los de administración específicos son subvencionables si están directamente relacionados con la actividad subvencionada y son indispensables para la adecuada preparación o ejecución de la misma, y siempre que así se prevea en las bases reguladoras. Con carácter excepcional, los gastos de garantía bancaria podrán ser subvencionados cuando así lo prevea la normativa reguladora de la subvención. En ningún caso serán gastos subvencionables:

a) Los intereses deudores de las cuentas bancarias.

b) Intereses, recargos y sanciones administrativas y penales.

c) Los gastos de procedimientos judiciales.

8. Los tributos son gasto subvencionable cuando el beneficiario de la subvención los abona efectivamente. En ningún caso se consideran gastos subvencionables los impuestos indirectos cuando sean susceptibles de recuperación o compensación ni los impuestos personales sobre la renta.

9. Los costes indirectos habrán de imputarse por el beneficiario a la actividad subvencionada en la parte que razonablemente corresponda de acuerdo con principios y normas de contabilidad generalmente admitidas y, en todo caso, en la medida en que tales costes correspondan al período en que efectivamente se realiza la actividad».

Se consideran como costes indirectos los gastos de gestión y administración por importe de 6 euros por deportista y mes, dado que las federaciones deportivas españolas acometen dichos gastos en el desarrollo de sus actividades como entidades colaboradoras, siendo estos gastos indispensables para la adecuada preparación y ejecución del programa subvencionado; por tanto, no requiere una justificación adicional, aunque deben incluirse tanto en las modificaciones presupuestarias extraordinarias que acompañan a la solicitud, como en las cuentas justificativas de los pagos realizados.

En relación a las ayudas para deportistas que participen en competiciones internacionales, son subvencionables los siguientes conceptos de gasto:

- a) Ayudas a deportistas
- b) Servicios profesionales y asalariados de personal de apoyo al entrenamiento o la competición.
- c) Gastos de desplazamiento, alojamiento y alimentación.
- d) Alquiler de material e instalaciones,
- e) Seguros.
- f) Gastos médicos.
- g) Gastos de inscripción en competición.
- h) Material fungible.
- i) Equipamiento de competición.

## 6. CONCLUSIONES

La contribución a la protección social de los deportistas de alto nivel afecta a más de cuatro mil deportistas que, tras larga lucha, se les financia el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Por tanto, es una gran medida para que los DAN puedan ver materializada la financiación de las cuotas de la Seguridad Social, tras la finalización de la carrera deportiva.

Como ha podido observarse, el legislador ha dado un gran paso al conceder las ayudas a la Seguridad Social para los DAN. El apartado primero d) del artículo 6 del RDI 5/2015 señala que «hasta un 1 por 100 se entregará al Consejo Superior de Deportes, que lo destinará a financiar, en la cuantía y los términos que reglamentariamente se establezcan, los costes de los sistemas públicos de protección social que correspondan a los trabajadores que tengan la condición de deportista de alto nivel y para quienes el deporte constituya su actividad principal y, en su caso, los convenios especiales que permitan su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Asimismo, podrán destinarse a financiar ayudas a deportistas que participen en competiciones internacionales».

De su lectura se desprende que no es un 1 % completo, dado que en el texto aparece la palabra «hasta»; lo que significa que no puede llegar al 1 %. La duda surge en determinar quién y cómo se establecerá esa cuantía de hasta el 1 %. Resulta loable que la ayuda se dirija a todos los autónomos<sup>30</sup>, dado que muchos deportistas compatibilizan su actividad deportiva con otras de tipo profesional; en vista de que el convenio DAN es excluyente de otras actividades económicas, lo que hace restringir a aquellos que puedan beneficiarse de dicha ayuda.

Empero, no pueden beneficiarse a las ayudas los DAN que desarrollen su actividad deportiva en equipos adscritos a clubes inscritos en la Liga Nacional de Fútbol Profesional, en sus equipos dependientes o filiales de la especialidad de fútbol. Así como aquellos que obtengan ingresos vinculados a su actividad deportiva que exceda del importe que se establezca en la resolución del Presidente del Consejo Superior de Deportes.

De igual manera, resulta loable la contribución a la protección social en el fútbol femenino y aficionado. De conformidad con lo previsto en la letra e) del artículo 6.1 del RDI 5/2015, «las entidades y clubes deportivos participantes en el Campeonato Nacional de Liga, en cualquiera de sus categorías, deberán entregar al Consejo Superior de Deportes hasta un 0,5 por 100 de los ingresos por comercialización conjunta de los derechos de explotación de los contenidos audiovisuales». Como puede observarse, al igual que en la contribución a la protección social de los DAN aparece la palabra «hasta», lo que significa que no es un 0,5 % completo.

En cuanto al fomento del movimiento asociativo, las cuantías que no resulten comprometidas por la protección del fútbol femenino y asociativo, pueden destinarse a conceder subvenciones a asociaciones o sindicatos de deportistas, árbitros, entrenadores y preparadores físicos, del mundo del fútbol, que cumplan con unos criterios mínimos de implantación y representación en cada colectivo.

Lo importante, por último, es resaltar que el legislador reconoce la ayuda a las mujeres futbolistas y aficionado, con ello motiva a otras mujeres a potenciar el fútbol femenino. Asimismo, potencia el papel de las diferentes asociaciones del mundo del fútbol. Bajo este contexto, la norma cumple con las exigencias señaladas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>31</sup>, especialmente en su artículo 29, al señalar, por un lado, que todos los programas públicos de desarrollo del deporte deben incorporar la efectiva consideración del principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución. Por otro, el Gobierno debe promover el deporte femenino y favorecer la efectiva apertura de las disciplinas deportivas a las mujeres, a través del desarrollo de programas específicos en todas las etapas de la vida y en todos los niveles, incluidos los de responsabilidad y decisión<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Vid. KAHALE CARRILLO, D., «Las medidas de apoyo al joven emprendedor y el Sistema Nacional de Garantía Juvenil», en AA.VV. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, CEF, Madrid, 2017, págs. 67-98.

<sup>31</sup> BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

<sup>32</sup> Vid. AA.VV. (Dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (Dirs, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- ARRIETA HERAS, T., “Algunas notas sobre la Seguridad Social de los deportistas profesionales”, *Análisis de diversas cuestiones sobre los Pactos de Toledo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Seguridad Social, núm.17, Madrid, 1997.
- BLASCO LAHOZ, J., *Las prestaciones económicas del régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Bomarzo, Albacete, 2015.
- CARDENAL CARRO, M., “Prólogo”, en AA.VV. (Coords. VIZCAINO RAMOS, I. y RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R.), *Estudios comparatistas sobre Derecho Deportivo del Trabajo (masculino, femenino y mixto)*, Netbiblo, A Coruña, 2010.
- CARDENAL CARRO, M., “El RD 1006/1985 leído en 2009: 33 propuestas para mejorar las relaciones laborales en el deporte profesional saneando la economía de las entidades deportivas”, en AA.VV. (coords. PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R.), *El deporte profesional*, Bosch, Barcelona, 2009.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “Sobre la laboralidad de la prestación de servicios de los árbitros de fútbol”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 101, 2000.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F., “Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los deportistas”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 69, 2007.
- KAHALE CARRILLO, D., “Las medidas de apoyo al joven emprendedor y el Sistema Nacional de Garantía Juvenil”, en AA.VV. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, CEF, Madrid, 2017.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Deporte profesional de-generado. Un estudio sobre feminismo radical*, Atelier, Barcelona, 2017.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., “Mujer y deporte profesional: supuestos significativos y puntos críticos laborales y de seguridad social”, *Actualidad Laboral*, núm. 17, 2010.
- MONROY ANTÓN, A., “El deportista profesional: la necesidad de la reforma del Real Decreto 1006/1985”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3/2005.
- PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS, F., *Los derechos «comunes» del deportista profesional*, Reus Editorial, Madrid, 2016.
- PALOMAR OLMEDA, A., *El régimen jurídico del deportista*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.
- RON LATAS, R., “La protección social de las deportistas en España”, en AA.VV., *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2010.

ROQUETA BUJ, R., “Deportistas, entrenadores y técnicos deportivos: régimen jurídico aplicable”, *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 9, 1998.

ROQUETA BUJ, R., *El trabajo de los deportistas profesionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

SÁNCHEZ HUETE, M., “La nueva definición de paraísos fiscales ¿El fin de los listados reglamentarios?”, *Quincena Fiscal*, núm. 13, 2015.

## La protección jurídico-laboral de maternidad ante la “gestación subrogada” y tutela integral de los hijos: antecedentes, estado de la cuestión y perspectivas

### The legal and occupational protection of motherhood in the case of “surrogate pregnancies” and the comprehensive guardianship of children: background, state of the matter and outlooks

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

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

#### Resumen

A la luz del ordenamiento jurídico español, la “maternidad subrogada” (entendida como aquella situación en la que una mujer lleva a cabo una gestación mediante técnicas asistidas, asumiendo la obligación de entregar, de forma onerosa o lucrativa, al nacido a otro u otros contratantes, que pueden ser personas individuales, parejas de hecho o matrimonios homosexuales o heterosexuales, quienes a su vez pueden haber aportado o no sus gametos) conlleva la nulidad del contrato suscrito. Pese a la claridad de estos términos, el problema que ha venido planteándose radica en qué filiación cabe atribuir a los menores nacidos de padres españoles en aquellos países que sí admiten esta figura y, como derivada, si la determinación de la filiación conlleva la posibilidad de disfrutar de las prestaciones económicas de maternidad y paternidad por los progenitores intencionales. Tal interrogante ha desencadenado un cuerpo de doctrina administrativa y judicial plagada de severas oscilaciones, apostando, al final, por una respuesta a favor de la cobertura protectora en interés del menor.

#### Abstract

In the eyes of the Spanish legal system, “surrogate motherhood” (understood as a situation in which a woman becomes pregnant using assisted techniques, taking on the obligation to hand over, for a payment, the newborn to one or more contracting parties, who may be individual persons, unmarried couples or homosexual or heterosexual spouses, who in turn may or may not have contributed their gametes) entails the nullity of the contract signed. Despite the clarity of these terms, the problem which has arisen in the filiation of children born to Spanish parents in countries which do admit this figure and, as a result, whether the determination of filiation entails the possibility of enjoying the economic benefits of maternity and paternity for the intentional parents. This question has triggered a whole set of administrative and legal doctrines plagued by severe fluctuations, ultimately deciding on a response in favour of protective coverage in the child's interest.

#### Palabras clave

prestación de Seguridad Social por maternidad; reproducción asistida; madre gestante; padres intencionales; interés superior del menor

#### Keywords

Social security benefit for maternity; assisted reproduction; pregnant mother; intentional parents; best interest of the child

### 1. PLANTEAMIENTO. LA MATERNIDAD SUBROGADA TRANSFRONTERIZA Y SUS EFECTOS INTERNOS.

La protección pública de la maternidad constituye una de las preocupaciones centrales del Derecho Social en cuanto elemento de gran importancia en el desarrollo de la personalidad, piedra angular de la evolución de la pirámide poblacional y destacado condicionante de la inserción y mantenimiento en el mercado de trabajo. Y lo ha sido así desde los orígenes de las propias normas laborales, tanto en el ámbito internacional como en

los Derechos nacionales, que han permitido establecer, dentro de una continua evolución, un conjunto de garantías extendidas progresivamente más allá del elemento primario de carácter biológico, centrado en un inicio en un estado que incidía en la salud de la mujer trabajadora y que exigía una tutela tanto en la vertiente contractual (suspensión del contrato de trabajo o de la relación de servicios profesionales), como en la esfera de la Seguridad Social (auxilio económico compensador de la pérdida de ingresos), para pasar, no sin dificultades, a aglutinar el principio de corresponsabilidad en las cargas familiares como mecanismo idóneo capaz de propiciar el parámetro de igualdad por razón de género en el marco de las nuevas estructuras familiares<sup>1</sup>.

Cuando en 1978, el legislador constitucional encomendaba de modo directo a los poderes públicos la “protección social, económica y jurídica de la familia” (art. 39.1) y “de los hijos” (art. 39.2), seguramente no podría aventurar el profundo cambio sufrido por las estructuras familiares y ni siquiera atisbar las renovadas formas de relaciones paternales surgidas en las últimas décadas. Junto a la importancia creciente de vínculos monoparentales compuestos por un solo progenitor –varón o, normalmente, mujer– y sus descendientes, los matrimonios homosexuales, las custodias compartidas (esto es, padre y madre separados o divorciados que de forma intermitente conviven con el menor en períodos semanales, quincenales o mensuales), la fecundación artificial de féminas en solitario o las adopciones de menores por un solo individuo, cabe hacer referencia también, dentro de este elenco no exhaustivo de supuestos novedosos, a la denominada “maternidad subrogada”, entendida como aquella situación en la que una mujer lleva a cabo una gestación mediante técnicas asistidas (pudiendo o no aportar sus óvulos), asumiendo la obligación de entregar, de forma gratuita o lucrativa, al nacido a otro u otros contratantes, que pueden ser personas individuales, parejas de hecho o matrimonios homosexuales o heterosexuales, quienes a su vez pueden haber proporcionado o no sus gametos<sup>2</sup>.

Nos encontramos, por tanto, ante un contrato, que puede ser retribuido u oneroso, compuesto por dos partes claramente diferenciadas: por un lado, la parte comitente, esto es, la persona que confía la gestación, esto es, quien encomienda a una mujer la labor de gestar al niño/a (matrimonio o pareja de hecho del mismo o distinto sexo o una persona en solitario); por otro, la parte gestante, esto es, la mujer que se compromete a llevar a término el embarazo, dar a luz y entregar al niño/a cuando nazca, renunciando a cualquier derecho derivado de la maternidad<sup>3</sup>.

En todo caso, supone que una madre biológica rehúsa a la maternidad para entregar al hijo a un tercero (persona en solitario o pareja heterosexual u homosexual) y constituye una expresión sinónima de otras utilizadas para referir el mismo fenómeno, cual pudiera ser la de “gestación por sustitución” o la de “vientres de alquiler”, denominación esta última más ofensiva y vejatoria en cuanto que denigraría no sólo a la mujer que se ofrece a gestar, sino

<sup>1</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSÚA, B.: “La renovada tutela social de la maternidad en el marco de los derechos de conciliación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 43, 2016.

<sup>2</sup> VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 14, 2014, pág. 900 y OLARTE ENCABO, S.: “La protección social por maternidad en los supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial? A propósito de la STSJ País Vasco (social) de 13 de mayo de 2014”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 2, 2015, pág. 130.

<sup>3</sup> DELGADO SÁNCHEZ, A.: “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, núm. 9099, 2017, pág. 2.

también al hijo nacido por esa técnica, involucrados ambos en un proceso mecánico de desarrollo del material genético ajeno, llegando a parecerse al arrendamiento de una “vasija humana” desde una profunda asimetría económica entre los contratantes<sup>4</sup>. El término “gestación subrogada” resulta, por tanto, mucho más respetuoso en apariencia, no en vano aunque la gestante no es reconocida como madre, permite conseguir la filiación jurídica en el marco de una institución familiar conjugada en plural dadas las variadas formas contemporáneas de expresión<sup>5</sup>, muy alejadas de las tradicionales ancladas en la filiación por naturaleza o adopción, máxime cuando la legislación vigente en España otorga los mismos derechos a todos los hijos, garantizándose el cumplimiento de lo proclamado en los arts. 14 y 39 de la Constitución, aunque el contrato de maternidad subrogada, por esencia, implique la abdicación automática de la mujer gestante a cualquier pretendido derecho que le pudiera corresponder respecto al nacido<sup>6</sup>.

Dada la múltiple combinación de las distintas variables apuntadas en relación al origen de los materiales genéticos, puede existir mayor o menor conexión biológica con la madre gestante, con la mujer o con el varón subrogados, o incluso, en el caso más extremo, no concurrir aporte orgánico de ninguno de ellos, pero cabe extraer una nota común: la ruptura absoluta y definitiva del vínculo del menor con la madre gestante provoca, a la luz de nuestro ordenamiento, una clara consecuencia, cual es la nulidad del contrato de gestación por sustitución y la determinación de la filiación materna a favor de la mujer que ha dado a luz, sin perjuicio de la posible acción de reclamación de la paternidad del padre biológico o de una solicitud de adopción<sup>7</sup>.

Pese a la claridad de esta consecuencia en España, el problema que ha venido planteándose es qué filiación cabe atribuir a los menores nacidos de padres españoles en aquellos países que sí admiten la maternidad por subrogación y, como derivada, si la determinación de la filiación a favor de los subrogantes conlleva la posibilidad de disfrutar de la prestación económica por maternidad y otros derechos de conciliación de la vida laboral y familiar por los padres intencionales como reducciones de jornada o excedencias<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> PULEO, A.H.: “Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado: el alquiler de úteros como extractivismo”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 29, 2017, págs. 165 y ss.

<sup>5</sup> LÓPEZ INSÚA, B.: “Maternidad subrogada y protección del menor desde una perspectiva integradora: el derecho laboral de nuevo a examen”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2017, pág. 175.

<sup>6</sup> SELMA PENALVA, A.: “Vientres de alquiler y prestaciones por maternidad”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2013, págs. 241-242.

<sup>7</sup> VICENTE PALACIO, A.: “Cambios sociales y prestación económica por maternidad (sobre la maternidad subrogada)”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 12, 2017, pág. 126.

<sup>8</sup> Países de nuestro entorno cuentan con una regulación similar a la española. Así, en Francia, la maternidad subrogada está prohibida en el propio CC y también por la Ley 94-653, de 29 de julio de 1994, sobre el respeto al cuerpo humano, que prohíbe, asimismo, la donación de óvulos y embriones. En Suiza, el art. 119.2 d) Constitución Federal y el art. 4 Ley Federal sobre procreación mecánicamente asistida, de 18 de diciembre de 1998, establecen la nulidad de estos negocios jurídicos. Igualmente, en Alemania también se contempla la prohibición y nulidad de la gestación por sustitución conforme a la Ley de protección del embrión 745/1990, de 13 de diciembre. Asimismo, se prohíbe en Austria, Noruega, Suecia, Malta, Hungría, Islandia, Japón, China o Argentina. DELGADO SÁNCHEZ, A.: “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, núm. 9099, 2017, pág. 13 ó GARCÍA VALVERDE, M.D.: “Gestación por sustitución. Necesidad de una respuesta jurídica a una realidad social”, *Derecho de la Seguridad Social*, núm. 16, 2018, pág. 110.

Es más, no se trata de un problema aislado o meramente episódico sino que la gestación por sustitución se está convirtiendo en una técnica de reproducción asistida en expansión utilizada frecuentemente por ciudadanos españoles más allá de nuestras fronteras y gestionada por agencias especializadas<sup>9</sup>. Sirva como dato que es legal en varios Estados de Estados Unidos (Florida, Minnesota o California), en Rusia, Ucrania, Georgia, Kazajistán, Sudáfrica, algunos Estados de México, India, Nepal, Canadá, Israel, Grecia, Holanda, Dinamarca, Bélgica, Reino Unido, Brasil, Australia o Portugal<sup>10</sup>, si bien en este último país el Tribunal Constitucional en sentencia número 225/2018, de 24 de abril ha declarado la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución, entendiéndose necesario salvaguardar la revocabilidad del consentimiento prestado hasta el momento de entrega del nacido<sup>11</sup>.

Este dispar tratamiento jurídico ha motivado una recurrente controversia, sobre todo, a la hora de dilucidar si cabe otorgar eficacia en nuestro país a la filiación obtenida de conformidad con las leyes de terceros Estados que sí permiten esta suerte de negocios jurídicos y determinan la filiación a favor de los sujetos comitentes, previa renuncia de la madre de todos sus derechos ligados a tal condición, y, como consecuencia de ello, determinar, como ya consta, si tales situaciones pueden dar lugar al descanso por maternidad y a las prestaciones correspondientes en el ámbito de la Seguridad Social.

## **2. LA ELUSIÓN DE UN MARCO NORMATIVO NACIONAL PROHIBITIVO. AVANCES Y RETROCESOS EN LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES EN CUANTO AL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN**

El art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, califica como nulo de pleno derecho el negocio en virtud del cual “se concierta la gestación (con o sin precio) a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de un contratante o de un tercero”. Los apartados 2 y 3 de este precepto añaden que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”, quedando “a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales”. Todo ello en sintonía con el art. 1271 CC, en virtud del cual la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres. Es más, el art. 221 del Código Penal considera delictivos aquellos hechos en los que “mediando compensación económica”, se entregue a otra persona o se reciba “un hijo... eludiendo los

<sup>9</sup> AZNAR DOMINGO, A. y DELGADO GÓMEZ, A.: “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, núm. 9099, 2017, pág. 5.

<sup>10</sup> ESCRIBANO VINDEL, C.: “La gestación por sustitución y las prestaciones de Seguridad Social (maternidad y paternidad)”, *Revista Técnico Laboral*, núm. 149, 2016, págs. 6 a 8. No obstante, algunos de ellos, están pasando de la permisividad a la prohibición o limitación, como es el caso del Gobierno de India, que anunció a finales de octubre de 2015 que limitaba la posibilidad de tener hijos a través de esta técnica de reproducción “solo a los matrimonios indios infértiles, y no a extranjeros” (también a personas solas y parejas de homosexuales), recogiendo una iniciativa legislativa popular en la que se rechazaba la imagen que se tiene de India como “fábrica de bebés”. Como industria que es, además de generar “mercados negros”, puede trasladar de inmediato sus “fábricas a otros países más permisivos, como sucedió con Camboya, que (como Tailandia) también acaba de prohibir, por orden ministerial, la gestación subrogada. MOLINA NAVARRETE, C.: “Prohibida la ‘nacional’, ¿protegemos la ‘gestación/maternidad subrogada internacional’ con prestaciones sociales?”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 406, 2017, pág. 208.

<sup>11</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 9237, 2018, págs. 1 y ss.

procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación”.

Aun cuando puede observarse con claridad que el art. 10 Ley 14/2006 establece con absoluta perspicuidad cómo el contrato de gestación por sustitución será nulo, adquiriendo la condición de madre quien ha dado a luz, lo cierto es que nada impide que los padres intencionales acudan a un país extranjero donde está reconocida la posibilidad de la gestación por sustitución para formalizar el contrato. A partir de ahí, atendiendo a la normativa del Estado de destino se declarará la relación de filiación por las autoridades respectivas a favor de los padres subrogantes, debiendo proceder después, y aquí es donde surgen las dificultades, a la inscripción en el registro civil español en tales términos, trámite necesario para poder acceder al territorio nacional, previa obtención del pasaporte, y para disfrutar de los derechos inherentes a esa maternidad lógicamente también desde el punto de vista laboral<sup>12</sup>.

En la observancia de este íter, ha surgido un cuerpo de doctrina administrativa y judicial plagada de severas oscilaciones. Como no podía ser de otra manera y teniendo en cuenta que según la Ley 14/2006 es el hecho físico del parto lo que determina la filiación del nacido, la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 6 de febrero de 2014 ha considerado que las normas civiles españolas que declaran nulo el contrato de maternidad por subrogación impiden que puedan inscribirse como hijos de quienes han recurrido a esa técnica a los habidos en un tercer Estado, aunque exista resolución judicial extranjera (o equivalente) que así lo manifieste; de hecho, si los menores poseen relaciones familiares *de facto* con los padres intencionales debe partirse de tal dato y permitir el desarrollo y la protección de esos vínculos, pues en modo alguno está avalando el apartamiento de un menor respecto de quienes en realidad actúan como sus padres, pero siempre acudiendo a las posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico, esto es, la adopción de los menores, el acogimiento o la indagación de la paternidad biológica si el padre hubiera aportado material genético, que mitigan el eventual desamparo en que puedan encontrarse al impedir su acceso al registro civil como hijos de los padres subrogados<sup>13</sup>. En definitiva, según esta doctrina, la maternidad por sustitución “es 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”<sup>14</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en dos sentencias de 26 de junio de 2014<sup>15</sup>, declaró que violaba el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución y los progenitores que habían acudido al convenio gestacional en un país cuya legislación, aplicable al caso según las normas de conflicto correspondientes, admitía la legalidad de la filiación declarada mediante sentencia judicial.

<sup>12</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2017 (BIB 2017/1057), pág. 3.

<sup>13</sup> STS, Civil, 6 febrero 2014 (rec. 245/2012) y ATS, Civil, 2 febrero 2015 (rec. 245/2012).

<sup>14</sup> Un excelente comentario en ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y CARRIZO AGUADO, D.: “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño ¿de quién eres?”, *La notaría, Boletín*, núm. 2, 2014, págs. 59-75.

<sup>15</sup> Asuntos 65192/11 *Mennesson c. Francia* y 65194/11 *Labasse c. Francia*.

En consecuencia, al calor de estas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por Oficio de 11 de julio de 2014, la Dirección General de Registros y del Notariado hace abstracción de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 y mantiene la vigencia de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución donde al menos uno de los progenitores sea español, a través de la cual se otorga validez y eficacia plena, siempre y cuando cumplan unas determinadas cautelas, a las inscripciones registrales llevadas a cabo en países que permiten el registro originario como progenitores de personas que acudieron a la contratación de una madre de alquiler, por lo que aunque esta práctica en España es ilegal, lo cierto es que al sistema patrio le llega como hecho indubitado la filiación de los menores<sup>16</sup>. A juicio de la citada Dirección General, el interés superior del menor exige que su estado civil quede acreditado con independencia de la valoración que merezca la actuación de los padres por recurrir a la gestación por sustitución en un país extranjero que lo permite, si bien en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido una mera certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante<sup>17</sup>. Exige una resolución judicial del tribunal extranjero competente que determine la filiación en favor de los padres de intención, distinguiendo en función de si la resolución deriva de la jurisdicción contenciosa o de la voluntaria. En el primer caso, es preciso instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de primera instancia, mientras en el segundo, el encargado del registro debe controlar incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si la resolución puede ser reconocida en España. A tal efecto, debe constatar que no se ha vulnerado el interés superior del menor y que la madre gestante tiene capacidad natural suficiente y ha prestado su consentimiento de forma libre y voluntaria y de manera irrevocable<sup>18</sup>.

El requisito previo para la inscripción es, por tanto, la presentación ante el encargado del registro civil de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente en el país de origen, cuya finalidad no es sino la de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del Estado donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer que da a luz, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción, la eventual previsión respecto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal extranjera. Igualmente, permite verificar que

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S.: “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2011 (BIB 2011/1357) o LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por la vía reglamentaria”, *La Ley*, núm. 7777, 2012 (soporte informático).

<sup>17</sup> SALAS CARCELLER, A.: “El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2011, pág. 3

<sup>18</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada”, *Información Laboral*, núm. 4, 2017, pág. 25.

no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores<sup>19</sup>.

En esta misma línea, la Resolución núm. 5/2011, de 23 de septiembre, de la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>20</sup> (que de una manera muy gráfica expone cual es el mecanismo a través del cual se procede a protocolizar el contrato de gestación por sustitución suscrito en el extranjero)<sup>21</sup> considera que es inscribible en el registro español el nacimiento en el extranjero por esta técnica cuando existe resolución dictada por órgano judicial competente en la que conste la filiación del menor, siempre que concurra el libre consentimiento y la renuncia de la mujer gestante y se acredite que no se ha producido una vulneración del interés del menor.

Como puede fácilmente comprobarse, las Instrucciones, Circulares y Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado han venido contradiciendo no sólo la regla prohibitiva del art. 10 Ley 14/2006, es decir, el principio cardinal de jerarquía de las normas<sup>22</sup>, sino a la Sala Civil del Tribunal Supremo, que había ilegalizado, como ya consta, estas prácticas, incluso cuando contaban con reconocimiento de tribunales extranjeros por ser contrarias al orden público (no solo nacional, sino también internacional)<sup>23</sup>.

Llevamos, por ende, más de ocho años procediendo de este modo, de suerte que muchos niños han nacido y han sido inscritos mediante este procedimiento y se ha consolidado una estructura de agencias que obtienen ganancias trabajando en este campo<sup>24</sup>, pues, convertido el problema de la filiación en una mera cuestión administrativa, se consigue orillar la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación por sustitución que observa el art. 10.1 de la Ley 14/2006. No se trataría tanto de analizar la invalidez de un nexo contractual y sus consecuencias civiles y –cómo no– hacia el ámbito prestacional de la Seguridad Social, sino más sencillamente de apreciar “la legalidad de una documentación burocrática judicial evacuada por el tribunal jurisdiccional extranjero”.<sup>25</sup> Y desde este plano meramente formal, en la medida en que existe una resolución judicial extranjera con un efecto jurídico muy preciso: atribuir las responsabilidades filiales a un sujeto muy concreto (los padres intencionales) que es similar a la que el ordenamiento patrio evacúa para constituir una adopción o un acogimiento, no hay duda de que una vez inscrito en el registro civil español el menor nacido en el extranjero mediante la técnica de maternidad subrogada, los progenitores reunirían la acreditación documental suficiente para

<sup>19</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, A.; COBAS COBIELLA, M.E. y HEREDIA SÁNCHEZ, L.S.: “Los contratos de gestación subrogada en España”, *Diario La Ley*, núm. 9281, 2018, pág. 5.

<sup>20</sup> JUR 2012/168314.

<sup>21</sup> En California, concretamente, exigiendo la autoridad judicial extranjera borrar del certificado de nacimiento cualquier referencia a la madre gestante e imponiendo que en el acta de nacimiento del hospital no se haga mención alguna a esta y sí al padre o padres intencionales (Fundamento de Derecho quinto). Sobre el particular vid. BAUTISTA, J.: “Maternidad subrogada”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815, 2011 (BIB 2011/274).

<sup>22</sup> VELA SÁNCHEZ, J.: “Regulemos en España el convenio de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 9056, 2017, pág. 5.

<sup>23</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “Prohibida la nacional, ¿protegemos la gestación/maternidad subrogada intencional con prestaciones sociales?”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 406, 2017, pág. 209.

<sup>24</sup> BELLVER CAPELLA, V.: “Gestación por subrogación: un contrato gratuito gravemente oneroso”, *El Cronista*, núm. 76, 2018, pág. 32.

<sup>25</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, cit., pág. 79.

solicitar el percibo de la prestación por maternidad, otra cosa es que llegar a esta conclusión no haya sido fácil ante la negativa inicial de la Entidad Gestora.

Llegados a este punto, cabe señalar que recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado una nueva Sentencia, en Gran Sala, el 24 de enero de 2017<sup>26</sup>, que revoca la anterior de 27 de enero de 2015, dejando traslucir un cierto retroceso en su postura favorable a la maternidad subrogada, pues declara que no hubo ninguna violación por Italia de los derechos del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al denegar la filiación de los padres intencionales que no presentan relación genética alguna con el hijo, dando el menor en acogida a otra pareja, no en vano permitir que el hijo se quedara con los solicitantes habría equivalido a legalizar la situación creada por ellos en violación de importantes normas del derecho italiano. Entiende, a la postre, que el Estado no puede ni tolerar usos oportunistas ni estratégicos de la vigente diversidad legislativa entre distintos países, otorgando cheques en blanco a los progenitores intencionales, sin que sea suficiente para legitimar la elusión de la norma nacional ni la pura existencia de un proyecto parental ni los vínculos emocionales creados<sup>27</sup>.

Bajo estas premisas, a título ejemplificativo, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de mayo de 2017<sup>28</sup> desestima la pretensión de un matrimonio español para traer a España como hijo suyo al menor nacido en Moscú ya que ni consta que el consentimiento de la madre gestante se haya prestado con todas las garantías ni existe resolución de un órgano judicial ruso que determine la filiación respecto a los promotores españoles, no apreciando la alegada vulneración del derecho a la vida e intimidad familiar, ya que la transgresión de dicho derecho conlleva como presupuesto ineludible la existencia de un vínculo biológico con el menor que los padres intencionales no pueden aportar.

Así las cosas, un hito importante supondrá la entrada en vigor (el 30 de junio de 2020) de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, pues regula en su art. 96 el procedimiento para la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras firmes, contemplando la posibilidad de obviar el previo procedimiento de exequátur siempre que no haya oposición de las partes y que por el encargado del registro se verifique la regularidad y autenticidad de la documentación presentada, que la competencia del órgano judicial extranjero esté basada en criterios equivalentes a los previstos en la legislación española y que la resolución extranjera no resulte “manifiestamente” incompatible con el orden público español, adverbio de aristas muy estrictas que únicamente va a permitir rechazar la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras absolutamente contrarias a los principios esenciales que rigen nuestro Derecho de familia, como pudieran ser las determinantes de matrimonios bígamos o que impliquen la posición predominante de uno de los cónyuges, pero no aquellas otras que declaren una filiación que traiga como causa un contrato que el ordenamiento interno simplemente no reconoce<sup>29</sup>. Asimismo, el art. 98 permite el

<sup>26</sup> Asunto *Italia c. Paradiso*.

<sup>27</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “El TEDH no da cheques en blanco a los padres intencionales: es legítimo que el Estado evite la maternidad subrogada de facto”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 408, 2017, págs. 121 y ss.

<sup>28</sup> Rec. 817/2016.

<sup>29</sup> ESCRIBANO VENDEL, C.: “La gestación por sustitución y las prestaciones de Seguridad Social (maternidad y paternidad)”, cit., pág. 12.

reconocimiento de certificaciones de asientos extendidos en registros extranjeros si se cumplen determinadas condiciones y requisitos: que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado; que el registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española; que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado; de nuevo, que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulte “manifiestamente incompatible” con el orden público español.

Por ende, aun cuando es clara la nulidad de los contratos de gestación por sustitución en nuestro sistema jurídico, queda autorizado el reconocimiento de las resoluciones, e incluso de las certificaciones extranjeras basadas en una decisión judicial, siempre que se den los requisitos anteriormente apuntados<sup>30</sup>, de modo que, en aras a proteger el interés superior del menor amparado por el art. 3 de la Convención sobre los derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1989, el art. 10 de la Ley 14/2006 sólo rige cuando se trate de un supuesto de nacimiento producido en España, pero no cuando el mismo haya ocurrido fuera de nuestras fronteras, en un país que admita la gestación intencional, sin entrar a valorar si la solución jurídica dada en el extranjero es idéntica o no a la que habría alcanzado una autoridad registral española conforme al entramado normativo patrio<sup>31</sup>.

En definitiva, el encargado del registro civil español no determina la filiación jurídica conforme a nuestro Derecho, sino que se limita a registrar una filiación ya determinada legalmente en virtud de una legislación extranjera vigente, lo que va a suponer en la práctica la legalización en nuestro ordenamiento jurídico del convenio gestacional hecho por españoles en los países donde está legalmente aceptado y acreditado por las autoridades de origen<sup>32</sup>, lo cual supone de facto una situación discriminatoria respecto de los supuestos de maternidad subrogada que pueden tener lugar en territorio nacional por parte de ciudadanos españoles, no solo prohibidos sino considerados delictivos, fomentando que únicamente quienes tienen medios económicos puedan desplazarse al extranjero y recurrir a este tipo de prácticas<sup>33</sup>.

Sin entrar a valorar los argumentos éticos a favor o en contra de una regulación prohibitiva o digna de represión punitiva por la que opta el ordenamiento jurídico español frente a otros sistemas más permisivos, lo cierto es que cada vez son más frecuentes, y seguramente lo serán con mayor asiduidad en el futuro, los casos en los se celebran encargos de gestación por sustitución fuera de nuestras fronteras, esto es, con arreglo a una Ley extranjera que admite su legalidad. Surge entonces un riesgo social con entidad propia, cual

<sup>30</sup> SÁNCHEZ-MORALEDA, A.M.: “La inscripción de los hijos españoles nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la Sentencia TS 5 febrero 2014”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2014 (BIB 2014/852).

<sup>31</sup> PANIZO ROBLES, J.A.: “La maternidad por contrato de sustitución sigue sin estar amparada por la acción protectora de la Seguridad Social (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014)”, *Información Laboral*, núm. 5, 2014 (BIB 2014/2250).

<sup>32</sup> VELA SÁNCHEZ, J.: “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia”, *Diario La Ley*, núm. 8927, 2017, pág. 5.

<sup>33</sup> SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 205, 2018, pág. 83.

es el nacimiento de un hijo, que despliega sus efectos en numerosos ámbitos: alimenticios, sucesorios y, cómo no laborales, pudiendo señalar en este último segmento que ni la normativa legal ni la reglamentaria específica en materia de Seguridad Social contemplan expresamente la circunstancia de la maternidad subrogada como hecho causante de prestación alguna, laguna amparada en la nulidad radical del contrato civil de gestación por sustitución. Por ello, una mera interpretación de la legalidad en sus propios términos llevó a los entes gestores de la Seguridad Social<sup>34</sup> a negar, en un principio, las prestaciones de maternidad para estas situaciones, interpretación corregida por el Tribunal Supremo, tal y como se tratará de explicar en las páginas siguientes.

### 3. LAS DUDAS SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD

Teniendo en cuenta la falta de regulación sobre la materia, ha sido muy discutido si de los nacimientos de hijos de gestación por sustitución transfronteriza derivan o no derechos a disfrute de los permisos y prestaciones de Seguridad Social por maternidad.

En una primera aproximación, es manifiesta la dificultad para entender que la maternidad subrogada forma parte de las situaciones protegidas por nuestro ordenamiento de Seguridad Social, no en vano el art. 177 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 (TRLGSS), se refiere a la “maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, siempre que, en este último caso no tenga una duración inferior a un año”. Evidentemente, ni la adopción ni el acogimiento familiar pueden ser equiparables a un supuesto de gestación por sustitución, al igual que tampoco puede serlo la maternidad, perfilada en el art. 48.4 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 (TRET), pensando inequívocamente en una madre biológica que da a luz a su hijo, pues, por una parte, la suspensión del contrato se va a disfrutar “en el supuesto de parto” durante dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en caso de alumbramiento múltiple “en dos semanas por cada hijo a partir del segundo”, pudiendo ser distribuidas “a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto”; por otra, cuando se plantea la posibilidad de que el padre pueda disponer de la suspensión se reconduce al caso “de fallecimiento de la madre” o a la decisión materna de cesión en tal sentido; en fin, aunque se recogen reglas especiales para el cómputo ante partos prematuros o en los que procede la hospitalización del neonato, lo cierto es que “se excluyen las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre”<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social ha evacuado criterios técnicos sobre maternidad subrogada que parten de la premisa de que las cuestiones de filiación están correctamente protocolizadas, pero niega la concesión de la prestación en estos casos, aunque sí reconoce la de paternidad. De hecho, el criterio de 15 de julio de 2010 reconoce que puede existir “una desprotección del hijo nacido, que únicamente de manera parcial resuelve el reconocimiento del derecho al subsidio de paternidad y el correspondiente permiso”. Un análisis exhaustivo de los mismos en ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, cit., págs. 83 a 85.

<sup>35</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución: maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, cit., pág. 13.

Ahora bien, pese a la prohibición legal de los contratos de gestación por sustitución en el art. 10 Ley 14/2006 y la omisión de la maternidad subrogada como situación protegida a efectos de prestaciones de Seguridad Social, se han planteado reiteradas solicitudes que han recibido distintas respuestas hasta que ha tenido lugar la intervención del Tribunal Supremo en orden a unificar doctrina sobre la materia.

### 3.1. La posición inicial de la Entidad Gestora

El INSS vino reconociendo el derecho al disfrute de la prestación por paternidad, pero denegando sistemáticamente la de maternidad aunque constara inscrita en el registro civil español la filiación del hijo a favor del solicitante, realizando una interpretación literal (“*in claris non fit interpretatio*”) del escenario de normas sociales reguladoras, articuladas en un triple plano<sup>36</sup>:

Por un lado, ninguna duda plantea el otorgamiento de la prestación por paternidad, regulada en los arts. 183 y ss. TRLGSS, de titularidad exclusiva masculina (padre u otro progenitor), sin necesidad de ningún tipo de cesión materna, que cubre la falta de ingresos provocado por la suspensión del contrato de trabajo derivada del nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento<sup>37</sup>.

Por otro, dentro del marco estrictamente contractual, los arts. 45. 1 d) y 48.4 TRET otorgan el derecho a la suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo durante dieciséis semanas ininterrumpidas únicamente en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, ampliables en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo cuando estos acontecimientos tuvieran carácter múltiple.

En fin, con la finalidad de compensar la pérdida temporal de salario, los arts. 177 y ss. TRLGSS, reconocen un subsidio económico del 100 por 100 de la base reguladora tomada en consideración para calcular el auxilio de incapacidad temporal por contingencias comunes, siempre y cuando se acrediten los períodos de carencia exigidos, a las situaciones de “maternidad, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar”, circunstancias a las que hay que añadir, al calor de lo dispuesto en el art. 2.1 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, únicamente la “tutela cuando el tutor sea un familiar que no pueda adoptar al menor”<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Criterios de 23 de julio de 2009 y de 15 de julio de 2010.

<sup>37</sup> El hecho causante de la prestación de paternidad es el nacimiento del hijo y la adopción o el acogimiento (art. 22.1 RD 295/2009, de 6 de marzo), por lo cual resulta evidente que el objetivo de la prestación no puede ser otro que asistir al recién nacido en sus primeros días de vida. Por eso precisamente se ha concedido sin demasiados problemas cuando ha sido solicitada la prestación por padres intencionales que han suscrito con la madre biológica en el extranjero un contrato de maternidad subrogada. En la doctrina, entre los análisis más recientes, vid. GALA DURÁN, C.: “El permiso de paternidad: un balance tras casi diez años de su implantación”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 406, 2017, págs. 57 y ss.

<sup>38</sup> Un estudio exhaustivo sobre las situaciones protegidas puede verse en BALLESTER PASTOR, M.A.: *La prestación por maternidad*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2013, págs. 33-35.

### 3.2. La doctrina de la Sala Social del Tribunal Supremo. La tutela de la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en un determinado núcleo familiar

Ante las negativas reiteradas de la entidad gestora a conceder el subsidio por maternidad, por entender que la persona beneficiaria es exclusivamente la que gesta y da a luz a su hijo (“*mater semper certa est*”) y no quien contrata el nacimiento del niño con un tercer sujeto, han sido cuantiosos pero divergentes los pronunciamientos judiciales de suplicación<sup>39</sup>, habiéndose manifestado el Tribunal Supremo en cuatro sentencias unificadoras de finales de 2016: de 25 de octubre<sup>40</sup> (Ponente Excmo. Sr. Sempere Navarro), de 16 de noviembre<sup>41</sup> (Ponente Excmo. Sra. Segoviano Astaburuaga) y dos de 30 de noviembre<sup>42</sup> (Ponente Excmo. Sr. Ángel Blasco Pellicer), acompañadas de varios votos particulares<sup>43</sup>, lo cual da sobradas muestras de la dificultad existente para dar una respuesta de consenso.

Siguiendo un orden cronológico, la primera resolución, de 25 de octubre, otorga la prestación por maternidad durante 16 semanas y el subsidio especial por cada hijo a partir del segundo (2 semanas más) al padre biológico de dos niñas, gestadas por subrogación en un vientre de alquiler en la India e inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi, constanding el acuerdo de los progenitores por el cual el varón asume, en exclusiva, “todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad”, pudiendo instalarse con las menores donde quiera. Por su parte, la segunda decisión, de 16 de noviembre, reconoce el derecho a la prestación por maternidad a una mujer ante el nacimiento de un niño a través de un contrato de gestación suplantada, que ha sido inscrito en el registro del Consulado de España en los Ángeles como hijo de la actora y de su esposo. La tercera, de 30 de noviembre, concede la prestación por maternidad a un varón que acudió a la gestación por subrogación en Chicago, siendo padre biológico de un menor, formulando inscripción como progenitor único. Y la cuarta, también de 30 de noviembre, resuelve un caso relativo a un matrimonio homosexual, integrado por dos varones que fueron padres biológicos de dos menores nacidos en California a resultas de un contrato de subrogación, constanding en las inscripciones del registro civil consular de Los Ángeles como hijos

<sup>39</sup> Entre las sentencias que han reconocido el disfrute a la citada prestación, cabe mencionar, sin ánimo exhaustivo, SSTSJ, Social, Castilla y León 5 mayo 2010 (rec. 539/2010), Madrid 8 octubre 2012 (rec. 1875/2012), 3 marzo 2013 (rec. 3783/2012), 23 diciembre 2014 (rec. 497/2014), 17 julio 2015 (rec. 429/2015), 12 febrero 2016 (rec. 739/2015) y 31 marzo 2016 (rec. 577/2015); Canarias/Las Palmas 27 mayo 2015 (rollo 1179/2013); Asturias 20 septiembre 2012 (rec. 1604/2012); Castilla-La Mancha 27 mayo 2015 (rec. 51465/2014) ó Cataluña 23 noviembre 2012 (rec. 6240/2011), 9 marzo 2015 (rec. 126/2015), 1 julio 2015 (rec. 2460/2015), 15 septiembre 2015 (rec. 2299/2015) y 11 febrero 2016 (rec. 6519/2015). Por el contrario, entre las sentencias que han negado la posibilidad de recibir el citado auxilio económico, procede citar, a título de ejemplo, las SSTSJ, Social, Madrid 7 julio 2014 (rec. 142/2014) y 5 octubre 2015 (rec. 473/2015) Andalucía 4 febrero 2015 (rec. 1317/2014) ó País Vasco 13 mayo 2014 (rec. 749/2014) y 3 mayo 2016 (rec. 651/2016).

<sup>40</sup> Rec. 3818/2015.

<sup>41</sup> Rec. 3146/2014.

<sup>42</sup> Rec. 3183/2015 y 3219/2015.

<sup>43</sup> Frente a la primera sentencia, de 25 de octubre, presentan votos particulares la Excmo. Sra. Arastey Sahún; el Excmo. Sr. De Castro Fernández, al que se adhiere el Excmo. Sr. Gilolmo López; y el Excmo. Sr. López García de la Serrana, al que se adhieren la Excmo. Sra. Calvo Ibarlucea y el Excmo. Sr. Souto Prieto. Frente a la segunda, de 16 de noviembre, presentan votos particulares el Excmo. Sr. De castro Fernández, al que se adhieren la Excmo. Sra. Calvo Ibarlucea y el Excmo. Sr. Souto Prieto; y el Excmo. Sr. López García de la Serrana, al que se adhieren la Excmo. Sra. Calvo Ibarlucea, el Excmo. Sr. Gilolmo López y el Excmo. Sr. Souto Prieto. Frente a la tercera y la cuarta, presenta voto particular el Excmo. Sr De Castro Fernández.

biológicos de ambos. El solicitante de la prestación por maternidad está afiliado al régimen especial de trabajadores autónomos.

Centrando la atención en las dos primeras sentencias, dictadas en pleno, pues son las que mayor fundamentación jurídica acompañan remitiéndose las otras dos a su doctrina, cabe señalar que, pese a los matices diferenciadores, pues en el primero el solicitante de la prestación por maternidad es el padre biológico de las niñas mientras en el segundo no concurre tal circunstancia en ninguno de los que aparecen como progenitores, el Tribunal Supremo, de acuerdo con el parecer del Ministerio Fiscal, lleva a cabo un razonamiento coincidente favorable al reconocimiento de la prestación por maternidad tras aparecer incontrovertida la filiación, fundado, en síntesis, en los siguientes argumentos:

1.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias de 28 de junio de 2014 (asuntos *Mennesson c. Francia*<sup>44</sup> y *Labasse c. Francia*<sup>45</sup>), de 27 de enero de 2015 (asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*) y de 21 de julio de 2016 (asunto *Foulon y Bouvet c. Francia*)<sup>46</sup>, ha considerado que la negativa a reconocer la filiación por las autoridades gubernativas francesas e italianas en los supuestos de maternidad subrogada viola el art. 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce el respeto a la vida privada y familiar, entendiéndose que si existe convivencia familiar entre los padres subrogados y los menores ha de protegerse esta circunstancia en beneficio de los segundos.

2.- Ciertamente es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencias (dos) de 18 de marzo de 2014<sup>47</sup>, considera, por una parte, que la Directiva 92/85, de 19 de octubre, no obliga a que los Estados miembros confieran el permiso de maternidad a una madre subrogante, y, por otra, que de las Directivas 2006/54, de 5 de julio, y 2000/78, de 17 de noviembre, no cabe inferir una discriminación basada en el sexo o por motivo de discapacidad, edad u orientación sexual ante la denegación de un empresario de un permiso por maternidad en un supuesto de gestación suplantada. No menos verdad resulta, sin embargo, que nada impide a los Estados miembros adoptar o mantener disposiciones más favorables que las albergadas por las Directivas mencionadas<sup>48</sup>. Lo que se enjuicia en estos

---

<sup>44</sup> Demanda 65192/11. Un comentario de esta resolución, más centrada en la determinación de la filiación que en sus repercusiones hacia el sistema protector de la Seguridad Social en FLORES RODRÍGUEZ, J.: "Gestación por sustitución: la metamorfosis del parentesco", *La Ley*, 14 de julio de 2014, 4874/2014 y GARCÍA ABURUZA, M<sup>a</sup>.P.: "A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2015, BIB 2015/4006.

<sup>45</sup> Demanda 65941/11.

<sup>46</sup> Demanda 25358/12.

<sup>47</sup> Asuntos C-167/12 y C-363/12. La primera de las sentencias versa sobre una pareja heterosexual de Reino Unido que acude a un país tercero para obtener, a través de un contrato de gestación por subrogación, un hijo para el que el padre facilita el esperma y la madre gestante el óvulo. Cuando retornan a su país de origen, la madre comitente solicita que le sea reconocida la prestación por maternidad y, ante la negativa por no encajar el concepto de madre biológica, aduce una posible discriminación por razón del sexo y/o embarazo y/o maternidad. La segunda de las sentencias aborda un caso de una pareja irlandesa que, ante la afección de la madre consistente en la falta de útero lo cual le impide no ser infértil pero sí gestar, recurren a la gestación por subrogación, proporcionando ambos comitentes los gametos necesarios implantados en una madre gestante. Sobre la última resolución vid. el comentario de RODRÍGUEZ CARDÓ, I.: "Permiso por maternidad para 'madres subrogantes': problemática laboral de los vientres de alquiler", *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2014, págs. 716 y ss.

<sup>48</sup> Tal y como había señalado la STS, Social, 19 octubre 2016 (rec. 1650/2015).

casos es si los Estados miembros están obligados a conceder prestaciones de maternidad en estas situaciones de gestación por sustitución, y la respuesta es evidente: no tienen obligación de contemplar estas circunstancias en su ordenamiento interno. En cambio, lo que se discute en la instancia jurisdiccional patria es si a la luz de nuestras normas vigentes puede concederse una prestación de maternidad para los supuestos de maternidad subrogada<sup>49</sup>, tesis para la cual puede servir de apoyo la Directiva 2010/18, sobre los permisos parentales, que establece “disposiciones mínimas para facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos, teniendo en cuenta la diversidad cada vez mayor de las estructuras familiares” (cláusula 1ª)<sup>50</sup>. Ambas doctrinas pueden ser compatibles: no es obligado que los Estados de la Unión articulen una prestación de Seguridad Social para proteger la maternidad subrogada, pero privar de la filiación a los menores y de los derechos laborales inherentes puede violentar el derecho a la vida familiar.

3.- El art. 10 de la Ley 14/2006 no admite la maternidad por subrogación y asigna la filiación en tales casos a la madre biológica, entendiendo la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de febrero de 2014<sup>51</sup> y auto de 2 de febrero de 2015<sup>52</sup>, que ha de rechazarse la inscripción como hijos biológicos de los contratantes a los nacidos en otro Estado donde se han gestado mediante la técnica, prohibida en España, de la maternidad subrogada, pues, según los arts. 1271 y 1275 CC, la vida humana no puede ser objeto de contrato alguno y la toma en consideración del interés del menor puede conseguirse con la reclamación de la paternidad posterior, la adopción u otras instituciones admitidas en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como sucede con el acogimiento, debiendo facilitarse la “reconversión” de la realidad fáctica nula a una situación legalmente aceptable en nuestro país<sup>53</sup>. Ahora bien, esta sentencia y este auto, acompañados de un voto particular suscrito por cuatro Magistrados, reconocen, al tiempo, que si los menores tienen relaciones familiares *de facto* con los padres subrogantes, la solución que haya de buscarse ha de tener presente este extremo y “permitir el desarrollo y protección de estos vínculos”, no en vano la ilegalidad del contrato de gestación por sustitución no puede hacerse extensible al resultado del mismo, esto es, al menor efectivamente engendrado y alumbrado.

4.- El TRLGSS, en su art. 177 (anterior 133), no menciona expresamente los procesos de gestación por subrogación entre las situaciones protegidas a efectos de lucrar una prestación por maternidad, sino que únicamente alude a “la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo

<sup>49</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 8, 2016, pág. 89.

<sup>50</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho de igualdad en el empleo (y II)”, *Trabajo y Derecho*, núm. 4, 2015, pág. 97.

<sup>51</sup> Rec. 245/2012.

<sup>52</sup> VAQUERO LÓPEZ, C.: “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2015 (BIB 2015/982).

<sup>53</sup> Un análisis de esta sentencia puede encontrarse en MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y DE CASTRO MEJUTO, S.J.: “*¿Mater semper certa est?* La maternidad subrogada como situación generadora de derechos laborales. Pautas de urgencia para la solución de un intrincado litigio”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 40, 2015, págs. 58 y ss.

48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores...”. Por su parte, la norma remitida, el TRET, al regular la suspensión del contrato de trabajo, exclusivamente se refiere a los supuestos de “parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento”.

A partir de aquí, tal y como señala el propio Tribunal Supremo, en las sentencias de 25 de octubre y 16 de noviembre, surgen 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 se trata de previsiones contrarias a la Constitución puesto que discriminan por razón de género a determinadas personas que desean tener descendencia o que los menores de padres subrogados son objeto de un trato peyorativo incompatible con el art. 14 CE.

De todas estas posibles posturas, la posición mayoritaria del Alto Tribunal opta por una interpretación extensiva, entendiendo que la gestación subrogada está protegida a efectos de lucrar la prestación por maternidad, no en vano la finalidad de tal prestación no es tutelar la salud de la madre tras el alumbramiento, sino fomentar las relaciones paterno filiales, así como el bienestar y cuidado del menor, evitando que el desarrollo del trabajo reste tiempo a tales efectos. Es irrelevante, por ende, lo previsto en el art. 10 de la Ley 14/2006, que reconoce la nulidad del negocio jurídico subyacente a una gestación por subrogación, pues se trata de una norma ajena a la regulación de una prestación de Seguridad Social, que no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar, debiendo procurar que esos hijos no vean mermados sus derechos. El principio de “protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, reconocido por el art. 39.2 CE”, aconseja no adicionar causas de exclusión ignoradas por el TRLGSS al establecer sus prestaciones.

Es más, el art. 2.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, dispone, en una relativa apertura del elenco de supuestos protegidos, que “se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento... aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad o efectos jurídicos sean previstos para la adopción y el acogimiento...”.

5.- Por último, y como elemento coadyuvante en la estimativa pretensión de la prestación por maternidad en el supuesto enjuiciado en la sentencia de 25 de octubre de 2016, es menester tener en cuenta que el padre biológico asume aquí en realidad la posición de progenitor único, debiendo acudir a lo dispuesto en el art. 3.2 del Real Decreto 295/2009, que permite transferir al padre las prestaciones económicas por maternidad en los supuestos en los que la madre hubiese fallecido, en el bien entendido sentido de que la realidad de ausencia total de cuidado materno y la renuncia expresa a tal quehacer es similar a la muerte de la progenitora.

En definitiva, la conclusión es idéntica en el fallo de las dos sentencias dictadas en Pleno y trasladable a las otras dos dictadas en Sala: existiendo una verdadera integración de los menores en el núcleo familiar del progenitor o progenitores subrogados, las prestaciones

asociadas a la maternidad han de satisfacerse previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas.

A la luz de esta doctrina, varias han sido las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que se han hecho eco de la misma<sup>54</sup> e incluso el propio el Tribunal Supremo se ha seguido pronunciando en el mismo sentido en ocasiones posteriores (en 2017 y 2018)<sup>55</sup>, reiterando de forma resumida los argumentos de las Sentencias de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016 en el sentido siguiente:

1.- Las normas en materia de protección de la maternidad han de ser interpretadas a la luz del principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales, conforme a lo establecido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y al mandato del art. 39 de la Constitución, relativo a la protección de la familia y a la infancia, designio que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda exegética, así como de acuerdo a la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella (art. 3.1 CC).

2.- La suspensión de la relación laboral y el reconocimiento de la prestación por maternidad constituye un medio idóneo para preservar las especiales relaciones que median entre el padre/madre y el hijo durante el período posterior al nacimiento, por lo que esta situación ha de ser debidamente protegida en la misma forma que lo son la maternidad, la adopción y el acogimiento; con independencia de que la maternidad subrogada no figure como tal y de forma expresa en el elenco de situaciones previstas, pugnando 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 los menores.

3.- En todo caso, la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el art. 10 Ley 14/2006, no puede perjudicar la situación del menor.

En suma, frente a una interpretación meramente literal sustentada sobre la base de que la legislación vigente no contempla entre las situaciones protegidas que dan derecho a la prestación de maternidad los supuestos de gestación subrogada por estar prohibida, el Alto Tribunal, en aquellos casos en los que el contrato de gestación se había celebrado en un país donde se admite su legalidad y la filiación a favor de los comitentes ya había sido determinada a través de la correspondiente inscripción en el registro público, recurre a un criterio hermenéutico finalista que le lleva a razonar sobre el sentido último que justifica

<sup>54</sup> Entre otras, SSTSJ Islas Baleares 30 enero 2017 (rec. 398/2016), País Vasco 16 mayo 2017 (rec. 554/2017) o Castilla y León/Valladolid 20 julio 2017 (rec. 624/2017) y 7 febrero 2018 (rec. 1827/2017), Madrid 21 febrero 2018 (rec. 1039/2017) y Valencia 16 enero 2018 (rec. 3591/2016).

<sup>55</sup> SSTS 22 noviembre 2017 (rec. 1504/2016), 29 noviembre 2017 (rec. 1430/2016) 14 diciembre 2017 (rec. 2859/2016 y 2066/2016), 2 marzo 2018 (rec. 264/2017) y AATS, 13 marzo 2018 (rec. 2059/2016) o 22 marzo 2018 (rec. 2770/2016)

estas prestaciones, que no es otro que el de permitir el cuidado y atención al menor, interés que también se encuentra presente en los supuestos de maternidad subrogada<sup>56</sup>.

### 3.3. Los nuevos criterios del INSS (consultas número 26/2016 y 4/2017)

Con el fin de no desatender al menor, se ha entendido que estamos en presencia de un supuesto análogo al de la adopción o, al menos, parecido al del acogimiento, en el que existe renuncia de la madre biológica a la filiación, porque así se permite en el ordenamiento jurídico extranjero, y concurre un claro estado de necesidad, la preceptiva atención del niño, que, además, se ha revestido de principio jurídico fundamental en la materia<sup>57</sup>. Ciertamente es que la actual regulación legal (TRLGSS) y reglamentaria (Real Decreto 295/2009) omite la contemplación de estos supuestos, pero la Entidad Gestora ha tenido que admitir que no están cerrada como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección del menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral, máxime cuando el legislador utiliza el término maternidad sin acompañarlo de calificativo alguno, de lo cual cabe intuir un deseo implícito de ofrecer el mismo tratamiento jurídico a los supuestos de maternidad biológica y a aquellos en los que se accede a la condición maternal sin parto previo. Es más, aun cuando la interpretación filantrópica que pivota sobre la protección del interés del menor y de un estado real de necesidad se ha llevado a cabo exclusivamente en cuanto a la prestación por maternidad, nada impide su traslado al disfrute del derecho a la suspensión del contrato laboral por cuanto la fundamentación argumental es la misma<sup>58</sup>.

Para dar cumplimiento a la interpretación fijada en unificación de doctrina, en sus consultas núm. 26/2016, de 29 de diciembre, y 4/2017, de 30 de febrero, el INSS establece unos criterios uniformizadores a la hora de otorgar la prestación por maternidad subrogada en aquellos supuestos en los que el nacimiento ha tenido lugar en el extranjero con arreglo a la legalidad de dicho país y se ha practicado la inscripción de la filiación del hijo en el Registro Civil español.

En este sentido, distingue dos supuestos: Si existe resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional extranjero competente en la que se determina la filiación del nacido a favor del progenitor o progenitores comitentes y en esta resolución judicial se recoge el consentimiento libre y voluntario, así como la renuncia expresa a la filiación de la madre gestante, bastará con acreditar la inscripción de la filiación del hijo en el Registro civil español. Si, por el contrario, no existe una resolución judicial de este tipo y la filiación del hijo en el Registro civil se determina a favor de comitente y de la propia madre biológica, se deberá presentar documento debidamente legalizado en el que conste la renuncia expresa de la madre biológica al ejercicio de la patria potestad sobre el menor, al que se acompañará

<sup>56</sup> SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 205, 2018, pág. 93.

<sup>57</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, cit., pág. 96.

<sup>58</sup> PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: “Gestación por sustitución y prestación por maternidad (análisis de los nuevos criterios administrativos con ocasión de las SSTs de 25 de octubre y de 16 de noviembre)”, *Aranzadi Digital*, núm. 1, 2017 (BIB 2017/57), pág. 5.

traducción oficial si fuera necesario. Además, el interesado debe acreditar que dicha renuncia no es contraria al ordenamiento jurídico del país de origen del hijo<sup>59</sup>.

Las instrucciones vertidas, basadas en múltiples ejes, en unos casos se encuentran más próximas a los preceptos que regulan la adopción, mientras en otros se corresponden con los propios de la maternidad biológica<sup>60</sup>, a saber: 1) el convenio de gestación por sustitución ha de haberse realizado conforme a la legalidad del país en el que se suscribe; 2) debe concurrir la previa inscripción de la filiación del hijo en el registro civil español; 3) será beneficiario del subsidio el progenitor (independientemente de su sexo) que haya disfrutado del descanso o permiso laboral y reúna los requisitos necesarios (afiliación, alta y cotización), de modo que si hubiera dos progenitores comitentes y el período de descanso se hubiera distribuido a opción de ambos, los dos tendrán la condición de beneficiarios siempre que reúnan de forma independiente las exigencias para el disfrute de la prestación; 4) la prestación se entenderá lucrada en la fecha del nacimiento del hijo<sup>61</sup>; 5) la edad prevista en los apartados 1 y 2 del art. 5 Real Decreto 295/2009 a efectos de determinar el período mínimo de cotización (ninguno para los menores de 21 años, 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores o 180 días cotizados a lo largo de la vida laboral si tuviera entre 21 y 26 años o 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores o 360 días cotizados a lo largo de la vida laboral si tuviera más de 26 años) será la que tenga cumplida el beneficiario en la fecha de nacimiento del hijo, sin que pueda aplicarse la posibilidad de adelantar hasta cuatro semanas el inicio del descanso en los supuestos de adopción internacional para facilitar el traslado de los progenitores al país de origen del menor (art. 6.4 Real Decreto 295/2009); 6) se reconoce el subsidio especial por parto múltiple, al igual que debería reconocerse, aunque no se dice expresamente, la ampliación de dos semanas por discapacidad del hijo en un grado igual o superior al 33 por 100; 7) no es de aplicación el descanso obligatorio de las seis semanas posteriores al parto; 8) en caso de fallecimiento de alguno de los progenitores comitentes, el superviviente tendrá derecho al disfrute del subsidio del período de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima si cumple los requisitos; 9) se aplica la ampliación del período de descanso en caso de internamiento hospitalario del recién nacido (art. 8.9 Real Decreto 295/2009), debiendo aportar documento expedido por la institución clínica traducido oficialmente, de modo que podrá interrumpirse el disfrute del permiso de maternidad y la percepción del correspondiente subsidio, a petición del beneficiario, siendo posible reanudar el permiso a partir de la fecha del alta hospitalaria del menor, por el periodo que reste por disfrutar, sin olvidar que si la hospitalización tuviera una duración superior a siete días, se ampliará la extensión del permiso por maternidad en tantos días como el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, con un máximo de trece semanas adicionales; 10) no es posible la opción por el disfrute del otro progenitor derivada de la cesión de parte del descanso prevista en el art. 9 Real Decreto 295/2009, ni tampoco tiene aplicación el informe de la maternidad regulado en el art. 13 de la citada disposición reglamentaria, emitido por el médico del servicio público de salud en el que se acredite la

<sup>59</sup> DESDENTADO DAROCA, E.: “Nuevas perspectivas de la protección social de la maternidad subrogada”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2018, pág. 724.

<sup>60</sup> SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente”, cit., pág. 97.

<sup>61</sup> Así se había pronunciado la STSJ Castilla-La Mancha 27 mayo 2015 (rec. 1465/2014), que consideró que la fecha del hecho causante de la prestación no era la del regreso del progenitor a España, sino “la fecha en la que sobreviene la contingencia protegida, es decir, el nacimiento de los niños para cuya protección y cuidado (entre otros) reconoce la ley esta prestación”.

fecha probable del parto, cuando la trabajadora inicie el descanso con anterioridad a aquel, o el fallecimiento del hijo, tras la permanencia en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días, lapso exigido para el reconocimiento de la prestación de maternidad frente a la protección (menos beneficiosa) de la situación mediante incapacidad temporal de no alcanzarse; 11) en fin, respecto de la compatibilidad entre los subsidios por maternidad y paternidad, se distinguen tres situaciones<sup>62</sup>: a) cuando sólo está determinada la filiación de uno de los progenitores (o cuando, aunque figure también como progenitora la madre biológica, esta haya renunciado válidamente al ejercicio de la patria potestad), el progenitor comitente que disfrute el subsidio por maternidad no podrá también disfrutar del correspondiente por paternidad; b) cuando inicialmente la filiación solo conste a favor de un progenitor, si posteriormente adoptara al menor otra persona con la que aquel mantenga una relación conyugal o de afectividad análoga, este último no generará derecho a una nueva prestación por maternidad derivada de la adopción del menor (salvo que aún no hubieran transcurrido los plazos señalados para el disfrute compartido, aunque sí podrá disfrutar de la prestación por paternidad; c) cuando la filiación se determine a favor de los dos progenitores comitentes, será de aplicación lo previsto en el art. 23.3 Real Decreto 295/2009, a cuyo tenor en caso de disfrute compartido de los períodos de descanso o permiso de maternidad, la condición de beneficiario del subsidio por paternidad es compatible con la percepción del subsidio por maternidad siempre y cuando el beneficiario cumpla todos los requisitos exigidos.

Como puede comprobarse, más que de una mera respuesta a una consulta, se trata de una resolución de naturaleza cuasi reglamentaria sin ley previa<sup>63</sup>, lo cual vaticina futuras controversias que serán objeto de atención por los tribunales. A modo meramente ejemplificativo, cabe señalar que mientras el INSS ha entendido que la prestación se entenderá causada en la fecha del nacimiento del hijo y sitúa los efectos económicos del subsidio de maternidad “a partir del día de inicio del período de descanso o período correspondiente que coincidirá con la fecha de nacimiento del hijo por gestación por sustitución”, alguna sentencia de suplicación por el contrario, sitúa el hecho causante en la fecha de inscripción de la filiación en el registro civil español con el fin de salvar el inexorable efecto del art. 53 TRLGSS, a tenor del cual el derecho a la prestación quedaría sin contenido económico ante una posible demora en la solicitud, que podría superar los tres meses de retroactividad máxima prevista en la norma más las dieciséis semanas de percepción del subsidio<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Gestión por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente”, cit., pág. 101.

<sup>63</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, vol. 9, núm. 1, pág. 466.

<sup>64</sup> STSJ Canarias 4 noviembre 2016 (AS 2016, 1753), comentada por MORENO PUEYO, M.: “Maternidad subrogada y prestación de maternidad. Reconocimiento del derecho y efectos económicos del mismo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 2012, 2017, págs. 259 y ss.

#### **4. LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA PROTECTORA DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD Y LA SOLUCIÓN DE COMPROMISO FUNDADA EN LA SALVAGUARDA DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS HIJOS**

La interpretación extensiva que ha realizado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, posteriormente acogida por el INSS, se sustenta en la existencia en nuestro ordenamiento de un vacío legal, laguna que se ha integrado recurriendo a la analogía a partir de la consideración de que hay una identidad de razón entre determinadas situaciones e instituciones jurídicas, esto es, la maternidad subrogada y la maternidad, adopción y acogimiento que protege la legislación de Seguridad Social, cual es la tutela del menor, la atención de sus necesidades afectivas y de cuidados y su integración en el núcleo familiar.

Cuando únicamente se atendía al hecho biológico del parto era evidente que la finalidad de la prestación por maternidad radicaba prioritariamente en la recuperación física y psíquica de la madre en el puerperio, pero la ampliación a circunstancias en las que no ha existido alumbramiento propiamente dicho (adopción o acogimiento), permite apreciar cómo el centro de gravedad se desplaza desde la tutela de la gestante hacia la atención del hijo. Ello sin olvidar cómo incide en esta misma idea la posibilidad de ceder parte del disfrute de la prestación por maternidad al otro progenitor (hasta diez semanas). En definitiva, en la evolución jurídica de la maternidad, la protección de la salud de la madre, que se limita a los supuestos de parto, ha pasado a un segundo plano, siendo el cuidado del hijo la principal hipótesis garantizada en la regulación vigente.

La ausencia de equiparación entre la gestación subrogada y los supuestos que dan lugar al percibo de la prestación por maternidad situaría a los menores en una posición que se puede calificar de imposible, pues la madre biológica ha rechazado voluntariamente llevar a cabo cualquier tipo de atención del menor y el sujeto o sujetos que la han asumido, también voluntariamente, no pueden ejercerla en plenitud porque carecerían de los derechos sociales necesarios para ello, debiendo afrontar los gastos para que terceras personas asuman estas labores durante el desarrollo de su actividad profesional o bien cesar, temporal o definitivamente, en esta última<sup>65</sup>.

Por tanto, la necesidad derivada de la situación de hecho generada por una maternidad intencional es idéntica a los casos contemplados en la legislación de la Seguridad Social, aun cuando la filiación tenga por origen un acto ilícito según la normativa civil interna. Si la filiación se genera por la convalidación internacional de la inscripción registral producida por medio de la gestación subrogada, la respuesta del sistema socio-laboral ha de ser la cobertura protectora, de suerte que esta resolución extranjera, tal y como ha reconocido la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, estaría amparada por lo dispuesto en el art. 2.2 del Real Decreto 295/2009, en virtud del cual se consideran equiparadas a la adopción o acogimiento 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”.

<sup>65</sup> CERVILLA GARZÓN, M.J.: “El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 188, 2016, BIB 2016/3183.

Una interpretación distinta de la extensiva no sólo dejaría sin amparo a los progenitores subrogantes, sino lo que es peor aún, al menor nacido de un vientre de alquiler<sup>66</sup>, vulnerando lo previsto en el art. 39.2 CE, que reconoce el principio de igualdad de los hijos ante la ley con independencia de la filiación, máxime cuando recientemente se ha modificado el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, para significar expresamente y de manera contundente y categórica que “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito privado como en el público... (de forma que) en aplicación de la presente Ley y demás normas que les afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los tribunales u órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”<sup>67</sup>.

Teniendo en cuenta que lo que prohíbe la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de reproducción humana asistida, es prestar consentimiento en España para la formalización de un contrato de gestación por sustitución, pero no el acceso al registro civil español de la filiación resultante de tal contrato (que es una consecuencia última y periférica del mismo)<sup>68</sup>; y tomando en consideración además que privar de la filiación a los menores implicaría una vulneración del interés de los mismos, en la medida en que les dejaría desprotegidos jurídicamente y supondría un atentado a su derecho a una identidad única, proclamada por los textos internacionales, la consecuencia inevitable es que el argumento de la protección del interés superior del menor debe servir de fundamento al acceso a las prestaciones cuestionadas por parte de los progenitores intencionales, pues resulta indudable que los subsidios de maternidad tienden a proteger no sólo un estado de necesidad por exceso de gastos o ausencia de ingresos, sino también y sobre todo al propio recién nacido. De hecho, la ampliación de la prestación a maternidades en las que no ha existido alumbramiento propiamente dicho de la madre que va a disfrutar de la prestación de maternidad, esto es, la adopción o acogimiento, permite apreciar cómo el centro de gravedad se desplaza desde la protección de la madre hacia la atención del menor. En otros términos, como con acierto se ha afirmado en vía judicial, el hecho causante en la maternidad biológica y el bien jurídico a tutelar es la “protección de la salud de la trabajadora que ha dado a luz, recuperándose físicamente del hecho del alumbramiento” y de sus secuelas relevantes, pero este hecho causante se contrapone a “los supuestos de adopción y acogimiento, en los que el bien jurídico prevalente es la inserción laboral, robusteciendo los vínculos de afectividad entre los padres no biológicos y el hijo, que no siempre será recién nacido”<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, M.B.: “La renovada tutela social de la maternidad en el marco de los derechos de conciliación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 43, 2016, pág. 23.

<sup>67</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, cit., págs. 82-83.

<sup>68</sup> Sobre sus consecuencias resulta útil la lectura de VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil Español”, *La Ley*, núm. 8279, de 26 de marzo de 2014 o CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CALVO CARAVACA, A.L.: “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, núm. 2, 2015, págs. 45 y ss.

<sup>69</sup> STSJ Madrid 26 febrero 2003 (rec. 5236/2002).

No cabe duda que el otorgamiento del derecho a la prestación de maternidad por adopción o acogimiento se fundamenta en una mera “relación factual”<sup>70</sup> entre los padres intencionales y el niño, protocolizada o solemnizada burocráticamente, que es el hecho causante. Y en nada se diferencia de la situación real y protocolizada en el país de nacimiento de los niños mediante los trámites administrativos y judiciales correspondientes en los supuestos de gestación por sustitución. Son dos circunstancias muy similares si bien en una de ellas la legislación sí regula la consecuencia y en la otra no. Por ello, una interpretación negadora de la prestación crea una diferencia radical (e inadmisibles) en la solución que se da en el supuesto de maternidad subrogada, que no encuentra justificación ni desde el punto de vista de los sujetos beneficiarios de la prestación, ni desde el punto de vista del bien jurídico protegido<sup>71</sup>.

En parecidos términos, aunque la maternidad derivada de la condición de progenitor inscrito como tal en el registro civil en virtud de una gestación subrogada no está contemplada en el TRLGSS ni, en consecuencia, desarrollada en el Real Decreto 295/2009, los supuestos guardan enorme semejanza, en tanto en cuanto la posición que ocupan los progenitores en uno y otro supuesto respecto del nacido, adoptado o acogido es la misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en la que están inmersos<sup>72</sup>. Es más, como ha reconocido el propio Tribunal Supremo, no es posible entender que realmente el legislador no quiera reconocer el derecho, dado que no hay exclusión alguna al respecto, de forma que es admisible inferir “que se está en presencia de una laguna legal, y la identidad de razón concurre desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por un título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber inscrito en el registro civil la filiación” entre el menor y quien reclama la prestación.

A partir de tal premisa, la búsqueda del bien jurídico protegido debe servir como canon hermenéutico en aquellos supuestos en que técnicamente puedan surgir discrepancias en la interpretación de los textos legales. Si, como ya consta, el bien jurídico protegido por las prestaciones de maternidad es prioritariamente la atención al nuevo miembro de la familia, necesitado de cuidados singulares dada su vulnerabilidad biológica y las perspectivas de integración en el nuevo núcleo familiar, no cabe duda de que en supuestos de maternidad subrogada sí existe la situación de necesidad, por lo que puede abogarse por una “solución de compromiso”<sup>73</sup> y por una interpretación favorecedora de la concesión de las

<sup>70</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, *Revista Derecho de la Seguridad Social*, cit., págs. 84-85.

<sup>71</sup> En atención al superior interés del menor debe favorecerse una interpretación que permita otorgar la prestación. En tales términos, entre otros, CORDERO GORDILLO, V.: “La prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución”, *Trabajo y Derecho*, núm. 7-8, 2015, 4687/2015.

<sup>72</sup> STSJ Madrid 8 octubre 2012 (rec. 1875/2012). BORRAJO DACRUZ, E.: “Gestación por sustitución y prestación por maternidad”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2013, pág. 243 o VARELA AUTRÁN, B.: “La protección de la maternidad no biológica”, *Aranzadi Social*, núm. 6, 2013, BIB 2013/695.

<sup>73</sup> En terminología de SELMA PENALVA, A.: “Vientres de alquiler y prestaciones por maternidad”, cit., pág. 241, pues en realidad se está aplicando la misma respuesta ante aquellas situaciones en las que se desencadena un episodio de maternidad biológica, en el que ante el “desconocimiento de la identidad del padre”, nunca se ha dudado de que es este único progenitor conocido (la madre) el sujeto que ha de disfrutar de la prestación por maternidad. La STSJ Madrid 23 diciembre 2014 (rec. 497/2014) concede la prestación de maternidad en un supuesto de maternidad subrogada entendiendo que se está ante una situación análoga a la de maternidad monoparental. Un comentario a la misma en HERRANZ HERGUEDAS, M.: “Derecho del padre a la prestación de (...)”

prestaciones si se dan los demás requisitos exigidos por la norma, argumentación avalada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuando nova el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en el bien entendido sentido de que las prestaciones de maternidad conciernen a los menores en la medida en que son instrumentos jurídicos destinados a favorecer su atención y tutela, por lo cual es posible deducir de dicho precepto un principio general de protección del menor en todas las instituciones jurídicas, entre ellas lógicamente, las relacionadas con la Seguridad Social. La dificultad en concretar la filiación del menor no debe perjudicarle en otros ámbitos tutelares.

En definitiva, que no exista una filiación concretada no tiene que ser argumento para negar la concesión de las referidas prestaciones de Seguridad Social, pues la maternidad por subrogación conlleva las especiales relaciones entre “la madre, el padre y el hijo”, durante el período posterior al nacimiento del menor, que han de ser debidamente protegidas.

En fin, si no se reconociera el derecho a la prestación por maternidad en los supuestos de filiación a través de gestación subrogada por la vía del reconocimiento de documento extranjero se estaría dando pie a importantes supuestos de desprotección del menor y, con ello, mayores atentados contra el orden público que los que con una interpretación estricta se intentarían evitar<sup>74</sup>.

## **5. CONCLUSIÓN. HACIA UNA PRUDENTE INTEVENCIÓN LEGISLATIVA SOBRE UNA SITUACIÓN ADMITIDA POR LA VÍA DE LOS HECHOS CAPAZ DE EVITAR EFECTOS COLATERALES INDESEADOS**

La reconocida similitud, por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y posteriormente por el propio INSS, permitiría integrar una laguna legal por la identidad de razón que se ofrece desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber sido inscrita en el registro civil la filiación entre el menor y quien reclama la prestación<sup>75</sup>.

La situación creada a raíz de la jurisprudencia social dictada sobre esta materia y su asunción por la Entidad Gestora al reconocer el derecho al subsidio por maternidad con cargo a la Seguridad Social española en los supuestos de hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero da sobradas muestras de la magnitud del problema, no en vano la maternidad por subrogación ha irrumpido como fenómeno social con diferente grado de encaje dentro de los distintos ordenamientos jurídicos comparados, haciendo tambalear conceptos como el orden público e intereses

---

maternidad: gestación por sustitución”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 178, 2015, BIB 2015/4135.

<sup>74</sup> SELMA PENALVA, A.: “Nuevas posiciones en torno a la maternidad subrogada”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172, 2015, pág. 303.

<sup>75</sup> STSJ Cataluña 9 marzo 2015 (AS 2015, 954).

confluyentes: por una parte, el del menor, y, por otra, la protección de la mujer respecto a la mercantilización de su cuerpo y su organismo reproductor<sup>76</sup>.

Dada la magnitud del foco de conflictividad generado, la maternidad por subrogación, como fenómeno familiar en expansión admitido desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, debe ser afrontado por el legislador desde una posición constructiva, basada en la conexión entre gestación intencional y libre desarrollo de la personalidad, reconociendo los mismos derechos de conciliación que para el resto de progenitores con independencia de la vía por la que han conseguido serlo y optando por la aplicación de aquellas previsiones que sean más beneficiosas para el menor, máxime cuando la Conferencia Internacional de la Haya de Derecho Internacional Privado de 10 de marzo de 2012 mantiene una postura favorable al reconocimiento de las resoluciones extranjeras que declaran situaciones de maternidad subrogada por los Estados en los que se pretenda su eficacia aunque la regulación legal no la autorice o, incluso, la prohíba. Con ello se evitaría eludir una prohibición nacional como la actual, que es burlada por quienes tienen recursos económicos para asumir largos desplazamientos y estancias en Estados que permiten este tipo de gestaciones en perjuicio de la libertad de procreación de aquellas personas que ocupan una posición de mayor debilidad pecuniaria (turismo reproductivo)<sup>77</sup>.

La prohibición de este tipo de contratos en el ordenamiento jurídico español y la admisión, sin embargo, de la inscripción en el registro civil de la filiación resultante, determinada en el extranjero a favor de los padres intencionales, conduce a la aceptación, de facto, del contrato vetado bajo una argumentación tuitiva del interés del menor pero consecuencia de una indeseable disfunción en el sistema que debe ser abordada por el legislador y regulada ponderando los intereses en juego, poniendo especial atención en la no concurrencia de vicios en el consentimiento y en garantizar que se proporcione la información necesaria a la mujer gestante sobre las consecuencias de su elección<sup>78</sup> y contando siempre con las necesarias condiciones sanitarias que garanticen la salud de la madre o del feto.

La apertura del elenco de supuestos protegidos deberá tener en cuenta que la posición de los progenitores en los casos de maternidad subrogada es similar a la que, también como progenitores, ocupan aquéllos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento e interpretar las normas sobre prestaciones de maternidad no solo a la luz de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella (art. 3.1 CC), sino, muy especialmente, a la vista del tenor de otros preceptos. En este contexto, y parafraseando la opinión mayoritaria de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el hecho de 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

<sup>76</sup> LLORENS ESPADA, J.: “Nuevos retos de las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad y paternidad”, *Lan Harremanak*, núm. 38, 2017, pág. 138.

<sup>77</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 399, 2016, pág. 204.

<sup>78</sup> POLO GARCÍA, S.: “¿Gestación subrogada o vientre de alquiler?”, *Revista de Jurisprudencia. El Derecho*, mayo 2017.

vean mermados sus derechos, pues 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.

Otra cosa es que deviene necesario evitar un peligroso efecto colateral: la posible existencia “granjas de mujeres” o “de mujeres a la carta”, sin recursos y desesperadas, dispuestas a arriesgar su vida y su salud física y mental, para sobrevivir gestando el hijo de otros. Esta deplorable realidad ha sido alertada por el propio Parlamento Europeo que ha condenado expresamente este tipo de prácticas por Resolución de 17 de diciembre de 2015 por el ataque que suponen a la dignidad de la mujer permitiendo la mercantilización de su cuerpo y de su función reproductiva, sobre todo teniendo en cuenta la especial incidencia que pueden tener en las mujeres más vulnerables de países en desarrollo, idea que sostiene igualmente el Comité de Bioética de España en el informe de 16 de mayo de 2017 y con mayor contundencia el Informe Anual de Derechos Humanos y Democracia en el Mundo de 30 de noviembre de 2015.

También es necesario soslayar una doble desigualdad que surge de la maternidad subrogada: de un lado, entre los hijos adoptados y los hijos gestados por subrogación, pues únicamente los primeros tienen garantizada la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad (arts. 175 y 176 CC y 10 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional) y tienen derecho además a conocer sus orígenes biológicos (arts. 180.6 CC y 12 Ley 54/2007); de otro, entre la madre gestante que entrega el bebé a unos padres intencionales y la madre biológica que entrega su hijo en adopción, no en vano la primera renuncia a la patria potestad antes de la concepción del niño, sin posibilidad de arrepentimiento posterior, mientras el asentimiento de la madre biológica a la adopción de su hijo no se puede prestar hasta transcurridas seis semanas desde el parto (art. 177.2 CC en la redacción dada por la Ley 26/2015)<sup>79</sup>.

Pese a la existencia de sólidos argumentos en contra<sup>80</sup>, es necesario buscar *de lege ferenda* un equilibrio que garantice la dignidad de la madre gestante, los intereses de los menores nacidos fruto de estas prácticas y el deseo de ser padres de los sujetos comitentes, procediendo a una reflexionada regulación (tras el oportuno debate parlamentario que tenga en cuenta las consideraciones morales y éticas de la figura) de un “convenio de gestación por encargo” con el casuismo necesario para evitar abusos y el reconocimiento legal de la situación con las debidas garantías para los contratantes, la gestante y para los menores<sup>81</sup>.

O, por lo menos y por lo que aquí interesa, conviene configurar *ex novo* por el legislador el régimen jurídico de la prestación por maternidad eliminando el sesgo de género que todavía se mantiene en algunos aspectos con el fin de proteger también la técnica de la gestación por sustitución con los límites pertinentes, pues permite ser madres a quienes no gestan pero aportan sus células reproductoras (o no) y padres a quienes facilitan sus gametos

<sup>79</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada”, cit., pág. 35.

<sup>80</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J.: “¿En serio? Yo alucino con el comité: a propósito del Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 19 de mayo de 2017”, *Diario La Ley*, núm. 9035, 2017. O Informe Anual de Derechos Humanos y Democracia en el Mundo 2014, de 30 de noviembre de 2015, 2015/2229 (INI).

<sup>81</sup> En tales términos, VELA SÁNCHEZ, A.J.: “A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *La Ley*, núm. 8600, de 8 de septiembre de 2015.

(o no) y conciban o no con los óvulos de la madre de alquiler, quien renuncia desde el momento mismo de la gestación a toda vinculación con el menor que está gestando atribuyendo así la categoría de madre/padre a quien suscribió el contrato, sin olvidar corregir también el tenor del art. 60 TRLGSS que reconoce el complemento por maternidad para las pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente y viudedad, ceñido en la actualidad al nacimiento de hijos biológicos o adoptados<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> VICENTE PALACIO, A.: “Cambios sociales y prestación económica de maternidad (sobre la maternidad subrogada)”, cit., pág. 141.

# La incapacidad temporal de los empleados públicos en el régimen general de la seguridad social y el mutualismo administrativo: régimen retributivo y negociación colectiva

## Temporary incapacity of public employees in the general system of social security and state-subsidised insurance: remuneration system and collective bargaining

INMACULADA MARÍN ALONSO

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

### Resumen

Este estudio tiene por objeto determinar el nuevo papel y alcance de la negociación colectiva en la fijación de complementos retributivos por incapacidad temporal del personal laboral y funcionario incluido en el Régimen General de la Seguridad Social y del personal funcionario adscrito a los Regímenes Mutualistas de Seguridad Social tras la Ley 6/2018, de PGE para 2018.

### Abstract

The purpose of this paper is to define the new role and scope of collective bargaining when setting remuneration supplements for the temporary incapacity of employees and civil servants included in the general social security system and of personnel assigned to state-subsidised social security systems in the light of Law 6/2018 on the General State Budgets for 2018.

### Palabras clave

complementos retributivos; mejoras voluntarias; incapacidad temporal; negociación colectiva

### Keywords

Remuneration supplements; voluntary improvements; temporary incapacity; collective bargaining

## 1. INTRODUCCIÓN

La reciente Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, establece un nuevo marco normativo para el régimen de la incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas. La Disposición Adicional quincuagésima cuarta de la misma libera a esta figura de algunas de las restricciones que padecía hasta el momento por el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad<sup>1</sup>. Pero la novedad que introduce la Ley 6/2018 no radica únicamente en permitir alcanzar a los empleados públicos el cien por cien de los complementos retributivos en materia de incapacidad temporal por contingencias comunes, sino en establecer que dicha mejora debe hacerse a través de la contratación colectiva para casi todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas, es decir, con independencia de la naturaleza jurídica de su vínculo o de su adscripción a un concreto régimen de Seguridad Social. La negociación colectiva es, de tal modo, la protagonista en materia de incapacidad temporal en el empleo público, alzándose nuevamente como el instrumento que mejor facilita la convergencia de

<sup>1</sup> BOE nº 168, de 14 de julio.

condiciones de trabajo entre los servidores públicos pese al reducido papel que dicho derecho ha desempeñado en los últimos años.

## **2. LAS RESTRICCIONES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL A PARTIR DE 2012**

El Real Decreto Ley 20/2012, fruto de la crisis económica padecida en nuestro país desde 2008 y de la necesidad de reducir el déficit público, estableció diversas medidas de calado para los derechos laborales de los empleados públicos, entre ellas la prohibición de mejorar mediante negociación colectiva la retribución a percibir durante la situación de incapacidad temporal. La Disposición Final Cuarta del RD Ley otorgó a dicha previsión el carácter de normativa básica del Estado, integrándose, en consecuencia, entre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas<sup>2</sup>.

La norma de urgencia de 2012 estableció para todas las Administraciones Públicas un nuevo nivel máximo de prestación económica a percibir por los empleados públicos ante la enfermedad o accidente en caso de contingencias comunes, dejando que cada Administración Pública, a través de la negociación colectiva pudiera alcanzar el tope máximo de prestación permitido en la ley; no obstante, en el caso del personal gestionado por las Mutualidades Administrativas, dicha norma estableció directamente la limitación retributiva del mismo con carácter imperativo, sin dar entrada a la participación de los representante colectivos de los empleados a través de la negociación colectiva. Esta diferenciación se justificaba en el hecho de que algunos colectivos integrados en las Mutualidades no tenían reconocido tal derecho –ni en el EBEP ni en su normativa específica–, así como tampoco el derecho a complementos retributivos por incapacidad temporal en su normativa de seguridad social.

De tal manera, se redujo, por un lado, la posibilidad de establecer mediante la contratación colectiva complementos retributivos para el personal laboral y funcionarial incluidos en el Régimen General de Seguridad Social y, paralelamente, por otro lado, se limitó por ley la cuantía retributiva que por incapacidad temporal percibiría el personal funcionario gestionado por las Mutualidades Administrativas. Esta situación generó situaciones de notable desigualdad entre el personal de las Administraciones Públicas pues, para unos, se podía o no mejorar voluntariamente, mediante negociación colectiva, la prestación de incapacidad temporal hasta alcanzar los nuevos topes legales según la particular situación económica de cada Administración empleadora y su disponibilidad para ello, mientras que, para otros, se descartaba la posibilidad de negociación colectiva en la materia y se determinaba directamente mediante norma la reducción de las cuantías a percibir por incapacidad temporal según los nuevos topes marcados.

Con carácter general, la limitación retributiva establecida por el RD Ley 20/2012 no se dirigía a la cuantía del subsidio establecido en la regulación correspondiente de la situación

<sup>2</sup> Para alcanzar la estabilidad presupuestaria, las Administraciones Públicas Autonómicas debían efectuar la adaptación al RD Ley 20/2012, dentro de su autonomía, en un plazo de 3 meses. Al respecto puede verse, por ejemplo, en Andalucía, la Ley 3/2012, de 21 de septiembre (BOJA 1 de octubre de 2012); en Galicia, la Ley 9/2012, de 3 de agosto (DOG 9 de agosto); en las Islas Baleares, el Decreto-ley 10/2012, de 13 de agosto (BOIB 1 de septiembre); en Cataluña, el Decreto-ley 2/2012, de 25 de septiembre (BOGC de 27 de septiembre); en la Comunidad Valenciana, el Decreto Ley 6/2012, de 28 de septiembre (DOGV de 1 de octubre); o, en Canarias, la Ley 8/2012, de 27 de diciembre y Orden de 30 de enero de 2013 –BOC de 4 de febrero de 2013).

de incapacidad temporal sino, en realidad, al hipotético complemento económico de la misma que, pese a ser voluntario, suponía un plus de protección sobre la cobertura pública de incapacidad temporal y un coste elevado para el empleador público (se calcula sobre las retribuciones percibidas por los empleados públicos en el mes anterior a causar la baja por IT y no sobre la base reguladora de la incapacidad temporal). Respecto del personal gestionado por mutualidades administrativas, la ley simplemente limitó la retribución por incapacidad temporal antes de acceder al subsidio por dicha causa, es decir, durante los tres primeros meses de baja. Dicha medida intentó equiparar, sin éxito, las reducciones retributivas de todos los empleados públicos e igualar los derechos de los mismos pese a los diferentes regímenes de seguridad social que les daban cobertura.

En todo caso, el límite marcado en su momento por el RD Ley 20/2012 no podía ser superado ni por los convenios o pactos colectivos laborales ni por los acuerdos o pactos funcionariales pues el ámbito subjetivo de aplicación se extendía tanto al personal laboral como al funcionario (art. 9), procediéndose a la suspensión inmediata de la regulación convencional que contradijera lo dispuesto en la misma. La inaplicación sobrevenida de lo pactado sobre complementos por incapacidad temporal se produjo inmediatamente en aplicación del principio de jerarquía normativa, sin necesidad de que las concretas Administraciones Públicas adoptaran un acuerdo expreso para hacer efectivo el nuevo régimen de la prestación complementaria de la incapacidad temporal.

La práctica negociada subsiguiente se encontró topada inmediatamente por el límite marcado en la ley, limitándose en su caso a intentar alcanzar el máximo retributivo permitido y a extender en lo posible los supuestos que, excepcionalmente, justificaban el mantenimiento del complemento por incapacidad temporal hasta alcanzar el 100% de las retribuciones percibidas por el empleado público (v. gr. hospitalización o intervención quirúrgica).

La Administración del Estado, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 9.5 del RDL 20/2012<sup>3</sup>, añadió para su personal, cualquiera que fuera su relación jurídica –laboral o funcionario–, y cualquiera que fuera su régimen de seguridad social –general o especial–, nuevos supuestos excepcionales que permitían alcanzar el 100% de la retribución por IT derivada de contingencias comunes<sup>4</sup> (v.gr. tratamientos de quimioterapia y radioterapia), a la

<sup>3</sup> El art. 9.5 del RD Ley 20/2012 dispone que “cada Administración Pública podrá determinar, respecto a su personal, los supuestos en que con carácter excepcional y debidamente justificados se pueda establecer un complemento hasta alcanzar, como máximo, el cien por cien de las retribuciones que vinieran disfrutando en cada momento. A estos efectos, se considerarán en todo caso debidamente justificados los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica”.

<sup>4</sup> Véase la Instrucción Conjunta de las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de presupuestos y gastos por la que se dispone dar cumplimiento a las previsiones del RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en relación con la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración del Estado de 15 de octubre de 2012. Según el ámbito de aplicación de esta Instrucción del Ministerio de Hacienda se aplica también al personal de las Fuerzas Armadas con las especialidades que se puedan establecer. Por otro lado, para los funcionarios gestionados por la Mutualidad de la Administración de Justicia, el Acuerdo de 12 de junio de 2013 (BOE 21 de junio) por el que se aprobó la Instrucción 1/2013 de retribuciones en supuestos de incapacidad temporal por contingencias comunes, estableció, en el marco de la Carrera Judicial, los supuestos excepcionales en los que permite el complemento de IT al 100 % de las retribuciones pero sólo durante los primeros 20 días de licencia por enfermedad derivada de contingencias comunes. Sobre este ámbito puede verse la STS de 5 de septiembre de 2013.

vez que, paralelamente, al objeto de paliar las consecuencias negativas que para los empleados públicos representó la limitación mencionada, algunas Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, haciendo uso de la permisividad establecida en el RD Ley 20/2012, fijaron el complemento del cien por cien en relación con las enfermedades graves recogidas en el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, haciendo con ello innecesaria la intervención de la negociación colectiva (v. gr. la Comunidad Autónoma de Andalucía<sup>5</sup>, Aragón<sup>6</sup> o Cataluña<sup>7</sup>)<sup>8</sup>.

La restricción a la percepción económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes pretendía conseguir dos objetivos fundamentales: por un lado, luchar contra el absentismo laboral –que en el sector público siempre ha tenido tasas más elevadas que en el sector privado– y, por otro, evitar posibles fraudes que perjudicasen la productividad y aumentasen el gasto público en prestaciones sociales, farmacéuticas y sanitarias<sup>9</sup>. El constante intento del legislador de erradicar los abusos y el fraude de la contingencia protegida por la incapacidad temporal y, por consiguiente, paliar el absentismo injustificado, se fundamenta en la idea de que los complementos por incapacidad temporal suponen una práctica desincentivadora del trabajo, suposición que no se produce, en cambio, cuando la situación de incapacidad temporal deriva de accidente de trabajo, enfermedad

<sup>5</sup> El art. 14 de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía dispone que: “1.ª Se abonará el 100 % del complemento por incapacidad temporal en los supuestos en los que la incapacidad temporal se origine por contingencias profesionales y por contingencias comunes que generen hospitalización o intervención quirúrgica. Asimismo, se percibirá el 100 % de este complemento en el caso de enfermedad grave dentro de los supuestos que establece el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave [...]”.

<sup>6</sup> El art. 9 de la Ley 7/2012, de 4 de octubre, de medidas extraordinarias en el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para garantizar la estabilidad presupuestaria señaló que “La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón determinará respecto a su personal los supuestos en que con carácter excepcional y debidamente justificado el complemento pueda alcanzar durante todo el periodo de duración de la incapacidad el cien por cien de las retribuciones que vinieran disfrutando en cada momento. A estos efectos, se considerarán en todo caso debidamente justificados los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica”. Conforme a ello, el art. Cuarto 2 de la Instrucción de 10 de octubre de 2012, de la Dirección General de Función Pública y Calidad de servicios por la que se aprueban criterios de gestión sobre medidas en materia de complementos por incapacidad temporal (BOA nº 199 de 11 de octubre de 2012) dispone que “A los efectos de esta Instrucción se entenderán por enfermedad grave las incluidas en el Anexo I Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y aquellas que así determine el facultativo médico responsable. Con objeto de incorporar otras patologías que, siendo inhabilitantes para el trabajo, revistan una especial gravedad, se constituirá al efecto una ponencia técnica, compuesta por representantes de la Administración, las organizaciones sindicales y facultativos médicos especializados”.

<sup>7</sup> Véase el Decreto-ley 6/2017, de 24 de octubre, sobre el régimen de mejoras de la prestación económica de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración de Justicia en Cataluña (DOGC nº 7482 de 26 de octubre de 2017).

<sup>8</sup> En lo que respecta a bajas por embarazo, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, violencia de género o enfermedades graves sin hospitalización, todas las Administraciones territoriales han fijado el complemento del cien por cien.

<sup>9</sup> Han sido numerosas las leyes que han afectado a lo largo de los años a la incapacidad temporal como puede comprobarse, entre otras, en el RDL 5/1992, de 21 de julio, de medidas presupuestarias urgentes; la Ley 42/1994, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social; la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en materia de Seguridad Social y el RD 1430/2009, de 11 de septiembre; la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010; la Ley 35/2010, de 17 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; la Ley 3/2012, de 13 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y el RD Ley 20/2012, de 13 de julio.

profesional o períodos de observación. Es más, en la lucha contra el absentismo ocupa un lugar destacado la regulación introducida por la Disposición Adicional Trigésima de la Ley 17/2012, de PGE para 2013, conforme a la cual la ausencia al trabajo por causa de enfermedad o accidente que no dé lugar a una situación de incapacidad temporal comportará, en los términos y condiciones que establezca cada Administración Pública “la aplicación del descuento en nómina previsto para la incapacidad temporal”<sup>10</sup>.

La consecuencia directa de la preocupación anterior y de la necesidad del alcanzar la estabilidad presupuestaria de la Administración Pública fue dejar sin efecto el complemento retributivo que mejoraba la prestación obligatoria en caso de incapacidad temporal cuando excediera de los límites marcados legalmente, deviniendo nulos aquellos productos convencionales que contravinieran lo dispuesto en la norma básica. La única posibilidad de intervención de la negociación colectiva en situación de incapacidad temporal se reducía, en su caso, al establecimiento de una regulación más gravosa para los empleados públicos en relación con los topes a la prestación marcados por la ley<sup>11</sup>.

Este empeoramiento del derecho a complementar las prestaciones públicas de Seguridad Social se articuló mediante ley –al igual que sucedió con la regulación a la baja de numerosas condiciones de trabajo en el empleo público– y, además, se redujo considerablemente el espacio para la negociación colectiva, otorgándole un carácter meramente peyorativo respecto de lo dispuesto en la ley. No debemos olvidar que uno de los

<sup>10</sup> En estos casos, la ausencia al trabajo de personal laboral o funcionario incluidos en el RGSS genera la aplicación de un descuento en nómina del 50 % si el trabajador no acude a su puesto de trabajo durante más de cuatro días a lo largo del año natural (de los que tres pueden ser consecutivos); igual sanción se impone en caso de que se incumplan las obligaciones de presentar el parte de baja. Véase la Orden HAP/2802/2012, de 28 de diciembre, por la que se desarrolla para la Administración del Estado y los organismos y entidades de derecho público dependientes de la misma, lo previsto en la disposición adicional trigésima octava de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, en materia de ausencias por enfermedad o accidente que no den lugar a incapacidad temporal. En la misma dirección, la Resolución de 28 de diciembre de la Secretaría de Estado de las Administraciones Públicas de 2012 (BOE nº 313 de 29 de diciembre) señala en su art. 11.4 que “en los casos de ausencia durante la totalidad de la jornada diaria por causa de enfermedad o accidente sin que se haya expedido parte médico de baja, deberá darse aviso de esta circunstancia al superior jerárquico de manera inmediata y comportará, en su caso, la reducción de retribuciones prevista en la regulación aplicable a las ausencias al trabajo por causa de enfermedad o accidente que no dé lugar a una situación de incapacidad temporal. En todo caso, una vez reincorporado el empleado público a su puesto, deberá justificar de manera inmediata la concurrencia de la causa de enfermedad”. En la Comunidad Autónoma Andaluza puede verse la Instrucción de 15 de marzo de 2013 de la Junta de Andalucía.

<sup>11</sup> Conforme a la exposición de motivos del RD Ley 20/2012 “Se modifica el régimen retributivo del personal incluido en el Régimen General de la Seguridad Social o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar durante la situación de incapacidad temporal, sin perjuicio de que se establece un mandato dirigido a las Administraciones Públicas a adoptar medidas para reducir el absentismo de su personal. Así, cada Administración Pública determinará, respecto del personal a su servicio, los complementos retributivos que en concepto de mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social corresponda en las situaciones de incapacidad temporal. En todo caso, cuando se trate de una incapacidad temporal por contingencias comunes, durante los tres primeros días, tanto para el personal funcionario incluido en el Régimen General de la Seguridad Social como para el personal laboral, el complemento retributivo que con carácter de mejora voluntaria se pueda establecer no podrá superar el cincuenta por ciento de las retribuciones. Asimismo, desde el cuarto día de la situación de incapacidad temporal por contingencias comunes y hasta el vigésimo, ambos inclusive, el complemento retributivo que con carácter de mejora voluntaria se pueda establecer no podrá superar el setenta y cinco por ciento de las retribuciones. En estos mismos términos se modula la plenitud retributiva de la prestación económica del personal integrado en el Régimen de Funcionarios Civiles del Estado y el personal integrado en el régimen especial de seguridad social de las fuerzas armadas, en caso de incapacidad temporal”.

objetivos principales del RD Ley 20/2012 se centró, por un lado, en reducir o eliminar para todas las Administraciones Públicas –territoriales e institucionales– el principio de suplementariedad en materia de condiciones de trabajo, siendo la regulación legal indisponible y la única aplicable, y, por otro lado, en implementar en el ámbito público el principio de supletividad imperfecto, no desconocido en otros países de nuestro entorno jurídico, que permite a la negociación colectiva empeorar –y no mejorar– lo dispuesto en la ley<sup>12</sup> puesto que ésta representa el tope máximo. No cabe duda que la reforma de 2012 asentó cambios estructurales en el empleo público que tuvieron como resultado devaluar las condiciones de trabajo de los empleados públicos funcionariales y laborales, más allá de establecer para estos últimos otras medidas destinadas a flexibilizar la relación interna de trabajo y a facilitar el despido por causas económicas, técnicas u organizativas<sup>13</sup>. La imposición estricta de la ley sobre la negociación colectiva laboral, en paralelo a la negociación colectiva funcionarial en determinadas materias, y el endeble papel de la contratación colectiva en el sector público tras la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la posibilidad de incumplir lo pactado por apreciación exclusiva de la propia Administración Pública –véase el art. 32 del EBEP tras la redacción dada al mismo por el RDL 20/2012, en sintonía con el art. 38 del EBEP para los funcionarios públicos– se convirtieron, definitivamente, en el ejemplo palpable del retroceso que sufrió el sistema de relaciones laborales en el empleo público de nuestro país.

En todo caso, respecto a la limitación legal sobre los complementos de incapacidad temporal en la Administración Pública se advierte positivamente el intento de homogeneizar las condiciones de trabajo de todo el personal a su servicio en esta materia pues dicha medida tuvo lugar de manera unificada en su ámbito subjetivo y funcional de aplicación. Así, las restricciones tuvieron el mismo objetivo –aunque diferente alcance– tanto para trabajadores sometidos a régimen jurídico privado que para funcionarios públicos incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, empeorando para todos la protección ofertada por incapacidad temporal. Por su parte, el personal adscrito al Mutualismo administrativo también vio mermada la retribución correspondiente a la situación de incapacidad temporal pero, en este caso, no a través de la limitación a los complementos, sino a través de la limitación legal de su retribución (art. 9.3 RDL 20/2012) en tanto su regulación específica no permitía ni las mejoras voluntarias ni la negociación colectiva de esta materia.

El intento del legislador de armonizar la ordenación jurídica de la incapacidad temporal para todos los empleados públicos con independencia de su régimen jurídico o su pertenencia a regímenes de protección social diferenciados no sólo se aprecia en el acercamiento del concepto, duración o extinción de la contingencia protegida sino, también, en el intento de converger, a partir de 2012, en la cuantía de la prestación<sup>14</sup>. En la misma

<sup>12</sup> Sobre este principio véase MARÍN ALONSO, I.: El nuevo papel del convenio colectivo en el sistema de fuentes de Derecho del Trabajo, AAVV. Reforma laboral y negociación colectiva andaluza, Coord. Gorelli Hernández, 2013.

<sup>13</sup> En el mismo sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: “La modificación de las condiciones de trabajo pactadas en el empleo público: balance y perspectivas de una regresión de más de 40 años”, AAVV., La reforma del sector público, Dir. Castillo Blanco, Instituto García Oviedo, Sevilla, 2014, pág. 320.

<sup>14</sup> Por ejemplo, el art. 70.3 del RD 1726/2007, de 21 de diciembre, regulador del Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas dispone que “en conformidad con lo dispuesto en el art. 19 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de julio, la duración de las distintas situaciones de incapacidad temporal será la misma que la prevista en el Régimen General de la Seguridad Social”.

dirección camina la Ley 6/2018 de PGE para 2018, aunque la convergencia en ésta consiste en utilizar a la negociación colectiva para acordar incrementos retributivos por IT de manera conjunta para la mayoría de los empleados públicos.

### **3. EL REFORZAMIENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL EN LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO DE 2018**

Actualmente, el régimen retributivo durante las situaciones de incapacidad temporal no sólo vuelve a ingresar en el campo de lo negociable en sus ámbitos respectivos sino que se extiende, además, a colectivos excluidos hasta el momento de la facultad negociadora en dicha materia. Se establece así que cada Administración Pública pueda negociar el complemento económico por incapacidad temporal hasta alcanzar de nuevo el cien por cien de las retribuciones de los empleados públicos. Pero más que un retorno a la situación jurídica anterior al art. 9 del RD Ley 20/2012 se produce, en realidad, una regulación *ex novo* de esta materia pues, a partir de la Ley 6/2018, se legisla en común para todos los empleados públicos (en sentido unívoco) en situación de incapacidad temporal.

En tal sentido, la retribución por incapacidad temporal converge en la misma dirección para todo el personal de la Administración Pública con independencia del particular régimen de seguridad social en que se integre su personal, estableciéndose incluso la posibilidad de establecer un complemento retributivo para aquellos empleados públicos cuya normativa de seguridad social no disponía hasta el momento de dicha opción. Así, para el personal integrado en el Mutualismo Administrativo se prevé expresamente que “de acuerdo con el régimen retributivo establecido en su normativa, además del subsidio de incapacidad temporal, cada Administración Pública podrá acordar, *previa negociación colectiva*, para el período de tiempo que no comprenda la aplicación del subsidio de incapacidad temporal, la percepción de hasta el cien por cien de las retribuciones, básicas y complementarias, correspondientes a sus retribuciones fijas del mes de inicio de la incapacidad temporal. Durante la percepción del subsidio por incapacidad temporal, éste podrá ser complementado por el órgano encargado de la gestión de personal, *previa negociación colectiva*, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que el funcionario hubiera percibido el mes de inicio de la incapacidad temporal” (DA 54<sup>a</sup>)<sup>15</sup>. Se

<sup>15</sup> Señala la Disposición adicional quincuagésima cuarta. “Prestación económica en la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas y organismos y entidades públicas dependientes de las mismas. Uno. Cada Administración Pública podrá determinar, previa negociación colectiva, las retribuciones a percibir por el personal a su servicio o al de los organismos y entidades públicas dependientes, en situación de incapacidad temporal y en el caso del personal funcionario al que se le hay expedido licencia por enfermedad, de acuerdo con las siguientes reglas: 1.ª Respecto al personal funcionario incluido en el Régimen General de Seguridad Social y al personal estatutario y laboral, se podrá establecer un complemento retributivo desde el primer día de incapacidad temporal que, sumado a la prestación del Régimen General de la Seguridad Social, alcance hasta un máximo del cien por cien de sus retribuciones fijas del mes de inicio de la incapacidad temporal. 2.ª Respecto al personal funcionario incluido en el Régimen de Mutualismo Administrativo, de acuerdo con el régimen retributivo establecido en su normativa, además del subsidio de incapacidad temporal, cada Administración Pública podrá acordar, previa negociación colectiva, para el período de tiempo que no comprenda la aplicación del subsidio de incapacidad temporal, la percepción de hasta el cien por cien de las retribuciones, básicas y complementarias, correspondientes a sus retribuciones fijas del mes de inicio de la incapacidad temporal. Durante la percepción del subsidio por incapacidad temporal, éste podrá ser complementado por el órgano encargado de la gestión de personal, previa negociación colectiva, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que el funcionario hubiera percibido el mes de inicio de la (...)

amplía así para este personal el papel que la negociación colectiva ha desempeñado hasta el momento pues, hasta ahora, era la ley la que fijaba la retribución a percibir por este personal durante la situación de incapacidad temporal sin la intervención de los interlocutores sociales. Esta ley especial introduce sorpresivamente para el personal integrado en el mutualismo administrativo una nueva materia negociadora no recogida expresamente en el Estatuto Básico del Empleado Público (art. 37) ni en su normativa específica de seguridad social y camina a la par de lo establecido en esta materia para el personal laboral y funcionario incluido en el Régimen General de la Seguridad Social. Para este último personal, en definitiva, se mantiene el papel habitual de la contratación colectiva aunque liberado ahora de la restricción establecida en el RD Ley 20/2012 respecto de los topes máximos.

Dicha unificación, desde la perspectiva de la gestión de los recursos humanos, se presenta como deseable y positiva para todos los implicados en la buena marcha de la Administración Pública pues resulta evidente que esta materia se engloba en los denominados “asuntos comunes” a todo el personal de la Administración Pública y que las diferencias sólo generan malestar entre el personal.

Por otro lado, parece que se prohíbe la posibilidad de implementar mejoras voluntarias por decisión unilateral del empleador público o por contrato de trabajo (DA 54<sup>a</sup>) pues la LPGE, atendiendo a la naturaleza pública del empleador y a sus principios rectores, no refiere a estas otras vías la posibilidad de fijar complementos retributivos en la Administración Pública.

Las novedades introducidas para las situaciones de incapacidad temporal tienen su origen en el II Acuerdo para la mejora del empleo público y de condiciones de trabajo publicado mediante la Resolución de 22 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública, negociado entre el Ministerio de Hacienda y Función pública y las organizaciones sindicales CCOO, UGT y CSIF, que acordó –entre las materias a presentar a la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas–, mejoras retributivas en incapacidad temporal, por un lado, y el impulso de la negociación colectiva en el ámbito de cada Administración Pública, por otro. En concreto, su acuerdo quinto estableció que “cada Administración Pública podrá determinar, previa negociación colectiva, las retribuciones que vayan a percibir su personal en situación de incapacidad temporal, mediante el

---

incapacidad temporal. Para el período de tiempo en el que ya se aplique el subsidio por incapacidad temporal, se estará a lo previsto en su actual normativa reguladora. Dos. Para la determinación de lo previsto en los apartados anteriores podrán, en su caso, establecerse diferentes escenarios retributivos en función del tipo de contingencia que haya dado lugar a la incapacidad temporal o a la duración de la misma, sin que en ningún caso el régimen de seguridad social de pertenencia pueda justificar un trato más perjudicial para uno u otro colectivo, computando para ello tanto las prestaciones o subsidios a que se tengan derecho como las retribuciones que se abonen por la Administración respectiva, para lo cual dicha Administración deberá aprobar, de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, el abono de unas retribuciones que permitan garantizar esta equivalencia de percepciones. Los supuestos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, así como los que afecten a la mujer gestante, deberán tener necesariamente el trato más favorable de los acordados por la Administración respectiva [...] Cinco. Lo previsto en esta disposición resulta de aplicación al personal de la Carrera Judicial y Fiscal, del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia, a los funcionarios de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia y al personal de los órganos constitucionales. Seis. En el caso de la Administración del Estado, la regulación a la que se refieren los aparatos Uno y Dos de esta disposición se aprobará por decreto del Consejo de Ministros. Siete. Esta disposición tiene carácter básico y se dicta al amparo de los artículos 149.1.7.<sup>a</sup>, 149.1.13.<sup>a</sup> y 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución”.

establecimiento de un complemento retributivo que, sumado a la prestación del Régimen General de la Seguridad Social o de sus regímenes especiales de funcionarios públicos, civiles y militares, alcance hasta un máximo del cien por cien de sus retribuciones fijas previas al inicio de la incapacidad temporal [...]”. Este acuerdo es, precisamente, el germen de la regulación actual que gira sobre la idea de que la situación de incapacidad temporal debe regularse de manera unívoca para todo el personal de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que cada Administración Pública pueda establecer la concreta regulación de la misma a través de la negociación colectiva que, en todo caso, deberá llevarse a cabo de manera previa a su regulación. Se prevé incluso que para articular esta medida se puedan establecer, en su caso, diferentes escenarios retributivos en función del tipo de contingencia que haya dado lugar a la incapacidad temporal o de la duración de la misma. Pero la nueva situación no resulta gratuita en el empleo público pues se refuerza a cambio la forma de justificar las ausencias por incapacidad temporal y, paralelamente, se establecen instrumentos para controlar el absentismo laboral a través del diseño de un plan de control del mismo y la difusión pública regular (al menos semestral) de las ausencias al trabajo en el Portal de Transparencia de cada Administración Pública.

Por otro lado, de conformidad con la Ley de Presupuestos de este año, se publica para la Administración General del Estado el Real Decreto 956/2018, de 27 de julio, por el que se aprueba y publica el Acuerdo adoptado por la mesa General de negociación de la Administración General del Estado el 23 de julio de 2018, en relación al régimen retributivo de la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración General del Estado y Organismos o Entidades Públicas dependientes<sup>16</sup>. En la norma reglamentaria se hace directamente aplicable el contenido de dicho Acuerdo conforme a lo establecido en el art. 38.3 del EBEP, sin perjuicio de las modificaciones reglamentarias o adecuación de las normas convencionales que pudieran proceder. La Administración General del Estado recupera así, parcialmente, la situación existente con anterioridad al RD Ley 20/2012 en materia de incapacidad temporal en tanto dicho Acuerdo dispone el complemento retributivo del personal funcionario, estatutario y laboral del Régimen General de la Seguridad Social y del personal funcionario incluido en el Régimen de Mutualismo Administrativo hasta alcanzar el cien por cien de las retribuciones.

La nueva norma reglamentaria permite, en definitiva, que el personal laboral, funcionario o estatutario de la Administración General del Estado, de sus Organismos o de sus Entidades públicas dependientes incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social se beneficie de un complemento retributivo por incapacidad temporal desde el primer día de la baja –para laborales– o desde la obtención de la licencia por enfermedad –para funcionarios– que, sumada a la prestación del Régimen General de Seguridad Social alcance como tope el 100% de sus retribuciones ordinarias del mes de inicio de la incapacidad temporal. Para los funcionarios públicos incluidos en el Régimen de Mutualismo Administrativo al servicio de la Administración General del Estado –o de sus Organismos o Entidades Públicas dependientes– se prevé que las retribuciones durante los tres primeros meses de baja (es decir, “por el período que no comprenda la aplicación del subsidio por incapacidad temporal”) sean directamente del cien por cien de las retribuciones básicas y complementarias, correspondientes a sus retribuciones ordinarias del mes de inicio de la incapacidad temporal.

---

<sup>16</sup> BOE nº 183 de 30 de julio de 2018.

En consecuencia, el personal laboral, estatutario y funcionario de la Administración General del Estado coinciden en regular de manera similar la retribución a percibir por los empleados en situación de incapacidad temporal pese a que, como veremos, la regulación de esta contingencia venga reconocida en normativa diferenciada según cada tipo de personal y su adscripción a un régimen concreto de protección social.

Para el resto de Administraciones Públicas, esta materia será objeto de negociación en las mesas conjuntas que para materias comunes al personal funcionario y laboral creó en 2007 el Estatuto Básico del Empleado Público<sup>17</sup>. Así, por ejemplo, en Andalucía puede verse el Acuerdo de 17 de julio de 2018 del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo Marco de 13 de julio de 2018, de la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, para la mejora de la calidad del empleo público y de las condiciones de trabajo del personal del sector público andaluz, el cual no sólo universaliza la prestación por incapacidad temporal al cien por cien a todo el personal de la Junta de Andalucía sino que extiende esa medida, además, a los supuestos de ausencias que no conllevan aparejadas la situación de IT<sup>18</sup>; en Asturias, por su parte, puede verse el Acuerdo de 5 de septiembre de 2018<sup>19</sup> por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración del Principado de Asturias sobre régimen retributivo en la situación de incapacidad temporal de los empleados públicos de la Administración del Principado de Asturias y de sus organismos y entes públicos de 24 de agosto de 2018.

En el ámbito local también se articulan Acuerdos al respecto aunque será en este ámbito donde pueda apreciarse la mayor diferenciación reguladora de la materia. Actualmente puede verse, por ejemplo, el Acuerdo de 12 de julio de 2018 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid por el que se aprueba el Acuerdo de 5 de julio de 2018 de la Mesa General de negociación de los empleados públicos del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos sobre mejora de la prestación por incapacidad temporal<sup>20</sup>.

En todo caso, la aplicación de tal medida en las Administraciones Públicas deberá llevarse a cabo en las mesas conjuntas de negociación de cada una de ellas conforme a lo señalado en el art. 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en adelante) con similar alcance a lo que sucede con otras prestaciones complementarias como, por ejemplo, los planes de previsión social complementaria.

<sup>17</sup> Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

<sup>18</sup> BOJA nº 140 de 20 de julio. Señala el Acuerdo Séptimo que “esta Mesa General acuerda la universalización de la percepción de retribuciones completas en los casos de enfermedad o accidente, de modo que, por cualquier causa de enfermedad o accidente que dé lugar a la situación de incapacidad temporal, así como en todos los días de ausencia por enfermedad o accidente que no den lugar a dicha incapacidad temporal, la totalidad del personal que presta servicios en el sector público andaluz recibirá un complemento retributivo, desde el primer día de incapacidad o ausencia, que, sumado a la prestación del régimen de previsión social correspondiente, alcance hasta el máximo del 100 % de sus retribuciones fijas del mes de inicio de la situación de incapacidad temporal o ausencia por enfermedad”.

<sup>19</sup> BOPA nº 208 de 6 de septiembre de 2018.

<sup>20</sup> BOAM de 18 de julio de 2018.

#### 4. LA HETEROGENEIDAD DE RÉGIMENES DE PROTECCIÓN SOCIAL DEL PERSONAL AL SERVICIO DE EMPLEADORES PÚBLICOS.

Los empleados públicos no disponen de un régimen jurídico común de protección social. Los distintos tipos de personal que conforme al EBEP se dan cita en las Administraciones Públicas (laborales, funcionarios, personal estatutario)<sup>21</sup> vienen protegidos por diferentes regímenes de seguridad social pese a que exista cierta similitud o paralelismo en el contenido y régimen jurídico de las prestaciones.

La diversidad y falta de uniformidad en la protección de los riesgos de los empleados públicos ha sido una característica de nuestro sistema de protección social desde hace décadas pero esta panorámica incrementa su impacto cuando, a partir de los años noventa del siglo pasado, el Régimen General de la Seguridad Social, previsto para el trabajador por cuenta ajena de la industria y servicios, empieza a incorporar en su ámbito de aplicación a personal funcionario que, de por sí, ya tenía fragmentada su protección social por los diversos regímenes existentes para ellos e, incluso, por las diferencias dentro del mismo régimen jurídico.

La doctrina laboral advirtió insistentemente sobre el carácter divergente de la normativa funcional y la de Seguridad Social en materia de protección social, evidenciando que la primera va por su lado sin tener en cuenta sus implicaciones en el campo de la Seguridad Social y que, a la inversa, también se produce algo semejante cuando la normativa de protección social no tiene en cuenta que en el Régimen General de la Seguridad Social no solo hay personal laboral sino, también, funcionarios públicos<sup>22</sup>.

Desde la perspectiva de la protección pública, puede apreciarse que, en los últimos años, se ha producido una clara tendencia del legislador a hacer converger en el Régimen General de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena –de la industria y los servicios– tanto a los Regímenes Especiales de ámbito privado (ej. régimen agrario o de empleados de hogar) como al personal de los distintos entes públicos territoriales (v.gr. la paulatina integración de funcionarios públicos de la Administración Local en el Régimen General de la Seguridad Social<sup>23</sup>) o a determinados colectivos de funcionarios públicos (v.

<sup>21</sup> El art. 8.2 del RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público señala que los empleados públicos se clasifican en: a) funcionarios de carrera; b) funcionarios interinos; c) personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y d) personal eventual.

<sup>22</sup> Sobre esta cuestión véase a LÓPEZ GANDÍA, J.: “Las mejoras voluntarias de Seguridad Social de los empleados públicos”, CEMICAL, donde señala que “cuando se extiende el Régimen General de la Seguridad Social al personal funcionario no siempre se es consciente de que hay que hacerlo con todas las consecuencias jurídicas derivadas de la propia LGSS, lo que no siempre ocurre, bien sea por el desconocimiento de la verdadera naturaleza de las instituciones de la Seguridad Social por parte de los operadores jurídicos que proceden del mundo de lo contencioso-administrativo, o por el olvido o la ley “mal hecha” llevada a cabo por el legislador de Seguridad Social”.

<sup>23</sup> La Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de PGE para 1992 y la DT 3ª de la Ley 39/1992, de 29 de diciembre de PGE para 1993 autorizaron al Gobierno para proceder a la integración del personal incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los funcionarios de la Administración Local en el Régimen General de la Seguridad Social, llevándose a cabo con el Real Decreto 480/1993, de 2 de abril. La particularidad en materia de IT se encontraba en la DT Quinta que establecía que cuando dicha prestación derive de contingencias comunes (no accidente de trabajo o enfermedad profesional) se reconocerá y abonará por las propias Corporaciones Locales, entidades o instituciones que tenga a su cargo el personal activo que se integre. Estas instituciones tendrían, a cambio, derecho a aplicar los correspondientes coeficientes reductores de

(...)

gr. la integración en el Régimen General de la Seguridad Social del personal de nuevo ingreso en cualquier AAPP<sup>24</sup>). La armonización de las regulaciones jurídicas de la protección social de los empleados públicos se presenta, además, como algo deseable y positivo, y tal como refleja el Informe del Desarrollo del Pacto de Toledo para el período 2011-2015 de la Comisión de seguimiento del Pacto de Toledo aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 25 de enero de 2011 debe avanzarse “en el proceso de convergencia y armonización entre el Régimen General y el Régimen de Clases Pasivas, que deberá hacerse de manera gradual y sin afectar a expectativas de derechos, ni a derechos legítimamente adquiridos”.

Ello facilita, en cierta medida, una regulación paralela o similar respecto de determinadas cuestiones de protección social pero, pese a todo, actualmente se mantiene la diferenciación básica entre la regulación del Régimen General de la Seguridad Social y la del Sistema de Clases pasivas o mutualidades de los funcionarios públicos, generando importantes problemas conceptuales y de delimitación del alcance de instituciones jurídico-laborales. Veamos brevemente sus aspectos principales.

#### **4.1. La protección social de funcionarios públicos: Régimen General y Mutualismo Administrativo**

Cierto es que la Administración Pública ha sido pionera en el establecimiento de sistemas de protección social para su personal, el cual disfrutó, frente al trabajador por cuenta ajena del sector privado, de numerosos derechos relacionados con los riesgos vinculados a la prestación laboral y entre los que ha ocupado un lugar privilegiado la prestación por incapacidad temporal. Actualmente, los funcionarios públicos integran uno de los regímenes especiales de la Seguridad Social en atención al art. 10.2. e) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS). Pero no existe, sin embargo, un solo régimen de protección social para los funcionarios públicos sino que, en atención a la vinculación funcional con una concreta Administración Pública, se distingue entre el sistema correspondiente a la Administración Civil del Estado, el sistema de las Fuerzas Armadas y el sistema de la Administración de Justicia. A estos sistemas es a los que hace referencia el art. 14, apartado o) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) cuando señala que entre los derechos individuales de los empleados públicos, en atención a la naturaleza jurídica de su relación de servicios, se incluye el derecho “a las prestaciones de la Seguridad Social correspondientes al régimen que les sea de aplicación”. Cada uno de esos mecanismos de protección se articulan en dos modelos diferentes: las clases pasivas, por un lado, y el mutualismo administrativo, por otro.

---

la cotización por este personal en los términos previstos para los supuestos de exclusión (colaboración voluntaria) de la IT del Régimen General.

<sup>24</sup> Véase 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 que estableció que todos los funcionarios de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011 quedarán incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social aunque mantuvieran, cuando así proceda, el Mutualismo Administrativo. En tal caso, el subsidio por IT se seguiría prestando a través de MUFACE, ISFAS o MUGEJU cuando el nuevo personal ingrese en un Cuerpo incluido en su ámbito de aplicación.

El sistema de Clases Pasivas es común para todos los funcionarios públicos y se regula en el texto refundido por el que se aprueba el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, desarrollado por el RD 172/1998, de 11 de febrero, mientras que el sistema del mutualismo administrativo difiere para cada uno de los tres ámbitos específicos mencionados. Nos encontramos así, por un lado, con la Mutualidad de los Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), regulada por el RD Legislativo 4/2000, de 23 de junio<sup>25</sup>, y su desarrollo reglamentario (RD 375/2003, de 28 de marzo<sup>26</sup>); por otro lado, con la Mutualidad del personal al servicio de las Fuerzas Armadas (ISFAS), regulada en el Real Decreto Legislativo 1/2006, de 9 de junio (desarrollado por el RD 1726/2007, de 21 de diciembre) y, por último, con la Mutualidad del personal al servicio de la Administración de Justicia (MUGEJU) que se regula por el Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio (desarrollado por el RD 1026/2011, de 15 de julio).

El sistema de clases pasivas abarca a aquellos funcionarios públicos delimitados en su normativa específica<sup>27</sup> que hayan abandonado el servicio activo por motivo de vejez (jubilación o retiro), incapacidad y muerte o supervivencia (viudedad, orfandad y

<sup>25</sup> Según esta norma “quedan obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación de este Régimen especial: a) Los funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado. b) Los funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a Cuerpos de la Administración Civil del Estado, en la forma que reglamentariamente se determine. 2. Quedan excluidos de este Régimen especial y se regirán por sus normas específicas: a) Los funcionarios de la Administración Local. b) Los funcionarios de organismos autónomos. c) Los funcionarios de Administración Militar. d) Los funcionarios de la Administración de Justicia. e) Los funcionarios de la Administración de la Seguridad Social. f) Los funcionarios de nuevo ingreso y en prácticas de las Comunidades Autónomas. g) Los funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado transferidos a las Comunidades Autónomas, que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en Cuerpos o Escalas propios de la Comunidad Autónoma de destino, cualquiera que sea el sistema de acceso. h) El personal de administración y servicios propio de las universidades.

<sup>26</sup> Conforme a esta norma las contingencias protegidas son: a) Necesidad de asistencia sanitaria; b) Incapacidad temporal, derivada, bien de enfermedad común o profesional, bien de accidente común o en acto de servicio o como consecuencia de él; c) Incapacidad permanente en los mismos supuestos del párrafo anterior; d) Cargas familiares (art. 46) y las prestaciones que ofrece son: a) Asistencia sanitaria; b) Subsidios por incapacidad temporal y por riesgo durante el embarazo; c) Prestaciones recuperadoras por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez; d) Prestación para la remuneración de la persona encargada de la asistencia del gran inválido; e) Indemnizaciones por lesiones, mutilaciones o deformidades causadas por enfermedad profesional o en acto de servicio o como consecuencia de él; f) Servicios sociales; g) Asistencia social; h) Prestaciones familiares por hijo a cargo minusválido; e i) Ayudas económicas en los casos de parto múltiple.

<sup>27</sup> Conforme al art. 2 del Real Decreto Legislativo 670/1987: “1. Constituyen el ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases Pasivas: a) Los funcionarios de carrera de carácter civil de la Administración del Estado. b) El personal militar de carrera, y el de las Escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que tuviera adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro. c) Los funcionarios de carrera de la Administración de Justicia. d) Los funcionarios de carrera de las Cortes Generales. e) Los funcionarios de carrera de otros órganos constitucionales o estatales, siempre que su legislación reguladora así lo prevea. f) El personal interino a que se refiere el artículo 1.º del Decreto-ley 10/1965, de 23 de septiembre. g) El personal mencionado en las precedentes letras que preste servicio en las diferentes Comunidades Autónomas como consecuencia de haber sido transferido al servicio de las mismas. h) Los funcionarios en prácticas pendientes de incorporación definitiva a los distintos, Cuerpos, Escalas y Plazas, así como los alumnos de Academias y Escuelas Militares a partir de su promoción a Caballero Alférez-Cadete, Alférez alumno, Sargento-alumno o Guardiamarina. i) Los ex Presidentes, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno de la Nación y otros cargos referidos en el artículo 51 de este texto. j) El personal que cumpla el servicio militar en cualquiera de sus formas, los Caballeros Cadetes, Alumnos y Aspirantes de las Escuelas y Academias Militares y el personal civil que desempeñe una prestación social sustitutoria del servicio militar obligatorio. k) El personal militar de empleo, y el de las Escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que no tenga adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro. 2. Este ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases sólo podrá ser ampliado o restringido por Ley”.

prestaciones en favor de padres) cuando dicha situación deriva de una lesión, muerte o desaparición producido en acto de servicio o como consecuencia del mismo (arts. 18 y 19 RDL 670/1987), mientras que el Mutualismo Administrativo oferta protección ante riesgos derivados de contingencias que no suponen el abandono de la vida activa como, por ejemplo, asistencia sanitaria, prestaciones de maternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, prestaciones farmacéuticas y ortoprotésicas, ayudas por sepelio u otras prestaciones asistenciales, y, como veremos más detenidamente, por incapacidad temporal. Queda fuera únicamente la protección por desempleo debido al principio de estabilidad o permanencia en el empleo de los funcionarios públicos de carrera (art. 14. a) TREBEP). Esta contingencia, no obstante, queda cubierta para otro personal no estable de las Administraciones Públicas conforme a lo dispuesto en el art. 264 TRLGSS.<sup>28</sup>

Pero junto a este sistema de protección pública, los funcionarios públicos pueden también tener cubiertos los riesgos y contingencias mediante el Régimen General de la Seguridad Social pues el art. 136 TRLGS señala que están expresamente comprendidos en él: “k) El personal civil no funcionario de las Administraciones Públicas y de las entidades y organismos vinculados o dependientes de ellas siempre que no estén incluidos en virtud de una ley especial en otro régimen obligatorio de previsión social; l) El personal funcionario al servicio de las Administraciones Públicas y de las entidades y organismos vinculados o dependientes de ellas, incluido su periodo de prácticas, salvo que estén incluidos en el Régimen de Clases Pasivas del Estado o en otro régimen en virtud de una ley especial; m) El personal funcionario a que se refiere la disposición adicional tercera, en los términos previstos en ella<sup>29</sup>; n) Los funcionarios del Estado transferidos a las comunidades autónomas

<sup>28</sup> Ese precepto señala que están comprendidos en la protección por desempleo siempre que coticen por tal contingencia: “d) Los funcionarios interinos, el personal eventual, así como el personal contratado en su momento en régimen de derecho administrativo al servicio de las Administraciones Públicas; e) Los miembros de las Corporaciones Locales y los miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares y los cargos representativos de las organizaciones sindicales constituidas al amparo de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que ejerzan funciones sindicales de dirección, siempre que todos ellos desempeñen los indicados cargos con dedicación exclusiva o parcial y perciban por ello una retribución, en las condiciones previstas en este título para los trabajadores por cuenta ajena; f) Los altos cargos de las administraciones públicas con dedicación exclusiva que sean retribuidos por ello y no sean funcionarios públicos, en las condiciones previstas en este título para los trabajadores por cuenta ajena, salvo que tengan derecho a percibir retribuciones, indemnizaciones o cualquier otro tipo de prestación compensatoria como consecuencia de su cese”. Añade su apartado 2 que “las personas a que se refieren las letras e) y f) del apartado anterior están obligadas a cotizar por la contingencia de desempleo, así como las Corporaciones Locales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares, las administraciones públicas y las organizaciones sindicales en los que dichas personas ejerzan sus cargos, a quienes serán de aplicación las obligaciones y derechos establecidos para los trabajadores y los empresarios respectivamente. En los supuestos a los que se refiere el presente apartado, el tipo de cotización por desempleo será el establecido en cada momento con carácter general para la contratación de duración determinada a tiempo completo o parcial”.

<sup>29</sup> Disposición adicional tercera TRLGSS. Inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los funcionarios públicos y de otro personal de nuevo ingreso. “1. Con efectos de 1 de enero de 2011, el personal que se relaciona en el artículo 2.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, excepción hecha del comprendido en la letra i), estará obligatoriamente incluido, a los exclusivos efectos de lo dispuesto en dicha norma y en sus disposiciones de desarrollo, en el Régimen General de la Seguridad Social siempre que el acceso a la condición de que se trate se produzca a partir de aquella fecha. 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 (...)

que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en cuerpos o escalas propios de la comunidad autónoma de destino, cualquiera que sea el sistema de acceso; ñ) Los altos cargos de las administraciones públicas y de las entidades y organismos vinculados o dependientes de ellas, que no tengan la condición de funcionarios públicos; o) Los miembros de las corporaciones locales y los miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares que desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva o parcial, a salvo de lo previsto en los artículos 74 y 75 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local”.

Así, puede decirse que, con carácter general, el Sistema General de Seguridad Social cubrirá los riesgos y contingencias de los funcionarios públicos cuando no están cubiertos por el Sistema de Clases Pasivas o el Mutualismo administrativo. Además, el Régimen General de Seguridad Social disfruta de una evidente vis expansiva al incorporar al mismo, desde el 1 de enero de 2011, a todos los funcionarios de nuevo ingreso y a los funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas, así como al personal de las Corporaciones Locales. Por otro lado, la regulación prevista para determinadas contingencias en el Régimen General de la Seguridad Social se extiende, en ocasiones, a la regulación de la misma contingencia en los regímenes especiales de carácter administrativo como ocurre, por ejemplo, con la situación de incapacidad temporal<sup>30</sup>.

Es la diversidad normativa puesta de relieve la que ha generado la fragmentación de los derechos del personal al servicio de las AAPP, motivada tanto por el encuadramiento en el correspondiente régimen de protección social de su personal como por su financiación. En este sentido, pese a que a efectos prácticos el contenido y alcance de la retribución por incapacidad temporal sea más o menos equivalente para todo el personal al servicio de las AAPP, debe advertirse que la prestación de incapacidad temporal tiene una regulación diferenciada según el tipo de personal de que se trate y de su régimen de protección social. La diferencia más evidente hasta 2018 era que los complementos privados a la protección pública a través de las denominadas mejoras voluntarias sólo podían establecerse para el personal funcionario o laboral integrado en el Régimen General de la Seguridad Social o en los Regímenes Especiales que lo tuvieran previsto, cosa que no sucedía, hasta el momento, en la normativa reguladora del Mutualismo Administrativo y que, por consiguiente, generaba diferencias importantes entre los empleados públicos.

---

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. 3. El personal incluido en el ámbito personal de cobertura del Régimen de Clases Pasivas a 31 de diciembre de 2010 que, con posterioridad a dicha fecha y sin solución de continuidad, ingrese, cualquiera que sea el sistema de acceso, o reingrese, en otro Cuerpo que hubiera motivado en dicha fecha su encuadramiento en el Régimen de Clases Pasivas, continuará incluido en dicho régimen. 4. Continuarán rigiéndose por la normativa reguladora del Régimen de Clases Pasivas del Estado los derechos pasivos que, en propio favor o en el de sus familiares, cause el personal comprendido en la letra i) del artículo 2.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado”.

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo, el art. 70 del RD1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas que dispone que “3. En conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, la duración de las distintas situaciones de incapacidad temporal será la misma que la prevista en el Régimen General de la Seguridad Social”.

Así, las mejoras voluntarias, conforme al art. 43 del TRLGSS, pueden establecerse en el Régimen General o en los regímenes Especiales de Seguridad Social que prevean la posibilidad de mejorar la protección pública a través de la negociación colectiva. En concreto, dicho precepto establece que “1. La modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el artículo 7.1 podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los regímenes especiales. 2. Sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias, conforme a lo previsto en el apartado anterior, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva”. El establecimiento de tales mejoras es la única posibilidad que se le oferta a la contratación colectiva para abordar acuerdos en materia de Seguridad Social. Esta permisividad de contratación colectiva de mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social se debe, en realidad, a que tales prestaciones adicionales no son Seguridad Social en sentido estricto pues su otorgamiento tiene carácter privado y voluntario mientras que la protección que oferta la Seguridad Social es pública y obligatoria –o básica si se prefiere–. La negociación colectiva, en definitiva, puede establecer complementos privados para mejorar la acción protectora pública del Régimen General y de los Regímenes Especiales que lo tengan previsto<sup>31</sup>.

En lo referente al sistema de clases pasivas, el Real Decreto Legislativo 670/1987 señala, en su art. 5, que “solamente por Ley podrán establecerse derechos pasivos distintos de los recogidos en este texto, así como ampliarse, mejorarse, reducirse o alterarse los mismos” lo que, en principio, prohíbe a la negociación colectiva la mejora de prestaciones como, por ejemplo, la jubilación o la invalidez salvo, en su caso, delegación legal expresa o previsión legal en contrario<sup>32</sup>.

Por su parte, respecto de los funcionarios públicos integrados en las mutualidades administrativas no hay, en realidad, un reconocimiento normativo común y expreso sobre la posibilidad de mejorar las prestaciones que el sistema público les oferta durante su vida activa. En consecuencia, el establecimiento de mejoras voluntarias u otros mecanismos de protección social complementaria no se deduce de la normativa específica de estos funcionarios en materia de Seguridad Social, sino que viene de la mano de normas específicas o, en su caso, de otro derecho de configuración legal como es el de negociación colectiva. Precisamente, la LPGE para 2018 ha introducido por primera vez para ellos la posibilidad de establecer complementos retributivos en situación de incapacidad temporal, siendo la negociación colectiva el instrumento encargado de llevar a efecto esta tarea. Ciertamente, la reforma producida por el RD Ley 20/2012 establecía una garantía retributiva para este personal consistente en no percibir una cuantía inferior que el personal funcionario en

<sup>31</sup> En general, sobre esta materia puede verse a LÓPEZ GANDÍA, J.: “Las mejoras voluntarias de seguridad social de los empleados públicos”, CEMICAL, 2010; GALA DURÁN, C.: Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual, MTAS, 2006; ROQUETA BUJE, R.: Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2010.

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, que la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Planes y Fondos de pensiones (actual RD Legislativo 1/2000) que superó la prohibición contenida en la Disposición Adicional 48 de la LPGE 45/1985 que prohibía financiar con fondos públicos a las entidades o sistemas de previsión social distintos o complementarios de la Seguridad Social obligatoria. La STC 139/2005, de 22 de junio, señala que “el legislador ha tratado de dejar claro que las Administraciones Públicas, desde la promulgación de la Ley 8/1987, no sólo podían promover planes y fondos de pensiones sino, también, realizar contribuciones a los mismos.

situación de incapacidad temporal incluido en el Régimen General de la Seguridad Social (art. 9.5), en cuyo caso, de manera indirecta, la propia Administración gestora debía complementar su retribución. No lo denominaba expresamente complemento retributivo o mejora voluntaria pero funcionaba, en la práctica, de la misma manera. Parecida garantía se prevé también en la Ley 6/2018 de PGE para 2018, aunque ahora funciona de manera bidireccional entre el personal incluido en el RGSS y el personal gestionado por las mutualidades administrativas pues el apartado Dos de la DA54<sup>a</sup> señala que “para la determinación de dicho complemento podrán, en su caso, establecerse diferentes escenarios retributivos en función del tipo de contingencia que haya dado lugar a la incapacidad temporal o a la duración de la misma, sin que en ningún caso el régimen de seguridad social de pertenencia pueda justificar un trato más perjudicial para uno u otro colectivo, computando para ello tanto las prestaciones o subsidios a que se tengan derecho como las retribuciones que se abonen por la Administración respectiva, para lo cual dicha Administración deberá aprobar, de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, el abono de unas retribuciones que permitan garantizar esta equivalencia de percepciones”.

La negociación colectiva, por tanto, irrumpe de manera novedosa en esta materia para el personal gestionado por el mutualismo administrativo, pues la LPGE de 2018 permite que cada Administración Pública acuerde, previa negociación colectiva, un complemento retributivo (es decir, una mejora voluntaria) para alcanzar el cien por cien de las retribuciones percibidas, ya sea durante los tres primeros meses de baja, es decir, antes de nacimiento del derecho al subsidio que para este personal surge a partir del cuarto mes o, incluso, a partir de dicho momento (la diferencia se encuentra, como veremos, en los concretos conceptos retributivos a tener en cuenta en cada momento). Así, a través de este derecho, los funcionarios públicos gestionados por el Mutualismo Administrativo pueden ejercer, como sus homólogos laborales y funcionarios, la facultad de autorregulación de condiciones de trabajo y empleo en un marco legal que, aunque es ciertamente restrictivo, no es prohibitivo y permite encajar la materia de las mejoras voluntarias en la previsión social complementaria libre y voluntaria garantizada por la CE en su art. 41 CE, así como en los preceptos del TREBEP que no imponen en esta materia una reserva de ley. Se amplía, de este modo, el elenco de materias negociables contenidas en el art. 37 del TREBEP.

Por otro lado, la jurisdicción competente para conocer de los conflictos que surjan al respecto será, en su caso, la jurisdicción social pues el art. 2 q) la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, atribuye a ésta el conocimiento de las mejoras voluntarias derivadas de convenios, pactos y acuerdos [de funcionarios públicos]<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Señala que “en la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, 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; así como de 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” será competente la jurisdicción social. Sobre este aspecto –aunque referida a la anterior Ley de procedimiento laboral– ya se pronunció la STS de 27.1.2015 –rec. n° 318/2004– la cual señalaba que “aunque las controversias sobre la Seguridad Social de la función pública quedan incluidas en el ámbito de la jurisdicción del orden contencioso administrativo tanto si se trata de la cobertura del sistema de derechos pasivos, como si los litigios se producen en relación con los instrumentos complementarios de protección, esto no rige para los grupos de funcionarios y personal administrativo integrados en el Régimen General de la Seguridad Social (LGSS art. 97.2. c), d) h), i) j) RD 480/1993, de 2 de abril, de Integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de (...)”

Respecto a los funcionarios públicos que se integran en la Mutuality Judicial (MUGEJU) o que presentan características diferenciadoras del resto de funcionarios públicos (personal de los órganos constitucionales), la posibilidad de establecer mejoras voluntarias o complementos retributivos a través de la negociación colectiva se prevé expresamente en el apartado Cinco de la DA54<sup>4</sup> de la Ley 6/2018. Esta disposición se ocupa, por remisión expresa, de prever la mejora retributiva en situación de incapacidad temporal al personal al personal de la Carrera Judicial y Fiscal, del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia, a los funcionarios de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia y al personal de los órganos constitucionales<sup>34</sup>.

No se indica nada en la LPGE 2018, sin embargo, respecto del personal militar gestionado por el Instituto Social de las Fuerzas Armadas pese a que el II Acuerdo para la mejora del empleo público y de condiciones de trabajo disponga que el complemento de incapacidad temporal se establecerá “sobre la prestación del Régimen General de la Seguridad Social o de sus regímenes especiales de funcionarios públicos, civiles y militares”. Ello, sin embargo, no parece deberse a un olvido del legislador pues los empleados públicos de las Fuerzas Armadas y Guardia Civil gestionados por el ISFAS no tienen reconocido el derecho de negociación colectiva ni en la normativa general ni en la específica de aplicación<sup>35</sup>. Parece así que será la Administración militar la encargada de establecer, a través de la disposición normativa correspondiente, el complemento retributivo del mismo, sin perjuicio de que las asociaciones representativas de este personal puedan, tal vez, desempeñar un papel importante en la materia<sup>36</sup>.

---

los Funcionarios de la Administración Local en el Régimen General de la Seguridad Social”, añadiendo que “de la misma manera que son los órganos del orden social los que conocen de las controversias de los funcionarios integrados en el Régimen General de la Seguridad Social en cuestiones de seguridad social (art. 2.b ) LPL), de igual forma, y en atención al art. 2.c LPL, los órganos del orden social “conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan en aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, incluidos planes de pensiones y contrato de seguro siempre que su causa derive de un contrato de trabajo o Convenio Colectivo [...]”.

<sup>34</sup> Conforme al apartado Cinco de la LPGE para 2018 lo previsto en la misma “resulta de aplicación al personal de la Carrera Judicial y Fiscal, del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia, a los funcionarios de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia y al personal de los órganos constitucionales”. Recuérdese que, de la misma manera, el RD Ley 20/2012 estableció previsiones para los integrantes de la Carrera Judicial y Fiscal, del Cuerpo de Secretarios judiciales, así como los Funcionarios de los Cuerpos al Servicio de la Administración de Justicia comprendidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, equiparando la cuantía de la retribución por incapacidad temporal a los demás funcionarios durante los tres primeros meses de baja, sin perjuicio de que a partir del nonagésimo primer día se aplicara el subsidio por IT contemplado en el art. 20.1.B del Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio.

<sup>35</sup> El art. 7 de la LO 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas señala que “1. El militar está sujeto al deber de neutralidad política. No podrá fundar ni afiliarse a partidos políticos y mantendrá una estricta neutralidad pública en relación con la actuación de los partidos políticos. 2. El militar no podrá ejercer el derecho de sindicación y, en consecuencia, no podrá fundar ni afiliarse a sindicatos ni realizar actividades sindicales. Tampoco permitirá su ejercicio en el ámbito de las Fuerzas Armadas, salvo las que para el personal civil se contemplan en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y demás legislación aplicable. En todo caso mantendrá su neutralidad en relación con la actuación de los sindicatos. Los miembros de las Fuerzas Armadas no podrán recurrir a los medios propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. Tampoco podrán realizar acciones sustitutivas o similares a este derecho, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas”.

<sup>36</sup> Sobre esta materia véase la STS de 26 de abril de 2018 que ha anulado el artículo único del RD 641/2016, de 9 de diciembre por el que se modifica el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y (...)

En definitiva, la contratación colectiva de mejoras voluntarias por incapacidad temporal puede ahora establecerse para todos los empleados públicos incluidos en el Sistema de Seguridad Social, con independencia de que el resultado de la contratación colectiva se sustancie en pactos y acuerdos funcionariales o convenios colectivos o pactos del personal laboral, y del régimen de protección social en que se integre el empleado público, general o especial. Sólo queda excluido de la posibilidad de establecer mejoras voluntarias o complementos retributivos por negociación colectiva el personal militar, en cuyo caso será la propia Administración Pública la encargada de complementar sus retribuciones en caso de IT sin el trámite de la negociación colectiva previa.

#### 4.2. La protección social de los empleados públicos laborales

Los empleados públicos en régimen laboral están encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social y disfrutan de la misma acción protectora que el resto de trabajadores por cuenta ajena si bien tienen ciertas peculiaridades derivadas del carácter público del empleador y las limitaciones presupuestarias marcadas por la ley. La normativa aplicable es, por tanto, la establecida con carácter general en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

No existe duda, además, de la aplicación del art. 43 del TRLGSS a los mismos, circunstancia que queda manifiesta en la incorporación de los complementos de protección social privada en los convenios colectivos<sup>37</sup>. Respecto del complemento de incapacidad temporal, la STC 104/2015, de 28 de mayo, señaló que las Administraciones públicas “al igual que cualquier otra empresa, puede mejorar directamente las prestaciones de la Seguridad Social de sus empleados costeándolas a su exclusivo cargo”, encuadrándose ello en materia de asistencia social cuando complementa al régimen legal. Por su parte, la previsión social complementaria se contempla también con cierta frecuencia en los convenios colectivos del personal laboral de las AAPP<sup>38</sup>, siendo la denominada “acción social” la manifestación más habitual en los convenios colectivos del personal laboral de las Administraciones Públicas<sup>39</sup>

---

que introdujo un vocal de las asociaciones profesionales integradas por miembros de las FFAA en los órganos de decisión del ISFAS.

<sup>37</sup> Así podemos apreciar la regulación de mejoras voluntarias en sentido estricto, por ejemplo, en el art. 42 del convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Morón de la Frontera (BOP Sevilla nº 124, de 1 de junio de 2011), el cual regula un complemento en situación de incapacidad temporal –precepto suspendido tras la aprobación del RDL 20/2012– o un premio de jubilación en su art. 44 o, también, en el art. 40 del convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Guía Isora (BO Santa Cruz de Tenerife nº 159 de 21 de diciembre de 2015) que prevé un complemento de la incapacidad temporal desde el primer día de baja del 100 % de las retribuciones que se vinieran percibiendo en supuestos excepcionales como enfermedades graves, o situación de IT de víctimas de violencia de género. Convenios como el del personal laboral de la Diputación de Soria (BOP Soria nº 9, de 24 de enero de 2014), dejan abierta la determinación de los supuestos que, con carácter excepcional, justifican el complemento de la prestación de IT hasta alcanzar el 100 % de las retribuciones desde el primer día de la baja.

<sup>38</sup> Véase, por ejemplo, el art. 46 del convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Socuéllamos (BOP Ciudad Real nº 58, de 24 de marzo de 2014) que prevé el concierto con una o varias entidades de seguro la correspondiente póliza colectiva para toda la plantilla en los supuestos de muerte, invalidez absoluta o gran invalidez producido por accidente laboral, o el art. 50 del convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Astudillo (BOP Palencia nº 144, de 2 de diciembre de 2013) en caso de fallecimiento e invalidez absoluta derivada de accidente de trabajo (incluyendo el accidente “in itinere”).

<sup>39</sup> Entre otros, véase el convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Pedrajas de San Esteban (BOP Valladolid nº 138, de 18 de junio de 2012) que prevé ayudas escolares, ayudas por hijos disminuidos (art. 45) o convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Renedo de Esgueva (BOP Valladolid nº 077,

(...)

pese a que ésta, a diferencia de las mejoras en sentido estricto, no cubre riesgos ya cubiertos por el sistema público de protección.

## **5. EL MARCO NORMATIVO PROTECTOR DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS INCLUIDOS EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.**

La IT se regula en los arts. 169 a 176 de la LGSS. La normativa de desarrollo aplicable a la misma se encuentra en el RD 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social en relación con la prestación de incapacidad temporal, y el RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de duración. Nos centraremos únicamente en la delimitación conceptual de la IT en dichas normas y la prestación económica correspondiente que, posteriormente, podrá ser complementada, en su caso, por la negociación colectiva.

Conforme al art. 169 TRLGSS tendrán la consideración de situaciones determinantes de la incapacidad temporal: a) las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de 365 días, prorrogables por otros 180 días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta por curación; b) los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad. A efectos de la duración máxima en el primer caso –y de su posible prórroga– se computan los períodos de recaída y de observación.

No es incapacidad temporal, por tanto, la mera recepción de asistencia sanitaria, la recepción de rehabilitación, la asistencia a consultas médicas o la prescripción de descanso domiciliario. Cuando se presuma que el trabajador puede ser dado de alta por curación, la duración máxima de la IT alcanzará los 545 días, abonándose el subsidio mientras exista la IT<sup>40</sup>.

La prestación económica consiste un subsidio equivalente a un tanto por ciento de la base reguladora fijado en la ley y la normativa de desarrollo. Cuando la negociación colectiva no mejora los porcentajes a percibir, la prestación económica que se dispensa por ley será la siguiente:

- En caso de enfermedad común o accidente no laboral: a) ninguna durante los tres primeros días de baja pues el sistema público no los cubre; b) un 60% de

---

de 2 de abril de 2012) en materia de prestaciones médico/farmacéuticas (art. 86). Al respecto, véase MARÍN ALONSO, I. y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Las mejoras voluntarias de los empleados públicos en la negociación colectiva”, AAVV. La negociación colectiva en el sector público, Dir. Monereo, pendiente de publicación.

<sup>40</sup> Cabe otra prórroga antes de la declaración de incapacidad permanente, haciendo un total de 730 días –art. 174.2 LGSS- pero la misma no es IT aunque se prorroguen los efectos económicos de ésta y no se cotice (lagunas de cotización).

la base reguladora desde el cuarto al vigésimo día (ambos inclusive); c) un 75% de la base reguladora del vigésimo primer día en adelante;

- En caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional: a) el día del accidente o la enfermedad, el trabajador tiene derecho a su salario íntegro a cargo del empresario; y b) el 75% de la base reguladora desde el día siguiente a la baja<sup>41</sup>.

Hasta mediados de julio de 2012 la negociación colectiva podía mejorar o completar la prestación económica a percibir por los empleados públicos hasta alcanzar el 100% de las percepciones recibidas desde el primer día de baja, pero el RDL 20/2012 cercenó esa posibilidad desde su entrada en vigor (art. 9), limitando la posibilidad de complementar dichas cuantía a través de la imposición de los siguientes límites:

- En caso de contingencias comunes: a) hasta el 50% los tres primeros días; b) hasta el 75% de las retribuciones desde el cuarto al vigésimo día; y c) hasta el 100% de las retribuciones a partir del vigésimo primer día de baja.
- En caso de contingencias profesionales, el complemento podía alcanzar hasta el 100% de las retribuciones percibidas por el trabajador desde el primer día.

Actualmente, sin embargo, conforme a la DA 54ª de la Ley 6/2018 el complemento retributivo puede alcanzar en todas las AAPP el cien por cien de la prestación, permitiendo que cada Administración Pública, a través de la negociación colectiva, determine dicha posibilidad. En la Administración General del Estado, el RD 956/2018, de 27 de julio, por el que se aprueba y publica el Acuerdo adoptado por la Mesa General de Negociación de las Administración General del Estado el 23 de julio de 2018, en relación con el régimen retributivo de la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración General del Estado y Organismos o Entidades Públicas dependientes, establece así nuevamente la posibilidad de alcanzar la plenitud retributiva para el personal laboral, funcionario o estatutario, es decir, hasta alcanzar el 100% de las retribuciones ordinarias correspondientes al mes de inicio de la incapacidad temporal. El montante final del complemento dependerá, por tanto, de las posibilidades económicas de cada Administración Pública, generando sin duda grandes diferencias para los empleados públicos según su concreta empleadora pero unificando, por otro lado, la situación de todo el personal de cada una de ellas.

## **6. EL MARCO NORMATIVO PROTECTOR DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS GESTIONADOS POR EL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO**

La incapacidad temporal de los funcionarios integrados en la Mutualidad Civil del Estado se contempla en los arts 18 a 22 del RD Ley 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del

<sup>41</sup> Si en las causas del accidente de trabajo o la enfermedad profesional se constata la falta de medidas de prevención o protección por parte del empresario, la prestación económica se incrementa según la gravedad de la infracción entre un 30 a un 50 % más, y pago recae exclusiva y directamente en el empresario (art. 164 LGSS).

Estado (RDLSSFCE) y en el Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo (RGMA). Conforme al art. 18 del RDLSSFCE, la situación determinante de la IT puede ser la enfermedad, el accidente o los periodos de observación en caso de enfermedad profesional. Así, se encontrarán en situación de IT “los funcionarios que acrediten padecer un proceso patológico por enfermedad o lesión por accidente que les impida con carácter temporal el normal desempeño de sus funciones públicas o que se encuentren en período de observación médica por enfermedad profesional, siempre y cuando reciban la asistencia sanitaria necesaria para su recuperación facilitada por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado y hayan obtenido licencia por enfermedad”.

En desarrollo de tal precepto, el Reglamento dispone que los requisitos de la incapacidad temporal son tres: 1) padecer el proceso patológico por enfermedad común o profesional o por lesión por accidente, sea o no en acto de servicio, o encontrarse en período de observación por enfermedad profesional que les impida con carácter temporal el normal desempeño de sus funciones públicas; 2) recibir asistencia sanitaria para su recuperación facilitada por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado y 3) haber obtenido una licencia por enfermedad de acuerdo con el procedimiento establecido<sup>42</sup>. Este último requisito supone una diferencia respecto del RGSS ya que lo emite el órgano de personal tras recibir el parte médico de la baja y durante su vigencia dicho órgano podrá solicitar en cualquier momento el asesoramiento médico que estime oportuno tanto para otorgar la licencia inicial como para las posibles prórrogas (arts. 90 y 91 RGMA). El médico de la Entidad o del Servicio Público a que se encuentre adscrito el mutualista a efectos de asistencia sanitaria expedirá el parte inicial de baja y lo entregará al mutualista (tres copias), quien a su vez entregará un ejemplar al órgano de personal competente para emitir la correspondiente licencia y otro para MUFACE. La presentación del ejemplar de este parte inicial y de las posibles prórrogas conlleva la solicitud de la concesión de la licencia.

El procedimiento de reconocimiento, control y seguimiento de la situación de IT se regula mediante la Orden PRE/1744/2010<sup>43</sup>, mientras que la duración y extinción de la IT de los funcionarios mutualistas será la prevista en el Régimen General de la Seguridad Social con las particularidades señaladas en el art. 20 del RDL 4/2000<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> El procedimiento se establece en el art. 90 del RGMA.

<sup>43</sup> BOE nº 159 de 1 de julio de 2010. Esta Orden sustituye a la APU/2210/2003, de 17 de julio.

<sup>44</sup> El apartado 2 dispone que “la duración de la primera y sucesivas licencias será del tiempo previsiblemente necesario para la curación. [...]”; el apartado 3 añade que “en cualquier momento en que se prevea que la enfermedad o lesión por accidente impedirá definitivamente el desempeño de las funciones públicas, el órgano de jubilación competente iniciará, de oficio o a instancia del interesado, el procedimiento de jubilación por incapacidad permanente para el servicio [...]”; por último, el apartado 4 señala que “cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo máximo establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, se procederá al examen de la situación de incapacidad temporal del funcionario en los mismos términos y plazos establecidos en este régimen y por parte del correspondiente equipo o unidad de valoración de incapacidades permanentes a la que la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado haya encomendado esta función o que resulte procedente de acuerdo con el Cuerpo o Escala del funcionario. Este examen determinará si el estado de incapacitación del funcionario dará lugar a su calificación de incapacitado con carácter permanente para las funciones propias de su Cuerpo o Escala y a la consiguiente declaración de jubilación por incapacidad permanente para el servicio. En aquellos casos en que se dictamine que, continuando con la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del funcionario con vistas a su reincorporación al servicio, la situación clínica del interesado hiciera (...)”

La prestación económica por incapacidad temporal se contempla en el art. 21 del RDL 4/2000. El apartado a) del mismo, referido a la prestación económica a percibir durante los tres primeros meses de baja, se derogó por el RDL20/2012 en los términos que seguidamente veremos<sup>45</sup>. El apartado b), por su parte, establece que el empleado público percibirá “desde el cuarto mes las retribuciones básicas, la prestación por hijo a cargo, en su caso, y un subsidio por incapacidad temporal a cargo de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado cuya cuantía, fija e invariable mientras dura la incapacidad, será la mayor de las dos cantidades siguientes: 1ª. El 80% de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y grado, en su caso), incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al tercer mes de licencia; 2ª El 75% de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia [...]”. No se tiene en cuenta para el cálculo del subsidio las gratificaciones por servicios extraordinarios fuera de la jornada normal de trabajo –previstos en el art. 24 d) del TREBEP–, ni las indemnizaciones por residencia ni las indemnizaciones por razón del servicio (art. 96.4 RGMF)<sup>46</sup>. A este subsidio se le estableció una limitación importante, pues, “en cualquier caso, la cuantía íntegra del subsidio considerada en cómputo mensual, sumada a las remuneraciones que el funcionario siga recibiendo con cargo a su destino, consideradas en las cuantías que tuviera acreditadas en el tercer mes de la situación de incapacidad temporal, no podrá exceder de las percepciones totales íntegras devengadas e imputadas al tercer mes de licencia”. Es el propio órgano de personal quien comunica directamente a MUFACE la licencia del cuarto mes junto a un certificado de las retribuciones básicas y complementarias devengadas al inicio del tercer mes de licencia y de las complementarias dejadas de abonar a partir del 91 día. Ahora,

---

aconsejable demorar la citada calificación, ésta podrá retrasarse por el período preciso, que, en ningún caso, podrá rebasar el tiempo máximo de duración desde la fecha en que se haya iniciado la situación de incapacidad temporal según lo establecido en el Régimen General. En este periodo se prorrogarán los efectos de la situación de incapacidad temporal.”

<sup>45</sup> La Disposición Derogatoria Única.5 del RD-Ley 20/2012 derogó el apartado 1.1 del art. 21 del RDLSSFC que establecía que el funcionario tendría derecho a percibir una prestación económica por IT “durante los primeros tres meses, la totalidad de las retribuciones básica y de las retribuciones complementarias del funcionario en la misma cuantía que le correspondería en cada momento en su puesto de trabajo si no se encontrase en situación de incapacidad temporal”. Derogó también el artículo 20.1.a) del Real Decreto legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y el artículo 20.1.A del Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el régimen especial de seguridad social del personal al servicio de la Administración de Justicia.

<sup>46</sup> Para el personal gestionado por el ISFAS, el subsidio por IT para los funcionarios civiles y personal estatutario del CNL se regula en el art. 71 del RD 1726/2007, de 21 de diciembre que señala que la prestación económica a cargo del ISFAS en las diversas situaciones constitutivas de incapacidad temporal consistirá en un subsidio económico cuya cuantía, fija e invariable mientras dure dicha situación, será la mayor de las cantidades siguientes: a. El 80 % de las retribuciones básicas correspondientes al primer mes de licencia incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria. A los efectos de este apartado se considerarán retribuciones básicas el sueldo, los trienios y, en su caso, el grado. b. El 75 % de las retribuciones complementarias devengadas en el primer mes de licencia. c. En los supuestos previstos en el artículo 58 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se abonará a las posibles afectadas una prestación que garantice la percepción de unas retribuciones idénticas a las que percibían en situación de actividad siempre que no se perciba por otro concepto. El art. 72 añade que “1. La prestación por incapacidad temporal con cargo al ISFAS se abonará una vez transcurridos tres meses desde que se produjo el inicio de dicha situación. 2. Durante los primeros tres meses los funcionarios civiles afectados percibirán los derechos económicos que les reconoce el artículo 69 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964. 3. A partir del cuarto mes, percibirán las retribuciones básicas, la prestación por hijo a cargo, en su caso, y la prestación por incapacidad temporal a cargo del ISFAS al que se refiere el artículo anterior. La suma de las cantidades anteriores no podrá exceder del importe de las percepciones que el funcionario tuviera en el primer mes de licencia”.

la LPGE de 2018 ha introducido una novedad importante para este colectivo pues, durante la percepción de dicho subsidio, éste “podrá ser complementado por el órgano encargado de la gestión de personal, previa negociación colectiva, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que el funcionario hubiera percibido el mes de inicio de la incapacidad temporal”. Así, el órgano encargado de la gestión de personal podrá, previa negociación colectiva, fijar complementos retributivos a partir del momento en que se lucre el subsidio de incapacidad temporal. La negociación colectiva, por tanto, puede desplegar sus efectos complementarios a partir del cuarto mes de baja por contingencias comunes, ampliando con ello sus posibilidades de actuación en este ámbito ya que podrá intervenir, como seguidamente se verá, durante todo el período de incapacidad temporal de este personal.

Ahora bien ¿qué ocurre durante los tres primeros meses de baja? En este caso se produjo en 2012 una importante modificación en el régimen retributivo de estos empleados públicos pues, para los funcionarios mutualistas, no se establecieron topes máximos en relación con posibles mejoras voluntarias de la protección sino que, por el contrario, se impuso una retribución no mejorable en la negociación colectiva. En tal sentido, el RD Ley 20/2012 estableció que “quienes estén adscritos a los regímenes especiales de seguridad social del mutualismo administrativo en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, *percibirán* el cincuenta por ciento de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo, en su caso, desde el primer al tercer día de la situación de incapacidad temporal, tomando como referencia aquellas que percibían en el mes inmediato anterior al de causarse la situación de incapacidad temporal. Desde el día cuarto al vigésimo día, ambos inclusive, percibirán el setenta y cinco por ciento de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo, en su caso. A partir del día vigésimo primero y hasta el nonagésimo, ambos inclusive, percibirán la totalidad de las retribuciones básicas, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y de las retribuciones complementarias. Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias profesionales, la retribución a percibir podrá ser complementada, desde el primer día, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad” (art. 9.3 RD Ley 20/2012). El carácter imperativo que utilizó el legislador con este personal (*percibirán*) frente al dispositivo que utilizó para los funcionarios incluidos en el régimen general de la Seguridad Social (se podrá reconocer un complemento) anuló para este colectivo el papel de la negociación colectiva en materia de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. La diferencia con la regulación anterior al RD Ley 20/2012 era obvia pues, hasta la fecha, los funcionarios mutualistas percibían durante los tres primeros meses de baja la totalidad de las retribuciones íntegras y complementarias como si estuviesen de alta<sup>47</sup>.

No obstante, la LPGE para 2018 también ha alterado esta situación para el personal funcionario incluido en el Régimen de Mutualismo Administrativo pues “de acuerdo con el régimen retributivo establecido en su normativa, además del subsidio de incapacidad temporal, cada Administración Pública podrá acordar, previa negociación colectiva, para el período de tiempo que no comprenda la aplicación del subsidio de incapacidad temporal, la percepción de hasta el cien por cien de las retribuciones, básicas y complementarias,

<sup>47</sup> Véase el derogado art. 2.1. del RDLSSFC.

correspondientes a sus retribuciones fijas del mes de inicio de la incapacidad temporal”. La negociación colectiva puede así, a partir de ahora, fijar un complemento retributivo que alcance hasta el cien por cien de las retribuciones básicas y complementarias que disfrutaba este personal como retribución fija al inicio de la IT durante los tres primeros meses de baja.

El legislador de 2012, pese a la diversidad de regulación entre el personal funcionario adscrito al Régimen General de la Seguridad Social y el personal funcionario integrado en el mutualismo administrativo, estableció una garantía retributiva para estos últimos en materia de incapacidad temporal pues el apartado 5 del art. 9 del RDLey 20/2012 dispuso que “en ningún caso los funcionarios adscritos a los regímenes especiales de seguridad social gestionados por el mutualismo administrativo podrán percibir una cantidad inferior en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes a la que corresponda a los funcionarios adscritos al régimen general de la seguridad social, incluidos, en su caso, los complementos que les resulten de aplicación a estos últimos”. Esta previsión se extendió al personal integrado en cualquier Mutualidad Administrativa y ello supuso dos cambios importantes: primero, que el Régimen General de Seguridad Social se convirtió para el personal mutualista en el referente a tener en cuenta en materia de retribución por incapacidad temporal y, segundo, que *de facto*, aunque de manera indirecta, se reconoció el derecho a percibir complementos por IT por este personal cuando la cuantía de la retribución por IT de los funcionarios integrados en las Mutualidades fuera inferior a la que percibían los funcionarios inscritos en el Régimen General. Esta compensación era, obviamente, un complemento económico que, pese a todo, no se articulaba como la mejora voluntaria del Régimen General de Seguridad Social sino como mero complemento retributivo que no derivaba, además, de la negociación colectiva.

En todo caso, la fragmentación de la regulación de la incapacidad temporal se aprecia también en numerosas disposiciones relativas a la misma en los distintos regímenes especiales de seguridad social gestionados por el mutualismo administrativo, trasladando una sensación de confusión y dispersión constante. Así, por ejemplo, para el personal integrado en la Mutualidad de la Administración de Justicia la regulación de la incapacidad temporal para una parte de este personal se encuentra en el art. 504.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la LO 8/2012, de 27 de diciembre, y la LO 7/2015, de 21 de julio<sup>48</sup>, mientras que para los funcionarios de la carrera judicial la regulación se encuentra en el art. 375.3 LOPJ<sup>49</sup>. Asimismo, para los miembros gestionados por el Instituto Social de las Fuerzas Armadas se disponen regulaciones y situaciones diferenciadas en supuestos de enfermedad o accidente para el personal incluido en su ámbito de aplicación: el personal militar con insuficiencia temporal de condiciones físicas mantiene los derechos económicos

<sup>48</sup> Respecto del colectivo integrado en MUGEJU puede verse el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 12 de junio de 2013 por el que se aprueba la Instrucción 1/2013 sobre retribuciones en supuestos de incapacidad temporal por contingencias comunes de los miembros de la Carrera Judicial (BOE 21 de junio 2013) y la Resolución de 25 de junio de 2013 de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia sobre retribuciones en los casos de incapacidad temporal para el personal al servicio de la Administración de Justicia en el ámbito territorial gestionado por el Ministerio de Justicia (BOE 2 de julio de 2013), modificado por la Resolución de 22 de diciembre de 2015 (BOE 31 de diciembre de 2015).

<sup>49</sup> El art. 9.4 del RDLey 20/2012 estableció previsiones específicas para los integrantes de la Carrera Judicial y Fiscal, del Cuerpo de Secretarios judiciales, así como los Funcionarios de los Cuerpos al Servicio de la Administración de Justicia comprendidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes siendo de nuevo modificado por el apartado Cinco de la DA54ª de la Ley 6/2018 de PGE para 2018.

previstos en su normativa reguladora mientras que el personal civil de dicha Administración y el personal de la CNI encuentra su regulación en el art. 71 del RD 1726/2007<sup>50</sup>; para el personal gestionado por el ISFAS, la Disposición Adicional Sexta del RD Ley 20/2012 estableció reglas específicas de adaptación a la misma<sup>51</sup>, cosa que, sin embargo, no ha hecho la LPGE para 2018.

La dispersión normativa no ha cambiado, por tanto, con la LPGE para 2018 pero qué duda cabe que la misma unifica en lo posible lo referente a la protección adicional que otorga el complemento retributivo por incapacidad temporal pues, como ya se ha señalado, casi todo el personal de las Administraciones Públicas con independencia de su vinculación jurídica o de su integración en regímenes distintos de seguridad social disfrutarán de la posibilidad de alcanzar, a través de la negociación colectiva, el cien por cien de sus retribuciones en situación de incapacidad temporal.

---

<sup>50</sup> Respecto de la prestación económica por IT para los funcionarios civiles y personal estatutario del CNI, el art. 71 del RD 1726/2007, de 21 de diciembre, dispone que: “1. La prestación económica a cargo del ISFAS en las diversas situaciones constitutivas de incapacidad temporal consistirá en un subsidio económico cuya cuantía, fija e invariable mientras dure dicha situación, será la mayor de las cantidades siguientes: a) El 80 por 100 de las retribuciones básicas correspondientes al primer mes de licencia incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria. A los efectos de este apartado se considerarán retribuciones básicas el sueldo, los trienios y, en su caso, el grado. b) El 75 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas en el primer mes de licencia [...]”.

<sup>51</sup> Disposición adicional sexta. Adecuación para los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil. 1. Las disposiciones de carácter general que, para los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, regulan las materias contenidas en el título I deberán entenderse modificadas en los términos establecidos en esta disposición legal. 2. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil a los que se refiere el artículo 21 del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, que padezcan insuficiencia temporal de condiciones psicofísicas para el servicio, percibirán el cincuenta por ciento de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo, en su caso, desde el primer al tercer día de la insuficiencia, tomando como referencia aquellas que percibían en el mes inmediato anterior al de causarse dicha insuficiencia. Desde el día cuarto al vigésimo día, ambos inclusive, percibirán el setenta y cinco por ciento de las retribuciones tanto básicas como complementarias, como de la prestación de hijo a cargo, en su caso. A partir del día vigésimo primero percibirán la totalidad de las retribuciones básicas, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y de las retribuciones complementarias. Si la insuficiencia se hubiera producido en acto de servicio o como consecuencia de una hospitalización o intervención quirúrgica la retribución a percibir podrá ser complementada, desde el primer día, hasta alcanzar, como máximo el 100 % de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la insuficiencia. Para la Guardia Civil puede verse la Instrucción número 1/2013, de la Dirección General de la Guardia Civil, para regular las previsiones del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, respecto a la situación de incapacidad temporal del personal de la Guardia Civil (BOGC de 16 de abril de 2013).

# Elementos normativos e instrumentales en materia de (des)protección social del prestador de servicios en la economía colaborativa<sup>1</sup>

## Regulatory and instrumental elements in matters of social (non-)protection of the service provider in the sharing economy

FRANCISCO VILA TIERNO

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

### Resumen

La economía colaborativa, o de un modo más preciso en el contexto que queremos situarnos, la economía de las plataformas, como actividad comercial que se desarrolla mediante el uso de las NN.TT. se enfrenta a un problema como es la ausencia de una normativa concreta y precisa que sirva de marco de protección para aquellos que prestan servicios en su ámbito. El presente artículo intenta plantear las principales referencias normativas o institucionales, poniendo de relieve la importancia y el peso del *soft law* frente al *hard law* en esta materia.

### Abstract

The sharing economy, or more precisely the platform economy, as a commercial activity developed through the use of new technologies, is facing the problem of an absence of specific regulations, which are needed to act as a protection framework for everyone providing services in this field. This article considers the main regulatory or institutional references, underlining the importance and the weight of *soft law* against *hard law* in this matter.

### Palabras clave

economía colaborativa; trabajo autónomo; protección social

### Keywords

Sharing economy; self-employment; social protection

## 1. INTRODUCCIÓN

De manera reciente, en esta misma revista, ha sido objeto de publicación un trabajo redactado por quien ahora también firma el presente y que responde a un título equivalente al que ahora abre esta aportación doctrinal. Concretamente, nos referíamos a los elementos conceptuales que nos permitían contextualizar la prestación de servicios en el marco de la economía colaborativa y ello con el objeto de señalar el nivel de desprotección social que se reconoce en este entorno. Lo que parece ya una constante en la evolución reciente del ámbito de las relaciones laborales y del concepto tradicional de contrato de trabajo, como ya advertía, de manera muy acertada y explícita, el Maestro Vida Soria<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> El presente trabajo se publica en el marco del Grupo PAIDI SEJ 347 sobre Políticas de Empleo, Igualdad e inserción social, dando continuidad a la línea de investigación sobre trabajo decente.

<sup>2</sup> Vid. v.gr. VIDA SORIA, J., «La esencia y la existencia del Derecho del Trabajo (Una revisión crítica del Concepto del Derecho del Trabajo y sus derivaciones conceptuales, dogmáticas y sistemáticas)», Revista de Derecho Laboral, núm. 192, tomo XLI, octubre/diciembre, Montevideo, 1998.

Recuérdese que, en aquella publicación, afirmábamos que en “un marco internacional que podemos incluir dentro del contexto de la Protección del Trabajo Decente<sup>3</sup>, es necesario crear un nivel de suficiencia y de protección de derechos del prestador de servicios para las plataformas digitales, pero, sin embargo, la realidad parece ir en sentido contrario: “*el consumo colaborativo, a través de medios digitalizados o sin ellos, y la digitalización de la economía pueden dar lugar a un incremento ficticio del trabajo autónomo y de las relaciones de trabajo encubiertas*”, frente a las que la OIT, recuerda, “*recomienda luchar de modo que de los acuerdos contractuales entre las partes no pueda resultar que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho*”. De no ser así, “*sus consecuencias ineludibles apuntan al ahondamiento del deterioro de las condiciones de trabajo y a la reducción de la protección social*”<sup>4</sup>.

Ello nos daba pie a realizar dos referencias específicas. De un lado, al tratamiento en la UE sobre esta materia que, aun siendo constante, ha supuesto una escasa o nula evolución normativa. Una evolución normativa que, de otro lado, en los ordenamientos internos, ha supuesto “en la práctica [una] cotización a niveles muy bajos o incluso la ausencia de cotización, lo que se traduce en una mínima o ninguna protección social al trabajador<sup>5</sup> que, o se sitúa fuera de la órbita del Derecho del Trabajo, bien en el contexto de una relación no profesional, bien, como trabajador autónomo. Nos situamos, así ante un trabajador desprovisto de derechos, en el que su prestación se valora en términos estrictamente económicos y muy alejados del valor como trabajo decente<sup>6</sup>.”

Todo lo anterior nos situaba ante la perspectiva o necesidad de abordar, desde aquellos parámetros, la normativa en materia específica de Seguridad Social –la existente–, pero dejando esta parte a un trabajo posterior, que es el que hoy nos ocupa.

Sin embargo, desde entonces y hasta la publicación definitiva de este artículo, varios son los elementos que deben tenerse presentes –y que incluso hayan motivado la conveniencia de retrasar su salida–. En primer lugar, la continuidad y avances en el Programa sobre el futuro del derecho del trabajo en la OIT. Contexto en el que aparecen enlazados los conceptos de trabajo decente y economía colaborativa, en tanto que, como realidades incuestionables, deben terminar por entenderse.

Relacionado con ello y, en segundo término, es obligada la referencia al Plan Director por un trabajo digno 2018, 2019 y 2020 del Organismo Estatal de Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social)<sup>7</sup>, en el que se incluyen, dentro de sus medidas operativas, dos que están directamente relacionadas con este ámbito de actuación: el “Refuerzo de la lucha contra la economía irregular” (3.5) y la de “Afrontar las nuevas modalidades de prestación del trabajo” (3.6).

<sup>3</sup> Pueden citarse, v.gr. Recomendación núm. 198 de la OIT (2006) sobre la relación de trabajo y Resoluciones del Parlamento Europeo de 19 de enero y 4 de julio de 2017.

<sup>4</sup> CASAS BAAMONDE, M.E. “Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿Hacia un trabajo digno?”, *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9 (octubre 2017), págs. 867 y ss.

<sup>5</sup> TODOLÍ SIGNES, A. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, editorial Tirant lo Blanch, 2017, pág. 82.

<sup>6</sup> Vid. las reflexiones al respecto en MONEREO PÉREZ, J.L. “La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en el orden internacional”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, N.º. 1, 2018, págs. 1-44.

<sup>7</sup> <http://www.mtramiss.gob.es/es/destacados/HOME/plan-director-por-un-trabajo-digno.pdf>

En tercer lugar, la referida normativa de Seguridad Social, pero la específica en esta materia, ha brillado por su ausencia. Los instrumentos que pueden utilizarse como referente se tratan, bien de normas con alcance general, principalmente dirigidas al trabajo autónomo; bien instrumentos sin valor normativo, sean de nivel comunitario, sean de ámbito nacional; encontrando, en la mayor parte de los casos muy escasas referencias específicas y más espacios de penumbra que de claridad para hacer frente a la ordenación de esta actividad en el entorno de lo Social<sup>8</sup>.

Precisamente, un intento de contribuir a una mejor ordenación de esta situación, representa el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo (BOE 29 de diciembre de 2018), cuando expresamente se dirige a la articulación de medidas para incrementar los niveles de protección del trabajador autónomo, así como la potenciación del control sobre el uso irregular o fraudulento de esta figura. De este modo, se modifica, entre otras, la LISOS, que hasta el momento se ha mostrado como uno de los mecanismos más incisivos para conseguir los fines anteriores y que han posibilitado, de manera sucesiva, importantes actuaciones inspectoras en Madrid, Barcelona o Valencia frente a empresas reconocibles en el intercambio propio de la economía de las plataformas digitales (del mismo modo que llamadas de atención desde la propia UE). La conveniencia de incluir en este trabajo esta reciente aportación legislativa (y a falta de otras más específicas señaladas en la publicación precedente sobre elementos conceptuales), ha justificado retrasar, al menos, brevemente, el trabajo que previamente había sido objeto de remisión a la editorial. El mayor o menor éxito de esta decisión –imputable únicamente a su autor– queda al arbitrio del lector tras la consulta de las siguientes líneas.

Vayamos a ello.

## 2. EL CONTEXTO INTERNACIONAL. DE LA OIT A LA UE

Antes de comenzar de un modo definitivo a comentar el contenido de los instrumentos internacionales que pueden servir de referentes para contextualizar la prestación de servicios en el ámbito de las economías de plataformas y, concretamente, en relación a los derechos de estos sujetos en orden a su Protección Social, lo primero que hay que destacar es la ausencia de una normativa directa y obligacional que implique el reconocimiento absoluto de aquellos derechos.

Esto es, nos movemos en el mundo de las recomendaciones, sugerencias, peticiones, establecimiento de estándares o umbrales de suficiencia (no vinculantes en la mayor parte de los casos)... En síntesis, nos movemos, como decíamos, en una realidad en la que, como mucho, destaca el *soft law* frente al *hard law*<sup>9</sup>, lo que supone, en la práctica, situar al

<sup>8</sup> AA. VV., Economía colaborativa y trabajo en plataforma, (Dir. Rodríguez-Piñero Royo, M. C., y Hernández Bejarano, M.), Editorial Bomarzo, Albacete, 2017.

<sup>9</sup> Vid. v.gr. ABBOTT, K.W. y SNIDAL D "Hard and soft law in international governance", en *International Organization*, vol. 54, 2000.; DEL TORO HUERTA, M.I. "El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional", Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen VI, UAM, DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2006.6>; <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/257>

prestador de servicios de esta actividad económica en un limbo de derechos. O lo que es lo mismo, ante una situación de desprotección llena de buenos deseos y propósitos.

Ello se traduce en dos claras conclusiones: existe la necesidad de establecer normas internacionales con obligaciones directas que, tras ser ratificadas por los Estados, imposibiliten a los mismos eludir sus compromisos y responsabilidad en tal contexto internacional. De igual modo que, en la UE, debería existir un cuerpo normativo que, al menos, estableciera unas obligaciones de resultado en la transposición interna de las normas.

La segunda conclusión es también evidente: habrá que ver que se ha hecho a nivel nacional y que normas o instrumentos van a servir o condicionar la reiterada prestación de servicios para las plataformas, articulando, de esta forma, un nivel mínimo de protección social para aquellos que hoy, más que nunca, se presentan como sujetos vulnerables.

## 2.1. La OIT y la protección social en el contexto del trabajo decente

En el año 1999, la memoria del director general de la OIT para la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, con el título: “Trabajo decente”<sup>10</sup>, presenta éste como “un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno”. En este sentido, se trata de una institución que “sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres”<sup>11</sup>. Concepto que se asienta de manera definitiva y formalmente en 2008, como parte de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa<sup>12</sup> y que se concreta en los cuatro pilares básicos del Programa de la OIT en esta materia<sup>13</sup>: *los derechos en el trabajo*, las oportunidades de empleo, la protección social y el diálogo social<sup>14</sup>. A partir de tales presupuestos, se ha ido desarrollando el concepto de trabajo decente y sus mecanismos de protección con 20 años de actuación en esta línea.

Todo lo anterior enlaza con una idea clave: la idea del “trabajo con derechos” en el contexto de una apuesta por la justicia social, de manera que puede afirmarse que el “trabajo que dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades no es cualquier trabajo; *no es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales...*”<sup>15</sup>. Lo que se hace, si cabe, más relevante, a partir de la crisis económica sufrida en un período todavía muy reciente, en la que la aparición de nuevas formas de economía y de relaciones sociales, motivan la necesidad de garantizar un desarrollo sostenible e inclusivo sobre la base de empleos de calidad. Y ello sólo se consigue si están

<sup>10</sup> Vid. GHAI, D. “Trabajo decente: concepto e indicadores”, Revista internacional del trabajo, Año 2003, Vol. 122, Número 2. Dedicado a: La medición del trabajo decente, págs. 125-160.

<sup>11</sup> <http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm>

<sup>12</sup> [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms\\_371206.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_371206.pdf)

<sup>13</sup> Véase en sentido amplio: <http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm>

<sup>14</sup> Vid. LEVAGGI, V. Director Regional Adjunto de la Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, en [http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS\\_LIM\\_653\\_SP/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang--es/index.htm)

<sup>15</sup> LEVAGGI, V. op.cit.

provistos de derechos laborales y protección social. Sentamos así las bases para enlazar con la idea de la economía de plataformas, como realidad que se ha extendido de manera exponencial, naciendo desde un marco estrictamente colaborativo y que ha desencadenado en una cada vez más consolidada fórmula de prestación de servicios. Sin embargo, ello no ha ido acompañado de una ordenación normativa adecuada que permita una protección social idónea para el prestador de servicios. Entre otras cosas, porque como ya se tuvo ocasión de indicar, no queda clara la naturaleza jurídica del mismo<sup>16</sup>.

En cualquier caso, no basta con establecer una referencia en abstracto al reiterado trabajo decente, sino que, como hemos afirmado, éste debe ser considerado como una realidad palpable y, en cuanto a tal, mensurable<sup>17</sup>. Y, precisamente, este ha sido un tema objeto de tratamiento ya tradicional en el marco de la OIT. Y es que se llega a la conclusión de que solo es posible constatar el nivel y evolución del trabajo decente si previamente es mensurado<sup>18</sup>. Pero no solamente se mantiene que es preciso medir el desarrollo y avance de aquel nivel, sino que, a su vez, es necesario contextualizarlo y, a tal efecto, situarlo ante una perspectiva de cambio mundial en el devenir de las relaciones económicas, profesionales, de servicio, etc.

Tal contextualización nos sitúa ante, nuevamente, la idea de justicia social. Entendido ésta como mandato que mueve e impulsa a la OIT a buscar respuestas eficaces ante los nuevos desafíos, pero con el objeto de garantizar la existencia del trabajo decente. De este modo, se pone en marcha la “iniciativa relativa al futuro del Derecho del Trabajo”, creándose en agosto de 2017 la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo<sup>19</sup>. En el seno de la misma, se crean seis grupos de trabajo, cada uno con una temática diferente, siendo el tercero de ellos el siguiente: “Grupo 3: Tecnología al servicio del desarrollo social, ambiental y económico”. Grupo que abordará las materias que le son propias y cuyos márgenes de actuación vienen delimitados explícitamente en las notas informativas redactadas al efecto. En este caso:

- Nota informativa 5: La calidad del trabajo en la economía de plataformas
- Nota informativa 6: La influencia de la tecnología en la calidad y la cantidad del empleo

<sup>16</sup> VILA TIerno, F. “Elementos conceptuales...” op. Cit.

<sup>17</sup> Vid. informe de la OIT “Empresas y empleos sostenibles: empresas formales y trabajo decente”, de 9 de octubre de 2017, en el que se analiza como la reducción del crecimiento económico y el comercio, la rebaja en la calidad en el empleo y el cambio tecnológico y la innovación social inciden en la realidad empresarial y de las relaciones laborales. Se parte de la necesidad de eliminar los problemas que afectan al ámbito empresarial, de manera que se consiguiera fomentar el crecimiento de empresas sostenibles, así como el crecimiento inclusivo y *resultados concretos en materia de trabajo decente*. Vid. en sentido similar informes de Directora Gerente FMI, “Hacia una recuperación compartida por todos” y del movimiento sindical internacional “Políticas de las IFI para unas economías equitativas y sostenibles” (octubre 2017).

<sup>18</sup> Vid. el exhaustivo análisis sobre la evolución de los indicadores en esta materia en LOZANO LARES, F. op. Cit. páginas 18 a 22, inclusive, en torno al modo de medir el trabajo decente y sus avances, así como el desarrollo de esta cuestión en el seno de la OIT.

<sup>19</sup> <https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/lang--es/index.htm>

Si nos remitimos a la primera de ellas<sup>20</sup>, se indica expresamente lo siguiente: “A pesar del potencial de las plataformas de trabajo colaborativo para proporcionar oportunidades de empleo, hay una serie de inquietudes relacionadas con la poca claridad de la situación en el empleo, el trato injusto, los bajos ingresos, los impagos, la falta de protección social y la falta de voz de los trabajadores (Nickerson, 2014; De Stefano, 2016). La mayoría de las plataformas no aplican al trabajo realizado las normas de protección de los empleados que establece la legislación laboral, puesto que los trabajadores suelen ser contratados como contratistas independientes. Aunque algunos de estos trabajadores pueden ser trabajadores por cuenta propia legítimos, en otros casos pueden haber sido clasificados incorrectamente en esta categoría para evitar las obligaciones de la legislación laboral (Rogers, 2016)”.

Se pone, por tanto, de manifiesto –como ya hemos adelantado–, la ausencia de una ordenación adecuada que permita el reconocimiento de derechos como trabajador al prestador de servicios de la economía de plataformas. Es ésta una constatación que se produce con alcance mundial, pero serán cada uno de los Estados, dentro del desarrollo y avance del nivel del trabajo decente, el que deba proceder a dispensar una regulación idónea que otorgue una protección social equilibrada que implique reconocer, por tanto, una esfera de derechos que pueda situar a aquel prestador dentro de los límites de tal trabajo decente.

Sin embargo, en cuanto a la “*Cobertura de la protección social*: Un rasgo importante de la calidad del trabajo es si este brinda protección contra riesgos tales como la enfermedad, la discapacidad y el desempleo, y prepara a los trabajadores para la jubilación. Puesto que la mayoría de las plataformas digitales clasifican a los trabajadores como contratistas independientes, ellos son los únicos responsables del pago de sus contribuciones a la seguridad social, además de estar excluidos de otras protecciones laborales. En consecuencia, y dado el bajo nivel de remuneración, no resulta sorprendente que solo una pequeña proporción de los trabajadores afirme que realiza contribuciones a la seguridad social o a un fondo de pensiones. De un total de 56 por ciento de los trabajadores que declara que el trabajo colaborativo es su empleo principal, solo el 55 por ciento afirma que tiene acceso a cobertura sanitaria, y solo el 24 por ciento realiza contribuciones a un seguro de salud. Las proporciones son aún más bajas en relación con las pensiones: solo el 25 por ciento de los trabajadores tiene acceso a un plan de pensiones, y solo el 15 por ciento hace contribuciones a un fondo de pensión...”

Concluye, en síntesis, la nota informativa, preguntándose “¿Cómo pueden los trabajadores de la economía de plataformas gozar de una protección social adecuada? ¿Cómo repercute el trabajo colaborativo a escala mundial en las iniciativas para garantizar el trabajo decente? “. Sin que se propongan, de momento, y a la espera de las conclusiones y el informe final de la Comisión, respuestas a tales interrogantes. Lo significativo de todo ello es que, actualmente, se carece de un instrumento normativo que facilite unas vías de solución a los problemas que se plantearon en este contexto<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Preparada para la segunda reunión de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, 15-17 de febrero de 2018.

<sup>21</sup> Particularmente interesante resultan las reflexiones en el informe Síntesis de los diálogos nacionales sobre el futuro del trabajo, Ginebra, 2017 (págs. 50 y ss): “a pesar de su potencial para el empleo, se considera que las condiciones de trabajo de las plataformas son problemáticas. Tal como se señaló en los diálogos de Alemania y Suiza, las plataformas han creado nuevas formas de trabajo que se deben analizar caso por caso. En Suiza, el (...)”

Dudas que son una realidad consolidada y que se mantiene como constante en distintos instrumentos de la OIT: “Aun reconociendo los desafíos que las plataformas plantean al mercado de trabajo, tal como se indicó en Alemania, Australia, España y Suiza, actualmente es difícil predecir cómo van a evolucionar las plataformas digitales y las formas de empleo atípicas conexas, hasta qué punto sustituirán al empleo típico o qué incidencia van a tener en los trabajadores y el conjunto de la sociedad”<sup>22</sup>. Si bien, es cierto que se van apuntando posibles propuestas de actuación que pueden ser más o menos abstractas: “Como se señaló en Italia, el papel de la protección social es apoyar el desarrollo económico en el marco del cambio. En la actualidad existe una situación de desarrollo económico que implica precariedad laboral. Para afrontar el cambio, el Gobierno indica la necesidad de que las políticas públicas sean inclusivas y tomen en consideración los avances tecnológicos” o “A fin de proteger a los trabajadores de estos riesgos y acompañarlos en la transición hacia las nuevas formas de empleo, en Francia se propuso que la OIT valorara la posibilidad de que los derechos se atribuyan directamente a las personas (en lugar de hacerlo a través de la relación de trabajo), en lo que respecta a la protección contra los riesgos profesionales, el acceso al desarrollo y la formación profesional, y los derechos individuales (como la protección social y la libertad sindical)...”

## **2.2. La protección social del trabajador de plataformas en la UE. Parámetros de referencia**

Todo ello pone de manifiesto cómo diferentes países de la UE van, de manera independiente, pero sin que exista una línea fuerte de coordinación en el contexto europeo y el motivo no es otro que el de una falta de regulación normativa en tal ámbito.

A pesar de tal falta de normativa reguladora que establezca, al menos, unas pautas mínimas en materia de protección social de los prestadores de servicios en las empresas de plataformas, no debemos olvidar dos extremos importantes:

- a) la redacción de la “Agenda Europea para la economía colaborativa”, de 11.5.2017 y;

---

tema ya ha sido objeto de cierta reflexión por parte del Consejo Federal en relación con la situación de las plataformas de transporte que, como se señaló en Portugal, ya no ofrecen trabajo, sino «actividades». Asimismo, en el diálogo de los países nórdicos, se indicó por ejemplo que es preciso determinar en qué situación se encuentran los trabajadores, puesto que algunos modelos de trabajo colaborativo contienen elementos tanto del trabajo por cuenta propia como del trabajo dependiente. Resulta difícil establecer hasta qué punto estas plataformas están aprovechando zonas grises en lo que respecta a la situación de los trabajadores para reducir costos. En Alemania, Australia y en los países nórdicos se señaló que las plataformas, al igual que otras formas de empleo y modalidades de trabajo nuevas, son menos transparentes, y en ellas en ocasiones se oculta la verdadera cadena de responsabilidad. Es preciso determinar quién es el empleador «real» del trabajador. En los Países Bajos y Sudáfrica se resaltó que algunas formas de economía colaborativa podrían ser contrarias a las relaciones de trabajo vigentes y los logros sociales de los trabajadores”.

<sup>22</sup> Síntesis de los diálogos nacionales sobre el futuro del trabajo, Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 2017, pág. 51. En este análisis se hace una muy interesante valoración y recorrido por el marco de las relaciones de empleo en el ámbito de la economía de plataforma, concretamente en el apartado 3.2.3.4. Economía colaborativa: las plataformas, la economía del trabajo esporádico, el trabajo a pedido y el trabajo colaborativo. Si bien, ya en la pág. 5 del mismo estudio se adelanta: “La gran mayoría de diálogos nacionales se ocuparon de la velocidad del cambio tecnológico, tomando en consideración que el futuro del trabajo lleva aparejadas transformaciones en este sentido”.

- b) que cuando hablamos, precisamente, de políticas de protección social, nos basamos en el principio de coordinación, si bien no es menos cierto que se toma como referencia al trabajador por cuenta ajena.

Esto nos lleva a considerar, al tiempo, dos realidades: por una parte, que sí existen instrumentos europeos en materia de Seguridad Social y, por otra, que los ordenamientos internos también ordenan esta realidad. La cuestión es si resulta adecuada para aquellos “trabajadores” de la economía colaborativa y, si se respetan los límites o umbrales del trabajo decente.

Al repasar los elementos conceptuales de la economía colaborativa<sup>23</sup>, ya adelantábamos –como paso previo para determinar la desprotección del prestador de servicios en las plataformas digitales– que el instrumento de referencia en esta materia era el citado Informe del Parlamento Europeo sobre una “Agenda Europea para la economía colaborativa”<sup>24</sup>, en el que se califica, según la primacía de los hechos, a los prestadores de servicios bien como trabajadores por cuenta ajena, o bien como trabajadores por cuenta propia, pero que, en cualquier caso, deben contar con una adecuada y suficiente protección en materia de seguridad social.

Primero, el referido informe, destaca la posible insuficiencia de un marco regulatorio común, para después destinar un epígrafe concreto al ámbito laboral y a los derechos de los trabajadores. La línea que se sigue en tal instrumento marca el camino a seguir respecto a la ordenación normativa de la economía colaborativa y sus prestadores de servicios, destacando tres elementos sucesivos: revisión por la Comisión de la normativa vigente; modernización de la normativa, en especial de Seguridad Social por los Estados miembros de la UE y; mandato para la coordinación de los sistemas de seguridad social con el objeto de adaptarlos a esta nueva realidad:

- Así, se pide a la Comisión que estudie la aplicabilidad de la normativa vigente en la UE al que se denomina mercado laboral digital. En la medida que tal normativa sea aplicable, se deberán articular los mecanismos necesarios para garantizando su correcta y adecuada ejecución<sup>25</sup>.
- Por otra parte, se solicita a los Estados miembros que, “en colaboración con los interlocutores sociales y otras partes interesadas pertinentes, evalúen de forma proactiva y con una lógica de anticipación la necesidad de modernizar la legislación en vigor, en particular los sistemas de seguridad social, con el fin de adaptarlos a los avances tecnológicos al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores”.

<sup>23</sup> Vid. VILA TIERNO, F. “Elementos conceptuales...” op. Cit.

<sup>24</sup> Una Agenda Europea para la economía colaborativa Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa (2016/2003(INI)), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2018.331.01.0125.01.SPA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2018.331.01.0125.01.SPA)

<sup>25</sup> Expresamente pide a la Comisión que publique directrices sobre cómo debe aplicarse el Derecho de la Unión a los diferentes modelos de negocio de las plataformas con el fin de colmar, si procede, las lagunas en la regulación relativa al empleo y la seguridad social.

- Por último, se requiere a la Comisión y a los Estados miembros que coordinen los sistemas de seguridad social con la finalidad de posibilitar la exportación de las prestaciones y la acumulación de los periodos de cotización de conformidad con las legislaciones de la UE y de los Estados miembros<sup>26</sup>.

Destaca especialmente, en cualquier caso y por encima de cualquier otro elemento, también de los citados, la relevancia que se concede a la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores en los servicios colaborativos, instando a los Estados miembros y a la Comisión a que, en sus respectivos ámbitos de competencia, garanticen condiciones laborales justas y una adecuada protección jurídica y social para todos los trabajadores de la economía colaborativa, con independencia de su estatus.

Como mecanismo de refuerzo, se introduce una recomendación en firme a los Estados miembros para que actúen contra el fraude en este sector de actividad. Así, de una parte, se les emplaza para que lleven a cabo actuaciones por medio de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social en las plataformas on line, para que, en caso de incumplimiento de la normativa reguladora, se impongan las sanciones que correspondan por la correspondiente infracción<sup>27</sup>.

Finalmente, se subraya la importancia de garantizar los derechos fundamentales de estos prestadores de servicios, así como un suficiente nivel de protección en materia de seguridad social.

En síntesis, se apuesta por “modernizar la legislación en vigor, en particular los sistemas de seguridad social, con el fin de adaptarlos a los avances tecnológicos al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores” y se realiza un llamamiento, a las Inspecciones de trabajo para que “supervis(en) el mercado de trabajo y las condiciones laborales de la economía colaborativa con objeto de luchar contra las prácticas ilegales”.

Se reconoce así el peligro de precarización, pero no se rechaza la economía colaborativa, sino que se recomienda su regulación y, concretamente la protección social. Se pretende, en tal caso, poner un freno a las prácticas de competencia desleal por las cuales algunas empresas consiguen clientes a base de reducir el precio de sus productos dado que no respetan los derechos laborales.

En tal sentido, tenemos que considerar dos cuestiones básicas: de un lado, la necesidad de garantizar la seguridad o protección social, cualquiera que sea la calificación otorgada al prestador de servicios (autónomo o por cuenta ajena) y; de otra, la remisión, en

---

<sup>26</sup> Ello se complementa con la petición a los interlocutores sociales a que, cuando sea preciso, actualicen los instrumentos convencionales, “de forma que las normas de protección en vigor puedan mantenerse también en el entorno laboral digital”.

<sup>27</sup> En este orden, esta idea se refuerza cuando se “insta a la Comisión y a los Estados miembros a que presten una atención particular al trabajo no declarado y al trabajo autónomo ficticio en este sector, y a que inscriban la cuestión de la economía de las plataformas en el programa de la plataforma europea para la lucha contra el trabajo no declarado; insta a los Estados miembros a que liberen los medios suficientes para organizar inspecciones”.

consecuencia, a los sistemas de seguridad social y a su regulación normativa, sea a nivel de coordinación comunitaria, sea a nivel nacional.

Para ello, debemos aludir, necesariamente, a la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre la protección social para todos, incluidos los trabajadores autónomos (2013/2111(INI)) cuando advierte que “si bien la mayoría de los modelos tradicionales de protección social y, en particular, los sistemas de seguridad social y de Derecho laboral, han sido concebidos para salvaguardar los derechos sociales y laborales de los trabajadores asalariados, existe el riesgo de que, ante las nuevas formas de empleo que están surgiendo y con un número cada vez mayor de trabajadores que ejercen una actividad autónoma, los nuevos grupos de trabajadores puedan tener que aceptar una protección social inferior”.

A lo que se añade que “podría ser oportuno definir claramente el fenómeno del falso trabajo autónomo y prevenir posibles abusos al respecto a fin de evitar vulneraciones de los derechos sociales de los trabajadores, distorsiones de la competencia y el riesgo de dumping social... Considerando que el falso trabajo autónomo es, fundamentalmente, una forma de evasión parcial de cotizaciones...”

Pero reproduzcamos, por partes, la citada Resolución, ya que los sucesivos considerandos van aportando distintos matices que merecen ser objeto de reflexiones diversas y clarificadoras, lo que hace preciso incluir el tenor literal de los mismos, subrayando aquello que estimamos de mayor relevancia:

1. “Considerando que el acceso a la seguridad social es un derecho fundamental que, de conformidad con el Derecho de la UE y la legislación y las prácticas nacionales, constituye un elemento fundamental del modelo social europeo; que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha adoptado recomendaciones relativas a los pisos nacionales de protección social que aspiran a garantizar el derecho fundamental de toda persona a la seguridad social y a un nivel de vida digno;
2. Considerando que la seguridad social es una competencia nacional, coordinada a nivel de la UE...
3. Considerando que la cobertura de la protección social en algunos Estados miembros es insuficiente y podría mejorarse; que en la UE se siguen dando casos de trato abusivo de los trabajadores vulnerables;
4. Considerando que, si bien la mayoría de los modelos tradicionales de protección social y, en particular, los sistemas de seguridad social y de Derecho laboral, han sido concebidos para salvaguardar los derechos sociales y laborales de los trabajadores asalariados, existe el riesgo de que, ante las nuevas formas de empleo que están surgiendo y con un número cada vez mayor de trabajadores que ejercen una actividad autónoma, los nuevos grupos de trabajadores puedan tener que aceptar una protección social inferior;

5. Considerando que la falta de acceso de los trabajadores autónomos a unos derechos de pensión adecuados, prestaciones por enfermedad, vacaciones pagadas y otras formas de seguridad social agrava la diferencia de remuneración entre hombres y mujeres en el caso de las mujeres que ejercen una actividad autónoma, especialmente tras la jubilación.

A lo que debe sumarse otras consideraciones como el efecto estabilizador para la economía y la garantía del desarrollo económico y mantenimiento del modelo social europeo<sup>28</sup>.

Estos considerandos, pasan por encomendar una serie de actuaciones y recomendaciones que pasan por encargar a los Estados miembros, que garanticen, de manera suficiente, una protección social adecuada, mediante los instrumentos de financiación que sean necesarios y, teniendo presente, los cambios demográficos y de los mercados de trabajo, con nuevas realidades de prestación de servicios<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> “Considerando que la protección social facilita la adaptación a la evolución del mercado de trabajo, lucha contra la pobreza y la exclusión social, asegura la integración en el mercado de trabajo e invierte en recursos humanos; que la seguridad social ejerce un efecto estabilizador en la economía y desempeña una función anticíclica que puede impulsar la demanda y el consumo internos;

Considerando que, para superar la crisis, algunos Estados miembros han recortado drásticamente el gasto público en el mismo momento en que crecía la demanda de protección social como consecuencia del aumento del desempleo; que las asignaciones de los presupuestos nacionales destinadas a la cobertura social se han reducido aún más, al haber disminuido las cotizaciones como consecuencia de la pérdida de empleos a gran escala o de la disminución de los salarios, lo que pone en grave peligro la economía de mercado social europea”.

<sup>29</sup> De manera amplia, se especifica lo siguiente:

*Seguridad social para todos*

1. 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;

2. 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;

3. Destaca que, en algunos Estados miembros, el envejecimiento de la población, la baja tasa de natalidad y los cambios en los mercados de trabajo pueden hacer más urgente la necesidad de reformar los sistemas de seguridad social, incluidas las pensiones, a fin de garantizar su sostenibilidad; hace hincapié en que, con más frecuencia que en el caso de los hombres, las mujeres interrumpen su carrera profesional y ocupan puestos de trabajo a tiempo parcial para ocuparse de los niños y otras personas dependientes, lo que puede repercutir negativamente en sus pensiones y exponerlas a un mayor riesgo de pobreza; pide a los Estados miembros, en este contexto, que consideren esos periodos de interrupción de la carrera profesional como periodos cotizados a efectos de la determinación y el cálculo de sus derechos de pensión; subraya que se debe involucrar en las reformas a los interlocutores sociales con arreglo a la legislación y las prácticas nacionales, así como a las partes interesadas, y que se debe informar adecuadamente sobre ellas a los ciudadanos;

4. Pide a los Estados miembros que garanticen una protección social nacional que asegure unos ingresos dignos establecidos por cada país y el acceso a las prestaciones sociales básicas, en particular en caso de enfermedad, desempleo, maternidad, discapacidad, jubilación, etc., con objeto de luchar contra la pobreza y la exclusión social en los Estados miembros; alienta a los Estados miembros a que elaboren estrategias de desarrollo de la seguridad social en consonancia con las propuestas de la OIT;

(...)

Y ya, en el marco exclusivo del trabajo autónomo, advierte del riesgo de huida del Derecho del Trabajo a través de la figura del falso autónomo, como mecanismo para evadir la aplicación de derechos laborales. Llama, en síntesis, a la adopción de medidas por los Estados y a una coordinación en esta materia, de manera que se mantengan unos estándares mínimos de protección, de manera coherente con las directrices marcadas por la OIT<sup>30</sup>.

En todo caso, se advierten tres ideas clave que marcan el devenir de toda la protección social del trabajo autónomo en las plataformas colaborativas: a) la utilización fraudulenta de esta figura; b) la falta de una mayor regulación en materia de prestaciones, puesto que ello es sinónimo de rebaja en la cobertura social de estos colectivos y; c) la encomienda a los países miembros de la UE a que avancen en la especificación de sanciones a los empresarios que utilizan de manera irregular el trabajo autónomo, en el ya citado intento de huida del Derecho Social<sup>31</sup>.

---

5. Destaca que una protección social eficaz de suficiente calidad debe basarse en medidas destinadas a fomentar la participación en el trabajo, que contribuye a mejorar la salud y la seguridad en el trabajo, así como al aumento de la productividad, lo cual constituye una importante ventaja competitiva; subraya que la disminución del nivel de protección social no debe verse como una solución que allane el camino hacia tasas de empleo más elevadas.

<sup>30</sup> Vid. nota siguiente.

<sup>31</sup> También de forma extensa (interesa reproducir el tenor literal):

*La seguridad social de los trabajadores autónomos*

25. Hace hincapié en que el trabajo autónomo debe reconocerse debidamente 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;

26. Pide a los Estados miembros que faciliten 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;

27. Hace hincapié en la 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;

28. Señala que la falta de una definición nacional clara de trabajo autónomo aumenta el riesgo del falso trabajo autónomo entre los trabajadores de la UE y puede dificultar su acceso a una seguridad social adecuada; señala que los diferentes estatutos de los trabajadores autónomos entre los Estados miembros precisan de soluciones para una mejor coordinación de la seguridad social de los trabajadores autónomos a fin de que no se restrinja la libre circulación de trabajadores;

29. Pide a la Comisión que promueva los intercambios entre los Estados miembros a fin de proporcionar orientación sobre las diferentes formas del empleo atípico, incluido el trabajo autónomo, con vistas a ayudar a los Estados miembros a aplicar correctamente las legislaciones laborales y las medidas de protección social pertinentes a los trabajadores empleados en tales condiciones; considera también necesario que los Estados miembros identifiquen claramente el falso trabajo autónomo y sancionen 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;

30. Pide a los interlocutores sociales europeos, a la Comisión y a los Estados miembros que estudien la cuestión del trabajo autónomo dependiente y que encuentren 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;

31. Insta a los Estados miembros a que velen 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; pide, por otra parte, que se evite la asimilación de los trabajadores autónomos con los asalariados a fin de proteger las ventajas del trabajo

(...)

En resumen, desde la UE se insta a:

- Reconocer las nuevas realidades
- Revisar las normativas nacionales para establecer los mecanismos de protección social adecuados
- Ver las lagunas normativas en materia de trabajo en plataformas
- Clarificar los criterios para distinguir entre trabajo autónomo o falso autónomo
- Sancionar las conductas irregulares o fraudulentas.

### 3. LA ACTUACIÓN EN EL ÁMBITO NACIONAL

#### 3.1. Situación de partida

Como se ha puesto de manifiesto desde las Instancias Europeas, se ha detectado una posible situación de abuso del trabajador autónomo ante realidades que no comparecen de manera exacta con esta figura, ocultando, en muchos casos, el trabajo por cuenta ajena y, situando a los prestadores de servicios, también en las plataformas, con una menor protección social<sup>32</sup>.

---

autónomo y de la actividad económica de tal naturaleza, y de contribuir al desarrollo del espíritu empresarial y de la calidad de los servicios;

32. Pide a los Estados miembros que, de ser necesario, amplíen 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;

33. Pide a los Estados miembros que promuevan y apoyen los seguros de grupo para los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales; pide a los Estados miembros que garanticen a los trabajadores autónomos el acceso a regímenes colectivos de seguro y de pensiones basados en la solidaridad;

34. Solicita a los Estados miembros que pongan a disposición de todos los ciudadanos información relativa a sus derechos en materia de protección social y faciliten asimismo a las personas que deseen adquirir la condición de trabajadores autónomos información adecuada acerca de las modificaciones en su grado de protección social y sus derechos laborales que se deriven de la obtención de dicha condición, así como los cambios en otros derechos y obligaciones vinculados a su actividad económica; pide asimismo a la Comisión que ponga 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;

35. Pide a los Estados miembros y a la Comisión que involucren a los interlocutores sociales, de conformidad con las prácticas nacionales, en un proceso de desarrollo y modernización de la protección social, y que profundicen el diálogo social a nivel nacional y de la UE; solicita asimismo a los interlocutores sociales que incluyan en el orden del día 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; insta a los interlocutores sociales a que intercambien buenas prácticas entre los sindicatos y las asociaciones profesionales en materia de servicios prestados a los trabajadores autónomos, la lucha contra el fenómeno del falso trabajo autónomo y la organización de los trabajadores autónomos que ejerzan una actividad por cuenta propia.

<sup>32</sup> Vid. v.gr. el desarrollo al respecto y con los casos particulares perfectamente documentados y desarrollados en ROJO TORRECILLA, E. (Recopilación) Textos sobre economía colaborativa y relaciones laborales (31.8.15 a (...))

Lo cierto es que, en el marco del trabajo autónomo, la mayoría de los trabajadores han venido cotizando por las Bases mínimas, salvo que, como en la actualidad, pudieran beneficiarse de la tarifa plana. En tal caso, en el año 2018 la tarifa mínima ascendía a 278,88 € y ello de manera independiente a su salario real. Pero lo cierto es que muchos prestadores de servicios en el ámbito de la economía colaborativa, resultaban ser beneficiarios de la referida tarifa plana, de manera que el ingreso a las arcas de la Seguridad Social menguaba en los términos definidos en su normativa reguladora, pero que en términos generales de referencia eran 50 euros<sup>33</sup>.

Sin embargo, en el trabajo por cuenta ajena y, a salvo de reducciones o bonificaciones concretas (dentro del terrible cuadro de incentivos a la contratación que lo hace realmente inoperativo), el coste por cotización, vinculado a salarios reales, venía siendo (empresa más trabajador) de 28,30% nada más respecto a las contingencias comunes, a lo que hay que sumar la correspondiente a contingencias profesionales (según tarifa), las específicas por horas extraordinarias (si las hubiere), por desempleo (con cuantía superior en caso de contratos temporales y más aún si son a tiempo parcial), Formación Profesional y FOGASA<sup>34</sup>. Todo ello ha supuesto una auténtica merma de ingresos al Sistema de Seguridad Social y una repercusión negativa para el mantenimiento de las Pensiones Públicas<sup>35</sup>.

En cualquier caso, la idea del legislador, es intentar, en la medida de lo posible – aunque con diferencias notables, por ejemplo, en el cese de actividad y protección por desempleo– un paralelismo entre trabajador por cuenta ajena y trabajador por cuenta propia en lo que respecta a la determinación y cálculo de las prestaciones. Así se refleja en los arts. 23 y 26 Ley 20/2007, Estatuto del Trabajador autónomo, en especial 26.5 cuando dispone que “La acción protectora del régimen público de Seguridad Social de los trabajadores autónomos tenderá a converger en aportaciones, derechos y prestaciones con la existente para los trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social”, voluntad que se reitera en la normativa genérica sobre Seguridad Social –así, por ejemplo, en la LGSS, en principio puede señalarse el art. 314 en relación con el 42; el art. 317

30.1.2018) en El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, Blog, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/01/recopilacion-textos-sobre-economia.html>

<sup>33</sup> Arts. 3 y 4 La Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, modificando los arts. 31 y 32 de Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

<sup>34</sup> CUADRO DE COTIZACIÓN EN RÉGIMEN GENERAL

CONTINGENCIAS	Empresa	Trabajadores	TOTAL
Comunes	23,60	4,70	28,30
Horas Extraordinarias Fuerza Mayor	12,00	2,00	14,00
Resto Horas Extraordinarias	23,60	4,70	28,30
DESEMPLEO	Empresa	Trabajadores	TOTAL
Tipo General	5,50	1,55	7,05
Contrato duración determinada Tiempo Completo	6,70	1,60	8,30
Contrato duración determinada Tiempo Parcial	6,70	1,60	8,30
FOGASA	Empresa	Trabajadores	TOTAL
Fogasa	0,20		0,20
FORMACIÓN PROFESIONAL	Empresa	Trabajadores	TOTAL
Formación profesional	0,60	0,10	0,70

\*CONTINGENCIAS: Contingencias Profesionales según tarifa.

<sup>35</sup> VILA TIerno, F. (2017) “Empleo, reformas laborales y sostenibilidad del sistema de pensiones”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 417, págs. 21-56.

presenta una regulación para TRADE sin cambios; en el art. 318 hay una remisión a la Jubilación en el Régimen General (salvo matices, arts. 205 a 214 menos 209.1b) y 212)–

Pero, por otra parte, si un autónomo ha querido planificar su jubilación, como prestación básica en un sistema de cobertura social pública, esta intención ha venido chocando con los límites interpuestos para evitar la “compra de pensiones”. En este sentido, no puede irse a la base máxima, sino a los límites máximos según edad impuestos en la legislación presupuestaria<sup>36</sup>.

Si todo ello lo situamos en el contexto de debate sobre el mantenimiento de las pensiones públicas, podemos llegar a la conclusión que tal regulación le impide acceder a una pensión digna como aquel que presta servicios en el marco del trabajo decente. Y así, vemos dos consecuencias:

- Los expulsa a los sistemas de aseguramiento privado, lo que es un absurdo en una situación de supuesta merma de ingresos y que podrían repercutir en el referido mantenimiento del sistema;

<sup>36</sup> La regulación, hasta su modificación por el art. 6 del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo se contenía en el art. 130.5 Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (LPGE 2018) -vid. antes LPGE (Ley3/2017), art. 106.Cinco-, que disponía lo siguiente al respecto:

2. La base de cotización de los trabajadores autónomos que, a partir del día primero del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente norma, tengan una edad inferior a 47 años, será la elegida por ellos dentro de las bases máxima y mínima fijadas en el apartado anterior. Igual elección podrán efectuar aquellos trabajadores autónomos que en esa fecha tengan una edad de 47 años y su base de cotización en el mes de diciembre de 2017 haya sido igual o superior a 2.023,50 euros mensuales, o que causen alta en este Régimen Especial con posterioridad a la citada fecha.

Los trabajadores autónomos que a partir del día primero del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente norma, tengan 47 años de edad, si su base de cotización fuera inferior a 2.023,50 euros mensuales, no podrán elegir una base de cuantía superior a 2.052,00 euros mensuales, salvo que ejerciten su opción en tal sentido antes del 30 de junio de 2018, lo que producirá efectos a partir de 1 de julio del mismo año, o que se trate del cónyuge superviviente del titular del negocio que, como consecuencia del fallecimiento de éste, haya tenido que ponerse al frente del mismo y darse de alta en este Régimen Especial con 47 años de edad, en cuyo caso no existirá esta limitación.

3. La base de cotización de los trabajadores autónomos que, a partir del día primero del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente norma, tuvieran 48 o más años cumplidos, estará comprendida entre las cuantías de 1.005,90 y 2.052,00 euros mensuales, salvo que se trate del cónyuge superviviente del titular del negocio que, como consecuencia del fallecimiento de éste, haya tenido que ponerse al frente del mismo y darse de alta en este Régimen Especial con 45 o más años de edad, en cuyo caso, la elección de bases estará comprendida entre las cuantías de 932,70 y 2.052,00 euros mensuales.

No obstante, los trabajadores autónomos que con anterioridad a los 50 años hubieran cotizado en cualquiera de los Regímenes del sistema de la Seguridad Social por espacio de cinco o más años, se regirán por las siguientes reglas:

a) Si la última base de cotización acreditada hubiera sido igual o inferior a 2.023,50 euros mensuales, habrán de cotizar por una base comprendida entre 932,70 euros mensuales y 2.052,00 euros mensuales.

b) Si la última base de cotización acreditada hubiera sido superior a 2.023,50 euros mensuales, habrán de cotizar por una base comprendida entre 932,70 euros mensuales y el importe de aquélla, incrementado en un 1,40 por ciento, con el tope de la base máxima de cotización.

Lo previsto en el apartado Cinco.3.b) será asimismo de aplicación con respecto a los trabajadores autónomos que con 48 o 49 años de edad hubieran ejercitado la opción prevista en el párrafo segundo del apartado Cuatro.2 del artículo 132 de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre.

Tal regulación ha sido sustituida actualmente por

- En términos generales, un autónomo, cuando comienza, tiene más dificultades para el negocio, por lo que cotizar por la base mínima puede suponer una parte sustancial de sus ingresos (de ahí tarifa plana y huidas del sistema con trabajo no declarado o cooperativas de trabajo asociado), pero en el caso de la economía colaborativa se les está condenando a una pensión baja, porque es imposible que con sus ingresos y con sus condiciones puedan asumir más coste (por ello, de nuevo, jóvenes que aprovechan tarifa plana)

Pero, en esta situación y confrontándolo con la realidad podríamos preguntarnos si es lo mismo una persona que con, por ejemplo, 58 años pretende cotizar como autónomo por la base máxima, una persona que lleva toda la vida con su negocio, u otra que se ha visto abocada a aceptar las condiciones en el marco de la economía colaborativa. Las diferencias son sustanciales de cara a la posible compra de pensiones. Y si se debería poder pagar menos al principio y compensar más después. No soluciones que recortan ingresos como tarifa plana, sino otras que permitan acogerse a cuantías más reducidas al principio y ajustables después a los ingresos reales. La consecuencia es una Protección social reducida por efecto de la cotización del trabajador autónomo, que se convierte, por ejemplo, en presupuesto de una pensión reducida. La repercusión es una afección a título individual, pero también colectiva, en tanto que es un problema para el sostenimiento del sistema de Seguridad Social y de la propia economía, en tanto que el poder adquisitivo de estos sujetos está condicionado a la baja de un modo no ya importante, sino definitivo.

De este modo, se venían apuntando algunas posibles soluciones en clave nacional y que se resumían en los siguientes puntos:

- Cotización por ingresos reales. Vincular la cotización a la Seguridad Social a los ingresos reales que recibe el trabajador por cuenta propia. Establecer una base mínima similar al Salario Mínimo Interprofesional ¿aquellos que no superen dicha barrera estarían exentos de cotizar? Evitar la práctica habitual de cotizar por la base mínima;
- Cambiar las reglas relativas a “compras de pensiones” y adaptarlas a la realidad de diferentes supuestos evitando “fugas” al ámbito privado;
- Eliminar políticas que impliquen rebaja de ingresos como las reducciones y sustituirlas por otras más eficaces vinculadas a los inicios de la actividad o el desarrollo en ámbitos como la economía colaborativa con ingresos reducidos;
- Clarificar cuándo hay relación laboral en este tipo de prestación adecuando el concepto de trabajador a las nuevas realidades;
- Control y sanción del falso autónomo.

Veamos que se ha hecho.

### 3.2. Plan Director por un trabajo digno 2018, 2019 y 2020

De manera breve, por no constituir, evidentemente, una norma jurídica el referido instrumento, nos queremos referir a las previsiones específicas que el mismo realiza respecto a los trabajadores en plataformas.

Y es que éste, cuando justifica en su primer apartado la oportunidad y necesidad de éste, lo enmarca dentro del concepto de trabajo decente de la OIT, precisamente con el enfoque que hemos comentado en epígrafes precedentes<sup>37</sup>. Es más, sitúa como referente general del Plan la consecución de objetivos de Desarrollo Sostenible y coherente con el Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030 aprobado por el Consejo de Ministros el 29 de junio de 2018. Es decir, que es el propio ejecutivo el que se está comprometiendo a llevar determinadas medidas a cabo, fundamentalmente la recuperación de derechos sociales y mejoras la calidad del empleo y de las condiciones laborales.

En este marco, encuentra perfecta adaptación los esfuerzos por contribuir a la mejora de la protección social para los trabajadores en la economía de plataformas.

Para ello, primero, en el diagnóstico de la situación del mercado de trabajo se alude al fenómeno creciente del falso autónomo (pág. 17). Expresamente viene a señalar que “La existencia de los denominados falsos autónomos no es exclusiva de un determinado sector de actividad, la presencia que tiene en las nuevas formas de organización social, así como en los nuevos negocios creados a través de plataformas digitales es significativa. A pesar de difuminar ciertas notas de la relación laboral ello no impide su calificación como tal”.

A tal fin, dispone un conjunto de medidas operativas (55) divididas en 9 ámbitos de actuación “que serán puesta en marcha de manera inmediata por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”.

Entre las mismas, el apartado 3.5 del Plan contempla la lucha contra la economía irregular y, muy especialmente el epígrafe “B)” se concentra en la figura del falso autónomo, ya que “ciertos empresarios, en su deseo de mejorar de una manera fácil su competitividad, han recurrido a esta figura para reducir fraudulentamente los costes laborales, evitando la cotización por ellos al Régimen General de la Seguridad Social y solicitando el trabajador el

---

<sup>37</sup> “Según la Organización Internacional de Trabajo, el trabajo decente es el punto de convergencia de sus cuatro objetivos estratégicos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; el empleo; la protección social y el diálogo social. El trabajo decente dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades; es el trabajo que se realiza con respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, el que permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, el que se lleva a cabo con protección social, e incluye el diálogo social. La consecución de un trabajo digno constituye una aspiración esencial del ser humano. De ahí que el trabajo digno, o trabajo decente en la terminología acuñada internacionalmente, se haya convertido en un objetivo universal y haya sido integrado en las más importantes declaraciones de derechos humanos, y de un modo muy destacado en la Agenda 2030 para desarrollo sostenible de las Naciones Unidas. La importancia de un trabajo decente para la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible se pone especialmente de manifiesto en el Objetivo 8, cuya finalidad es “promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos”. No obstante, lo que se conoce como trabajo decente no se sólo afecta al Objetivo 8, sino que contribuye también de forma significativa a la consecución del Objetivo 1 (sobre erradicación de la pobreza), del Objetivo 5 (relativo a lograr la igualdad de género) y del Objetivo 10 (sobre reducción la desigualdad en los países y entre ellos)”.

alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos asumiendo éste, por tanto, la totalidad de la cotización a la Seguridad Social. Todo ello supone una lesión a los derechos de los trabajadores y trabajadoras afectados, siendo un claro ejemplo de precarización de las relaciones laborales al desproveer a estos trabajadores de protección social, implicando igualmente competencia desleal para las empresas que cumplen con sus obligaciones legales, y un fraude a la Seguridad Social, al eludir la cotización correspondiente”. En este sentido, la medida número 39 está enfocada a una campaña de actuación en la que se priorizan los sectores más afectados por este fenómeno. No se dice de manera explícita, pero sí, de manera implícita, debe incluirse a la economía colaborativa.

Finalmente, el apartado 3.6, está destinado a afrontar nuevas modalidades de prestación de trabajo en el seno de una sociedad caracterizada por la generalización de las NNTT y el uso de Internet. “En este contexto ha surgido la llamada economía de las plataformas, efectuada a través de una plataforma o aplicación informática, si bien bajo esta denominación han aflorado en ciertos casos determinadas prácticas empresariales irregulares que están promoviendo una precarización del mercado de trabajo, fundamentado en la reducción de costes mediante la disminución y conculcación de los derechos laborales, haciéndose latente no sólo en el ámbito de los trabajadores y trabajadoras altamente cualificados, sino también respecto de aquellos empleados con menos posibilidades de acceder a puestos duraderos, fomentando así la aparición de un tipo de trabajador que ha de realizar cada vez más horas por un mismo precio, o incluso por uno inferior, dando fuerza al concepto denominado “trabajador pobre”... En este contexto, algunas empresas, amparándose en estas infraestructuras virtuales desdibujan el concepto tradicional de centro de trabajo, recurren a trabajadores a los que exigen encuadrarse en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, ya sea a través de su figura habitual, o bien a través de la figura del TRADE, cuando en realidad, su relación jurídica reúne las características propias de una relación laboral por cuenta ajena. Sin perjuicio de lo anterior tanto en plataformas digitales como en el propio comercio electrónico, bajo el anonimato que proporciona la red, podrían ampararse situaciones de economía irregular, ya sean faltas de alta tanto en el Régimen Especial de Autónomos como en el Régimen General de la Seguridad Social...”

Tras esta afirmación tan explícita, se contemplan tres medidas concretas:

- la dotación de medios a la ITSS para la identificación de sujetos en las plataformas digitales;
- la elaboración de una guía de actuación y;
- la puesta en marcha de una campaña específica sobre Plataformas y comercio electrónico.

Todo lo anterior tiene una relevancia extraordinaria, puesto que permite trasladar al ámbito de lo real, las previsiones que el “derecho blando” venía disponiendo y que se completan con lo previsto en la normativa nacional, a la que dedicaremos las últimas líneas.

### 3.3. El RDL 28/2018. Algún avance en la materia

Al margen de la actualización de bases de cotización del trabajador autónomo, teniendo en cuenta los topes de edad (art. 6) y por lo que se mantiene el mismo sistema para evitar la compra de pensiones<sup>38</sup>, hay una serie de actuaciones en la norma que pretenden avanzar en la protección del trabajador autónomo, algunas de especial interés y alcance para los que prestan servicios en el ámbito de la economía de plataformas.

En cualquier caso, la extensa Exposición de Motivos ya adelanta algo significativo cuando se explica el incremento de las bases mínimas de cotización, de acuerdo al aumento en torno al 22% del SMI. En tal sentido, se produce un alza en el entorno del 22% de las referidas bases mínimas y del 7% de base máxima, si bien, esta “Traslación que no se ha efectuado en su integridad al colectivo de trabajadores autónomos, cuyas bases mínimas se incrementan en un 1,25 por ciento, lo que está justificado por los acuerdos a los que se ha llegado en este sentido con las entidades más representativas del sector en tanto se procede a modificar de modo sustancial la forma en que se determina la cotización en este régimen especial de la Seguridad Social, que se efectúa en función de las bases elegidas por los interesados y que, tras la anunciada modificación, va a estar determinada por el importe de

<sup>38</sup> El contenido completo de los apartados 1 y 2 es el siguiente: 1. Durante el año 2019, las cuantías de las bases mínimas de cotización en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos se incrementarán en un 1,25 por ciento respecto de las vigentes en el año 2018, estableciéndose la cuantía de la base mínima aplicable con carácter general en 944,40 euros mensuales.

2. La base de cotización para los trabajadores autónomos que, a 1 de enero de 2019, sean menores de 47 años de edad será la elegida por éstos, dentro de los límites que representan las bases mínima y máxima.

Igual elección podrán efectuar aquellos trabajadores autónomos que en esa fecha tengan una edad de 47 años y su base de cotización en el mes de diciembre de 2018 haya sido igual o superior a 2.052,00 euros mensuales, o que causen alta en este régimen especial con posterioridad a la citada fecha.

En otro caso su base máxima de cotización será de 2.077,80 euros mensuales.

Los trabajadores autónomos que, a 1 de enero de 2019, tengan 47 años de edad, si su base de cotización fuera inferior a 2.052,00 euros mensuales no podrán elegir una base de cuantía superior a 2.077,80 euros mensuales, salvo que ejerciten su opción en tal sentido antes del 30 de junio de 2019, lo que producirá efectos a partir del 1 de julio del mismo año, o que se trate del cónyuge superviviente del titular del negocio que, como consecuencia del fallecimiento de este, haya tenido que ponerse al frente del mismo y darse de alta en este régimen especial con 47 años de edad, en cuyo caso no existirá dicha limitación.

3. La base de cotización de los trabajadores autónomos que, a 1 de enero de 2019, tengan cumplida la edad de 48 o más años estará comprendida entre las cuantías de 1.018,50 y 2.077,80 euros mensuales, salvo que se trate del cónyuge superviviente del titular del negocio que, como consecuencia del fallecimiento de este, haya tenido que ponerse al frente del mismo y darse de alta en este régimen especial con 45 o más años de edad, en cuyo caso la elección de bases estará comprendida entre las cuantías de 944,40 y 2.077,80 euros mensuales.

No obstante, la base de cotización de los trabajadores autónomos que con anterioridad a los 50 años hubieran cotizado en cualquiera de los regímenes del sistema de la Seguridad Social cinco o más años, tendrán las siguientes cuantías:

a) Si la última base de cotización acreditada hubiera sido igual o inferior a 2.052,00 euros mensuales, se habrá de cotizar por una base comprendida entre 944,40 euros mensuales y 2.077,80 euros mensuales.

b) Si la última base de cotización acreditada hubiera sido superior a 2.052,00 euros mensuales, se habrá de cotizar por una base comprendida entre 944,40 euros mensuales y el importe de aquella incrementado en un 7,00 por ciento, con el tope de la base máxima de cotización.

Lo previsto en el anterior párrafo b) será asimismo de aplicación con respecto a los trabajadores autónomos que con 48 o 49 años de edad hubieran ejercitado la opción prevista en el artículo 132, apartado cuatro.2, párrafo segundo, de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

los ingresos realmente percibidos, en concordancia con lo previsto al efecto en el Régimen General de la Seguridad Social”<sup>39</sup>.

De este modo, ya nos introduce ante una de los cambios estrella en la regulación de autónomos: la cotización en función de los ingresos reales, lo que va a significar un cambio radical en el sistema de protección social del mismo y que actualmente se encuentra en la fase de diseño. Cambios que se integran en el Acuerdo suscrito el día 26 de diciembre de 2018 entre el MTMSS y las organizaciones más representativas de trabajadores por cuenta propia.

Pero en el RDL 28/2018, el grueso de medidas se concentran, en general, en una valoración que se apoya en varios extremos:

- En las singularidades del Régimen de Autónomos que se corresponden, por tanto, con una necesaria especificidad formal;
- y en que esta especial relación “debe evolucionar hacia una mayor protección de su actividad y de las contingencias que puedan sobrevenir en su ejercicio. Por ello, se ha procedido a otorgar una protección de estos trabajadores para todas las contingencias previsibles, ya sean comunes o profesionales. De esta manera también se abre el abanico de prestaciones a las que tienen acceso los trabajadores autónomos, determinando una mayor acción protectora que ahora se extiende de forma obligatoria a la cobertura de las enfermedades profesionales y de los accidentes de trabajo”.

Todo ello con un objeto común, conseguir el ya referido paralelismo real entre el Régimen General y el de Autónomos, si bien, debemos advertir, que se trata de una finalidad, de una evolución hacia la convergencia en la protección social, sin que hasta el momento ella se haya concretado de un modo real y efectivo.

De manera sucinta se pueden señalar los siguientes cambios dirigidos a una mayor protección social del trabajador autónomo<sup>40</sup>:

- En primer lugar, la cobertura de todas las contingencias se convierte en obligatoria: tanto las comunes, como las profesionales –con determinadas excepciones–. Ello trae consigo una modificación del art. 308 LGSS, siendo lo más relevante que corresponde hacer efectivo el pago de las cuotas, por todas las contingencias, a la mutua colaboradora con la Seguridad Social, a la entidad gestora o al servicio público de empleo, con cargo a las cuotas por cese de actividad. Se modifican igualmente los arts. 311 LGSS para la exención del pago de cuotas a trabajadores mayores que reúnan

<sup>39</sup> Téngase en cuenta que la norma trata de solventar la ausencia de aprobación de los Presupuestos para el año 2019.

<sup>40</sup> Un completo repaso de las medidas puede verse en PANIZO ROBLES, J.A. “La Seguridad Social en los inicios de 2019. Análisis de urgencia del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo”, *CEF Laboral-Social*, Enero 2019, [https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/ESTUDIOPANIZOROBLES\\_REALDECRETOLEY28.2018\\_0.pdf](https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/ESTUDIOPANIZOROBLES_REALDECRETOLEY28.2018_0.pdf)

determinados requisitos, así como la situación de pluriactividad en el art. 313 LGSS. De otro lado, el art. 316 se modifica para reflejar la cobertura obligatoria de las contingencias profesionales, el 317 para fijar la protección de los TRADE y el 321 para establecer el derecho a las prestaciones desde el 4º día en el caso de las contingencias comunes y el primero, para las profesionales. De manera concordante, para incluir el actual alcance de la acción protectora, se modifica y actualiza el art. 26.1 LETA.

- En segundo término, se procede, también con carácter obligatorio, a la cobertura por cese de actividad –art. 327 LGSS con las prestaciones del 329, incluyendo la novedosa del pago de cotizaciones a partir del día 61 en los términos ya señalados– y se duplican los periodos de duración de la prestación, de forma que la prestación se extiende entre un período mínimo de 4 meses y hasta un máximo de 24 en función del tiempo previo cotizado, habiéndose alterado, en general los tramos reconocidos (en la nueva redacción para el art. 340.2 LGSS). Se ve, de esta forma modificado el Título V de la LGSS (v.gr. el art. 337 LGSS respecto a la solicitud y nacimiento del derecho a la prestación).
- Se incluye, de igual forma, modificaciones en las bonificaciones a las trabajadoras autónomas que se reincorporen al trabajo en la relación de supuestos contemplados.
- Ello conlleva, necesariamente, cambios en las aportaciones. Y así, de una parte, se incrementa la base mínima en los términos ya indicados, de manera que sube un 1,25%, por lo que la mayor parte de los trabajadores por cuenta propia, que cotiza por bases mínimas, van a ver incrementada la cuantía a 283,3 €, esto es 5,36 € más que el año anterior. El tipo de cotización, que ya incluye todas las contingencias, se establece del siguiente modo:
  - 28,30% por contingencias comunes, incluyendo IT y equiparado al RG
  - contingencias profesionales, será el 0,9% para todos, inferior a la tarifa mínima del RG;
  - Cese de Actividad, el 0,7%, también inferior al RG,
  - Formación y Prevención: 0,1%<sup>41</sup>.
- Respecto a la Tarifa Plana, se incrementa su cuantía, pero para tener la misma cobertura entre sus beneficiarios que el resto de autónomos. Y es que ésta también incorpora la obligatoriedad de la cobertura por contingencias

<sup>41</sup> Los incrementos que se contemplan establecen que 2019, será del 30 %; el 30,3 %, en 2020; el 30,6 %, en 2021 y en 2022, se fija definitivamente el el 31 %.

comunes y profesionales, tanto para los autónomos, con carácter general, como en los casos de discapacidad, violencia de género y terrorismo<sup>42</sup>.

- Se refuerza el control de la situación de actividad cuando se produce el impago de cuotas.

Pero una de las figuras destacadas, de acuerdo con las medidas anteriores, especialmente lo previsto en el epígrafe anterior y atendiendo a las recomendaciones de mayor control e incremento de sanciones para el uso irregular del trabajo autónomo, se incluye un nuevo tipo de infracción muy grave con la consiguiente sanción.

De esta forma, como medida específica de lucha contra la utilización fraudulenta o irregular de la figura del trabajador autónomo, y con el ánimo de potenciar las herramientas que permitan un mayor control por parte de los organismos públicos competentes, se introduce tal infracción muy grave y su sanción. Así, el apartado uno de la Disp. Final 4ª del RDL 28/2018 incorpora un nuevo apartado 16 en el art. 22 LISOS, identificando la conducta consistente en comunicar la baja en un régimen de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena, pese a que se continúe en la misma actividad laboral o se mantenga idéntica prestación de servicios, sirviéndose de un alta indebida en un régimen de trabajadores por cuenta propia. Esta tipificación supone una modificación del artículo 40.1 e) del LISOS que incluirá las sanciones correspondientes.

Todo ello implica que, por la vía de la protección mejorada a los trabajadores autónomos, y los nuevos mecanismos de control de la figura del falso autónomo, finalmente, se han conseguido dar los primeros pasos en un tímido avance hacia la configuración definitiva y real de un sistema normativo que suponga una auténtica protección social para el prestador de servicios en la Plataforma, pero, no debemos dejar de ser realistas, puesto que, al igual que comenzaba este artículo, debemos, referirnos al Maestro Vida Soria cuando afirmaba que él, en realidad, no era pesimista, sino un optimista bien informado.

#### 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS CITADAS

- ABBOTT, K.W. Y SNIDAL D. "Hard and soft law in international governance", en *International Organization*, vol. 54, 2000.
- AA. VV., *Economía colaborativa y trabajo en plataforma*, (Dir. Rodríguez-Piñero Royo, M. C., y Hernández Bejarano, M.), Editorial Bomarzo, Albacete, 2017.
- BOTSMAN, R. Y ROGERS, R. (2010). *What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*. New York, USA: Harper Business
- CASAS BAAMONDE, M.E. "Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿Hacia un trabajo digno?", *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9 (octubre 2017), págs. 867 y ss.

<sup>42</sup> Durante los primeros 12 meses, si se cotiza por la base mínima, la cuota será de 60 euros (51,50, por contingencias comunes y 8,50, profesionales). Si se cotiza por encima de la mínima, la cuota por contingencias comunes se reduce en un 80 %. Entre los meses 13 y 24 se aplicará una bonificación sobre la cuota por contingencias comunes que corresponda

- DEL TORO HUERTA, M.I. “El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen VI, UAM, DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2006.6>; <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/257>
- DIAZ-FONCEA, M.; MARCUELLO SERVÓS, C. Y MONREAL GARRIDO, M. “Economía social y economía colaborativa: encaje y potencialidades”, en *Economía Industrial*, núm. 402: Economía Colaborativa, 4º trimestre, año 2016, págs. 27 y 28.
- GANSKY, L. (2010). *The Mesh: Why the Future of Business is Sharing*. Londres, UK: Penguin Books Ltd
- GOERLICH PESET, J. M., “¿Repensar el Derecho del Trabajo? Cambios tecnológicos y empleo”, *Gaceta Sindical (Reflexión y debate)*, 2016, núm. 27, págs. 179 y ss.
- LUJÁN ALCARAZ, J. “Los transportistas en las fronteras del contrato de trabajo: calificación jurídico-laboral de la actividad de transporte”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83, págs. 101 y ss.
- MONEREO PÉREZ, J.L. “La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en el orden internacional”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, Nº. 1, 2018, págs. 1-44.
- Opciones (2013). “Economías colaborativas”, *Revista Opciones*, nº 44.
- OUISHARE (2016). Definición de economía colaborativa. *Ouishare, connecting the collaborative economy*: <http://ouishare.net/es/>
- PANIZO ROBLES, J.A. “La Seguridad Social en los inicios de 2019. Análisis de urgencia del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo”, *CEF Laboral-Social*, Enero 2019, [https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/ESTUDIOPANIZOROBLESREALDECRETOLEY28.2018\\_0.pdf](https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/ESTUDIOPANIZOROBLESREALDECRETOLEY28.2018_0.pdf)
- ROJO TORRECILLA, E. (Recopilación) Textos sobre economía colaborativa y relaciones laborales (31.8.15 a 30.1.2018) en *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, Blog, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/01/recopilacion-textos-sobre-economia.html>
- SANMARTÍN MAZZUCONI, C., “Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo”, (*Contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”*), marzo de 2017 (vid en <http://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-decente-para-todos>).
- SCHOLZ, T. (2016). *Platform Cooperativism: Challenging the Corporate Sharing Economy*. New York, USA: Rosa Luxemburg Stiftung.
- THEPEOPLEWHOSHARE (2016). “What we know about the Global Sharing Economy report”. *Thepeoplewhoshare*: <http://www.thepeoplewhoshare.com/reports/>
- TODOLÍ SIGNES, A. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, editorial Tirant lo Blanch, 2017.

- VILA TIERNO, F. (2017) “Empleo, reformas laborales y sostenibilidad del sistema de pensiones”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 417, págs. 21-56.
- (2018) “Emprendimiento y trabajo autónomo como formas de huida del estándar de trabajo decente”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 421, págs. 45-76.
- “El trabajador autónomo económicamente dependiente” en *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Estudio de su régimen jurídico*. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo / coord. por José Luis Monereo Pérez, Francisco Vila Tierno, 2017, págs. 27-52.
- “Extinción del contrato de trabajo y trabajo decente” en AA.VV. (Monero Pérez, Gorelli Hernández y De Val Tena, Direcc). *El Trabajo Decente*, Comares, 2018, págs. 263 y ss.
- “Elementos conceptuales para la fijación del nivel de (des)protección social del prestador de servicios en la economía colaborativa”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Editorial Laborum, Núm. 19, 2018.

## 5. ALGUNAS WEBS DE INTERÉS SOBRE LA MATERIA

[http://ec.europa.eu/growth/single-market/services/collaborative-economy\\_en](http://ec.europa.eu/growth/single-market/services/collaborative-economy_en)

[https://ec.europa.eu/commission/priorities/internal-market\\_es#background](https://ec.europa.eu/commission/priorities/internal-market_es#background)

[https://www.fidefundacion.es/agenda/El-futuro-del-trabajo-y-la-economia-colaborativa-una-perspectiva-desde-la-responsabilidad-social-de-las-empresas\\_ae434821.html](https://www.fidefundacion.es/agenda/El-futuro-del-trabajo-y-la-economia-colaborativa-una-perspectiva-desde-la-responsabilidad-social-de-las-empresas_ae434821.html)

<https://forelab.com/wp-content/uploads/repensando-dcho-trabajo-impacto-eco-colaborativa-alejandra-mtnez.pdf>

<http://prensa.mtramiss.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadsocial/detalle/3439>

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?\\_piref73\\_2148295\\_73\\_1335437\\_1335437.next\\_page=/wc/enviarCgiBuscadorIniciativas](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/enviarCgiBuscadorIniciativas)

[https://www.ilo.org/travail/whatwedo/publications/WCMS\\_651708/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/travail/whatwedo/publications/WCMS_651708/lang--en/index.htm)

<https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/lang--es/index.htm>

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060>

[http://euroefe.euractiv.es/5533\\_dosieres/5528423\\_el-reto-de-regular-la-economia-colaborativa.html](http://euroefe.euractiv.es/5533_dosieres/5528423_el-reto-de-regular-la-economia-colaborativa.html)

# La adecuada gestión de los recursos humanos de la seguridad social: un factor fundamental en la lucha contra el fraude

---

## Suitable human resources management in the social security: a key factor in the fight against fraud

RASHID MOHAMED VÁZQUEZ<sup>1</sup>

### Resumen

En los últimos años han sido diversas las iniciativas para hacer frente a la lucha contra el fraude, pero todas ellas han olvidado hacer frente a un problema fundamental: la necesidad de reforzar las plantillas públicas de funcionarios encargados de tal misión. En este trabajo se pone de manifiesto la pérdida de efectivos que han sufrido, en especial, las entidades gestoras y servicios comunes de la seguridad social. Igualmente se remarca la necesidad de que se aborde por fin la necesaria creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social y se propone una reordenación de los recursos humanos más eficaz que permita retener el talento humano de la organización.

### Abstract

In recent years, there have been various initiatives to tackle the fight against fraud, but all of them have overlooked a fundamental problem: the need to underpin the civil service workforce in charge of such a mission. This paper specifically highlights the loss of personnel in management entities and common services of the social security. It also underlines the need to finally address the creation of the State Agency for Social Security Administration and proposes a more efficient restructuring of human resources to retain the human talent of the organisation.

### Palabras clave

Fraude; Seguridad Social; afiliación; cotización; recaudación; recursos humanos

### Keywords

Fraud; social security; membership; contribution; collection; human resources

## 1. INTRODUCCIÓN: EL FRAUDE A LA SEGURIDAD SOCIAL. TIPOLOGÍA Y DESARROLLOS EN LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE

El fraude supone una amenaza para la salud financiera de un sistema de seguridad social fuerte y con capacidad para ofrecer una protección adecuada y sostenible frente a las situaciones de necesidad, por lo que continúa siendo necesario la elaboración de estudios que puedan contribuir a abordar las debilidades de las políticas públicas en la lucha contra el mismo, objetivo al que precisamente pretende responder en este trabajo al dejar visibles algunas realidades que deberían ser objeto de reconsideración por los responsables públicos<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Funcionario del Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social. Licenciado en Derecho, en Administración y Dirección de Empresas, Graduado en Economía y Máster en Estudios de la Unión Europea por la Universidad de Salamanca. Todas las opiniones y posiciones contenidas en el mismo son posicionamientos personales del autor y no debe entenderse que representen a la seguridad social ni a al cuerpo de funcionarios al que pertenece.

<sup>2</sup> Este artículo constituye una adaptación de una pequeña parte de nuestra próxima monografía cuya publicación está prevista para diciembre de 2018: MOHAMED VÁZQUEZ, R., *La reforma de las pensiones. Soluciones para una acción protectora adecuada, suficiente, sostenible y pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor, 2018.

En cuanto a la conceptualización del fraude a la seguridad social, este fraude a la se puede manifestar en conductas muy diversas que pueden afectar bien a los gastos o bien a los ingresos del sistema<sup>3</sup>. De este modo no hablamos aquí solo del fraude en materia de prestaciones que dé lugar al cobro indebido de las mismas por los trabajadores, sino también del fraude empresarial relacionado con la economía sumergida y la falta de cotización, ya sea mediante el ocultamiento total de la actividad como empresario y trabajador –de forma que no se produzca el alta del empresario o de los trabajadores a su cargo en la seguridad social–, o bien mediante otros comportamientos que buscan una cotización inferior a la que legalmente corresponde.

Entre esos últimos casos de infracotización podemos hacer referencia al ya tradicional fenómeno de los falsos autónomos, fenómeno en el que el empleador propone al empleado su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por la base mínima de cotización –a veces reducida por tarifas planas– para esconder lo que en realidad es una relación laboral que cumple las notas del art. 1.1. ET evitando así su encuadramiento correcto como trabajador por cuenta ajena en el Régimen General así como la aplicación de las garantías de la legislación laboral –como, entre otras, el salario mínimo–<sup>4</sup>. Otros casos de infracotización radican en las habituales situaciones de no correspondencia entre el salario y jornada reales del trabajador con los declarados a la TGSS por el empleador –encontraríamos aquí los supuestos en los que el empresario da de alta al trabajador a tiempo parcial y se cotiza por una base en función del salario por dicha jornada parcial, cuando en realidad el empleado está desarrollando una jornada a tiempo completo y percibe otra parte del salario sin declararse al sistema–. También dentro de este fraude empresarial existen conductas que buscan la obtención indebida de subvenciones o beneficios que reducen indebidamente las cuotas empresariales al sistema<sup>5</sup>.

Además de afectar al equilibrio financiero de la seguridad social, todas estas realidades acostumbran a llevar aparejadas situaciones de abuso laboral y condiciones de trabajo por debajo de las legalmente permitidas y es por ello por lo que la lucha contra el fraude resulta imperativa no solo desde el punto de vista de la seguridad social, que ve mermados sus recursos, sino también desde el punto de vista del derecho laboral para corregir ese tipo de abusos laborales.

Considerando la todavía mayor relevancia de la lucha contra el fraude en momentos de debilidad financiera del sistema de seguridad social, en los últimos años se han producido algunos avances en la materia. Entre ellos se han encontrado el Plan 2012/2013 de Lucha contra el Empleo Irregular y el Fraude a la Seguridad Social que vino acompañado de la Ley

<sup>3</sup> Seguiremos principalmente en esta breve introducción la conceptualización del fraude y repaso a los desarrollos en la lucha contra el fraude desde 2012 de SUÁREZ CORUJO quien explica con detalle la doble delimitación del fraude como conductas que afectan a los gastos y a los ingresos del sistema: SUÁREZ CORUJO, B.; “El fraude en tiempos de crisis”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº3, 2015, pp.99-103.

<sup>4</sup> En la jornada sobre “los autónomos y su realidad actual” llevada a cabo en Valencia en Mayo de 2018, la Asociación de Trabajadores Autónomos -ATA- estimaba que los falsos autónomos podrían alcanzar los 100.000 trabajadores. Información de la jornada disponible en: <https://ata.es/eventos/jornada-umivale-autonomos-y-falsos-autonomos-realidad-actual/> (última consulta 1 de octubre de 2018).

<sup>5</sup> Se trataría de nuevo de una conducta que podríamos caracterizar como de infracotización – incluso aunque los beneficios se registren como un mayor gasto de los presupuestos del SEPE- en cuanto desde la perspectiva del empresario lo que se está produciendo es una minoración fraudulenta de sus costes laborales.

13/2012, así como, en el ámbito penal, de la Ley Orgánica 7/2012<sup>6</sup>, posteriormente la Ley 23/2015, que sería la nueva norma legal ordenadora de la Inspección de Trabajo también recogería avances en esta cuestión y de forma más reciente el Plan Director por el trabajo digno 2018-2020 pretende dar un nuevo impulso a la lucha contra el fraude, dando una mayor importancia a la lucha contra algunas de las citadas conductas asociadas al fraude empresarial.

Respecto a las normas aprobadas entre 2012 y 2015 cabe señalar que todas ellas han supuesto pasos adelante en la lucha contra el fraude, aunque, no obstante, creemos en todo caso que estos avances normativos han resultado insuficientes –como también ha opinado el Consejo Económico y Social<sup>7</sup>– y como razón principal puede aducirse una que resulta evidente pero que sorprendentemente ha sido objeto de olvido, y es que sin un refuerzo de los recursos humanos que tienen encomendada esta misión, el éxito en la lucha contra el fraude será mucho más reducido del potencial que se podría alcanzar. Al estudio de esa cuestión nos dedicamos a continuación.

## **2. LA INSOSTENIBLE GESTIÓN DE LAS PLANTILLAS PÚBLICAS: UN ASPECTO PENDIENTE DE URGENTE REFORMA PARA UNA LUCHA CONTRA EL FRAUDE MÁS EFECTIVA**

Entre las actuaciones para lograr los objetivos en materia de lucha contra el fraude precisamente el propio Plan 2012-2013 antes mencionado preveía llevar a cabo una

<sup>6</sup> En el ámbito penal, debe recordarse que la LO 7/2012 modificó el Código Penal para hacer frente a situaciones en las que la sanción administrativa no suficientemente efectiva. De este modo se redujo el importe mínimo de la cuantía defraudada que implica la existencia de delito penal desde los 120.000 euros a los 50.000 -art. 307 ter CP- y así mismo se introdujo el delito de empleo irregular masivo en el punto 2º del art. 311 CP, dando respuesta penal a los denominados talleres ilegales de mano de obra. A este respecto y sobre la frontera entre los ilícitos administrativos y los ilícitos penales puede consultarse CALDERÓN PASTOR, F. J. y MERINO HERNÁNDEZ, G., “Líneas divisorias entre los ilícitos administrativos y los ilícitos penales de los arts. 307 y 311.2º”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 128, 2017, pp. 61-86. Por otra parte y de manera posterior, debe reseñarse que en el ámbito de la seguridad social la LO 1/2015 daría respuesta penal a la conducta de quienes empleen reiteradamente trabajadores sin tramitar permiso de trabajo y sin alta en la seguridad social, introduciendo el art. 311 bis en nuestro Código Penal.

Los desarrollos en materia de lucha contra el fraude a partir de 2012 han sido detallados en SUÁREZ CORUJO, B.; “El fraude en tiempos de crisis”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº3, 2015, pp.108-120; así como en LÓPEZ INSÚA, B.M., “El fraude en las prestaciones por desempleo”, *Revista de derecho de la seguridad social*, nº3, 2015, pp.133-136.

<sup>7</sup> Esta institución se pronunciaba así sobre la Ley 12/2013: “El CES valora positivamente y comparte los objetivos declarados por el Anteproyecto en la medida en que considera que dichas prácticas fraudulentas derivan en una desprotección de los derechos de los trabajadores y en una pérdida de competitividad para las empresas —como consecuencia de las situaciones de competencia desleal, en detrimento de la mayoría que hace frente a sus obligaciones legales—, al tiempo que suponen una merma importante de recursos para las Administraciones públicas y específicamente perjudican a la capacidad económico-financiera de la Seguridad Social afectando a la sostenibilidad del sistema.(...) No obstante, el CES considera que, en términos generales, las medidas y actuaciones incluidas en el Anteproyecto no parecen ser las más adecuadas para alcanzar los objetivos previstos, resultando algunas de ellas insuficientes, genéricas o equívocas, y teniendo otras una función meramente técnica o recaudatoria. (...) En una valoración general, a juicio del CES las medidas que se incorporan en el Anteproyecto sometido a dictamen adolecen de falta de adecuación, en muchos casos, y en conjunto resultan insuficientes a los fines que se persiguen y difícilmente van a propiciar avances en relación a los mismos, por lo que, sin perjuicio de las observaciones particulares que se formulan más adelante al articulado, el conjunto de las medidas propuestas no puede merecer una valoración positiva.” CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Dictamen sobre el anteproyecto de ley de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la seguridad social*, Madrid, 2012, pp.12-13.

“dotación de mayores recursos humanos a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para luchar contra la economía irregular”. Sin embargo, en los últimos años se ha producido justo lo contrario, la plantilla no solo de la Inspección, sino también y especialmente de otros organismos clave en la materia como son la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de la Seguridad Social no se han visto reforzadas sino que incluso han disminuido y ello pese a la mayor preocupación de los responsables públicos en los tiempos más recientes. De hecho, en su momento, se llegó a considerar como medida de “refuerzo” el aumento de la tasa de reposición desde el 10% al 50%<sup>8</sup>, cuando dicha medida sencillamente significó que por cada dos empleados públicos que causasen baja en la plantilla, se produciría únicamente la entrada de uno nuevo.

Respecto a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se trata de una entidad que al igual que ha ocurrido históricamente continúa estando fuertemente infradotada: con los últimos datos de plantilla un total de 1.789 inspectores y subinspectores son los encargados de velar por el cumplimiento de la normativa laboral y social en un país que al cierre del primer trimestre del año 2018 tenía más de 18,5 millones de afiliados en alta laboral –a los que hay que añadir los trabajadores de la economía sumergida–. Pese al reconocimiento de la necesidad de refuerzo de las plantillas inspectoras en las ya citadas estrategias contra el fraude, la situación de infradotación no ha mejorado respecto a la que ya existía en 2011 y es que, en dicho ejercicio, antes del inicio de las medidas para la potenciación de la lucha contra el fraude, la plantilla de inspectores y subinspectores era un 4,1% superior a la actual<sup>9</sup>. A la

<sup>8</sup> Así se presentó la medida en la defensa del Proyecto de Ley de Presupuestos para 2015 realizada en la Comparecencia en el Congreso de los Diputados de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Un extracto de la misma puede encontrarse en: <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/downloadFile.do?tipo=documento&id=2.321&idContenido=1.529>

<sup>9</sup> Respecto a la plantilla con la que cuenta la Inspección de Trabajo, la última información publicada se refiere a 2017, de forma que en ese año el organismo autónomo contaba con un total de 1.789 inspectores y subinspectores frente a los 1.866 de 2011. A dicha plantilla habría que añadir el personal de estructura y apoyo adscrito a la Inspección, que conforme a los últimos datos asciende a 1.178 efectivos. Pese a que cabe reconocer que la pérdida de personal no alcanza las cotas que ha sufrido la seguridad social, ello no significa que no exista igualmente una urgente necesidad de dotación de efectivos en dicha plantilla, ya que como decimos la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha sido tradicionalmente una institución a la que convendría destinar mayores recursos.

Cabe añadir que respecto a la aprobación de la Ley 31/2015 que reformaría la ITSS, se señalaba en la actualización del programa de estabilidad 2015-2018 que en línea con los objetivos de estabilidad presupuestaria relacionados con el impulso a la lucha contra el fraude a la seguridad social, se realizaría efectivamente una reforma de la Inspección de trabajo pero sin que dicha reforma aumentase el gasto: “La nueva Ley supone una profunda reordenación administrativa que, sin generar un incremento de los costes, permitirá impulsar la eficacia en la lucha contra el fraude laboral y de seguridad social y potenciará la coordinación de las distintas administraciones e instituciones en este ámbito.” MINISTERIO DE HACIENDA, Actualización del Programa de Estabilidad del Reino de España 2015-2018, Gobierno de España, Madrid, 2014, p. 48 disponible en: <http://www.minhfp.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/EstrategiaPoliticaFiscal/Programasdeestabilidad.aspx> (última consulta 1 de octubre de 2018).

En efecto la reordenación administrativa para una utilización óptima de los recursos resulta aconsejable, pero no aumentar la inversión en personal habida cuenta del elevado impacto de las actuaciones inspectoras en el afloramiento de la economía sumergida y la consiguiente recaudación resulta difícilmente justificable. Por otro lado, respecta a esa referida reordenación administrativa – que conllevaba también la creación de la oficina de lucha contra el fraude en el seno de la Inspección- cabe recordar que tendría que esperar tres años más, hasta que en abril de 2018 se produjo finalmente la aprobación del Real Decreto 192/2018 que haría efectiva la conversión de la Inspección de Trabajo en Organismo Autónomo.

Los datos sobre los recursos humanos de la Inspección pueden consultarse en: INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2017*, Ministerio de (...)

vista de los datos anteriores concluimos que las actuaciones realizadas –más allá de lograr algún ligerísimo repunte ocasional–, no han sido efectivas para racionalizar el tamaño de los recursos humanos de la Inspección de Trabajo y adecuarlos a la magnitud de la importante función pública que realiza, no habiéndose dado respuesta a la inaplazable necesidad de notables incrementos de plantilla –respecto a la incoherencia de asumir una regla de no aumentar el gasto en personal en sectores en los que el gasto en funcionarios genera una importante recaudación vid. nota 9–.

En segundo lugar, el caso de las entidades gestoras y servicios comunes es, si cabe, todavía más grave. Tomando el caso de la Tesorería General de la Seguridad Social, entidad que juega un importante papel en las actuaciones de lucha contra el fraude –sin olvidar por supuesto las del INSS y demás entidades gestoras o servicios comunes–, los datos que han hecho públicos los agentes sociales sobre la evolución de la plantilla son reveladores: entre 2012 y 2016 la entidad habría vistos reducidos sus efectivos casi un 13,7%<sup>10</sup>. Además, los últimos datos que maneja ese servicio común señalan que el problema ha continuado empeorando y ello pese a las recientes incorporaciones de nuevo personal en los años en los que la tasa de reposición ha sido más generosa. Las publicaciones internas más recientes de la Secretaría General de la TGSS, con datos actualizados a principios de 2018, apuntaban a una disminución de personal cercana al 17% desde 2012<sup>11</sup>, datos muy similares a los registrados por el INSS que en el primer semestre de 2018 alcanzaba una reducción del 15%<sup>12</sup>.

Por tanto, puede apuntarse a que el panorama descrito hasta aquí, caracterizado por un estancamiento, cuando no reducción, de la plantilla de la Inspección de Trabajo que se suma al gravísimo deterioro de la plantilla de la seguridad social que ha vivido reducciones que pronto se acercarán al 20% y que hasta ahora no ha sido objeto de atención por los responsables políticos de la administración, constituye una realidad que difícilmente resulta sostenible si se considera que la existencia de niveles elevados de fraude insuficientemente combatidos por la administración resulta incompatible con la apuesta por un sistema de seguridad social saneado que pueda hacer frente a los retos que acarreará el necesario aumento del gasto dirigido a mantener un nivel de protección adecuado y suficiente a los pensionistas<sup>13</sup>.

---

Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2018, disponible en: [http://www.mitramiss.gob.es/itss/web/Que\\_hacemos/Estadisticas/index.html](http://www.mitramiss.gob.es/itss/web/Que_hacemos/Estadisticas/index.html) (última consulta 1 de octubre de 2018).

En cuanto a los datos de afiliación están disponibles en: SEGURIDAD SOCIAL, *Estadísticas: afiliación y alta de trabajadores*, disponible en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST8> (última consulta 1 de octubre de 2018).

<sup>10</sup> CCOO, *¿De dónde venimos? Estudio sobre el personal de la seguridad social y su evolución en el periodo 2009-2016, 2017*, [http://www2.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/15705/2308629-Estudio\\_evolucion\\_del\\_personal.pdf](http://www2.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/15705/2308629-Estudio_evolucion_del_personal.pdf) (última consulta 1 de octubre de 2018).

<sup>11</sup> SECRETARÍA GENERAL (RRHH), Presentación en la Jornada de Directores Provinciales de la TGSS celebrada en Badajoz el 7 de Marzo de 2018, TGSS.

<sup>12</sup> SUBDIRECCIÓN GENERAL DE RECURSOS HUMANOS, *Presentación Jornada de Directivos del INSS celebrada en Madrid el 17 y 18 de Julio de 2018*, INSS. Sobre las causas de esta reducción en el tamaño de las plantillas vid. epígrafe 3.

<sup>13</sup> El lector podrá encontrar más de 20 propuestas de reforma legislativa dirigidas a garantizar la capacidad del sistema pública para continuar ofreciendo unas prestaciones adecuadas y suficientes en nuestra obra: MOHAMED VÁZQUEZ, R., *La reforma de las pensiones. Soluciones para una acción protectora adecuada, suficiente, sostenible y pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor, 2018.

Puede advertirse que el margen para la mejora es amplio si se repara en que las conductas fraudulentas suponen una pérdida de recursos para el Estado que, incluyendo el ámbito tributario –que merecería un estudio propio–, puede alcanzar, según el informe 3/2013 del Consejo Económico y Social, la nada despreciable cifra del 6% del PIB –un importe que equivaldría actualmente a cerca de 70.000 millones de euros anuales<sup>14</sup>.

Precisamente para comenzar el camino de la progresiva reducción de la cifra anterior –no creemos que exista la opción de resignarse a considerar como inevitables los comparativamente altos niveles de fraude– y desbloquear así nuevos recursos que fortalezcan la protección social, será necesario realizar una adecuada aportación de recursos económicos para dotar de medios humanos a las entidades encargadas de la lucha contra el fraude. Y en esa línea cabe reflexionar sobre la idea de que también desde un punto de vista netamente económico resulta muy difícil comprender por qué en lugar de reducir los efectivos de los distintos cuerpos de funcionarios que generan una importante recaudación a las arcas públicas no se opta por incrementar estas plantillas habida cuenta de que los ingresos –y menor gasto– que se obtendrían serían muy superiores al necesario incremento de los costes de personal en la seguridad social y la Inspección de Trabajo.

Defendemos pues en definitiva, realizar las necesarias dotaciones de recursos humanos en el ámbito de la lucha contra el fraude como primer paso –precisamente garantizar una adecuada gestión de los recursos humanos ha sido el elemento sobre el que no han actuado las estrategias anteriores– para lograr auténticos resultados recaudatorios.

### **3. LA NECESIDAD DE REORDENAR LOS RECURSOS HUMANOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DOTARLA DE NUEVAS RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO Y DE DESARROLLAR OTRAS ACCIONES COMPLEMENTARIAS.**

Acabar con la insostenible gestión de los recursos humanos que vive especialmente la seguridad social y también la Inspección de Trabajo, constituye una medida que debería ser acompañada de otras acciones complementarias como la orientación de la actuación administrativa con mayor intensidad hacia la lucha contra el fraude empresarial así como el desarrollo de una mejor cultura fiscal y de seguridad social –cuestiones a las que nos referiremos en primer lugar en este epígrafe–, y ello sin olvidar la necesidad de acometer las necesarias reformas organizativas en la estructura de estas entidades, dando respuesta así a la histórica necesidad de creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social<sup>15</sup> que supondrá la ocasión perfecta para dotar a la seguridad social de una nueva

<sup>14</sup> CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Informe sobre la distribución de la renta en España: desigualdad, cambios estructurales y ciclos*, Departamento de publicaciones del CES, Colección Informes nº 03/2013, Madrid, 2013, pp.147-156 disponible en <http://www.ces.es/documents/10180/526241/Inf0313.pdf>.

Otros autores han recopilado las conclusiones de los diversos estudios en la materia, derivándose de este análisis comparativo que en general los diferentes trabajos parecen apuntar a que el coste para las arcas públicas del fraude precisamente se movería en valores cercanos al 6 % del PIB. VAQUERO GARCÍA A., LAGO PEÑAS, S. y FERNÁNDEZ LEICEAGA, X., *Economía sumergida y fraude fiscal en España ¿qué es lo que sabemos?*, FUNCAS documento de trabajo nº 768/2015, 2015 pp. 27-29, disponible en: <http://www.funcas.es/publicaciones/Sumario.aspx?IdRef=7-05768>

<sup>15</sup> Sobre la posible creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social cabría oponer que la disp. derogatoria única de la Ley 40/2015 derogó la Ley 28/2006 que contemplaba la creación de Agencias Estatales para la mejora de servicios públicos y estableció en su disp. adicional cuarta un plazo de tres años para que las entidades creadas de acuerdo con la normativa previa se adaptasen a la nueva regulación en un plazo de (...)

relación de puestos de trabajo que permita a la organización modernizar sus estructuras mejorando una ordenación de los recursos humanos que actualmente es deficiente y que se enfrenta a importantes problemas, como el de la fuga de su personal más cualificado.

Antes de detallar algunas cuestiones sobre esa reorganización de las estructuras de recursos humanos en la administración de la seguridad social conviene detenerse brevemente en la idea de que la actuación administrativa debe reforzar su orientación hacia el fraude empresarial y ello habida cuenta de que aunque el fraude en prestaciones percibidas de forma indebida por trabajadores es un tipo de fraude que evidentemente no debe descuidarse, no es el que genera un mayor impacto negativo en el sistema tal y como ha advertido no solo la doctrina sino también los profesionales de la administración pública<sup>16</sup>. En este sentido puede resultar ilustrativo reseñar que una de las principales asociaciones profesionales de inspectores de trabajo, la UPIT, ya ha señalado que pese a la política gubernamental ha centrado el aumento de las inspecciones en aquellas actuaciones dirigidas a la detección de percepción indebida de prestaciones, los datos estadísticos muestran en cambio que este tipo de fraude se encuentra “muy por debajo del fraude más importante en materia de seguridad social”, esto es el fraude empresarial vinculado a la falta de alta de los trabajadores a cargo del empresario. Estas últimas, suponen un tipo de conductas casi 6 veces más frecuentes que las anteriores ya que mientras que de cada 100 inspecciones sobre trabajadores beneficiarios

---

tres años. Sobre esto cabe recordar, que se trata de una decisión política y no de una exigencia suprallegal inamovible, que el legislador bien podría reconsiderar en el futuro sin mayor dificultad que la aprobación de una nueva norma legal que recuperase esta figura. Pero dejando a un lado el debate sobre la conveniencia o no de lo anterior para la generalidad de los casos, debe retenerse que la aprobación de la Ley 40/2015 no ha afectado al régimen de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a la que posiblemente debería dirigir su mirada la seguridad social, al tratarse de la Agencia encargada de la gestión de la otra gran competencia que conserva el Estado.

Precisamente la disp. adicional 17ª de la Ley 40/2015 establece que la AEAT se regirá por su normativa específica, y solo en lo que no se oponga a su normativa propia por lo establecido por la Ley 40/2015. Ciertamente no se trata de una excepción a las exigencias de la Ley 40/2015 tan amplia como la contenida en la disp. adicional 13ª para a las entidades de la seguridad social, aunque sin duda, en caso de que el legislador lo considerase oportuno por la evidente importancia de la seguridad social (equiparable, que duda cabe, a la de la AEAT), bastaría con que la norma legal que diese cobertura a la Agencia incluyese una modificación de la referida disp. adicional 13ª para permitir su creación.

La creación de esta Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social, supone pues una cuestión que, a nuestro entender, se enfrenta más que a impedimentos legales, a obstáculos presupuestarios y financieros, ya que ese mayor grado de auto-organización de los recursos humanos asociado a la Agencia, aunque rentable, requeriría unos esfuerzos presupuestarios mayores que los del régimen actual. Aclaremos, en todo caso, que si finalmente los citados obstáculos financieros terminan por impedir la deseable creación de la Agencia, la integración en una posible Entidad Única de Seguridad Social, con el régimen jurídico de las actuales entidades gestoras, también supondría un paso adelante organizativamente y constituiría una oportunidad que brindaría cierto margen de maniobra para mejorar las condiciones de los recursos humanos de la seguridad social.

<sup>16</sup> WACQUANT, L. *Punishing the Poor, the Neoliberal Government of Insecurity*, Duke University Press, 2009 citado por SUÁREZ CORUJO. Este último autor advierte “hay que alertar frente al riesgo de priorizar la lucha por evitar el acceso fraudulento a las prestaciones del sistema frente a aquella centrada en combatir determinadas prácticas que suponen la negación de derechos a los trabajadores y el incumplimiento de obligaciones empresariales. Naturalmente ambos tipos de comportamientos han de ser perseguidos. Pero hay que ser consciente de que el actual contexto de crisis favorece un clima que siembra sospechas sobre los perceptores de prestaciones sociales o, al menos, les hace de algún modo responsables de la situación de necesidad por la que atraviesa. Por eso es tan importante enfatizar que el trabajo de la llamada economía sumergida no sólo supone una importante pérdida de recursos para el Estado (vía impuestos y cotizaciones a la Seguridad Social que deja de percibir) o una distorsión de la competencia, sino que en muchos casos conduce a situaciones de marginalidad.” SUÁREZ CORUJO, B.; “El fraude en tiempos de crisis”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº3, 2015, p.122.

de prestaciones solo se detectaron 2,32 trabajadores percibiendo prestaciones de forma indebida, en el caso de trabajadores sin dar de alta por el empresario el dato fue de 13,67 por cada 100 inspecciones, lo que supone un volumen de fraude un 489% superior<sup>17</sup>.

Puede concluirse así que además de acabar con la insostenible falta de incorporación de los necesarios empleados públicos que ha caracterizado la gestión de los recursos humanos, sería aconsejable que, sin olvidar el fraude prestacional, se centrasen las actuaciones administrativas en la lucha contra la economía sumergida y la falta de alta y cotización, acompañándose esta nueva línea de actuación de una medida complementaria a la que también nos hemos referido: la potenciación las acciones públicas que promuevan una mejor cultura fiscal y de seguridad social, lo que en el futuro podría tener capacidad para contribuir a reducir estos comportamientos fraudulentos tal y como se ha advertido desde distintos estudios<sup>18</sup>.

Volviendo ya al ámbito de los recursos humanos, una mejor gestión de los mismos debe pasar lógicamente por corregir los problemas de infradotación y falta de reposición de las plantillas públicas, pero no solo eso, sino que tampoco debe olvidarse como adelantábamos, la necesidad urgente de llevar a cabo reformas en las estructuras organizativas de nuestra seguridad social, modernizando por fin la ordenación de sus recursos humanos.

Nos referimos aquí a la necesaria integración de las funciones de afiliación, cotización, recaudación y gestión del gasto en prestaciones que ya estaba prevista en el Pacto de Toledo, mediante la puesta en marcha de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social cuya creación posibilitaba en su momento la disp. Adicional séptima de la Ley 27/2011 sin que esta autorización al gobierno para su creación se llegase a materializar en los años siguientes –y ello pese a que en 2011 existía ya un borrador de Real Decreto para hacer efectiva dicha creación, que tras los cambios en el ejecutivo, no llegó a aprobarse–.

Pero también nos referimos a la necesidad, incluso aunque no se crease en el corto plazo dicha Agencia, de al menos actualizar las Relaciones de Puestos de Trabajo del INSS y la TGSS que establecen una estructura organizativa que data de 1988 y que pese a las sucesivas modificaciones parciales, ya no responde a las necesidades de la organización. A modo de ejemplo puede ilustrarse, que aunque se llevan a cabo funciones de lucha contra el fraude, no están previstas ni existen actualmente en la RPT de la TGSS estructuras ni unidades encargadas específicamente de tal misión –en el caso del INSS frecuentemente el control se realiza en las subdirecciones de pensionistas–. De este modo en el ámbito de las direcciones provinciales de la TGSS, según la carga de los distintos funcionarios –normalmente adscritos a la subdirección de gestión recaudatoria– se les puede con mayor o

<sup>17</sup> UPIT, *Estudio sobre el estado y la actividad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 2018, disponible en: <https://www.upit.es/estudio-sobre-el-estado-y-actividad-de-la-itss/> (última consulta 1 de octubre de 2018).

<sup>18</sup> Sobre el impacto del desarrollo de una moral pública en una mejor recaudación y menor evasión puede consultarse el trabajo de KLEVEN –en el que también se desarrollan otras interesantes ideas sobre las variables que influyen en la receptividad a pagar impuestos para lograr una mejor redistribución–, que muestra precisamente las fortalezas de los escandinavos en esta cuestión: JACOBSEN KLEVEN, H., “How Can Scandinavians Tax So Much?”, *Journal of Economic Perspectives*, vol.8 nº4, 2014, pp. 77-98 disponible en: [https://www.henrikkleven.com/uploads/3/7/3/1/37310663/kleven\\_jep2014.pdf](https://www.henrikkleven.com/uploads/3/7/3/1/37310663/kleven_jep2014.pdf) (última consulta 1 de octubre de 2018).

menor intensidad esta importante tarea, sin existir específicamente una unidad destinada exclusivamente a tal misión.

Respecto a la deficiente ordenación de recursos humanos podemos señalar que esta tiene mucho que ver con los problemas de ir arrastrando unas RPT obsoletas, que además de no adaptarse a las necesidades de la organización y prever estructuras a veces ineficientes –es el caso de las subdirecciones provinciales de gestión financiera que aglutinan en todas las direcciones provinciales un número variable de funcionarios que tienen asignadas funciones que bien se podrían hacer centralizadamente, lo que permitiría reforzar otras tareas a nivel provincial– provocan también que los funcionarios de todos los grupos profesionales vean comprometido su derecho a la carrera profesional generando un clima de desmotivación en el recurso más relevante con el que cuenta la seguridad social: las personas.

Precisamente en la última jornada de directivos del INSS se ofreció un análisis que imputaba la importante reducción de la plantilla a dos causas, que llevan siendo denunciadas públicamente por los agentes sociales desde hace tiempo. La primera de ellas el propio envejecimiento de la plantilla y su cese por jubilación –o invalidez u otras causas– sin una suficiente reposición de los efectivos. Mientras que la segunda causa guardaba cercanía con algo relacionado precisamente con la incapacidad para retener suficientemente a los efectivos con los que sí que cuenta la seguridad social –lo que no es difícil de entender si se atiende a los problemas de progresión profesional que entraña la RPT–, señalándose en concreto como segundo problema principal en materia de recursos humanos la “Progresiva salida de empleados (especialmente de niveles cualificados) hacia otras administraciones, buscando mejores categorías y retribuciones”<sup>19</sup>.

Lo anterior es una evidencia de que ciertamente la escasez de puestos con niveles elevados en la RPT que permitan un encaje profesional adecuado, también afecta a los funcionarios de cuerpos superiores haciendo que vean enormemente dificultada su progresión con respecto a la que tendrían en otros destinos de la AGE. En casos extremos pero no aislados, puede llegar a ocurrir– rara vez en los servicios centrales pero sí con cierta frecuencia en las direcciones provinciales– la paradoja organizativa de que estos funcionarios más cualificados del grupo A1 dependen jerárquicamente de funcionarios del grupo A2 con más antigüedad que han ocupado las subdirecciones provinciales de las entidades.

Por otra parte, incluso aunque alcancen los puestos superiores de la organización las diferencias retributivas llegan a ser abismales con las registradas en el otro gran organismo público estatal: la AEAT –organismo que al cierre de 2017 tuvo la responsabilidad de recaudar 198.101 millones de euros, cifra que no desmerece las que se manejan en las entidades gestoras y servicios comunes de la seguridad social que recaudaron ese ejercicio 101.275 millones en los capítulos de cotizaciones, tasas y otros ingresos y fueron responsables de la gestión eficaz y eficiente de un gasto en prestaciones de 130.978 millones de euros<sup>20</sup>–.

<sup>19</sup> SUBDIRECCIÓN GENERAL DE RECURSOS HUMANOS, *Presentación Jornada de Directivos del INSS celebrada en Madrid el 17 y 18 de Julio de 2018*, INSS.

<sup>20</sup> AEAT, *informes anuales de recaudación tributaria*, disponible en: [https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La\\_Agencia\\_Tributaria/Memorias\\_y\\_estadisticas\\_tributarias/Estadisticas/Recaudacion\\_tributaria/Informes\\_mensuales\\_de\\_Recaudacion\\_Tributaria/2017/2017.shtml](https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La_Agencia_Tributaria/Memorias_y_estadisticas_tributarias/Estadisticas/Recaudacion_tributaria/Informes_mensuales_de_Recaudacion_Tributaria/2017/2017.shtml) (...)

Así una dirección provincial del INSS o la TGSS tiene al frente un director provincial con un nivel de complemento de destino entre 27 y 30 y un complemento específico de entre 11.278,28 y 21.824,74 euros, mientras que al frente de las delegaciones provinciales de la AEAT hay un delegado especial siempre con nivel 30 y un específico de entre 36.710,80 y 47.354,58 euros, que además puede tener como apoyo un delegado adjunto con nivel 28 ó 29 y un específico de entre 34.047,58 y 36.710,80 euros. Por su parte, dependiendo del director provincial del INSS o TGSS existen distintos subdirectores provinciales con niveles 26 a 28 y específicos de entre 9090,20 y 13.179,18 euros que son responsables de la dirección y organización de las distintas áreas funcionales para el cumplimiento de sus objetivos –recaudación en período voluntario, recaudación ejecutiva, gestión financiera, gestión de las pensiones de jubilación, invalidez, información administrativa etc.–. Del mismo modo, dependiendo del delegado especial de la AEAT existen jefes de dependencia encargados de distintas áreas funcionales –recaudación, aduanas, gestión tributaria, recursos humanos y gestión económica etc.– que tienen asignado un nivel 26 a 29 y específicos de entre 15.874,88 y 37.555,42 euros. Respecto al caso de los servicios centrales un puesto promedio de nivel 28 en la seguridad social –consejero técnico o jefe de área– tiene un complemento específico de 13.205,50 euros frente a los 28.420,98 del complemento específico asignado al jefe de área nivel 28 en la delegación central de la AEAT. En todos estos casos se observa que los complementos específicos de los puestos más cualificados en la gestión de la seguridad social no suponen ni siquiera la mitad que los de la AEAT, llevando frecuentemente aparejados un menor nivel de complemento de destino, lo que de nuevo conlleva menores retribuciones, siendo para este tipo de puestos los complementos de productividad de la seguridad social también inferiores a los percibidos en la AEAT<sup>21</sup>.

Los citados problemas de ordenación de recursos humanos, con dificultades para lograr la promoción profesional como consecuencia de la escasez de niveles adecuados a los funcionarios de cuerpos superiores, las no infrecuentes situaciones irracionales en la que estos funcionarios de cuerpos superiores se encuentran por debajo en la jerarquía respecto a compañeros de grupos profesionales inferiores, las diferencias retributivas y otros problemas en materia de recursos humanos explican que con datos del Registro Central de Personal a 1 de enero de 2018 casi un 30% de los técnicos superiores de la seguridad social en activo, el cuerpo propio diseñado para asumir las funciones superiores de la gestión en la seguridad social, hayan pasado a desempeñar sus servicios en otros ministerios<sup>22</sup>. Esta fuga del personal más cualificado en la gestión de la seguridad social resulta difícilmente asumible para una organización como la seguridad social que en 2018 tiene encomendada la misión de recaudar directamente –sin contar con las Mutuas– 102.816 millones de euros en cotizaciones y gestionar cerca del 40% del gasto público del Estado.

---

(última consulta 1 de octubre de 2018) y SEGURIDAD SOCIAL, *Información presupuestaria y financiera: Resumen de ejecución del presupuesto*, disponible en: <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionEconomicoFinanciera/InformacionPresupuestariaFinanciera/393/394> (última consulta 1 de octubre de 2018).

<sup>21</sup> Los datos sobre retribuciones son públicos consultando las RPT de los diferentes organismos y pueden consultarse en: PORTAL DE TRANSPARENCIA, *relaciones de puestos de trabajo*, disponible en: [http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia\\_Home/index/PublicidadActiva/OrganizacionYEmpleo/Relaciones-Puestos-Trabajo.html](http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/PublicidadActiva/OrganizacionYEmpleo/Relaciones-Puestos-Trabajo.html). Respecto a la productividad puede consultarse: <http://www.gestha.es/index.php?seccion=actualidad&num=383>

<sup>22</sup> Cifras del Registro Central de Personal disponibles en la intranet de la AGE: <https://www.funciona.es/public/funcionaRCP/Documentacion/estadisticas-RCP/Funcionarios-historico.html>

Es por ello por lo que en conclusión y más allá de los datos ofrecidos queremos insistir en la necesidad no solo de aumentar las plantillas –una necesidad ya de por sí inaplazable– sino también de acometer cambios organizativos que permitan gozar a la seguridad social de una estructura moderna y competitiva, haciendo frente al problema señalado y otros de distinto tipo –mayor participación de los grupos C2 y C1 en la productividad por objetivos, reconocimiento a los mismos del nivel mínimo 17 para su equiparación con los puestos de las oficinas de atención al público, corrección de la situación de los nuevos funcionarios del grupo A2 a los que en ocasiones se asigna únicamente un nivel 18 en lugar de un 22 ó 24 desincentivando su permanencia en la seguridad social, etc.–.

Conviene recordar a este respecto que en los últimos presupuestos de la seguridad social, los gastos de personal de las entidades gestoras y servicios comunes asciende a 1.362 millones de euros<sup>23</sup>. Aumentar un 20% el personal efectivo y un 25% el gasto en retribuciones supondría un gasto total adicional de 681 millones, un gasto en niveles inferiores al que ya se ha acordado dedicar a otro justo objetivo también importante pero con menos impacto en la recaudación y gestión eficiente del gasto público: la equiparación salarial de los cuerpos de seguridad del Estado, que de acuerdo con el acuerdo entre Ministerio del Interior y sindicatos, requerirá, en 2020, año en el que se completará la citada equiparación, de 807 millones de euros. Para financiar la reforma propuesta sería suficiente que con esta medida se lograra mejorar la recaudación tan solo un 0,6%, y dada la situación de dificultad que atraviesa la seguridad social y que ya está restando calidad a la gestión, podemos asegurar que si se implantase una medida como la descrita que devolviese la fortaleza de medios a la organización, los aumentos de eficiencia en la recaudación y en la gestión del gasto público con más volumen de la AGE –evitando y detectando situaciones de percepción indebida de prestaciones– superaría con creces dicha cifra y permitiría recuperar una organización sólida capaz de desbloquear recursos para fortalecer la salud financiera del sistema.

#### 4. CONCLUSIONES

En los últimos años han sido diversas las iniciativas para hacer frente a la lucha contra el fraude, pero todas ellas han olvidado hacer frente a un problema fundamental: la necesidad de reforzar las plantillas públicas de funcionarios encargados de tal misión. En este trabajo hemos puesto de manifiesto la pérdida de efectivos que han sufrido en especial, las entidades gestoras y servicios comunes de la seguridad social, remarcando además a la necesidad de que se aborde por fin la necesaria creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social.

Hemos sugerido así mismo que el refuerzo de las plantillas públicas supone una cuestión inaplazable en la gestión de los recursos humanos de la seguridad social pero por sí misma no suficiente: resulta igualmente necesario llevar a cabo una actualización de la relación de puestos de trabajo de la organización que permita implementar una mayor racionalidad en el diseño de las estructuras con las que cuenta la seguridad social y al mismo tiempo permitir retener el talento de las personas con las que cuenta la administración

---

<sup>23</sup> SEGURIDAD SOCIAL, *Estadísticas: presupuesto aprobado*, disponible en: <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST66> (última consulta 1 de octubre de 2018).

mediante la equiparación retributiva (o al menos reducción de las diferencias) con otros sectores de la administración que realizan funciones igualmente esenciales para el Estado.

Junto a todo esto hemos apuntado a ciertas medidas complementarias que además de las citadas reformas en materia de recursos humanos, han sido igualmente objeto de olvido en las estrategias de lucha contra el fraude. Se trata por un lado de la necesidad de reorientar la actuación administrativa hacia el fraude de tipo empresarial, en el que continúan existiendo una importante fuga de recursos y por otro lado de la conveniencia de que las acciones públicas no se limiten a lo anterior sino que traten de dirigirse complementariamente a promover el desarrollo de una mejor moral pública que trate de prevenir las conductas fraudulentas. Esperamos que estas y otras cuestiones apuntadas en otros estudios sobre la materia puedan contribuir a que los responsables públicos tomen nota de la necesidad de impulsar de forma definitiva los esfuerzos en materia de lucha contra el fraude.

## La regulación de las siempre postergadas prestaciones ortoprotésicas: implantes quirúrgicos, prótesis externas, sillas de ruedas, ortesis y ortoprótesis especiales<sup>1</sup>

### Regulation of long-delayed orthotic and prosthetic services: surgical implants, external prostheses, wheelchairs, orthotics and special ortho-prostheses

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE LEÓN

#### Resumen

El artículo analiza críticamente la cambiante regulación de las prestaciones ortoprotésicas, que incluyen los implantes quirúrgicos, las prótesis externas, las sillas de ruedas, las ortesis y las ortoprótesis especiales. Estas forman parte del derecho a la protección de la salud y como tal figuran en el catálogo del Sistema Nacional de Salud. Aparecen divididas entre la cartera de servicios comunes y la cartera común suplementaria ambulatoria. Dicha diferencia acarrea consecuencias en la financiación de las mismas, su gratuidad o la asunción por el beneficiario de una parte del coste (copago). Por último, finaliza con un rápido bosquejo de la regulación llevada a cabo por las Comunidades Autónomas al respecto.

#### Abstract

The article critically analyses the ever-changing regulation of orthotic and prosthetic services, which include surgical implants, external prostheses, wheelchairs, orthotics and special ortho-prostheses. These are part of the right to health protection and as such appear in the portfolio of the Spanish national health system. They are split between the portfolio of common services and the portfolio of supplementary outpatient care. This difference leads to consequences in the funding of these services, their cost-free status or the need for the patient to pay part of the cost (co-payment). Finally, it concludes with a brief outline of the regulation carried out by the Spanish regions in this regard.

#### Palabras clave

prestación ortoprotésica; asistencia sanitaria; salud pública; copago

#### Keywords

Orthotic and prosthetic services; healthcare; public health; co-payment

## 1. LA PRESTACIÓN ORTOPROTÉSICA DENTRO DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

El derecho a la protección de la salud aparece previsto en el art. 43 CE, donde encomienda a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Dada su ubicación como uno de los Principios rectores de política social y económica es al legislador al que

<sup>1</sup> Investigación realizada en el marco del Proyecto DER2017-83864-R: “La sostenibilidad como idea rectora de las políticas públicas y de la prestación de servicios públicos para el bienestar de los ciudadanos”.

corresponde efectuar su concreción, sin que quepa calificar su contenido como programático, sino de “auténtico derecho orientado hacia el valor de la dignidad humana”<sup>2</sup>.

Con el fin de cumplir el mandato constitucional, la normativa en materia de asistencia sanitaria integra un conjunto de prestaciones, entre ellas, conviene destacar la denominada “prestación ortoprotésica”. Además, comprende, de conformidad con el art. 7 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, de productos dietéticos y de transporte sanitario.

Las siguientes páginas están dedicadas a analizar la cambiante, confusa y poco adaptada regulación de la prestación ortoprotésica<sup>3</sup>, integrada en el catálogo del Sistema Nacional de Salud, el cual tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. De hecho, el art. 10.14 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, reconoce el derecho “a obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado”.

Dicha prestación ha sido considerada como complementaria o especial, en tanto supone “un elemento adicional, juzgado necesario para la consecución de una asistencia sanitaria completa y adecuada”<sup>4</sup> y quizá por tal carácter ha sufrido numerosas modificaciones y cambios interpretativos<sup>5</sup>.

La Ley 16/2003 define, en su art. 17, la prestación ortoprotésica: “consiste en la utilización de productos sanitarios, implantables o no, cuya finalidad es sustituir total o parcialmente una estructura corporal, o bien de modificar, corregir o facilitar su función” y “comprenderá los elementos precisos para mejorar la calidad de vida y autonomía del paciente”. La virtualidad de esta fórmula abierta radica en el signo “progresivo” capaz de proporcionar “un sólido argumento a favor de una prestación de calidad y no una interpretación meramente economicista que es la que ha primado hasta la fecha”<sup>6</sup> (y sigue primando).

---

<sup>2</sup> FERRANDO GARCÍA, F.M.: “Prestación farmacéutica y factores condicionantes del acceso al tratamiento adecuado”, *RDS*, núm. 79, 2017, p. 113, citando a APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Madrid (Civitas), 1989, p. 48.

<sup>3</sup> QUIRÓS HIDALGO, J.G.: “La silla de ruedas eléctrica como prestación complementaria ortoprotésica, de obligada facilitación o reintegro por parte de la Seguridad Social”, *AS*, núm. 164, 2003 (BIB 2003\614).

<sup>4</sup> AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A. Y GARCÍA MURCIA, J., DIR. Y COORD.): *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2008, p. 671.

<sup>5</sup> Sobre su *iter* legislativo y judicial, por todos, LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007 y QUIRÓS HIDALGO, J.G.: “La silla de ruedas eléctrica como prestación complementaria ortoprotésica, de obligada facilitación o reintegro por parte de la Seguridad Social”, cit.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *El régimen jurídico de las prestaciones del sistema nacional de salud tras las últimas reformas*, Murcia (Laborum), 2018, p. 304 y OLARTE ENCABO, S. Y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Otras prestaciones sanitarias del sistema: las antes llamadas prestaciones sanitarias complementarias”, en AA.VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Granada (Comares), 2007, p. 348.

Asimismo, anticipa su carácter “dual”, pues puede ser facilitada directamente por los servicios de salud o suponer ayudas económicas<sup>7</sup>, de acuerdo con lo previsto en el mencionado precepto: “esta prestación se facilitará por los servicios de salud o dará lugar a ayudas económicas, en los casos y de acuerdo con las normas que reglamentariamente se establezcan por parte de las Administraciones sanitarias competentes”.

No solo el carácter dual en la forma de la prestación, sino en su asunción completa o parcial a modo de “copago” como sucede con la prestación farmacéutica. En este sentido, y al igual que sucedió con aquella, el RD-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, introduce dos nuevos preceptos en la Ley 16/2003 y configura la cartera común básica y la cartera común suplementaria.

Así, el art. 8.bis delimita la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, la cual comprende “todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente, cubiertos de forma completa por financiación pública”.

Por su parte, el art. 8.ter incluye en la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud “todas aquellas prestaciones cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y están sujetas a aportación del usuario”. Situadas dentro del catálogo, las prestaciones ortoprotésicas forman parte de estas prestaciones suplementarias de la asistencia sanitaria junto con la prestación farmacéutica y con productos dietéticos. También gozará de esta consideración el transporte sanitario no urgente, sujeto a prescripción facultativa, por razones clínicas y con un nivel de aportación del usuario acorde al determinado para la prestación farmacéutica.

En fin, el apartado 4 del art. 8.ter Ley 16/2003 prevé el desarrollo de dicho precepto (a excepción de la prestación farmacéutica que se regirá por su normativa) por “Orden de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, a propuesta de la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación, la actualización del catálogo de prestaciones, los importes máximos de financiación y los coeficientes de corrección a aplicar para determinar la facturación definitiva a los servicios autonómicos de salud por parte de los proveedores, que tendrá la consideración de precio final”. A este respecto, el porcentaje de aportación del usuario se regirá por las mismas normas que regulan la prestación farmacéutica, tomando como base de cálculo para ello el precio final del producto y sin que se aplique el mismo límite de cuantía a esta aportación.

Por tanto, los “dolosos” “recortes” llevados a cabo por el RD-Ley 16/2012<sup>8</sup>, de 20 abril, obligan a diferenciar entre una cartera común suplementaria, que incluye la prestación ortoprotésica realizada mediante dispensación ambulatoria, sujeta a aportación del usuario, y

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *El régimen jurídico de las prestaciones del sistema nacional de salud tras las últimas reformas*, cit., p. 304.

<sup>8</sup> BLASCO LAHOZ, J.F.: “La prestación farmacéutica y la nueva cartera común de servicios”, *AS*, núm. 13, 2013 (BIB 2013\1252).

la prestación ortoprotésica proporcionada en centros sanitarios sin aportación del usuario y que comprende básicamente los implantes quirúrgicos.

Conviene observar a este respecto cómo la clasificación en uno u otro nivel (tal y como sucede con la prestación farmacéutica) “no obedece a criterios cualitativos ni a factores intrínsecos de la prestación relacionados con el carácter esencial del servicio, sino a una decisión financiera”<sup>9</sup> ciertamente cuestionable.

## **2. CONCEPTO DE PRESTACIÓN ORTOPROTÉSICA EN LA CARTERA DE SERVICIOS COMUNES**

El RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, recoge, dentro del contenido de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud correspondiente a las prestaciones de salud pública, las proporcionadas para atención primaria, atención especializada, atención de urgencia, prestación farmacéutica, prestación ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario, respectivamente, en los Anexos I, II, III, IV, V, VI, VII y VIII.

La participación de las Comunidades Autónomas y de otras administraciones sanitarias públicas en la definición y actualización de las prestaciones y la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud está prevista en el art. 9 RD 1030/2006 y se articulará a través de la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación, dependiente del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, así como de los comités y grupos de trabajo de ella dependientes”.

En cuanto hace a la prestación ortoprotésica analizada, el Anexo VI del RD 1030/2006 vuelve a transcribir lo previsto en el art. 17 de la Ley 16/2003, pero respecto a su régimen, cabe entender derogados los aspectos referentes a la aportación del usuario recogidos en dicho Anexo por la disposición derogatoria única del RD 1506/2012, de 2 de noviembre más adelante examinado.

Dicho Anexo dedica un apartado a cada una de las concretas prestaciones que integran la prestación ortoprotésica. De este modo, los apartados 6, 7, 8, 9 y 10 del Anexo están referidos a los implantes quirúrgicos, las prótesis externas, las sillas de ruedas, las ortesis y las ortoprotésis especiales incluidos en la cartera común de prestación ortoprotésica, incorporando, en su caso, sus condiciones de uso o el tipo de discapacidad o indicación clínica que justifica su prescripción.

En el apartado 6 se establecen las divisiones de los implantes quirúrgicos, últimamente objeto de controversia sobre su control, codificadas con dos dígitos y los grupos codificados con cuatro dígitos, así como los respectivos desgloses alcanzando diferentes niveles de desagregación que permiten agrupar productos con características similares. En el caso de los apartados 7, 8, 9 y 10 el contenido de la cartera común viene determinado por los

<sup>9</sup> FERRANDO GARCÍA, F.M.: “Prestación farmacéutica y factores condicionantes del acceso al tratamiento adecuado”, cit. y CABEZA PERERIRO, J.: “Servicios suplementarios y accesorios”, en AA.VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia (Laborum), 2016, p. 564.

grupos (cuatro dígitos) y subgrupos (seis dígitos). Los códigos homologados (codificación de 9 dígitos) que se recogen en dichos apartados se utilizarán únicamente para el sistema de información de la prestación ortoprotésica.

Antes de entrar a definir y evaluar, establece una exclusión genérica: “no constituyen parte de esta prestación los efectos y accesorios, ni los artículos ortoprotésicos destinados a uso deportivo, ni los utilizados con finalidad estética, ni aquellos de los que se realice publicidad dirigida al público en general”.

A continuación, sigue la división ya clásica de las prestaciones ortoprotésicas, incluyendo como tales los implantes quirúrgicos, las prótesis externas, las sillas de ruedas, las ortesis y las ortoprotésis especiales.

-- Así, entiende por implante quirúrgico el “producto sanitario diseñado para ser implantado total o parcialmente en el cuerpo humano mediante intervención quirúrgica y destinado a permanecer allí después de dicha intervención”. El implante “sustituye total o parcialmente una estructura corporal o una función fisiológica que presenta algún defecto o anomalía, o que tiene finalidad diagnóstica”. Dichas prótesis pueden ser cardíacas y vasculares<sup>10</sup>, implantes digestivos, genitourinarios, neurológicos, oftalmológicos, otorrinolaringológicos, reparadores, del aparato respiratorio, osteoarticulares, vasculares, quirúrgicos diagnósticos y, también comprende a los dispositivos implantables para la administración de fármacos, como las bombas de infusión de morfina y reservorios implantables<sup>11</sup>.

En todo caso, las administraciones sanitarias responsables de la gestión de los implantes quirúrgicos establecerán el procedimiento de adquisición de los mismos por las vías que consideren más adecuadas en cada caso para garantizar su provisión a los pacientes con la máxima eficiencia.

-- La prótesis externa es el “producto sanitario que requiere una elaboración y/o adaptación individualizada y que, dirigido a sustituir total o parcialmente un órgano o una estructura corporal o su función, no precisa de implantación quirúrgica en el paciente”.

El establecimiento de catálogo con productos autorizados introduce un criterio de certeza acerca de la inclusión o no de determinados productos, aspectos sobre los que ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia, a veces de forma muy concreta, sobre la no inclusión de grúa hidráulica<sup>12</sup>; sobre la no inclusión de plantillas ortopédicas<sup>13</sup>; sobre la no inclusión de prótesis dentarias por razones estéticas (apartado 7 del Anexo VI del RD 1030/2006)<sup>14</sup>, pero sí cuando son piezas perdidas por efectos de tratamiento para curación de proceso canceroso<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> STSJ Asturias 30 abril 1999 (Sentencia núm. 1017/1999).

<sup>11</sup> AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A. Y GARCÍA MURCIA, J., DIR. Y COORD.): *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*, cit., p. 670.

<sup>12</sup> STS 26 mayo 1994 (Rec. núm. 1937/1993).

<sup>13</sup> STS 11 junio 1998 (Rec. núm. 3169/1997).

<sup>14</sup> AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A. Y GARCÍA MURCIA, J., DIR. Y COORD.): *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*, cit., p. 670.

<sup>15</sup> STSJ Murcia 3 marzo 2014 (Rec. núm. 845/2013).

El apartado VI.7 RD 1030/2006 comienza excluyendo “las estructuras y articulaciones elaboradas en titanio y/o fibra de carbono y/o con control por microprocesador)”, para, a continuación, enumerar las incluidas, como las prótesis de miembro superior, incluidas las mioeléctricas para pacientes mayores de dos años amputados unilaterales o bilaterales, prescritas exclusivamente por los servicios de Rehabilitación de los hospitales en la forma en que determinen las Comunidades Autónomas, Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y las Mutualidades de Funcionarios en su respectivo ámbito de gestión, a los pacientes que cumplan determinados requisitos (tener suficiente capacidad mental y de control mioeléctrico que les permita el manejo de la prótesis de forma segura y eficaz; desarrollar actividades de la vida diaria o laborales en las que la utilización de la prótesis mioeléctrica les supondría una ventaja respecto al uso de una prótesis funcional o pasiva; participar en un programa de rehabilitación para su adiestramiento; y disponer de un entorno familiar o supervisión externa que favorezca un uso adecuado y continuado de la prótesis en los niños y personas dependientes); prótesis de miembro inferior; prótesis distintas a las prótesis de miembros (como las corneales, de mama o del paladar); o ayudas para la audición.

-- La silla de ruedas es el “vehículo individual para favorecer el traslado de personas que han perdido, de forma permanente, total o parcialmente, la capacidad de deambulación y que sea adecuado a su grado de discapacidad”.

Históricamente, la jurisprudencia se ha venido refiriendo a los vehículos para inválidos, considerando como tales a las sillas de ruedas, definidas como los vehículos individuales para favorecer el traslado de personas que han perdido, de forma permanente, total o parcialmente, la capacidad de deambulación y que sean adecuados a su grado de invalidez<sup>16</sup>.

El actual apartado VI.8 RD 1030/2006 enumera las sillas de ruedas manuales, recambios y accesorios incluidos, y excluye aquellas con ruedas grandes delanteras maniobradas por los dos brazos, las sillas de ruedas propulsadas con el pie, las sillas de ruedas de fibra de carbono y/o titanio y las sillas de ruedas con motor, salvo las expresamente previstas.

Tras varios pronunciamientos en sede judicial sobre la cobertura prestacional de las sillas eléctricas<sup>17</sup> y pese a la existencia de alguna sentencia que entendía “únicamente exigible el tipo medio o normal de tales medios traslativos, como es la silla de ruedas convencional”<sup>18</sup> (si bien con votos particulares que consideraron exigible directamente el suministro de una silla de ruedas eléctrica cuando exista en el beneficiario “una auténtica situación de necesidad, que no de mera conveniencia o pura opción por el mejor medio de locomoción, que existiría cuando se vea impedido o sea difícil el uso de la silla de ruedas convencional”<sup>19</sup>), este apartado reconoce el derecho a sillas de ruedas con motor eléctrico y dirección eléctrica para pacientes con limitaciones funcionales graves del aparato locomotor

<sup>16</sup> CONTRERAS TORRES, A.: *El sistema nacional de salud: sujetos protegidos y contenido del derecho a la prestación de asistencia sanitaria*, Valencia, Tesis doctoral, 2016, pp. 540.

<sup>17</sup> SSTs 31 marzo 2000 (Rec. núm. 158/1999) y 27 marzo 2001 (Rec. núm. 1955/2000) o SSTSJ Cataluña 18 junio 2015 (Rec. núm. 2402/2015) y Castilla y León/Burgos 2 marzo 2017 (Rec. núm. 102/2017).

<sup>18</sup> STS 28 septiembre 1995 (Rec. núm. 3800/1994).

<sup>19</sup> STS 22 junio 1994 (Rec. núm. 2684/1993).

por enfermedad, malformación o accidente que cumplan determinados requisitos (incapacidad permanente para la marcha independiente; incapacidad funcional permanente para la propulsión de sillas de ruedas manuales con las extremidades superiores; y suficiente capacidad visual, mental y de control que les permita el manejo de sillas de ruedas eléctricas y ello no suponga un riesgo añadido para su integridad y la de otras personas.

-- La ortesis es el “producto sanitario de uso externo, no implantable que, adaptado individualmente al paciente, se destina a modificar las condiciones estructurales o funcionales del sistema neuromuscular o del esqueleto”. De nuevo, el apartado VI.9 excluye las elaboradas con fibra de carbono e incorpora las ortesis de columna vertebral (con excepción de las fajas preventivas); ortesis de miembro superior; de miembro inferior (excluidas las ortesis de pie ni las rodilleras en tejido elástico sin flejes); y los calzados ortopédicos.

El casco corrector de plagiocefalia postural, aun cuando no esté expresamente mencionado en el catálogo de la cartera de servicios, cabe entenderlo incluido por analogía con las prótesis faciales, cuando va precedido de prescripción médica del especialista de los servicios públicos de salud lo cual evidencia la existencia de una malformación<sup>20</sup>.

-- En fin, la ortoprótesis especial es el “producto sanitario no implantable que sustituye una estructura corporal o su función o facilita la deambulación sin que pueda considerarse incluido en los apartados anteriores”<sup>21</sup>. El Apartado VI.10 RD 1030/2006 especifica las siguientes: ayudas para caminar manejadas por un brazo; ayudas para caminar manejadas por los dos brazos; ayudas para la terapia circulatoria; ayudas para la prevención de las úlceras por presión (ayudas antidecúbitos); y equipamiento para el entrenamiento del movimiento, la fuerza y el equilibrio para pacientes lesionados medulares, parálisis cerebral, traumatismos craneoencefálicos, mielomeningocele, distrofias musculares progresivas y enfermedades neurodegenerativas.

El acceso a la prestación ortoprotésica se hará garantizando las necesidades sanitarias de los pacientes, en la forma que establezca al efecto la administración sanitaria competente en la gestión de la prestación.

En fin, con carácter general trata de garantizar la adecuada elaboración y adecuación de la prestación prescrita al paciente, pero lo hace remitiéndose a los requisitos en su caso elaborados por la administración sanitaria competente al efecto, sin establecer garantía común y básica. Asimismo, vuelve a acudir al término vago de la “legislación vigente que les resulte de aplicación” para fijar los requisitos de los productos sanitarios incluidos como prestación ortoprotésica para poder ser suministrados y utilizados y para imponerlos a los establecimientos sanitarios elaboradores de ortoprótesis a medida y los que las adaptan individualizadamente con el fin de que se salvaguarde una correcta elaboración y adecuación de la prestación prescrita al paciente.

<sup>20</sup> STS 12 febrero 2014 (Rec. núm. 394/2013).

<sup>21</sup> Enumeración contenida en AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A. Y GARCÍA MURCIA, J., DIR. Y COORD.): *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*, cit., p. 671.

Este umbral de exigencia de la prestación habría que situarlo, a juicio de determinada doctrina legal, “muy discutible jurídicamente”<sup>22</sup>, “no en un tipo ideal u óptimo, sino más bien en un tipo real, esto es, respecto de las prestaciones que resulten más usuales y de nivel medio”, entendiéndose esta corriente cómo deberían descartarse, “como regla general o por principio, que se presenta como indiscutible o inexcusable cuando no es sino fruto del apriorístico y eficientista criterio de la limitación de recursos económicos disponibles, la inclusión de aquellos medios de locomoción que resulten pioneros en el campo de la técnica”<sup>23</sup>.

En todo caso, atribuye la prescripción de los productos incluidos en la prestación ortoprotésica a los médicos de atención especializada, especialistas en la materia correspondiente a la clínica que justifique la prescripción. Atribución esta que no deja de suscitar dudas y, a la postre, conflictos e ineficiencias, en tanto la necesidad de seguir un largo camino que tiene como meta el especialista, contando con las largas listas de espera, puede impedir el acceso a una prestación como esta que supone un salto cualitativo en la calidad de vida de los beneficiarios.

Con mayor detalle impone, para las prótesis externas, las sillas de ruedas, ortesis y ortoprotésis especiales, la entrega al usuario del certificado de garantía y de una hoja informativa con las recomendaciones precisas para la mejor conservación del mismo en condiciones de utilización normal y las advertencias para evitar su mal uso, de acuerdo con lo que establezca en cada caso la administración sanitaria competente. Además, cuando se trate de productos que requieren una adaptación específica al paciente, prevé que:

- a) Correrán a cargo del establecimiento cuantas rectificaciones imputables a la elaboración y adaptación sean precisas.
- a) En la elaboración de los productos, el establecimiento se ajustará siempre a las indicaciones consignadas por el especialista prescriptor.
- b) En los casos que se determine, una vez obtenida la prestación por el usuario, el especialista prescriptor comprobará que el artículo se ajusta rigurosamente a sus indicaciones y se adapta perfectamente al paciente.

En el caso de artículos susceptibles de renovación, ésta puede concederse, cuando no sea debida al mal trato del usuario, en las condiciones que al efecto se determinen por la administración sanitaria competente en la gestión de la prestación<sup>24</sup>. Además para aquellos productos susceptibles de renovación que requieren una elaboración y/o adaptación individualizada, se debe tener en cuenta la edad del paciente para fijar el periodo de renovación, de modo que se adecue a la etapa de crecimiento de los niños y a los cambios morfológicos derivados de la evolución de la patología.

<sup>22</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “Art. 108. Otras prestaciones sanitarias”, en AA.VV.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Granada (Comares), 1999, p. 2246.

<sup>23</sup> Criticando dicha interpretación, MOLINA NAVARRETE, C.: “Art. 108. Otras prestaciones sanitarias”, en AA.VV.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, cit., p. 2246.

<sup>24</sup> Al respecto STSJ País Vasco 24 enero 2017 (Rec. núm. 2584/2016).

En fin, en el caso de los implantes quirúrgicos se ha de facilitar a los pacientes una hoja informativa con las instrucciones, así como las recomendaciones, contraindicaciones y precauciones que deben tomarse en su caso.

### **3. CARTERA COMÚN SUPLEMENTARIA AMBULATORIA DE LA PRESTACIÓN ORTOPROTÉSICA**

El RD 1506/2012 “pretende hacer efectivas las previsiones recogidas en el mencionado RD-Ley 16/2012, al fijar las bases para determinar el contenido de la prestación ortoprotésica suplementaria ambulatoria y la correspondiente aportación de los usuarios, así como para el establecimiento de los importes máximos de financiación en toda la prestación ortoprotésica”, de acuerdo con la habilitación prevista en el art. 124 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. De acuerdo con su propia Exposición de Motivos, “esta norma va dirigida fundamentalmente a facilitar el acceso a una prestación más racional, eficiente y equitativa a los pacientes que requieran un producto ortoprotésico, mediante la fijación de criterios para la inclusión en la Oferta de los productos más idóneos para cubrir sus necesidades y el establecimiento de importes máximos de financiación”.

Para ello, crea la Oferta de productos ortoprotésicos susceptibles de financiación por el Sistema Nacional de Salud y establece los criterios para la inclusión de los productos en dicha Oferta. Todo ello con el objetivo de proporcionar una prestación más racional a los usuarios del Sistema Nacional de Salud. En todo caso, la fijación de los importes máximos de financiación de los productos ortoprotésicos incluidos en la Oferta del Sistema Nacional de Salud corresponde a una orden ministerial donde se fijan unos tipos de productos con características similares, dentro de cada código homologado en el caso de ortoprotésis externas, o de cada subgrupo, en el caso de implantes quirúrgicos, asignando a cada tipo un importe máximo de financiación. “La determinación de los tipos de productos para toda la prestación ortoprotésica podrá hacerse paulatinamente, a medida que se disponga de la oportuna información, iniciándose por los códigos homologados de ortoprotésis externas y por los subgrupos de implantes quirúrgicos que se seleccionen en función del consumo y de la facilidad y factibilidad de su abordaje” (Exposición de Motivos).

El objeto de esta norma radica en fijar las bases para determinar el contenido y aportación de la cartera común suplementaria de prestación ortoprotésica y establecer importes máximos de financiación para cada tipo de producto incluido en la prestación ortoprotésica (art. 1).

A continuación, su art. 2 define determinados conceptos incorporados por la propia norma:

1.- La cartera común suplementaria de prestación ortoprotésica es el “conjunto de prótesis externas, sillas de ruedas, ortesis y ortoprotésis especiales de dispensación ambulatoria y sujetas a aportación del usuario, financiadas por el Sistema Nacional de Salud, incluyendo aquellos productos que según la normativa de la correspondiente comunidad autónoma estén sometidos a régimen de préstamo o alquiler”.

2.- El producto ortoprotésico es cada una de las marcas comerciales de un producto sanitario que tenga la consideración de implante quirúrgico u ortoprótesis externa, de acuerdo con lo regulado en el Anexo VI del RD 1030/2006. En el caso de productos a medida, se considera como producto ortoprotésico la denominación genérica que describe el producto.

3.- La oferta de productos ortoprotésicos del Sistema Nacional de Salud es el conjunto de productos ortoprotésicos susceptibles de ser financiados por el Sistema Nacional de Salud y “recogerá aquellos productos pertenecientes a los códigos homologados del catálogo común de ortoprótesis externas y a los subgrupos de implantes quirúrgicos que cumplan los criterios para ser susceptibles de ser financiados por el Sistema Nacional de Salud” (art. 4 RD 1506/2012).

En su desarrollo, se ha dictado la Orden SSI/566/2014, de 8 de abril, la cual crea y regula un sistema informatizado para la recepción de comunicaciones por parte de las empresas de los productos ortoprotésicos que consideran reúnen los requisitos para ser clasificados dentro de los apartados que conforman la cartera común suplementaria de prestación ortoprotésica del Sistema Nacional de Salud. Con este fin, y en atención al contenido de la cartera común suplementaria de prestación ortoprotésica, se establecerán subdivisiones que servirán de base, en el futuro, para determinar los tipos de productos previstos en el RD 1506/2012. “Para ello, se regula el procedimiento para la comunicación de forma voluntaria por parte de las empresas de la información sobre los productos ortoprotésicos al citado Sistema informatizado, determinando las características que han de reunir tanto las empresas que los comuniquen como los productos que van a ser comunicados. En cualquier caso, la comunicación no implica ningún derecho sobre la futura inclusión del producto en la cartera común suplementaria de prestación ortoprotésica. No obstante, el hecho de comunicar la información de un producto implica que la empresa se compromete a mantenerla actualizada e informar de su situación de comercialización. Para reducir las cargas administrativas a las empresas, se desarrollará una aplicación informática para sustentar la recepción de comunicaciones de productos ortoprotésicos que tratará de simplificar al máximo la comunicación de la información prevista en esta norma. Esta aplicación se pone a disposición de las empresas a través de la página Web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, siendo las propias empresas las que cargarán la información, comprometiéndose a garantizar la veracidad de los datos facilitados” (Exposición de motivos de la Orden).

La citada Orden prevé en su artículo 4.1 que mediante Resolución del Director General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia se establecerán, en atención a los grupos y subgrupos de cada uno de los apartados de sillas de ruedas, prótesis externas, órtesis y ortoprótesis especiales, subdivisiones que agrupen productos ortoprotésicos con similares características, diseños y funcionalidades, a utilizar para comunicar de forma voluntaria al SIRPO los productos de los diferentes apartados de la cartera común suplementaria de prestación ortoprotésica.

Al respecto, se han publicado las Resoluciones de 6 de mayo y de 16 de julio de 2014, por las que se desarrollan las clasificaciones a utilizar para el SIRPO de sillas de ruedas y ortesis y la Resolución de 22 de agosto de 2014, por la que se desarrolla la clasificación de ortoprótesis especiales para el Sistema informatizado, todas ellas actualizadas por Resolución

de 19 de enero 2016, en las que se indica, exclusivamente a efectos de su utilización en SIRPO, el modo de elaboración de cada tipología de producto, diferenciando aquellas que requieren un ajuste básico, las que precisan una adaptación individualizada al paciente y las que se elaboran a medida, así como sus componentes, accesorios y recambios.

4.- El importe máximo de financiación es la “cuantía máxima fijada para cada tipo de producto a efectos de su financiación por el Sistema Nacional de Salud, incluyendo en su caso, la aportación del usuario. Cuando se trate de ortoprótesis externas que se facilitan a través de establecimientos de ortopedia, el importe máximo de financiación incluirá los márgenes de la distribución y de los establecimientos dispensadores y los impuestos, así como costes de adaptación o elaboración individualizada, en su caso. Cuando se trate de implantes quirúrgicos, se referirá al precio de venta de la empresa incluyendo impuestos”.

El art. 5 RD 1506/2012 ordena atender, para el establecimiento de importes máximos de financiación, entre otros aspectos, a las características de diseño de los productos, su funcionalidad y prestaciones, a los grupos de población a los que van destinados, a las ventajas que representan en cuanto al tratamiento, recuperación y calidad de vida de los pacientes, a sus precios, a su consumo, al coste-beneficio que pueda proporcionar al sistema sanitario, así como a los importes financiados recogidos en los correspondientes catálogos de las Comunidades Autónomas, INGESA, Instituto Social de la Marina y mutualidades de funcionarios. En el caso de los implantes quirúrgicos también se tendrán en consideración la adecuación a la técnica quirúrgica y la facilitación de la implantación. En el caso de productos a medida, se establecerá un importe máximo de financiación para los tipos del genérico que describa el producto, el cual incluirá los costes de elaboración a medida, la adaptación al paciente, los márgenes del establecimiento y los impuestos.

Estos importes máximos de financiación se tendrán en cuenta, entre otros criterios, para decidir sobre la inclusión de un producto ortoprotésico en la Oferta del Sistema Nacional de Salud, de nuevo el criterio utilizado es puramente económico. Hasta el punto que no se incluirán en la Oferta y, por consiguiente, no serán financiados aquellos productos cuyo precio propuesto al Sistema Nacional de Salud supere el importe máximo de financiación que le corresponda a su tipo de producto. No obstante, si a un usuario le indica el especialista un determinado tipo de producto de ortoprótesis externas incluido en cartera de servicios, podrá adquirir con cargo al Sistema Nacional de Salud un producto correspondiente a dicho tipo que no se encuentre incluido en la Oferta exclusivamente por superar el importe máximo de financiación, si así lo prevé la normativa aplicable. En ese caso, el usuario abonará la diferencia entre el importe máximo de financiación correspondiente al tipo de producto y el precio de venta del producto adquirido, además de la aportación que le corresponda, aplicada sobre el importe máximo de financiación de su tipo de producto (art. 5 RD 1506/2012).

El Comité asesor para la prestación ortoprotésica es el encargado de valorar cada año, en función de la evolución del consumo, las variaciones de los precios de Oferta, los costes de los productos ortoprotésicos, su coste-beneficio, así como aquellos otros factores que puedan tener incidencia en el coste, la conveniencia de realizar una revisión de los importes máximos de financiación, con el fin de adaptarlos a la realidad sanitaria de cada momento, a la situación socioeconómica y a las necesidades de los usuarios del Sistema Nacional de Salud. Asimismo, cuando concurren circunstancias excepcionales que determinen una

variación sustancial en el coste de los productos ortoprotésicos, tanto si se trata de su aumento como su disminución, valorará si procede una revisión de los importes máximos de financiación para los tipos de productos afectados. Tras esta valoración, el Comité asesor elaborará la propuesta que corresponda, que elevará a la Comisión de Prestaciones, Aseguramiento y Financiación y, previo acuerdo del Consejo Interterritorial, el Ministerio de Sanidad, decidirá si procede o no la revisión de los importes (art. 6 RD 1506/2012).

La Orden SPI/1117/2011, de 26 de abril, regula el Comité Asesor para la Prestación Ortoprotésica, adscrito a la Dirección General de Ordenación Profesional, Cohesión del Sistema Nacional de Salud y Alta Inspección. Este Comité es el órgano coordinador entre las administraciones sanitarias implicadas en la gestión de esta prestación y tendrá como finalidad la coordinación de las actuaciones y el seguimiento de la prestación ortoprotésica. Su actividad estará vinculada a la Comisión de Prestaciones, Aseguramiento y Financiación, regulada en el artículo 9 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, la cual, a su vez, depende del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Las funciones de este Comité serán las siguientes:

- a) Elaborar, aprobar y modificar el reglamento de régimen interior de funcionamiento del propio Comité.
- b) Proponer la inclusión de nuevos productos o grupos de productos o la modificación de las condiciones de uso de los ya incluidos o su exclusión.
- c) Proponer los requisitos mínimos comunes que deben reunir los artículos, dirigidos a garantizar la calidad de esta prestación.
- d) Proponer criterios comunes para la elaboración de los correspondientes catálogos de prestación ortoprotésica por las Comunidades Autónomas, Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y las Mutualidades de Funcionarios en sus respectivos ámbitos de gestión, de forma que se garantice a los pacientes la equidad en esta prestación, en tanto “es un principio básico de estas prestaciones complementarias el que se garantice la equidad en el acceso a la prestación, así como su eficiencia”<sup>25</sup>.
- e) Proponer los criterios para fijar y revisar los importes máximos de financiación de esta prestación de acuerdo con lo regulado en artículo 124 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, así como hacer propuestas de las modificaciones a las ayudas económicas al paciente en esta prestación.
- f) Proponer y coordinar el sistema de información que permita el seguimiento de esta prestación.

---

<sup>25</sup> OLARTE ENCABO, S. Y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Otras prestaciones sanitarias del sistema: las antes llamadas prestaciones sanitarias complementarias”, cit., p. 347.

- g) Detectar las dificultades que pudieran surgir en el cumplimiento de la normativa sobre esta materia y resolver las dudas sobre su aplicación e interpretación.
- h) Emitir informe, cuando sea requerido para ello por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud o las administraciones sanitarias representadas en el Comité, sobre las cuestiones que afecten a la prestación ortoprotésica.
- i) Servir de cauce permanente de colaboración, comunicación e información entre los distintos Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, la Administración General del Estado y otros agentes implicados en la gestión de esta prestación.
- j) Aquellas otras que puedan serle confiadas por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad o por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud para la debida coordinación entre las administraciones sanitarias en materia de prestación ortoprotésica.

5.- El precio de oferta, por su parte, es el “precio propuesto por la empresa y aceptado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad para cada producto ortoprotésico ofertado al Sistema Nacional de Salud, que ha de ser igual o inferior al importe máximo de financiación. Incluye impuestos y, en el caso de la prestación ortoprotésica suplementaria, también los márgenes de distribución y de los establecimientos dispensadores, así como costes de adaptación o elaboración individualizada”.

6.- Los responsables de prestación ortoprotésica son las Administraciones sanitarias de las Comunidades Autónomas, Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), Instituto Social de la Marina cuando proceda y Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) y Mutualidad General Judicial (MUGEJU) en el caso de pacientes ambulatorios, así como los correspondientes hospitales en el caso de pacientes ingresados.

7.- El catálogo de prestación ortoprotésica es la “relación de productos ortoprotésicos o tipos de productos que cada responsable de prestación ortoprotésica selecciona de la Oferta para facilitar la prestación ortoprotésica en su respectivo ámbito de gestión”<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> El art. 8 RD 1506/2012 detalla el procedimiento para su inclusión, alteración y exclusión de la Oferta de productos ortoprotésicos, que se llevará a cabo por orden del Ministerio de Sanidad a propuesta de la Comisión de Prestaciones, Aseguramiento y Financiación, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. “La empresa que desee que un producto ortoprotésico sea incluido en la Oferta para su financiación por el Sistema Nacional de Salud deberá solicitarlo al Ministerio de Sanidad [...], para lo cual deberá remitir a la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, una solicitud expresa de inclusión en la Oferta y asignación de código identificativo”. “Esta dirección general determinará si el producto es susceptible o no de ser incluido en la Oferta y, en el caso de que lo sea, le asignará un código identificativo. La Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia podrá determinar, asimismo, la exclusión de un producto incluido en la Oferta si concurre alguna de las siguientes circunstancias: a) Deja de cumplir alguna de las exigencias establecidas en la legislación vigente. b) El tipo de producto, código homologado, subgrupo o grupo al que pertenece es excluido de la financiación, de acuerdo con el procedimiento establecido por la Orden SCO/3422/2007, de 21 de noviembre. c) Su balance (...)

Para su inclusión, los productos han de reunir los requisitos siguientes (art. 7 RD 1506/2012):

- a) Cumplir las exigencias establecidas en la legislación vigente de productos sanitarios.
- b) Corresponder a algunos de los grupos o subgrupos de implantes quirúrgicos, o de los códigos homologados de ortoprótesis externas, recogidos en el anexo VI del RD 1030/2006, de 15 de septiembre.
- c) Pertenecer a alguno de los tipos de productos que se determinen.
- d) Reflejar claramente en el etiquetado las indicaciones del producto y no incluir frases, dibujos u otros motivos gráficos que lleven a confusión respecto a las indicaciones, ni contener publicidad de otros productos.
- e) Tener una denominación genérica acompañada de una marca comercial o del nombre de la empresa titular del producto o bien un nombre de fantasía.
- f) No tener un nombre igual o similar al de otros productos ortoprotésicos financiables o no financiables, ni al de medicamentos, al de otros productos sanitarios o al de productos dietéticos, de forma que no induzca a confusión; ni llevar a error respecto a sus indicaciones.
- g) No superar el precio propuesto por la empresa el importe máximo de financiación que le correspondería en función de su tipo de producto.
- h) No efectuar publicidad dirigida al público en general.
- i) Cumplir, en su caso, los requisitos técnicos que elabore el Ministerio de Sanidad para cada tipo de producto, a propuesta del Comité asesor para la prestación ortoprotésica.

8.- En fin, el importe financiable es la “cantidad que los responsables de prestación ortoprotésica abonarán por los productos ortoprotésicos o tipos de productos recogidos en sus respectivos catálogos, que incluye los impuestos y, en su caso, los márgenes de distribución y de los establecimientos dispensadores, así como el coste de adaptación o elaboración individualizada, que ha de ser igual o inferior al precio de Oferta”.

Con carácter general, esta cartera suplementaria está sujeta a una cuestionable aportación del usuario, con un esquema similar al de la prestación farmacéutica, tomando como base de cálculo el precio de oferta del producto y rigiéndose el porcentaje de aportación del usuario por las mismas normas que regulan la prestación farmacéutica, aun cuando carezca del mismo límite máximo referido a la aportación<sup>27</sup>. Pese a las razonables

---

riesgo/beneficio es desfavorable. d) Realiza publicidad dirigida al público en general. e) Solicita la exclusión la empresa titular”.

<sup>27</sup> CONTRERAS TORRES, A.: El sistema nacional de salud: sujetos protegidos y contenido del derecho a la prestación de asistencia sanitaria, cit., p. 571.

críticas recibidas al sistema de “copago”, no falta quien califique los cambios como “clarificadores” y “no excesivamente onerosos”, en tanto existen dichos límites máximos<sup>28</sup>.

El art. 9 RD 1506/2012 especifica las reglas generales anteriormente enunciadas y fija el porcentaje de aportación del usuario de acuerdo con los siguientes parámetros:

- a) Un 60 por ciento del precio de Oferta del producto para los usuarios y sus beneficiarios cuya renta consignada en las casillas de la base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sea igual o superior a 100.000 euros.
- b) Un 50 por ciento del precio de Oferta del producto para las personas que ostenten la condición de asegurado activo y sus beneficiarios cuya renta consignada en las casillas de la base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sea igual o superior a 18.000 euros e inferior a 100.000 euros.
- c) Un 40 por ciento del precio de Oferta del producto para las personas que ostenten la condición de asegurado activo y sus beneficiarios y no se encuentren incluidos en los anteriores apartados.
- d) Un 10 por ciento del precio de Oferta del producto para las personas que ostenten la condición de pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios, salvo que su renta consignada en las casillas de la base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sea igual o superior a 100.000 euros.
- e) Un 10 por ciento del precio de Oferta del producto en los productos pertenecientes a los subgrupos de aportación reducida que aparecen en el anexo.

El RD 1506/2012 encomienda establecer un límite máximo a la aportación porcentual del paciente en el caso de los anteriores apartados b), c), d) y e), aun cuando no es el mismo máximo establecido para los productos farmacéuticos<sup>29</sup>. La diferencia entre ambas prestaciones en torno a sus límites “no parece lógico”, y más teniendo en cuenta que, tal y como señala el art. 94.bis.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, se imponen “con el fin de garantizar la continuidad de los tratamientos de carácter crónico y asegurar un alto nivel de equidad a los pacientes pensionistas con tratamientos de larga duración”<sup>30</sup>.

En cuanto a la técnica, porcentajes y colectivos previstos para la ortoprotésica, semejan los impuestos para el copago de la prestación farmacéutica, calificado como

<sup>28</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “La actualización de la cartera de servicios sanitarios”, en AA.VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia (Laborum), 2016, p. 598.

<sup>29</sup> CONTRERAS TORRES, A.: El sistema nacional de salud: sujetos protegidos y contenido del derecho a la prestación de asistencia sanitaria, cit., p. 533.

<sup>30</sup> GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: “Cartera común de servicios del sistema nacional de salud”, en AA.VV.: *Reforma de la salud pública y la asistencia sanitaria*, Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2012, p. 546.

“extremadamente agresivo sobre los pensionistas y los enfermos crónicos a los que se va a penalizar extremadamente dificultándoles y en muchos casos impidiéndoles en la práctica el acceso a prestaciones sanitarias que son indispensables para su salud”<sup>31</sup> e idéntica adjetivación cabe realizar de los expuestos. A ello se añade que extrapolar los tramos de la prestación farmacéutica resulta cuestionable, debiendo haber introducido segmentos más detallados<sup>32</sup> (siempre y cuando fuere necesario optar por el copago de esta prestación).

A las críticas anteriores se une la “ambigüedad de la regulación e inseguridad que genera” en el criterio utilizado de determinar los ingresos en base a un ejercicio anterior, en tanto podría resultar “reprochable también por distanciar la finalidad de la norma (que la aportación del usuario sea acorde con su capacidad económica real) de sus efectos y aplicación efectivos”<sup>33</sup> y dejando fuera de forma directa las necesidades o ingresos de la unidad familiar.

Por último, considera exentos de aportación los usuarios y sus beneficiarios que en el momento de la dispensación pertenezcan a una de las siguientes categorías (art. 9.4 RD 1506/2012):

- a) Afectados de síndrome tóxico.
- b) Personas con discapacidad que sean beneficiarias del sistema especial de prestaciones sociales y económicas, previsto en el artículo 12 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de personas con discapacidad (actual art. 8 RD-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), y aquellas otras personas con discapacidad que igualmente se encuentren en supuestos de exención contemplados en su normativa específica.
- c) Personas perceptoras de rentas de integración social. Esta exención parece hacer referencia a los beneficiarios de las rentas autonómicas vinculadas a la escasez de recursos y que adoptan distinta denominación (y conllevan distintos requisitos) en función del territorio autonómico.
- d) Personas perceptoras de pensiones no contributivas. Desde luego, los perceptores de pensiones de jubilación e invalidez no contributivas, pero cabe cuestionar la inclusión o no de los beneficiarios de los subsidios por desempleo de carácter asistencial o de las prestaciones asistenciales familiares.
- e) Parados que han perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo en tanto subsista su situación. Como regla de cierre, cabe entender dentro de

<sup>31</sup> SÁNCHEZ BAYLE, M.: “Comienza la contrarreforma sanitaria”, *Lan Harremanak*, núm. 27, 2012, p. 187.

<sup>32</sup> GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: “Cartera común de servicios del sistema nacional de salud”, cit., p. 546.

<sup>33</sup> Crítica realizada a la prestación farmacéutica y que resulta de aplicación a la prestación analizada, ALBALADEJO SOBOLEWSKI, E.I.: “La nueva regulación de la aportación a la prestación farmacéutica ambulatoria: un análisis a la luz de la seguridad jurídica”, *RGDT*, núm. 35, 2013, p. 151.

este colectivo cuantos estén inscritos como demandantes de empleo habiendo agotado las prestaciones y subsidios a que tendrían derecho.

- f) En fin, personas que requieran tratamientos derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional, si bien su financiación en este caso correrá a cargo de la correspondiente Mutua de Accidentes de Trabajo, del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina, en tanto las contingencias profesionales gozan de una singularidad propia en su protección sanitaria fundada en el principio de reparación íntegra del daño causado<sup>34</sup>. En virtud del mismo, procede la implantación de prótesis de última generación aunque no esté incluida en el catálogo general de material ortoprotésico<sup>35</sup>.

Para quienes estén incluidos en los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por las mutualidades de funcionarios, aportarán el 30 por ciento, pero a continuación, considera aplicable el límite fijado para los usuarios del resto de Regímenes que aportan el 40 por ciento (apartado c), y excepciona los productos pertenecientes a los subgrupos de aportación reducida, en los que será de aplicación lo dispuesto con carácter general para los mismos (apartado e), y para los tratamientos derivados de accidente en acto de servicio o enfermedad profesional, que estarán exentos de aportación<sup>36</sup>.

#### **4. TERCER NIVEL DE PRESTACIÓN ORTOPROTÉSICA: LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

El art. 8. quinquies de la Ley 16/2003 introducido por el RD-Ley 16/2012 y modificado el apartado 3 por la disposición final 4 de la LO 6/2015, de 12 de junio, de modificación de la LO 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas y de la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, regula la cartera de servicios complementaria de las Comunidades Autónomas.

Dicha normativa entronca con los arts. 148.1.21 y 149.1.16 CE y reconoce a las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, la facultad de aprobar sus respectivas carteras de servicios que incluirán, cuando menos, la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud en sus modalidades básica de servicios asistenciales, suplementaria y de servicios accesorios, garantizándose a todos los usuarios del mismo. Y además podrán incorporar en las mismas una técnica, tecnología o procedimiento no contemplado en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, para lo cual establecerán los recursos adicionales necesarios. Dentro del coste, asumirán, con cargo a sus propios presupuestos, todos los costes de aplicación de la cartera de servicios complementaria a las personas beneficiarias de la prestación<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D.: “Reembolso de gasto farmacéutico generado por prescripción de tratamiento farmacéutico con hormona del crecimiento”, *AS*, núm. 64, 2011 (BIB 2010\2882).

<sup>35</sup> STS 24 enero 2012 (Rec. núm. 1681/2011).

<sup>36</sup> HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: *La protección sanitaria en los Regímenes Especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Albacete (Bomarzo), 2017, pp. 166 y ss.

<sup>37</sup> FERRANDO GARCÍA, F.M.: “Prestación farmacéutica y factores condicionantes del acceso al tratamiento adecuado”, cit., p. 127.

A este respecto, “las Comunidades Autónomas deberán destinar los recursos económicos necesarios para asegurar la financiación de la cartera común de servicios, siendo preceptiva, para la aprobación de la cartera de servicios complementaria de una Comunidad Autónoma, la garantía previa de suficiencia financiera de la misma, en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria. Las Comunidades Autónomas que se hayan adherido al instrumento de apoyo a la sostenibilidad del gasto farmacéutico y sanitario deberán destinar los recursos económicos necesarios para asegurar la financiación de la cartera común de servicios, siendo preceptiva, para la aprobación de la cartera de servicios complementaria de una Comunidad Autónoma, que concorra la circunstancia de que la variación interanual al cierre del ejercicio de los indicadores de gasto farmacéutico y de productos sanitarios sin receta médica u orden de dispensación no superen la tasa de referencia de crecimiento del Producto Interior Bruto de medio plazo de la economía española prevista en el art. 12.3 de la LO 2/2012, de 27 de abril” (art. 8. quinquies de la Ley 16/2003).

El reparto competencial previsto en la Constitución supone “uno de los principales retos” del sistema sanitario<sup>38</sup>: “compatibilizar la igualdad básica de las personas como usuarios de un servicio público universal con el principio de descentralización en la gestión sanitaria propio del modelo autonómico”<sup>39</sup>. Al debate entre ambos se une la garantía de accesibilidad establecida en el art. 23 de la Ley 16/2003, que reconoce a todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas en esta ley en condiciones de igualdad efectiva.

En esta confrontación parece que se ha impuesto la lectura del principio de igualdad subordinado al territorial en los términos del art. 158.1 CE<sup>40</sup>, que se limita a establecer la “garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español” y no conforme contempla el art. 139.1 CE: “todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional advierte que las competencias del Estado para fijar las bases o sus facultades de coordinación general no “deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia”. Por consiguiente, si una de las finalidades de la legislación estatal es “configurar un catálogo de prestaciones sanitarias y corresponde al Estado la competencia exclusiva sobre las bases, esa necesaria uniformidad mínima, que corresponde establecer al Estado, asegurando un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, puede ser susceptible de mejora, en su caso, por las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su

<sup>38</sup> FERRANDO GARCÍA, F.M.: “Prestación farmacéutica y factores condicionantes del acceso al tratamiento adecuado”, cit., p. 127.

<sup>39</sup> REVIRIEGO PICÓN, F. y ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J.: “La protección de la salud en la Constitución Española”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ CORONADO, A. y PÉREZ ÁLVAREZ, S., DIRS.): *La protección de la Salud en tiempos de crisis. Nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, p. 27.

<sup>40</sup> Sobre la atribución competencial, brillante análisis en FERRANDO GARCÍA, F.M.: “Prestación farmacéutica y factores condicionantes del acceso al tratamiento adecuado”, cit., p. 128, y MONTOYA MELGAR, A.: “Equidad y universalidad en la sanidad pública”, *NREDT*, núm. 174, 2015 (BIB 2015\1041).

autonomía financiera, siempre y cuando, con ello, no contravengan las exigencias que impone el principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE)<sup>41</sup>.

En consecuencia, “debería velarse especialmente por dar debido cumplimiento a la garantía de igualdad sustancial de toda la población en cuanto a las prestaciones sanitarias y la inexistencia de cualquier tipo de discriminación en el acceso, administración y régimen de prestaciones de los servicios sanitarios eventualmente acaecida, en este caso, por el lugar de residencia del beneficiario. A pesar de lo anterior, y siendo cierto que las competencias autonómicas en esta materia tendencialmente están en mayor o menor medida en conflicto con la igualdad, importantes sectores de la doctrina se han inclinado a entender que la igualdad queda satisfecha mediante el establecimiento de mínimos generales comunes de protección, con lo que a contrario podría pensarse que a partir de ese mínimo cabría un mejoramiento en determinadas CC AA<sup>42</sup>. Por ello, no deberían establecerse “tratamientos más favorables exclusiva y únicamente justificados por la pura y simple pertenencia a una Comunidad sin ninguna otra razón adicional<sup>43</sup>”.

Sin perjuicio de otorgar esa posibilidad de ampliación, el legislador estatal fija un mecanismo de garantía de la prestación “aumentada” (“en todo caso, estos servicios o prestaciones complementarios deberán reunir los mismos requisitos establecidos para la incorporación de nuevas técnicas, tecnologías o procedimientos a la cartera común de servicios, y no estarán incluidos en la financiación general de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud”) y de información al Gobierno estatal (“con anterioridad a su incorporación, la comunidad autónoma concernida deberá informar, de forma motivada, al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud”, quien “podrá emitir recomendaciones sobre el establecimiento por parte de las comunidades autónomas de prestaciones sanitarias complementarias”; de igual modo, “las Comunidades Autónomas pondrán en conocimiento del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad los servicios complementarios no contemplados en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud tras su incorporación efectiva a su cartera de servicios autonómica, los cuales se incluirán en el sistema de información correspondiente”).

Respecto a la primera, no cabe duda que la enumeración de los servicios “galopa, como toda la asistencia sanitaria en general, al ritmo de los avances que se atestiguan en la técnica, pieza fundamental en el ámbito de la protección de la salud<sup>44</sup>, pero también de las restricciones impuestas para su financiación.

Las distintas autonomías han hecho uso de esta posibilidad de forma distinta y estableciendo diferentes vías para su ejecución:

-- En Andalucía, el Decreto 195/1998, de 13 de octubre, aprueba el Catálogo General de Ortoprotésica que figura en el Anexo I del presente Decreto, ampliando el previsto estatal

<sup>41</sup> STC 98/2004, de 25 de mayo, y LANTARÓN BARQUÍN, D.: “Reembolso de gasto farmacéutico generado por prescripción de tratamiento farmacéutico con hormona del crecimiento”, cit.

<sup>42</sup> QUIRÓS HIDALGO, J.G.: “La silla de ruedas eléctrica como prestación complementaria ortoprotésica, de obligada facilitación o reintegro por parte de la Seguridad Social”, cit.

<sup>43</sup> APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad Social y la protección de la Salud*, cit., pp. 139 y 140.

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *El régimen jurídico de las prestaciones del sistema nacional de salud tras las últimas reformas*, cit., p. 307.

e incluyendo las prótesis externas, órtesis, vehículos para inválidos y prótesis especiales que pueden ser prescritas, dispensadas y financiadas por la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía, en las condiciones y cuantías que en cada caso se determinan (art. 1).

-- En Aragón, la Orden de 31 de octubre 2013, regula las ayudas económicas sobre la prestación ortoprotésica, determina el procedimiento aplicable a las ayudas económicas sobre prestación ortoprotésica en la Comunidad Autónoma de Aragón y el importe máximo de financiación correspondientes a cada uno de los productos incluidos en la misma.

-- El Principado de Asturias concede ayudas para la financiación de estas prestaciones<sup>45</sup>.

-- En las Islas Canarias, la Orden de 9 de febrero 2004, regula la prestación de material ortoprotésico y se aprueba el Catálogo General de Material Ortoprotésico en la Comunidad Autónoma de Canarias, mientras la Resolución de 10 de abril 2015 aprueba modelos normalizados en materia de prestación ortoprotésica suplementaria ambulatoria.

-- Cantabria ha optado por el reintegro de gastos derivados del copago previsto<sup>46</sup>.

-- La Resolución de 12 de noviembre 2015 en Castilla-La Mancha modifica el contenido del Catálogo General de Productos de la Prestación Ortoprotésica con el fin de ampliar las ayudas económicas para ortoprotésis para amputados menores de 18 años en dicha Comunidad, mientras que la Resolución de 13 de noviembre 2017 habilita el procedimiento de reintegro de gastos en la prestación ortoprotésica en aquellos supuestos en que la prescripción y dispensación tiene lugar fuera de dicho ámbito territorial.

-- En Castilla y León se ha puesto en práctica un programa de préstamo de material ortoprotésico en atención primaria y el material ortoprotésico que se presta se obtiene de beneficiarios fallecidos y también de donaciones<sup>47</sup>.

-- En Cataluña, el Decreto 79/1998, de 17 de marzo, sobre prestaciones ortoprotésicas, tiene por objeto dictar normas en relación con las prestaciones ortoprotésicas y establece que, con carácter general, el Servicio Catalán de la Salud (CatSalut) abonará la ayuda a la persona usuaria mediante el establecimiento de acuerdos con los centros dispensadores a fin de que el usuario pueda acceder a la prestación sin necesidad de abonarla previamente. Mediante la Resolución de 29 de mayo de 2001, modificada por las Resoluciones SSS/2276/2002, de 29 de julio y SLT/323/2009, de 29 de enero, se establecen las condiciones y los procedimientos que deben cumplir los centros dispensadores de artículos ortoprotésicos para facilitar el acceso a la prestación ortoprotésica sin necesidad de abonar previamente la ayuda económica del CatSalut.

-- En Extremadura, el Decreto 55/2006, de 21 de marzo, regula la concesión de subvenciones destinadas a la financiación de determinados productos y tratamientos ortoprotésicos para las personas mayores y otros colectivos, con el fin de que puedan abonar

<sup>45</sup> <https://sede.asturias.es/portal/site/Asturias/menuitem.46a76b28f520eaafl18e90dbbb30a0a0/?vgnnextoid=c56e5a8a9ad4f010VgnVCM100000b0030a0aRCRD&i18n.http.lang=es&vgnnextfmt=ayudas>.

<sup>46</sup> <http://www.scsalud.es/prestaciones-ortoproteticas>

<sup>47</sup> <https://www.saludcastillayleon.es/ciudadanos/es/prestaciones-ayudas/prestacion-ortoprotetica>.

el importe de los tratamientos establecidos en el Anexo I de esta disposición en determinados pagos periódicos sin interés alguno, y cuyo plazo máximo de devolución del crédito no podrá exceder de dos años.

-- En Galicia, es la Orden de 28 de mayo 2013, la cual regula la prestación ortoprotésica, aprueba el Catálogo General del Material Ortoprotésico y regula las condiciones para la prescripción y dispensación de la prestación.

-- El Decreto 41/2009, de 26 de junio, regula la prestación ortoprotésica, aprueba el catálogo de material ortoprotésico, la forma en la que el Servicio de Salud de las Illes Balears, y facilita a los pacientes incluidos en su ámbito de cobertura las prótesis externas, sillas de ruedas, ortesis y prótesis especiales que necesiten, siempre que las mismas estén incluidas en el catálogo de productos ortoprotésicos que figura como anexo del presente Decreto.

-- La Rioja proporciona ayudas mediante la Orden 5/2010, de 30 de diciembre, de la Consejería de Servicios Sociales por la que se regulan las condiciones de acceso y la cuantía a las prestaciones económicas del Sistema Riojano para la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

-- El Decreto 9/1997, de 22 de enero, regula la prestación ortoprotésica relativa a prótesis externas, sillas de ruedas, órtesis y prótesis especiales en el País Vasco. “El contenido de la prestación ortoprotésica relativa a prótesis externas, sillas de ruedas, órtesis y prótesis especiales se determinará mediante la aprobación por Orden del Consejero de Sanidad del Catálogo General de Material Ortoprotésico. En dicho catálogo se relacionarán los productos sanitarios susceptibles de financiación por parte del Departamento de Sanidad, sus números de código identificativo y precios máximos y, en su caso, la aportación del usuario, las condiciones especiales para su prescripción, los requisitos para su renovación y el plazo de garantía” (art. 2).

-- El Decreto Foral 17/1998, de 26 de enero, regula la prestación ortoprotésica, relativa a prótesis externas, sillas de ruedas, ortesis y prótesis especiales en la Comunidad Foral de Navarra. El Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea facilitará a los pacientes de su ámbito de cobertura las prótesis externas, sillas de ruedas, ortesis y prótesis especiales que precisen, siempre que las mismas estén incluidas en el catálogo de productos ortoprotésicos que figura como Anexo a este Decreto Foral, y sean prescritos para aquellas personas con derecho a la percepción de dicha prestación. También incluye la oportuna renovación de estos materiales y su reparación, salvo cuando el motivo de las mismas se deba a la mala utilización por parte del usuario. “Excepcionalmente los médicos de Atención Primaria podrán prescribir sillas de ruedas, andadores, muletas y cojines antiescaras, siempre que se trate de pacientes que no precisen asistencia especializada, previa la emisión, por dichos facultativos, del informe justificativo”.

-- El Decreto 76/2010, de 30 de abril en el ámbito de la Comunitat Valenciana tiene por objeto “regular en el ámbito de la Comunitat Valenciana diferentes aspectos de la prestación ortoprotésica, y, en especial, el procedimiento de acceso a la prestación por parte del usuario que tenga derecho a ella, el catálogo de productos incluidos en la misma y la relación de la Conselleria de Sanidad con los proveedores de productos y servicios

involucrados en ella” (art. 1). Para ello cabe destacar el sistema utilizado para su adjudicación: un algoritmo. El Decreto-ley 2/2013, de 1 de marzo, sobre Actuaciones Urgentes de Gestión y Eficiencia en Prestación Farmacéutica y Ortoprotésica, en el ámbito de la Agència Valenciana de Salut entiende por “algoritmo de decisión terapéutica corporativo las decisiones sobre qué situación debe ocupar un medicamento o producto sanitario dentro de un esquema terapéutico de una indicación clínica o de un problema de salud específico. Los algoritmos de decisión terapéutica corporativos incluirán las directrices clínicas y principios activos a utilizar derivados de un mejor balance en términos de coste/efectividad, calculado el valor del coste de los principios activos o asociaciones al precio de referencia vigente en cada momento. En cada algoritmo de decisión terapéutica corporativo se seleccionará e incluirá los medicamentos y productos sanitarios que representen las opciones más coste-efectivas desde la perspectiva de la Agència Valenciana de Salut” (art. 1). “Para las patologías donde se haya elaborado un algoritmo de decisión terapéutica corporativo, la prescripción o indicación de los tratamientos farmacoterapéuticos seleccionados se deberá realizar, sin excepción, mediante el sistema de información ambulatoria de la Agència Valenciana de Salut (Abucasis-Gaia) en el ámbito ambulatorio, tanto para los medicamentos de dispensación en oficina de farmacia como para los medicamentos dispensados en las unidades farmacéuticas de pacientes externos” (art. 2).

-- La Comunidad de Madrid ha optado por la devolución de las cantidades pagadas por la prestación ortoprotésica, de acuerdo con determinados criterios<sup>48</sup>. Así, la Resolución 22/2010, de 12 de abril, habilita al Registro Telemático de la Consejería de Sanidad, para la realización de trámites telemáticos durante la tramitación del expediente del procedimiento denominado “Solicitud de reintegro de gastos por material ortoprotésico”.

-- En fin, la Orden de 18 de abril de 2007 aprueba las bases reguladoras de las ayudas del Servicio Murciano de Salud a lesionados medulares y discapacitados con limitación funcional grave del aparato locomotor, para la adquisición de material ortoprotésico.

## 5. CONCLUSIONES

Las prestaciones ortoprotésicas han sufrido durante demasiado tiempo la postergación en su estudio y análisis (salvo excepciones) frente a las prestaciones farmacéuticas. La importancia y mejora sustancial que suponen para la vida del beneficiario les hacen acreedoras de un estudio en profundidad, no solo por parte de la doctrina, sino también de los legisladores competentes.

En este último sentido, y a la falta de atención constatada, se añade la cambiante regulación y sus características técnicas, las cuales acarrear como no deseadas consecuencias, de un lado, la dispersión normativa en un sinfín de regulaciones estatales y autonómicas, de denominación diversa y no siempre bien engarzadas en el sistema sanitario. De otro, conlleva un desconocimiento por parte de los facultativos de atención primaria, los más cercanos a los pacientes y sobre los que se vertebra la atención sanitaria, también de los operadores jurídicos que tienen que decidir sobre su concesión en caso de controversia, y por

<sup>48</sup> [http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM\\_ConvocaPrestac\\_FA&cid=1142596836530&definicion=AyudaBecaSubvenciones&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&tipoServicio=CM\\_ConvocaPrestac\\_FA](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_ConvocaPrestac_FA&cid=1142596836530&definicion=AyudaBecaSubvenciones&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&tipoServicio=CM_ConvocaPrestac_FA)

último, de los médicos, enfermeros o trabajadores sociales que, no directamente implicados en su dispensación, han de orientar al paciente en el proceloso camino que conlleva su percepción.

Por cuanto hace al sistema dual seguido por el legislador para su financiación, el denominado “copago”, dificulta en ciertas ocasiones y en situaciones donde más pertinente resulta la atención cercana y pronta, el acceso a las mismas por aquellos beneficiarios que tengan que hacer frente a un primer desembolso, de cuantía elevada para determinados umbrales de renta y ello sin atender a la situación económica familiar.

A este respecto, el RD-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso a la prestación de asistencia sanitaria que modifica el sistema impuesto por el RD-Ley 16/2012 y sus restricciones a la asistencia sanitaria universal guarda silencio “cómplice” y, con ello, sigue avalando el diseño de la aportación para la prestación farmacéutica y ortoprotésica. Su tramitación como Proyecto de Ley, a día de hoy, tampoco ha variado la situación descrita.

Esta situación apenas sí se ha visto solucionada en el ámbito autonómico por cuantos territorios prevén su reembolso. Sin embargo, aun con la percepción tardía de lo pagado previamente, afrontar una determinada cuantía en situaciones muchas veces que comportan riesgo de exclusión, no deja de suponer una dificultad insalvable para acceder a la correcta asistencia sanitaria.

Por ello, y como primera conclusión, es menester eliminar el mentado “copago” en las prestaciones ortoprotésicas (y farmacéuticas), generador de diferencias incapaces de justificar en un Estado calificado como social y con una asistencia sanitaria con vocación de universal.

Respecto al sistema para su prescripción, la facultad la ostentan los médicos de atención especializada, especialistas en la materia correspondiente a la clínica que la justifique. Dicha decisión, congruente con la finalidad y contenido de las ortoprotésis en su acepción general, acaba por suponer, habida cuenta la kafkiana burocracia de la asistencia sanitaria, los dilatados tiempos de espera, la rotación del personal sanitario y la falta de interconexión entre servicios, la conversión del futuro beneficiario en un Sísifo moderno dentro del sistema de atención sanitaria en España, yendo de puerta a puerta durante largos períodos de tiempo en busca de su ortoprotésis.

Por ello, como segunda conclusión, parece conveniente que, en ciertas ocasiones, se faculte (como sucede en algunas Comunidades) a los médicos de atención primaria para la prescripción de estas ortoprotésis y, a dichos efectos, se les proporcione oportuna formación al efecto.

La cartera complementaria autonómica ayuda a paliar en ciertos territorios y casos la situación descrita, pero lo hace a costa de generar diferencias (abismales para quien las padece) entre enfermos y autonomías.

Así, algunas Comunidades han servido como campo de pruebas para introducir mejoras en la prestación, como aquella que prevé su dispensación en atención primaria o la que ha puesto en práctica un sistema de préstamo capaz de proporcionar de forma rápida el servicio, con eficacia y eficiencia.

En consecuencia, como tercera conclusión, se propone la asunción de estas buenas prácticas contrastadas por el legislador estatal, hacerlas extensivas a todo el territorio y eliminar las diferencias territoriales en una materia vital como la salud.

En fin, parece necesario, por tanto, una revisión y reformulación de la prestación “cenicienta” analizada, respecto de la inclusión en la cartera común (y las garantías respecto a su utilización) de los productos, la asunción por parte de las Comunidades del catálogo complementario y el sistema de pago previsto.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A. Y GARCÍA MURCIA, J., DIR. Y COORD.): *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2008.
- ALBALADEJO SOBOLEWSKI, E.I.: “La nueva regulación de la aportación a la prestación farmacéutica ambulatoria: un análisis a la luz de la seguridad jurídica”, *RGDT*, núm. 35, 2013.
- APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad Social y la protección de la Salud*, Madrid (Civitas), 1989.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “La actualización de la cartera de servicios sanitarios”, en AA.VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia (Laborum), 2016.
- BLASCO LAHOZ, J.F.: “El régimen jurídico y la interpretación judicial del derecho a las prestaciones sanitarias complementarias de la Seguridad Social”, *AS*, núm. 6, 2001 (BIB 2001\864).
- BLASCO LAHOZ, J.F.: “La redefinición de las prestaciones sanitarias como consecuencia de la nueva Cartera de servicios comunes al sistema nacional de salud”, *AS*, núm. 11, 2007 (BIB 2007\1311).
- BLASCO LAHOZ, J.F.: “La prestación farmacéutica y la nueva cartera común de servicios”, *AS*, núm. 13, 2013 (BIB 2013\1252).
- CABEZA PERERIRO, J.: “Servicios suplementarios y accesorios”, en AA.VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia (Laborum), 2016.
- CONTRERAS TORRES, A.: *El sistema nacional de salud: sujetos protegidos y contenido del derecho a la prestación de asistencia sanitaria*, Valencia, Tesis doctoral, 2016.
- FERRANDO GARCÍA, F.M.: “Prestación farmacéutica y factores condicionantes del acceso al tratamiento adecuado”, *RDS*, núm. 79, 2017.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: “Cartera común de servicios del sistema nacional de salud”, en AA.VV.: *Reforma de la salud pública y la asistencia sanitaria*, Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2012.
- HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: *La protección sanitaria en los Regímenes Especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Albacete (Bomarzo), 2017.

- LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007.
- LANTARÓN BARQUÍN, D.: “Reembolso de gasto farmacéutico generado por prescripción de tratamiento farmacéutico con hormona del crecimiento”, *AS*, núm. 64, 2011 (BIB 2010\2882).
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Art. 108. Otras prestaciones sanitarias”, en AA.VV.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Granada (Comares), 1999.
- MONTOYA MELGAR, A.: “Equidad y universalidad en la sanidad pública”, *NREDT*, núm. 174, 2015 (BIB 2015\1041).
- OLARTE ENCABO, S. Y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Otras prestaciones sanitarias del sistema: las antes llamadas prestaciones sanitarias complementarias”, en AA.VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Granada (Comares), 2007.
- QUIRÓS HIDALGO, J.G.: “La silla de ruedas eléctrica como prestación complementaria ortoprotésica, de obligada facilitación o reintegro por parte de la Seguridad Social”, *AS*, núm. 164, 2003 (BIB 2003\614).
- QUIRÓS HIDALGO, J.G.: *La prestación farmacéutica de la Seguridad Social*, Valladolid (Lex Nova), 2006.
- REVIRIEGO PICÓN, F. Y ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J.: “La protección de la salud en la Constitución Española”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ CORONADO, A. Y PÉREZ ÁLVAREZ, S., DIRS.): *La protección de la Salud en tiempos de crisis. Nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014.
- RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *El régimen jurídico de las prestaciones del sistema nacional de salud tras las últimas reformas*, Murcia (Laborum), 2018.
- SÁNCHEZ BAYLE, M.: “Comienza la contrarreforma sanitaria”, *Lan Harremanak*, núm. 27, 2012.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “¿Prótesis ortopédicas u ortoprotésicas?”, *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 6, 2004.
- SOLER ARREBOLA, J.A.: “Asistencia sanitaria. Un supuesto particular de prestaciones ortoprotésicas”, *AS*, núm. 144, 2003 (BIB 2003\612).



Estudios de  
Doctrina  
Judicial

LABORUM



## Las dolencias previas al acceso al sistema de seguridad social y el reconocimiento del derecho a la pensión de incapacidad permanente en grado de gran invalidez

### Ailments prior to access to the social security system and the recognition of the right to a permanent disability pension for a major disability

ISABEL MARÍA VILLAR CAÑADA

PROFESORA CONTRATADA DOCTORA (ACREDITADA A PROFESORA TITULAR)

ÁREA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE JAÉN

#### Resumen

El tratamiento de las dolencias padecidas con anterioridad a la afiliación al sistema de Seguridad Social a efectos del reconocimiento de una situación de incapacidad permanente en grado de gran invalidez es, de nuevo, objeto de análisis por el Tribunal Supremo. En esta ocasión, reiterando doctrina anterior, vuelve a reflexionar sobre el alcance de la ceguera como situación merecedora de la calificación de gran invalidez y a reconocer que el agravamiento de las lesiones padecidas por el/la trabajador/a antes de incorporarse al mundo laboral y que determinaban ya entonces su dependencia de una tercera persona para los actos más esenciales de la vida no puede ser tenido en cuenta para el reconocimiento de una nueva situación protegida, negándose, por tanto, el derecho al complemento económico por gran invalidez.

#### Abstract

The treatment of ailments suffered prior to joining the social security system for the purpose of recognising a status of permanent disability for a major disability is once again being analysed by the Supreme Court. On this occasion, and reiterating previous doctrine, it once again reflects on the scope of blindness as a situation worthy of the status of major disability and recognises that the aggravation of injuries suffered by the worker before entering the employment market and which already determined their dependence on a third person for major life activities cannot be taken into account for the recognition of a new protected situation, thereby denying the right to financial compensation for major disability.

#### Palabras clave

incapacidad permanente; gran invalidez; dependencia; ceguera; recurso de casación

#### Keywords

Permanent disability; major disability; dependence; blindness; appeal for reversal

## 1. INTRODUCCIÓN

De nuevo la determinación del alcance de las dolencias padecidas con anterioridad a la afiliación al sistema de Seguridad Social a efectos del reconocimiento a la persona beneficiaria de una pensión contributiva de incapacidad permanente y del complemento de gran invalidez derivado de la dependencia económica del potencial beneficiario/a respecto a un tercero, vuelve a ser objeto de análisis por nuestro Tribunal Supremo en sentencia nº 737/2018, de julio (rec. 4313/2017).

El Tribunal, admitiendo, una vez más, recurso de casación para unificación de doctrina en una cuestión –ésta de la determinación de la situación de Incapacidad Permanente y de las prestaciones económicas de Seguridad Social derivadas de la misma– que, como regla general, no es objeto de tratamiento por parte del Tribunal Supremo, vuelve a reflexionar sobre el alcance del art. 136.1 LGSS '94 (actual art. 193.1 LGSS'15) y sobre si las reducciones anatómicas y funcionales padecidas por el/la trabajador/a con anterioridad a su afiliación y alta en el sistema de Seguridad Social y el posterior agravamiento de las mismas pueden servir o no de fundamento para la graduación de la situación de incapacidad permanente y para la determinación el reconocimiento de una situación de gran invalidez.

En el supuesto enjuiciado, el Tribunal Supremo, reiterando doctrina anterior, deniega el derecho al complemento de gran invalidez, a una trabajadora que ya acreditaba unas graves dolencias y secuelas visuales, consideradas como ceguera total y, por ende, una situación de dependencia respecto de un tercero para el desempeño de las tareas básicas de la vida, con anterioridad a su incorporación al sistema de la Seguridad Social. Entiende el Tribunal que la agravación de dichas dolencias, producida durante el tiempo trabajado, no puede considerarse relevante a efectos del nacimiento del presupuesto fáctico –la necesaria asistencia de un tercero para el desarrollo de los actos más esenciales de la vida– imprescindible para apreciar la situación de incapacidad permanente en su grado más elevado.

## **2. EL SUPUESTO DE HECHO. SÍNTESIS DEL RELATO FÁCTICO DE LA SENTENCIA**

Como hechos probados, tras la revisión fáctica realizada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>1</sup>, queda acreditado que Dña. Marcelina padecía deficiencias visuales relevantes (agudeza visual en ambos ojos, con corrección, del 0,05, lo que es considerado como ceguera absoluta) con anterioridad a su afiliación en el sistema de Seguridad Social, afiliación que se produce en 1981. En 2001 es contratada como vendedora de cupones de la ONCE, desarrollando dicha actividad laboral durante varios años. Durante este período, según plantea la trabajadora y se reconoce como probado, se produce una agravación de las dolencias padecidas cuando comenzó a trabajar (agudeza visual de 0.00 en ambos ojos), lo que determina la necesidad de ayuda de una tercera persona para el desarrollo de las tareas básicas de la vida.

En 2015, tras la tramitación del correspondiente expediente administrativo de declaración de incapacidad permanente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), en resolución de 13 de octubre, desestima la petición de la trabajadora por considerar que no se encuentra en situación de incapacidad permanente. Presentada reclamación previa, la misma es desestimada por resolución de 5 de noviembre de 2015.

---

<sup>1</sup> En este sentido, se deja constancia en la sentencia de la consolidada doctrina de esta Sala de lo Social (v.gr. STS de 21 de enero de 2015 (rec. 2958/2013); STS de 12 de septiembre de 2014 (rec. 1158/2013); STS de 17 de febrero de 2014 (rec. 444/2013); o STS de 13 de mayo de 2013 (rec. 1956/2012), según la cual en los supuestos de revisiones fácticas rechazadas en suplicación por entender el Tribunal Superior de Justicia que la revisión resulta intrascendente a efectos decisorios, ese rechazo no debe impedir que los datos de hecho, cuando su contenido resulta incuestionable, se tengan en cuenta en unificación de doctrina si la Sala considera que tienen la trascendencia que en suplicación le fue denegada.

Contra dicha resolución, Dña. Marcelina formula demanda frente al INSS y a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), resuelta por el Juzgado de lo Social nº 28 de Madrid (sentencia de 7 de marzo de 2017, autos nº 1202/2015). En dicho pronunciamiento el Juzgado de lo Social declara a la demandante en situación de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, condenando a los organismos demandados a abonar la pensión del 100% de la base reguladora (1.541,71 €) y el correspondiente complemento (856,28 €).

Interpuesto recurso de suplicación por la Administración de la Seguridad Social contra la citada resolución, éste es desestimado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 970/2017, de 11 de octubre (rec. 821/2017), que viene a confirmar la sentencia de instancia.

Contra esta sentencia dictada en suplicación, el 21 de noviembre de 2017 la representación del INSS y la TGSS formaliza recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 17 de marzo de 2017 (rec. 9/2017). Como núcleo de contradicción se establece la determinación de si procede la declaración de Incapacidad Permanente (Absoluta y Gran Invalidez) a una trabajadora vendedora del cupón de la ONCE, que con anterioridad a su afiliación en el Sistema de Seguridad Social presentaba patologías de ceguera legal y no le han impedido el desempeño de su actividad profesional, sin haber acreditado ni una agravación relevante ni la necesaria ayuda de una tercera persona para los actos esenciales de la vida.

El 15 de marzo de 2018, el informe del Ministerio Fiscal (art. 226.3 LRJS) considera inexistente la contradicción, al entender que en el caso examinado no queda acreditado que la trabajadora padeciera antes de su afiliación una ceguera total, habiéndose producido con posterioridad una agravación.

### **3. LA EXISTENCIA DE CONTRADICCIÓN. LA CALIFICACIÓN DEL GRADO DE INCAPACIDAD PERMANENTE Y EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA**

Ante este cuestionamiento de la existencia de contradicción por parte del Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo, antes de abordar el eje central de la sentencia, realiza un detenido análisis sobre la contradicción entre sentencias. Recuerda el Tribunal que para entender que existe contradicción –requisito imprescindible para que pueda prosperar el recurso para la unificación de doctrina– se requiere que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante supuestos esencialmente iguales, no siendo necesario, no obstante, una identidad absoluta. Es decir, el requisito de la contradicción “comporta la necesidad de una igualdad esencial, sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que, a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contrastadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que, por ello, no proceda unificar la doctrina sentada”.

Pues bien, pese a que en la mayoría de los casos la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos implica un previo juicio de valor abstracto sobre la cuestión debatida, hay otros, según tiene establecido el Tribunal en reiterada doctrina, en los que resulta necesario entrar en el fondo de la cuestión planteada,

puesto que la diversidad o identidad sustancial únicamente puede ser determinada si se pone en relación directa con la norma a aplicar, “con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición –legal o convencional– de que se trata<sup>2</sup>.

Y esto es lo que ocurre en el supuesto enjuiciado, siendo necesario, a juicio del Tribunal Supremo, tener en cuenta el alcance jurídico del problema planteado, que viene a ser la incidencia de la ceguera en las capacidades personales. Una cuestión ésta cuyos elementos básicos aparecen sintetizados en las SSTS de 3 de marzo de 2014 (rec. 1246/2013)<sup>3</sup> y de 10 de febrero de 2015 (rec. 1764/2014)<sup>4</sup>. Según esta doctrina jurisprudencial, una persona que puede ser considerada ciega (lo que, con carácter general, se entiende que se produce cuando la agudeza visual en ambos ojos es inferior a una décima) reúne objetivamente las condiciones para obtener la calificación de gran invalidez, desde el momento en que requiere la colaboración de una tercera persona para la realización de actividades esenciales de la vida, aún en los casos en que esa necesidad de ayuda no haya de ser continuada.

De manera expresa viene a considerarse, pues, que no debe excluir la calificación de gran invalidez el hecho de que la persona haya adquirido las habilidades necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente; o incluso aquellos casos en los que puedan realizar trabajos no perjudiciales con su situación.

Partiendo de este análisis, y pese a las heterogeneidades existentes entre los dos supuestos contrastados, en ambos casos, entiende el Tribunal Supremo, se trata de personas que con anterioridad a su incorporación al sistema de Seguridad Social ya presentaban alteraciones sociales graves que podían considerarse como determinantes de situaciones de ceguera legal y que reclaman una pensión de gran invalidez tras haber desarrollado su actividad laboral como vendedores de cupones en la ONCE. Se estima, pues, la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, desde el momento en que, pese a la equiparación de los supuestos enjuiciados, se produce una contraposición de pronunciamientos judiciales.

No entiende lo mismo el Tribunal respecto a la existencia de una incapacidad permanente absoluta, cuestión ésta sobre la que considera que las sentencias contrapuestas no presentan la suficiente identidad para permitir su comparación. Como es sabido, el art. 219 LRJS exige que exista identidad entre hechos, fundamentos y pretensiones de las sentencias objeto de comparación, una identidad ésta que no concurre en los supuestos en que hay que realizar una valoración individualizada. Y a este respecto, viene a recordar el Tribunal Supremo que la calificación de la incapacidad permanente y la revisión del grado inicialmente reconocido no es materia propia de la unificación de doctrina por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante y porque, con carácter general, en estos casos el enjuiciamiento se refiere, no a la determinación del sentido de una norma en

<sup>2</sup> En este sentido STS de 29 de noviembre de 2017 (rec. 1957/2016); STS de 19 de marzo de 2013 (rec. 2334/2012); STS de 30 de enero de 2012 (rec. 2720/2010); o STS de 9 de diciembre de 2010 (rec. 831/2010).

<sup>3</sup> Un análisis detallado de dicha sentencia es realizado por GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Ceguera como situación determinante de gran invalidez”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 1, 2014. Págs. 169-184.

<sup>4</sup> Al respecto vid. CARRILLO LÓPEZ, A.: “La invalidez por ceguera. Comentario a la Sentencia del TS de 10 de febrero de 2015”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº extraordinario 2016. Págs. 143-148.

una línea interpretativa general, sino a la fijación y valoración de hechos, resultando, por tanto, una cuestión ajena a la función unificadora del recurso<sup>5</sup>.

El Tribunal Supremo, pues, como regla general, no entra a conocer estas cuestiones por tratarse de circunstancias casuísticas y particularizadas en las que se ponen en conexión los dos elementos determinantes del grado de incapacidad a reconocer –la profesión y las dolencias–, materia ajena, por tanto, a la función unificadora del recurso de casación. Son excepcionales, así, las ocasiones en las que el Tribunal entra a analizar estas cuestiones relativas a la determinación del grado de incapacidad permanente<sup>6</sup>, tratándose éstos de supuestos de trabajadores/as que desempeñan profesiones concretas y que padecen lesiones claramente identificadas como consecuencia de la utilización de criterios orientativo-objetivos de valoración, basados en métodos científico-médicos de determinación de las dolencias y de concreción de la capacidad de trabajo en atención a las lesiones padecidas y de identificación de los requerimientos de una determinada profesión<sup>7</sup>.

#### **4. LAS DOLENCIAS PREVIAS A LA AFILIACIÓN Y LA PENSIÓN DE GRAN INVALIDEZ**

##### **4.1. Las patologías y dolencias previas a la afiliación en el sistema de Seguridad Social**

Admitida la existencia parcial de contradicción, la cuestión a resolver en esta ocasión por el Tribunal Supremo se centra, como indicábamos, en determinar si la existencia de una ceguera previa a la inclusión de la trabajadora –agente vendedora de cupón de la ONCE– en el sistema de Seguridad Social y la dependencia de una tercera persona, derivada de la misma, permite el reconocimiento de una situación de gran invalidez y el consiguiente derecho al complemento económico de la pensión de incapacidad permanente prevista para este grado.

Como punto de partida, como es bien sabido, la regla general establecida en nuestro sistema de Seguridad Social para causar derecho a las correspondientes prestaciones –además de los requisitos específicos exigidos para cada una de ellas– es la de que resulta necesario que la persona beneficiaria acredite encontrarse en situación de alta o asimilación al alta en el momento en que se actualiza la contingencia, salvo que exista una disposición legal expresa en contrario (art. 165.1 LGSS).

<sup>5</sup> En este sentido, entre otras, STS de 4 de julio de 2016 (rec. 3819/20014); STS de 4 de mayo de 2016 (rec. 1986/2014); STS de 29 de marzo de 2016 (rec. 924/2014); STS de 16 de septiembre de 2014 (rec. 2231/2013); STS de 29 de octubre de 2012 (rec. 1202/2011); STS de 14 de febrero de 2012 (rec. 1535/2011); STS de 17 de febrero de 2010 (rec.52/2009); STS de 22 de enero de 2008 (rec. 3890/2006); STS de 2 de noviembre de 2005 (rec. 3117/2004); o SSTS de 23 de junio de 2005 (rec. 1711/2004 y rec. 3304/2004). Según esta consolidada línea jurisprudencial, el acceso al recurso de este tipo de litigios comprometería, además, gravemente su funcionamiento, “con repercusiones muy negativas en la garantía del principio de celeridad, esencial en la configuración tradicional del proceso social”.

<sup>6</sup> A título de ejemplo, STS de 4 de mayo de 2016 (rec. 1986/2014) o STS de 23 de diciembre de 2014 (rec. 360/2014). Sobre esta última vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: “Incapacidad total para un gruista con visión monocular: al hilo de la STS de 23 de diciembre de 2014”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 1, 2016. Págs. 135-141.

<sup>7</sup> Vid. CANO GALÁN, Y.: “Determinación del grado de incapacidad permanente y recurso de casación para la unificación de doctrina: especial referencia a las deficiencias visuales”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 12, 2017. Págs. 172 y 178.

Esta cuestión de la incidencia que las patologías y dolencias previas a la afiliación tienen en la declaración de una situación de incapacidad permanente ha sido ya analizada por el Tribunal Supremo en varias ocasiones<sup>8</sup>. La opinión jurisprudencial tradicional, que negaba cualquier incidencia en la declaración de una situación de incapacidad permanente de esas dolencias padecidas previamente por el/la trabajador/a<sup>9</sup>, fue objeto de modificación por la STS de 26 de enero de 1999 (rec. 5066/1997), desde la cual el Tribunal viene considerando que dichas dolencias previas habrán de ser tenidas en cuenta cuando, con posterioridad a la afiliación del sujeto, haya existido un agravamiento de las mismas y el mismo traiga su causa en la realización de la actividad realizada por el/la interesado/a.

Este cambio de criterio jurisprudencial fue incorporado al ordenamiento de la Seguridad Social por la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, cuya Disposición Adicional segunda modificó el art. 136.1 LGSS'94 (actual 193.1 LGSS'15), dejando constancia legislativa expresa de que “las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación”<sup>10</sup>.

Como es sabido, con carácter general la incapacidad permanente hace referencia a todo estado de reducción de la capacidad de trabajo de una persona producida por patologías graves, presumiblemente definitivas<sup>11</sup>. Según el tenor literal del art. 193.1 LGSS, la contingencia de incapacidad permanente protege “la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”; entendiéndose por gran invalidez “la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, calzarse, comer o análogos” (art. 194.6 LGSS)<sup>12</sup>. Para la apreciación de este grado más elevado de incapacidad permanente absoluta, resulta

<sup>8</sup> La sentencia analizada reitera la doctrina contenida en la STS 675/2016, de 19 de julio (rec. 3907/2014), y más recientemente en la STS 408/2018, de 17 abril (rec. 970/2016). Sobre la primera vid. PANIZO ROBLES, J.A.: “De nuevo sobre las dolencias previas a la afiliación a la Seguridad Social: si la situación de dependencia existe antes de la afiliación a la Seguridad Social, no cabe lucrar pensión de gran invalidez, saldo agravación de aquélla (Con ocasión de la STS de 19 de julio de 2016)”. *Aranzadi Digital*, nº 1/2016.

Un interesante análisis sobre las dolencias previas puede consultarse en ROQUETA BUIJ, R.: *La incapacidad para trabajar*. La Ley. Madrid, 2008. Págs. 43 y ss; en VALLE MUÑOZ, F.A.: “La incapacidad permanente por patologías previas a la afiliación a la Seguridad Social”. *Revista CEF Trabajo y Seguridad Social*, nº 374, 2014. Pág. 85 y ss; o POQUET CATALÁ, R. “La problemática calificación de las patologías previas a la afiliación como accidente de trabajo” *Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, nº 18, 2016.

<sup>9</sup> A título de ejemplo, vid. STS 30 de noviembre de 1988 (RJ 1988\8913) o STS de 26 de enero de 1989 (RJ 1989\304).

<sup>10</sup> Al respecto vid. STS de 28 de noviembre de 2006 (rec. 4126/2005).

<sup>11</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*. (14ª ed.). Tecnos. Madrid, 2018. Pág. 309.

<sup>12</sup> Un detenido estudio sobre la incapacidad permanente como contingencia protegida en nuestro sistema de Seguridad Social en PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. y VALLEJO ORTE, A.: *La incapacidad permanente y las lesiones no invalidantes*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

necesaria, pues, la dependencia del trabajador/a de un tercero para realizar esos actos esenciales de la vida, entendiéndose por tales “todos aquéllos que se encaminan a la satisfacción de una necesidad permanente o ineludible para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar aquellos actos indispensables en la guarda de la dignidad, higiene y decoro que corresponde a la humana convivencia”<sup>13</sup>.

Pues bien, como indicábamos con anterioridad, en la sentencia objeto de análisis el Tribunal Supremo trae a colación su doctrina contenida en la STS 675/2016, de 19 de julio (rec. 3907/2014) –reiterada más recientemente por la STS 408/2018, de 17 de abril (rec. 970/2016) y reproducida en las SSTS 730/2018 y 736/2018, ambas de 10 de julio (rec. 3779/2016 y rec. 3104/2017). Según esa doctrina jurisprudencial, la regla general aplicable es la de que no pueden ser tomadas en consideración para causar protección por incapacidad permanente las reducciones anatómicas o funcionales de carácter genético o aquéllas producidas antes de la afiliación o alta del trabajador en la Seguridad Social. Para la apreciación de una situación de incapacidad permanente, se ha de estar, pues, ante una patología relevante, desde una perspectiva laboral, en el sentido de que la misma ha de disminuir o anular la capacidad de trabajo del sujeto, lo que explica que las patologías congénitas no entren dentro del concepto de incapacidad permanente pensionada<sup>14</sup>.

En caso de que existiese alguna de esas lesiones o enfermedades previas y que fuesen invalidantes para el trabajo, considera el Tribunal que la propia Seguridad Social tiene sistemas de protección o prestaciones para subvenir a esas situaciones o contingencias, como son las atenciones a las personas con discapacidad.

Partiendo de esta regla general, como indicábamos, el párrafo segundo del art. 193.1 LGSS (art. 136.1 LGSS '94, vigente cuando se desarrollaron los hechos enjuiciados) establece que las dolencias y reducciones previas sólo podrán dar lugar a la calificación de incapacidad permanente cuando se trate de personas con discapacidad y, tras su afiliación, dichas dolencias se hubieran agravado por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías que supongan una disminución o anulación en la capacidad laboral que tenía el sujeto interesado en el momento de la afiliación.

#### **4.2. El agravamiento de las dolencias previas en los supuestos de dependencia de un tercero anterior a la afiliación a la Seguridad Social**

El elemento a tener en cuenta, por tanto, para admitir que el padecimiento de dolencias previas a la afiliación a la Seguridad Social pueda determinar el reconocimiento de una situación de incapacidad permanente es que las mismas se hayan visto agravadas como consecuencia de la actividad desarrollada por el interesado. Un agravamiento éste durante el tiempo de alta y cotización, cuya apreciación se presenta particularmente compleja en los supuestos, como el ahora enjuiciado, en que la prestación de incapacidad permanente solicitada lo es en el grado de gran invalidez y la situación de dependencia de un tercero, propia de este grado máximo de incapacidad permanente, ya existía con anterioridad al inicio de la actividad por parte de la trabajadora.

<sup>13</sup> Vid. v.gr. STS de 13 de marzo de 1989 (RJ 1989\1831).

<sup>14</sup> Vid. OLARTE ENCABO, S.: “Gran invalidez de Derecho del Trabajo: paradojas del Derecho de la Seguridad Social (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 30 de enero de 2008)”. *Temas Laborales*, n.º 98/2009. Pág. 218.

Y es que, como queda constatado en la fundamentación fáctica de la sentencia, con anterioridad a la afiliación al sistema de Seguridad Social en 1981, la trabajadora ya padecía deficiencias visuales relevantes (agudeza visual en ambos ojos, con corrección, del 0,05) consideradas como determinantes de un estado de ceguera absoluta.

A este respecto de la incidencia de la ceguera en las capacidades personales, resulta imprescindible recordar que existe una consolidada doctrina jurisprudencial<sup>15</sup> en virtud de la cual una persona que pueda ser considerada ciega, bien por padecer ceguera total o bien por sufrir una pérdida de la visión equiparable a ella –como ocurre en el presente caso antes de la afiliación de la trabajadora– reúne objetivamente las condiciones para ser calificada en situación de gran invalidez. Ante el vacío de criterio legal o científico médico indubitado que determine la agudeza visual que puede ser considerada como ceguera, la jurisprudencia ha venido considerando como tal el déficit de visión que sea inferior a una décima.

En estos casos, entiende este criterio jurisprudencial que el invidente en esas condiciones requiere la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales en la vida, no siendo imprescindible para la declaración de Gran Invalidez que la necesidad de ayuda sea continuada<sup>16</sup> ni que el sujeto esté incapacitado para desarrollar todos y cada uno de los actos esenciales de la vida, bastando con que así suceda respecto a algunos<sup>17</sup>. Basta la imposibilidad del invidente para realizar por sí mismo uno de los actos más esenciales de la vida y la consiguiente necesidad de ayuda externa para que la persona puede ser declarada con incapacitada permanente en grado de Gran Invalidez. No debe, por tanto, excluir tal calificación la circunstancia de quienes, a pesar de acreditar tal situación, “puedan haber llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para la realización de alguno de esos actos esenciales sin la ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, o incluso los que puedan llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación, con lo que, además, se evita cierto efecto desmotivados sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en tal situación”<sup>18</sup>.

Pues bien, la aplicación de esta doctrina jurisprudencial al caso analizado, permite concluir que ya concurría en momento anterior a la incorporación de la trabajadora al sistema de Seguridad Social la situación de ceguera absoluta y, por consiguiente, la necesidad de ayuda de una tercera persona, determinante de una situación de dependencia, tal y como establece el art. 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Entre las sentencias más recientes, vid. STS de 3 de marzo de 2014 (rec. 1246/2013); STS de 10 de febrero de 2015 (rec. 1764/2014). Con anterioridad v.gr. STS de 28 de junio de 1986 (RJ 1986/3755). STS de 7 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6298); STS de 23 de junio de 1987 (RJ/1987/4616); o STS de 12 de junio de 1990 (RJ 1990/5064).

<sup>16</sup> Vid. STS de 19 de enero de 1989 (RJ 1989/269).

<sup>17</sup> Vid. STS de 22 de julio de 1996 (rec. 4088/1995).

<sup>18</sup> Vid. STS de 3 de marzo de 2014 (rec. 1246/2013) y STS de 10 de febrero de 2015 (rec. 1764/2014).

<sup>19</sup> Se define como situación de dependencia, “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria e, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otro apoyos para su autonomía personal”

Pero según establece la doctrina jurisprudencial citada, esta situación de dependencia previa, por sí misma, no basta para determinar el nacimiento del derecho a la prestación. El elemento fundamental a efectos del reconocimiento de una situación de incapacidad permanente y la determinación de su grado es la disminución o anulación de la capacidad de trabajo del sujeto, y en el supuesto específico de la gran invalidez, además, la necesidad de asistencia de una tercera persona. Y la valoración sobre si concurren o no estos presupuestos no puede hacerse en comparación con la actividad laboral normal de un/a trabajador/a ordinario/a. Es preciso contar con un referente individualizado<sup>20</sup>, que no puede ser sino la capacidad ya reducida que presentaba la propia trabajadora, las peculiaridades de su inserción en el mercado de trabajo, “en la medida en que supone una ampliación de sus posibilidades de trabajo, compensadora, justamente de su inicial imposibilidad para desarrollar una actividad laboral en las condiciones habituales” (fundamento jurídico tercero STS 675/2016, rec. 3907/2014).

Esta interpretación determina, por tanto, que el alcance de lo previsto en el art. 193.1, párrafo segundo LGSS en relación a las lesiones o dolencias previas quede “extraordinariamente relativizado” en los supuestos en los que, existiendo antes de la afiliación, el encuadramiento en el sistema de Seguridad Social se ha producido teniendo en cuenta ya la situación clínica del sujeto.

En el supuesto ahora enjuiciado la trabajadora ya presentaban con anterioridad a su incorporación al mundo laboral una situación clínica determinante de la limitación de su capacidad funcional y de la necesidad de asistencia de una tercera persona. Por ese motivo entiende el Tribunal que esas circunstancias previas no pueden ser tenidas en cuenta a efectos de configurar la nueva situación protegida, producida como consecuencia exclusiva de la pérdida de la capacidad de trabajo que hasta entonces tenía la trabajadora. Y eso con independencia de que, como aporta la trabajadora, su estado haya podido verse agravado durante el tiempo en que presta su actividad (agudeza visual de 0.00 en ambos ojos) y por ese motivo se solicite la prestación de incapacidad permanente en el máximo grado.

Así pues, si bien deja constancia el Tribunal Supremo de que la situación padecida por la demandante sería merecedora de su consideración como incapacidad permanente en grado de gran invalidez si es examinada en abstracto, su reconocimiento en este caso no resulta posible, desde el momento en que la situación clínica que podría dar lugar al mismo ya era padecida por la solicitante antes de la afiliación. El agravamiento de las secuelas respecto a las que padecía cuando se incorporó a trabajar a la ONCE no ha tenido, por tanto, ninguna incidencia a los efectos invalidantes que se pretenden.

#### **4.3. El fallo**

Se estima, por tanto, parcialmente el recurso de casación presentado por la Administración de la Seguridad Social contra la STSJ de Madrid 970/2017, de 11 de octubre (rec. 821/2017), entendiéndose el Tribunal Supremo que la denegación de la existencia de una Gran Invalidez por parte del INSS se ajusta a la interpretación adecuada de nuestra legislación de Seguridad Social y procediéndose a casar y anular la sentencia recurrida y a revocar el reconocimiento del derecho de la trabajadora a percibir el complemento mensual por gran invalidez (856,28 €).

---

<sup>20</sup> Vid. OLARTE ENCABO, S.: “Gran invalidez del Derecho del Trabajo...”, op. cit. Pág. 218.

Y a este respecto y aunque, como se indica en la sentencia, se trata de una cuestión que no afecta directamente a la resolución del recurso, el Tribunal Supremo, aprovecha la ocasión para, en una especie de cláusula de refuerzo de la garantía de los derechos económicos de la trabajadora afectada, recordar y dejar constancia expresa de que la revocación de una sentencia favorable para el/la beneficiario/a, como ocurre en este caso, no determina la obligación de éste/a de reintegrar las cantidades percibidas durante el período de ejecución provisional, conservando el derecho a que se le abonen las prestaciones devengadas durante la tramitación del recurso y que aún no hubiese percibido en la fecha de firmeza de la sentencia (art. 294.2 LRJS).

## 5. CONCLUSIONES

La cuestión relativa a la determinación del alcance de las dolencias padecidas por un/a trabajador/a con anterioridad a su afiliación al sistema de Seguridad Social y los efectos de las mismas en el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente vuelve a ser analizada por el Tribunal Supremo, pese a tratarse ésta –la calificación de la incapacidad permanente y la revisión del grado inicialmente reconocido– como regla general, de una materia muy casuística y poco apta para la unificación de doctrina, por la dificultad existente para encontrar la identidad necesaria para la admisión del recurso, establecida en el art. 219 LRJS.

El necesario agravamiento durante el desarrollo de la actividad profesional del sujeto de la dolencias previas, que el art. 193.1 LGSS exige para que las mismas puedan dar lugar a la calificación de una situación de incapacidad permanente, se presenta particularmente complejo en los supuestos en los que la prestación de incapacidad permanente se solicita en el grado de gran invalidez cuando la situación de dependencia de un tercero para el desarrollo de los actos esenciales de la vida, propia de este grado máximo, ya existía con anterioridad al inicio de la actividad productiva por parte del trabajador/a.

El Tribunal Supremo, reiterando doctrina anterior, vuelve declarar que el padecimiento de una situación que con anterioridad a la incorporación de la persona al sistema de Seguridad ya podía ser considerado como gran invalidez, no puede ser tenido en cuenta a efectos de configurar una nueva situación protegida, derivada como consecuencia exclusiva del agravamiento de las lesiones previas. Se niega, por tanto, en este caso, el derecho a percibir el correspondiente complemento económico previsto legalmente para el grado máximo de incapacidad permanente.

Es decir, si bien en estos supuestos, el examen en abstracto de la situación padecida por el/la trabajador/a pudiera ser determinante de su consideración como gran inválido, dicho examen no puede realizarse conforme a un criterio puramente “objetivo” (en comparación con la capacidad funcional normal de un trabajador ordinario), sino que es necesaria una valoración “subjetiva” (teniendo en cuenta la capacidad laboral ya reducida que tenía el propio/a trabajador/a al iniciar la actividad productiva).

Y eso pese a que esa interpretación individualizada, y la privación del complemento por gran invalidez que la misma conlleva, pueda suponer un obstáculo para la inserción social y laboral de la persona, lo cual se opondría a los principios informadores de toda la normativa en materia de discapacidad y a lo establecido en el art. 49 CE.

El convenio especial para inmigrantes y su incidencia en la determinación de la base reguladora en las pensiones calculadas a prorrata en aplicación del reglamento CE 883/2004. Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17 Crespo Rey

The special agreement for immigrants and its impact on the determination of the regulatory basis in pensions calculated pro rata according to Regulation EC 883/2004. Comments on the Judgment of the Court of Justice of the European Union of 28 June 2018, Case C-2/17 Crespo Rey

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA

*LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

**Resumen**

En determinados supuestos los trabajadores emigrantes mientras trabajan en otro Estado de la Unión Europea suscriben un convenio especial para emigrantes al objeto de asegurar una pensión en España y no perder las expectativas de derecho que en materia de Seguridad Social mantenían en nuestro país. La regulación de este convenio especial establece que la base de cotización será la mínima establecida por la Ley de Presupuestos Generales del Estado lo que a juicio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resulta incompatible con el principio de libre circulación de trabajadores toda vez que un español sedentario, al suscribir un convenio especial ordinario, puede optar por una base superior a la mínima.

**Abstract**

In certain cases, migrant workers working in another state of the European Union sign a special agreement for migrants in order to secure a pension in Spain and to not lose the expectations of rights which they have in the Spanish social security system. The regulation of this special agreement states that the contribution basis will be the minimum one established by the Law on General State Budgets, which in the judgment of the Court of Justice of the European Union is incompatible with the principle of free movement of workers, as a Spanish worker who has chosen not to exercise the right to free movement can sign an ordinary special agreement and choose a basis higher than the minimum.

**Palabras clave**

Convenio especial; emigrantes; Libre circulación; base reguladora

**Keywords**

Special agreement; migrants; free movement; regulatory basis

**1. ANTECEDENTES DE HECHO**

El demandante, con nacionalidad española tras haber cotizado en España durante diferentes periodos comprendidos entre 8/1965 y 6/1980 con arreglo a bases superiores a la base mínima fijada para el Régimen General de la Seguridad Social española, se instaló en Suiza. Desde el 1/3/1983 a 31/12/1983 y desde 1/5/1984 hasta el 31/12/2013 ha cotizado a la Seguridad Social Suiza.

El 1 de diciembre de 2007, el actor suscribió un convenio especial con la Seguridad Social española para emigrantes de forma que, a partir de esa fecha y hasta el 1 de enero de 2014, satisfizo cuotas cuyo importe se calculó con arreglo a la base mínima de cotización establecida para el Régimen General de la Seguridad Social española.

Solicitada la pensión de jubilación se le reconoció dicha pensión con una base reguladora de 639,26 euros, tomando en consideración, para este cálculo, el periodo comprendido entre el 1/1/1998 a 30/12/2013.

El INSS equiparó el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2007 y el 31 de diciembre de 2013, durante el cual se aplicaba el convenio especial de 1 de diciembre de 2007, a un periodo cumplido en España, por lo que tomó en consideración las bases de cotización del convenio especial. Por otro lado, para el periodo comprendido entre el 1/1/1998 y el 30/11/2007 aplicó las modalidades previstas en el Anexo XI, rúbrica “España”, G.2, por lo que tomó como base de cálculo, la base más próxima al periodo de referencia, por lo que el INSS consideró que esta base era la base de cotización de diciembre de 2007, sobre cuya base se calculó la primera cuota mínima abonada por el actor.

Disconforme con la pensión reconocida, por entender que en el presente supuesto para el cálculo de la base reguladora debían tenerse en cuenta durante el periodo trabajado en Suiza las bases medias de cotización, y en tal sentido se pronunció el Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña el cual dictó sentencia con fecha 30 de septiembre de 2015 estimando la demanda y declarando el derecho del actor y concediendo la pensión de jubilación reclamada sobre una base reguladora de 1.959,60 euros mensuales, con un porcentaje a cargo de España del 35,04 %.

El INSS recurrió la sentencia en suplicación argumentando que el Convenio Hispano Suizo no avala el cálculo de la base reguladora sobre las bases medias, siendo impugnado el recurso defendiendo tanto la aplicación de las bases medidas como el cálculo reconocido por el Juzgado de instancia.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia entendía que no era posible tomar en consideración las bases medias, si bien aplicación del principio *iura novit curia* pregunta si la normativa reguladora del convenio para emigrantes es compatible con el artículo 45 TFUE, apartado 1, en la medida en que, por una parte, el artículo 15 de la Orden Ministerial de 2003 obliga al trabajador emigrante a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, sin que pueda elegir otra base de cotización, y, por otra parte, el INSS equipara el periodo durante el que este convenio se aplica a un periodo realizado en España, de forma que, al calcular el importe teórico de la pensión de jubilación de este trabajador, solo se tienen en cuenta las cuotas mínimas abonadas en el marco de dicho convenio, a pesar de que, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, el trabajador en cuestión cotizara en España con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización.

El Tribunal a quo consideraba que en el supuesto de que el TJUE entendiera que las normas nacionales de aplicación fueran incompatibles, debía solicitar orientación acerca de si procedería, con arreglo al artículo 45 TFUE y anexo XI, rúbrica “España, punto G2”, del Reglamento nº 883/2004, tomar en consideración, para calcular el importe teórico de la

pensión de jubilación del trabajador migrante, la última base de las cuotas reales abonadas por este último en España antes de ejercer su derecho a la libre circulación, es decir, una base de cotización más elevada que aquella que sirvió de referencia para calcular las cuotas abonadas por dicho trabajador en el marco del convenio especial de 1 de diciembre de 2007.

En este sentido, la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Galicia planteó las siguientes preguntas:

a) ¿Deben entenderse excluidas de la expresión “la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo” a que se alude en el Anexo XI.G.2 del Reglamento nº 883/2004 aquellas bases de cotización derivadas de la aplicación de una norma interna española según la cual un trabajador migrante retornado cuyas últimas cotizaciones reales españolas hubieran sido superiores a las bases mínimas solo puede suscribir un convenio de mantenimiento de cotizaciones conforme a bases mínimas mientras que, si fuera un trabajador sedentario, se les habría ofrecido la posibilidad de suscribirlo por bases superiores?

b) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, y de conformidad con el Anexo XI.G.2 del Reglamento nº 883/2003, ¿Son remedios adecuados para reparar el perjuicio causado al trabajador migrante tomar las últimas cotizaciones reales españolas debidamente actualizadas y considerar el periodo cotizado al amparo del convenio de mantenimiento de cotizaciones como período neutro o un paréntesis?

## **2. EL CÁLCULO DE LAS PENSIONES EN LOS CASOS DE TRABAJOS EN OTROS ESTADOS DE LA UNIÓN EUROPEA**

El artículo 52 del Reglamento CE 883/2004 de 29 de abril establece que la institución competente calculará el importe de la prestación potencialmente adeudada aplicando alternativamente dos posibilidades, eligiéndose la más favorable para el beneficiario:

a) Mediante la primera fórmula la pensión se calcula en virtud de la legislación nacional que aplique, ahora bien, esta posibilidad solo se puede aplicar cuando se cumplen las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones de acuerdo con la legislación nacional, a esta modalidad se denomina pensión nacional.

b) En la segunda fórmula se calculará un importe teórico y posteriormente un importe real (prestación prorrateada) de la siguiente manera:

- i. el importe teórico de la prestación será igual a la prestación que el interesado habría causado en el supuesto de que todos los periodos de seguro y/o de residencia cumplidos de acuerdo con las legislaciones de los demás Estados miembros se hubieran cumplido de acuerdo con la legislación que dicha institución aplique en la fecha en que se liquide la prestación, de manera que en el caso de que, con arreglo a dicha legislación, el importe no dependa de la duración de los periodos cumplidos, se considerará que dicho importe constituye el importe teórico.
- ii. la institución competente establecerá a continuación el importe real de la prestación prorrateada, aplicando al importe teórico la proporción entre la

duración de los periodos cumplidos antes de la fecha de materialización del riesgo de acuerdo con la legislación que la institución aplique y la duración total de los periodos cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados.

Para calcular la pensión en uno como en el otro caso, se computan las reglas nacionales y por ende, se toman en consideración las cotizaciones efectuadas de acuerdo con la legislación de Seguridad Social española, es decir, se computan las cotizaciones efectuadas en España, bien a consecuencia de la realización de trabajos, bien, las correspondientes a la suscripción de un convenio especial. De esta manera el Anexo XI G2 del Reglamento CE 883/2004 establece que en aplicación del artículo 56.1.c) del Reglamento, el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales de la persona durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española. Ahora bien, cuando en el periodo de referencia a tener en cuenta para calcular la base reguladora de la pensión se tengan que ser computados periodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, se utilizará para los mencionados periodos la base de cotización en España que más se aproxime en el tiempo, teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo.

De esta forma, en el caso litigioso, la entidad gestora, tuvo en cuenta para calcular la base reguladora el periodo comprendido entre el 1/1/1998 a 30/12/2013, periodo en el que el trabajador íntegramente trabajó en Suiza por lo que computó las cotizaciones efectuadas en virtud del convenio especial para emigrantes suscrito con la Seguridad Social española y para los periodos no cotizados, las bases más cercanas en el tiempo. No obstante, como hemos visto el actor consideró que se debían computar para el periodo no cotizado las bases medias vigentes en España en dicho periodo, mientras que el Tribunal a quo consideraba que se debían tomar en consideración para el periodo en el que se suscribió el convenio especial las bases de cotización efectuadas en España antes de salir del país al ser las últimas realizadas en España y entender a su vez que el carácter discriminatorio del convenio especial para emigrantes.

### **3. EL CÁLCULO DE LA PENSIÓN MEDIANTE LA APLICACIÓN DE LAS BASES MEDIAS DE ESPAÑA**

Las sentencias del TJUE de 7.2.1991 Asunto C-227/89 caso Rönfeldt y de 9.2.1995 Caso Thevenon consideraban la posibilidad de aplicar a la hora de calcular la pensión los convenios bilaterales suscritos por los Estados miembros de la Unión y que fueron derogados por los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, en particular por el Reglamento 1408/71 y el actualmente vigente el Reglamento 883/2004 (artículo 8), cuando se dieran dos circunstancias: a) Que las normas aplicables en virtud del Convenio bilateral, en cuanto derecho nacional sean más favorables que las establecidas en el derecho comunitario siempre que se respeten los principios establecidos en éstos últimos; y b) Que el trabajador debió ejercer su derecho a la libre circulación que le permite la aplicación del convenio bilateral antes de la entrada en vigor para los Estados de los Reglamentos Comunitarios, de modo que cuando prestó los servicios sólo lo era aplicable el convenio bilateral para regular el derecho que se invoca.

En concreto la STJCE 17.12.1998 C-153/97 Asunto Grajera señalaba que la aplicación del Convenio Hispano-Alemán resultaba ser la norma más favorable, en detrimento del Reglamento Comunitario para el cálculo de las bases reguladoras de las pensiones de incapacidad permanente y de jubilación. Así indicaba que el cálculo de la base reguladora por el organismo español sería más favorable si se calculaba sobre las bases medias de un trabajador de la misma categoría profesional, como establecía el convenio bilateral, que si calculaba sobre las bases remotas del trabajador actualizadas, siendo ésta a doctrina tomada en consideración por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de octubre de 2004 (RJ 2005,1581), entre otras. De esta forma, ciertos convenios bilaterales permitían que las bases de cotización correspondientes a periodos trabajados en Alemania se determinaran en España teniendo en cuenta el promedio de la suma entre las bases máximas y la mínima aplicable a un trabajador en España de la misma categoría.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el Convenio Hispano-Suizo no resulta de aplicación pues el convenio de Seguridad Social suscrito entre Suiza y España no contempla la aplicación de las bases medias y así la sentencia de la Sala de lo Social de Galicia de 14 de septiembre de 2012 (recurso 3198/2009) señala: “...tal previsión se recoge en el artículo 14 del Convenio que no contempla un supuesto de bases medias, sino que según este artículo el cálculo de la BR se hará sobre las «...bases mínimas de cotización que durante todo aquel periodo o fracción del mismo hubieran sido aplicables en España a los trabajadores de la misma profesión que la últimamente ejercida por el causante en España...». La referencia a bases mínimas cierra la puerta a interpretarlo como bases medias, ya que en los convenios bilaterales que han permitido una hermenéutica más favorable hablaban simplemente de «bases de cotización» (así, el Convenio Hispano-Alemán –artículo 25– o el Hispano-Holandés –artículo 24–). De hecho, este es el criterio que han seguido las SSTS 11/10/01 RJ 2002/1501, en relación con el artículo 18 del Convenio Hispano-Italiano (30/10/79) que también hablaba de bases mínimas, al rechazar un cómputo de bases medias y acudir al Reglamento Comunitario; y en la sentencia de 30/09/99 (RJ 7869/1999), referente al Convenio Hispano-Belga de 1958, que hace otro tanto”.

#### 4. EL CONVENIO ESPECIAL PARA TRABAJADORES EMIGRANTES

En el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social española el convenio especial tiene una doble finalidad<sup>1</sup>: Por un lado sirve para incluir en el Sistema de la Seguridad Social, considerando actividades profesionales relevantes de protección por la Seguridad Social, a determinadas actividades asimiladas a las que desarrollan los trabajadores por cuenta ajena o propia, de manera que se incluyen en el ámbito de la Seguridad Social del nivel contributivo de la Seguridad Social a diputados, senadores, miembros de los parlamentos y gobiernos de las Comunidades Autónomas, cargo electivos sindicales, o trabajadores emigrantes. Por otro lado, sirve para permitir que personas que han desarrollado una actividad profesional y que han cesado en ella, o reducido el tiempo dedicado a la misma, puedan mantener intactas sus expectativas de protección, conviniendo con la Seguridad Social, de forma individualizada, la consideración ficticia de sujeto activo con, normalmente, la carga económica de seguir pagando las cotizaciones a su costa, de manera

<sup>1</sup> GONZALEZ ORETEGA, Santiago, BARCELÓN COBEDO, Susana y QUINTERO LIMA, Gema: Introducción al Derecho de la Seguridad Social. *Tirant Lo Blanch*. 5ª Edición. Valencia 2011. Página 108.

que de este modo conservan el derecho a las prestaciones cuando las contingencias se actualicen, como si estuvieran en alta. A estas finalidades GOERLICH y MERCADER<sup>2</sup> añaden una tercera, la de mejorar las expectativas de acceso a las prestaciones.

FERNÁNDEZ ORRICO, destaca dos características que determinan la complejidad de la naturaleza jurídica del convenio especial. Por un lado, el carácter contractual del convenio que deriva del hecho de que el convenio se suscriba voluntariamente y, en segundo lugar el carácter público de este instituto jurídico de manera que la declaración de voluntad de la Administración de la Seguridad Social se determina a través de un acto administrativo reglado, por lo que para el citado autor nos encontramos ante una institución híbrida entre el contrato y el acto administrativo<sup>3</sup>.

La exposición de motivo del Real Decreto 996/1986, de 25 de abril prevé para los trabajadores españoles emigrantes en el extranjero la suscripción de dos tipos de convenios especiales, la ordinaria previsto con carácter general, y uno específico para aquellos supuestos para los casos en los que no se pudiera acceder al convenio especial ordinario. En tal sentido esta segunda modalidad está pensada para los emigrantes, o hijos de los mismos, que inicien su actividad laboral por primera vez en el extranjero, en cuanto no afiliados previamente al sistema de la Seguridad Social con antelación a su salida de España, no pueden tener acceso al Convenio Especial citado. De este modo, a través de esta modalidad de convenio se ayuda a paliar un problema añadido cuando en el Estado extranjero en el que desarrollen su actividad laboral no tenga suscrito, Acuerdo o Convenio bilateral de Seguridad Social con España, ya que el eventual retorno y el posterior trabajo, y consecuente afiliación al sistema de Seguridad Social español podría comportar una doble y sucesiva carrera de aseguramiento, de la que no se derivase el derecho a una protección adecuada.

#### **4.1. La aplicación del convenio ordinario a los trabajadores emigrantes**

Los trabajadores que cesen en una actividad profesional para emigrar a otro Estado pueden suscribir el convenio especial establecido en el artículo 2.2.a) de la Orden TAS/2865/2003 previsto para los trabajadores o asimilados que causen baja en el Régimen de la Seguridad Social en que se hallen encuadrados y no estén comprendidos en el momento de la suscripción en el campo de aplicación de cualquier otro régimen de la Seguridad Social.

Para suscribir este convenio especial con la Seguridad Social será necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos (artículo 3 de la Orden TAS/2865/2003):

1.- Solicitar su suscripción ante la TGSS en el plazo de un año a contar del día siguiente a la fecha en la que cause baja en el régimen de la Seguridad Social en el que estuviera encuadrado.

2.- Cursarse la solicitud en modelo oficial establecido al efecto por la TGSS.

<sup>2</sup> GOERLICH PESET, José María y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: *Practicum Social*, 2014. Thomson Reuters. *Lex Nova*. Pag. 1178.

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier. *El Convenio Especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*. *Lex Nova. Thomson Reuters*. 2013. Págs. 50 y ss.

3.- Tener cubierto, en la fecha de solicitud del convenio especial, un periodo de mil ochenta días de cotización al sistema de la Seguridad Social en los doce años inmediatamente anteriores a la baja en el Régimen General de la Seguridad Social en los doce años inmediatamente anteriores a la baja en el Régimen de la Seguridad Social.

En la situación de convenio especial, la cotización a la Seguridad Social será obligatoria desde la fecha de efectos del convenio y mientras se mantenga la vigencia del mismo. La base de cotización tiene carácter mensual, si bien en los supuestos en que fuese tomar bases diarias, la base mensual se dividirá por treinta en todos los casos (artículo 6 Orden TAS/2865/2003).

En el momento de suscribir el convenio especial el interesado podrá elegir cualquiera de las siguientes bases mensuales de cotización:

a) La base máxima de cotización por contingencias comunes del grupo de cotización correspondiente a la categoría profesional del interesado o en el régimen en que estuviera encuadrado, en la fecha de baja en el trabajo determinante de la suscripción del convenio especial, siempre que haya cotizado por ella al menos durante 24 meses, consecutivos o no, en los últimos cinco años.

b) La base de cotización que sea el resultado de dividir por 12 la suma de las bases por contingencias comunes por las que se hayan efectuado cotizaciones, respecto del trabajador solicitante del convenio especial, durante los doce meses consecutivos anteriores a aquel en que haya surtido efectos la baja o se haya extinguido la obligación de cotizar y que sea superior a la base mínima. No obstante, en el caso de tener acreditado un periodo de cotización inferior a 12 meses, esta base estará constituida por el resultado de multiplicar por 30 el cociente de dividir la suma de las bases de cotización entre el número de días cotizados.

c) la base mínima de cotización vigente, en la fecha de efectos del convenio especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

d) Una base de cotización que esté comprendida entre las bases determinadas conforme a las bases anteriores.

Por otra parte a opción del interesado que las hubiese elegido, las bases de cotización podrán incrementarse en cada ejercicio posterior a la baja en el trabajo o al cese en la actividad en el mismo porcentaje en que se aumente la base máxima del grupo de cotización correspondiente a su categoría profesional o la del régimen en que hubiera estado encuadrado. En este sentido, las personas que suscriban el convenio especial y hayan optado por las bases de cotización máximas, las correspondiente al promedio de las bases de los doce meses anteriores, o una intermedia entre estas y la mínima, podrán solicitar que, mientras mantengan su situación de alta o asimilada al alta por la suscripción del convenio, que su base de cotización se incremente automáticamente en el mismo porcentaje en que aumente en lo sucesivo la base máxima de cotización del Régimen de la Seguridad Social de que se trate.

En ningún caso la base de cotización resultante podrá ser superior a la base máxima de cotización vigente ni inferior a base mínima de cotización vigente. En este sentido, en los casos en que haya que tener en cuenta, a efectos de cotización, distintas categorías

profesionales, las bases mínimas o máxima, se entenderán referidas a las correspondientes al grupo de cotización en que se encuentre comprendida la categoría que tenía el trabajador antes de la baja, siempre que sean superiores a la base mínima.

En todo caso, las opciones que se ejerciten con posterioridad a la suscripción del convenio especial deberán efectuarse antes del primero de octubre de cada año y tendrán efectos desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de solicitud, e igualmente la renuncia a estas opciones podrá realizarse en el mismo plazo y tendrá efectos desde el 1 de enero del año siguiente al de la formulación o renuncia.

El tipo de cotización por convenio especial por convenio especial será único y estará constituido por el vigente en cada momento en el Régimen general de la Seguridad Social (artículo 7 Orden TAS/2865/2003). En este sentido, para determinar la cuota a ingresar por convenio especial se actuará de la forma siguiente:

a) Se calculará la cuota íntegra aplicando a la base de cotización que corresponda el tipo único de cotización vigente en el Régimen General.

b) El resultado obtenido se multiplicará por el coeficiente o coeficientes reductores aplicables, en función de la acción protectora dispensada por el convenio especial, y el producto que resulte constituirá la cuota líquida a ingresar. A estos efectos, los coeficientes a aplicar para la cotización en la sustitución de convenio especial serán los fijados anualmente por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

c) Cuando los efectos iniciales o finales del convenio especial no sean coincidentes con el primero o el último día del mes, la cuota mensual se dividirá por 30 y el cociente se multiplicará por los días del mes que tenga o haya tenido efectos el convenio.

El sujeto responsable del ingreso de las cuotas será el comprometido por el convenio a abonar a su cargo el importe de la cuota correspondiente en los términos establecidos en el convenio a abonar a su cargo el importe de la cuota correspondiente en los términos que el convenio establezca y, en su caso, aquel se imponga expresamente dicha obligación en la normativa específica del convenio. No obstante, podrán actuar como sustitutos de los trabajadores o asimilados que suscriban el convenio especial, o en su caso de los empresarios obligados al pago de la aportación correspondiente las personas físicas o jurídicas que asuman voluntariamente esta obligación con autorización de dichos trabajadores, empresarios o asimilados, si bien la sustitución en la persona del deudor sin consentimiento expreso de la TGSS no liberará al suscriptor del convenio, sin perjuicio de que si el sustituto realice el pago, se entienda efectuado por un tercero. El plazo para el ingreso será el del mes siguiente al que corresponda (artículo 8 Orden TAS/2965/2003).

En las situaciones de alta o asimilada al alta por convenio especial, al producirse el respectivo hecho causante se otorgarán si se cumplen los requisitos necesarios, las prestaciones correspondientes derivadas de contingencias comunes a excepción de los subsidios por incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo, quedando excluida la protección por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación profesional, reconociéndose las prestaciones con arreglo a las normas que regulan el régimen de la

Seguridad Social en el que figure incluido el suscriptor del convenio especial (artículo 9 de la Orden TAS/2865/2003).

El convenio especial con la Seguridad Social quedará suspendido, respecto de la obligación de cotizar y la protección correspondiente, durante los periodos de actividad del trabajador o asimilado que lo hubiere suscrito cuando los mismos, tanto si tiene carácter continuo como discontinuo, determinen la inclusión en el campo de aplicación de alguno de los regímenes de la Seguridad Social, siempre que la base de cotización a éste sea inferior a la base de cotización aplicada al convenio especial, salvo que el suscriptor del convenio especial manifieste expresamente su voluntad de que el convenio se extinga o que el mismo siga vigente. A estos efectos, la realización de las actividades que den lugar a dicha suspensión habrá de ser comunicada, por el suscriptor del convenio o por su representante a la TGSS dentro de los diez días siguientes a la reanudación de actividades, produciendo efectos la suspensión del convenio especial desde el día anterior al de la incorporación al trabajo, de manera que si se notificase después de dicho plazo, la suspensión únicamente surtirá efectos desde la fecha de comunicación. Finalizada la causa determinante de la suspensión del convenio especial, podrá reanudarse la efectividad del convenio que se tenía suscrito desde el día siguiente a aquel en que finalizó la causa de la suspensión, si el interesado efectúa la comunicación al respecto a la TGSS dentro del mes natural siguiente a aquel en que se produjo el cese, de manera que si se comunicara con posterioridad a dicho plazo, la reanudación de la efectividad del convenio se producirá desde el día de la presentación de la comunicación, salvo que hubiera efectuado con posterioridad cotizaciones al convenio, en cuyo caso la reanudación se producirá desde la fecha de efectos del primer pago, en plazo reglamentario, posterior a la fecha en que se haya producido el cese en el trabajo determinante de la suspensión (artículo 10.1 de la Orden TAS/2865/2003).

El artículo 10.2 de la Orden TAS/2865/2003 establece que el convenio especial se extinguirá por las siguientes causas:

a) Por quedar el interesado comprendido, por la realización de actividad, en el campo de aplicación del mismo Régimen de la Seguridad Social en el que se suscribiera el convenio o en otro Régimen de los que integran el Sistema de la Seguridad Social, siempre que el trabajador o asimilado que lo suscribiera prestare servicios o ejerza su nueva actividad a tiempo completo o a tiempo parcial, por tiempo indefinido o por duración determinada, con carácter continuo o discontinuo, y la nueva base de cotización que corresponda sea igual o superior a la base de cotización del convenio especial. No obstante, no se producirá la extinción del convenio especial por esta causa, salvo que el interesado manifieste expresamente lo contrario, en los casos de pluriempleo o pluriactividad.

b) Por adquirir el interesado la condición de pensionista por jubilación o de incapacidad permanente en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social.

c) Por falta de abono de las cuotas correspondientes a tres mensualidades consecutivas, salvo por causa justificada de fuerza mayor debidamente acreditada. En estos casos el interesado no podrá suscribir un nuevo convenio especial hasta que se encuentre al corriente en el pago de las deudas adeudadas por convenio anterior, en cuyo caso el nuevo convenio únicamente surtirá efectos desde el día de la nueva solicitud.

d) Por el fallecimiento del interesado.

e) Por decisión del interesado, comunicada a la TGSS. En este caso, la extinción del convenio especial tendrá lugar a partir del día primero del mes siguiente a la fecha de la comunicación.

No se extinguirá este convenio por el desplazamiento del suscriptor al extranjero aunque este desplazamiento supere el plazo de 90 días, o en su caso, la prórroga que pueda concederse, tanto si el trabajador o asimilado queda incluido como si queda excluido del campo de aplicación de la Seguridad Social en el país al que se desplace el suscriptor del convenio.

Pues bien, en el caso litigioso el actor pudo haber suscrito el convenio especial desde la fecha de la última cotización en España, es decir desde diciembre de 1983 de acuerdo con la legislación vigente en aquel momento sobre convenio especial, (Orden de 1 de septiembre de 1973) que requería haber cotizado hasta dicha fecha 7 años, requisito que se cumplía y haberlo hecho en los 90 días siguientes, pudiendo cotizar por el promedio de las bases de cotización en los 365 días anteriores al cese en la actividad anterior, sin que pudiera ser inferior a la base mínima de cotización aplicable durante la vigencia del convenio.

Posteriormente la Orden de 30 de octubre de 1985 estableció la posibilidad de suscribir el convenio ordinario, cuando el actor ya estaba en Suiza), señalando así la disposición transitoria segunda que aquellos trabajadores emigrantes en el país de empleo que, en su día, reuniendo los requisitos exigidos al efecto, no hubieran suscrito el convenio especial, podrá suscribir el convenio especial regulado en dicha Orden, dentro de los seis meses naturales siguientes al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, siendo sus efectos iniciales desde la indicada fecha de publicación. A este respecto la disposición transitoria disponía que dentro de los requisitos a reunir, se exceptuaba el relativo al periodo de carencia. En este convenio, la base de cotización estaba constituida por el resultado de multiplicar por 30 el cociente que resulte de dividir la suma de las bases por las que haya cotizado el trabajador durante los 365 días precedentes a aquel en que se haya causado la baja, por el número de días a que se refiere la cotización.

Por tanto, el actor pudo haber suscrito tanto en España como en Suiza un convenio especial ordinario, lo que no efectuó.

Ahora bien, el actor nunca pudo haber suscrito en España un convenio ordinario en 2007, es decir 24 años después de haber cesado en el trabajo.

#### **4.2. El convenio especial de emigrantes**

Este convenio especial se establece a favor de los emigrantes españoles y los hijos de éstos que posean la nacionalidad española, con independencia de que con anterioridad hayan estado o no afiliados a la Seguridad Social española, e independientemente del país en el que trabajen y de que dicho país tenga o no suscrito con España acuerdo o convenio en materia de Seguridad Social, de manera que podrán ser incluidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social (artículo 1 RD 996/1986) y estar en situación asimilado al alta para las contingencias de jubilación, muerte y supervivencia (artículo 2 RD

996/1986). En este sentido el artículo 15.1 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, que podrán suscribir este convenio especial:

- Los emigrantes españoles y los hijos de estos que posean nacionalidad española, con independencia de que con anterioridad hayan estado o no filiados a la Seguridad Social española, e independientemente del país en el que trabajen y de que dicho país tenga o no suscrito con España acuerdo o convenio en materia de Seguridad Social.

- Los emigrantes españoles y los hijos de estos que posean nacionalidad española y sea cual fuese el país en el que trabajen, en el momento de su retorno a territorio español, siempre que no se hallen incluidos obligatoriamente en algún régimen público de protección social en España.

- Los seglares, misioneros y cooperantes, dependientes de la Conferencia Episcopal, Diócesis, Órdenes, Congregaciones y otras Instituciones religiosas así como de organizaciones no gubernamentales, que tengan nacionalidad española y que sean enviados por sus respectivas organizaciones o instituciones a los países extranjeros, sin mediar relación laboral con éstas, los cuales, en los supuestos a que se refieren los apartados precedentes, tendrán la consideración de emigrantes a los solos efectos de la suscripción de esta modalidad de convenio especial.

- Los españoles que, sin haber estado previamente afiliados al sistema de la Seguridad Social, participen en el extranjero en programas formativos o de investigación de forma remunerada, cualquiera que sea el concepto o la forma de la remuneración que perciban, sin quedar vinculados por una relación laboral, los cuales tendrán la consideración de emigrantes a los solos efectos de la suscripción de esta modalidad de convenio especial.

La solicitud para suscribir esta modalidad de convenio especial podrá formularse en cualquier momento ante la Tesorería General de la Seguridad Social. A estos efectos, la estancia en el extranjero mediante copia del permiso de residencia o de estancia expedido por las autoridades correspondientes del país de emigración, compulsada por la consejería laboral española o consulado español en dicho país, o mediante certificado de inscripción en el registro de matrícula de la embajada o consulado español que corresponde.

El trabajo, la prestación de servicios o la formación en el extranjero podrá acreditarse por cualquier medio admitido en derecho y, en especial, por alguno de los siguientes: a) con copia del permiso de trabajo expedido por las autoridades correspondientes del país de inmigración, compulsada por la consejería laboral española o consulado español en dicho país, o mediante certificado del trabajo expedido por la empresa, compulsado y traducido por la consejería o consulado indicados; b) mediante certificado de la condición de seglar, misionero o cooperante enviado al extranjero, expedida por la organización o institución de la que aquél dependa; c) mediante certificado de la participación en programas formativos o de investigación expedido por la empresa, entidad o institución que corresponda, compulsado y traducido por la consejería laboral o consulado español.

A efectos de acreditar el retorno a territorio español, será necesario aportar el certificado de baja en el Registro de Matrícula Consular y autorizar a la TGSS para comprobar los datos del domicilio y residencia en España mediante consulta al Sistema de

Verificación de Datos de Residencia previsto en el RD 523/2006, de 28 de abril, por el que se suprime la exigencia de aportar el certificado de empadronamiento, como documento probatorio del domicilio y residencia, en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado y de sus organismos público vinculados o dependientes. De no otorgarse dicha autorización o cuando el empadronamiento se haya realizado en los dos últimos meses, será necesario aportar el certificado de alta en el padrón municipal correspondiente.

La base mensual de cotización en esta modalidad de convenio especial será en todos los casos la base mínima de cotización que, en cada momento, se halla establecida en el Régimen General de la Seguridad Social, aplicando a la misma el tipo y las normas para la determinación de la cuota. El plazo reglamentario de ingreso de las cuotas correspondientes será el del mes siguiente al que corresponda, salvo que se trate de convenio especial suscrito por los emigrantes residentes en el extranjero, en cuyo caso se ingresarán por trimestres vencidos dentro del mes siguiente a cada trimestre natural.

El convenio especial se extinguirá por las causas generales establecidas para el resto de los convenios en el artículo 10.2 de la Orden, si bien la causa de extinción por falta de abono de las cuotas operará para los suscriptores que no residan en España, a la falta de pago en plazo reglamentario de las cuotas correspondientes a dos trimestres consecutivos.

Si el convenio especial ordinario tiene por finalidad garantizar el nivel de la cotización que se mantenía en la situación de empleo y alta en la Seguridad Social en España, ya sea cuando se permanece en España o en el extranjero incluido o no en la Seguridad Social del otro Estado, pero se requiere el cese en la actividad laboral previa en España, en el caso del convenio específico para trabajadores emigrantes el fundamento lo encontramos en el deseo de facilitar el retorno de los trabajadores emigrantes en los términos establecidos en el artículo 42 CE, de manera que no exige carencia previa y se permite la cotización sobre la base mínima vigente.

### **4.3. Diferencias entre uno y otro convenio especial**

Como hemos visto las dos modalidades de convenios especiales pueden ser suscritos por trabajadores que emigran y trabajan en el extranjero, si bien tienen una virtualidad distinta.

El ordinario tiene por finalidad mantener la cotización y su nivel cuantitativo y por ende, la protección de aquellos trabajadores que cesan en el trabajo y en el alta en un régimen de la Seguridad Social. Como la finalidad es la continuidad de la situación previa al cese en el trabajo, y el mantenimiento de las expectativas de derecho, se requiere un arraigo en la Seguridad Social y por tanto, se exige un periodo de cotización previa de 1.080 días, y que no exista una interrupción significativa entre la baja en la Seguridad Social y la suscripción del convenio especial por lo que no puede haber transcurrido más de un año entre una y otra situación. Esta vocación por mantener la continuidad es lo que propicia que se pueda optar por el promedio de las bases de cotización máximas si la cotización por dichas bases se produjo durante 24 meses en los últimos cinco años, o el promedio de las bases de cotización en los últimos 12 meses.

Por otra parte este convenio es incompatible con la realización de un trabajo que dé lugar a su inclusión en un régimen de la Seguridad Social española, salvo que la base del trabajo sea inferior a la de la suscripción del convenio, en cuyo caso el convenio se limitará a la diferencia de la base.

Las cotizaciones efectuadas en virtud del convenio servirán para calcular la base reguladora, para incrementar el porcentaje de la pensión nacional así como en caso de prorrateo, propiciar la totalización en la pensión española de los periodos en los que también se cotiza cotizados a otro sistema de Seguridad Social.

En cambio, el convenio especial de emigrantes al tener como finalidad propiciar la adquisición de una pensión en España y en su caso la mejora partiendo de una situación de desarraigo laboral en España, no exige periodo previo de cotización para su suscripción, tampoco tiene un plazo de caducidad por lo que se puede solicitar en cualquier momento y, dado que no se pretende mantener la continuidad de las cotizaciones anteriores al cese en el trabajo no existiendo una base de cotización de referencia, su base de cotización es la mínima vigente en cada momento.

Las cotizaciones del convenio especial servirán para calcular la base reguladora cubriéndose de esta forma las lagunas que se hubieran producido en otro caso, en segundo lugar servirá para fijar el porcentaje aplicable a la base reguladora, propiciar la totalización de las cotizaciones de otros Estados y determinar la prorrateo que corresponde a España.

Como vemos el convenio especial específico de emigrantes resulta ser un privilegio justificado en una política dirigida a favorecer el regreso a España de los trabajadores emigrantes.

## **5. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA A LA CUESTIÓN PLANTEADA**

### **5.1. Sobre la vinculación para el TJUE de los hechos y de la interpretación efectuada por el Tribunal a quo en la pregunta**

Ciertamente, el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial contemplaba una serie de inexactitudes, probablemente a consecuencia de no haber fijado en la providencia de audiencia previa a las partes, ni los hechos que luego se reflejaron en el auto ni los propósitos de la cuestión prejudicial. De este modo se omitía que el trabajador había estado prestando servicios en Suiza durante la vigencia del convenio, y se afirmaba que al trabajador emigrante se le había obligado a cotizar por la base mínima de cotización mientras que si hubiera sido un trabajador sedentario se le habría permitido cotizar por el promedio de las bases por las que había cotizado el trabajador en el último año.

La correcta formulación de la cuestión tiene gran trascendencia, pues para un trabajador sedentario que trabaja solo se permite la suscripción de un convenio especial cuando las bases de cotización del trabajo son inferiores a las del convenio, suspendiéndose o extinguiéndose en otro caso.

Por otra parte, como hemos dicho el actor, en cuestión pudo haber suscrito el convenio especial ordinario, al cesar en su trabajo en España, o incluso en Suiza tras lo

dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Orden de 30 de octubre de 1985 que permitía a los emigrantes la suscripción de dicho convenio en los siguientes seis meses.

Por último, si el trabajador no hubiera ejercido su derecho a la libre circulación y hubiera permanecido sedentario, tampoco podría haber suscrito un convenio especial ordinario en España una vez transcurridos catorce años desde el cese en la actividad laboral.

No obstante, que el auto de planteamiento recoja extremos erróneos no impide el pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre la cuestión planteada. En efecto, la sentencia recoge una extensa doctrina del Tribunal en relación con el reparto de competencias entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia en los procedimientos relativos al planteamiento de cuestiones prejudiciales en base a lo dispuesto en el artículo 267 TJUE.

De esta forma corresponde al Tribunal a quo, que conoce el litigio y asume la responsabilidad de la decisión jurisdiccional sobre el fondo, apreciar a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de plantear la cuestión prejudicial para dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia de manera que cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene la obligación de pronunciarse. En este sentido, el Tribunal de Justicia solo puede negar el pronunciamiento cuando resulte evidente que la interpretación solicitada del derecho comunitario no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema tiene naturaleza hipotética o cuando el Tribunal no dispone de los elementos de hecho o de derecho necesarios para responder de forma útil a las cuestiones planteadas.

Desde esta perspectiva, la determinación de los hechos corresponde al Tribunal a quo, y a ello debe estar el Tribunal de Justicia, cuestión que también debe extenderse a la interpretación del derecho interno, de manera que en el caso que nos ocupa vinculaban al Tribunal de Justicia los hechos reflejados en el auto aun cuando fueran inexactos y la interpretación de la norma en el sentido de que al actor se le había obligado a cotizar por bases mínimas circunstancia que no se habría propiciado de haber seguido el trabajador en España.

## **5.2. La cuestión de fondo. La incompatibilidad de la cotización por bases mínimas de los trabajadores emigrantes con el principio de libertad de circulación**

Pues bien, a la vista de la interpretación realizada en el auto, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que pese a que el trabajador migrante en cuestión trabajó antes de migrar a Suiza por bases superiores a la mínima, se le obligó al suscribir el convenio especial para emigrantes por las bases mínimas vigentes, circunstancia que no se predicaría de haber sido trabajador sedentario y haber realizado enteramente su carrera en España pues en este caso habría tenido la facultad de haber cotizado por bases superiores. De la interpretación realizada en el auto de remisión, el Tribunal colige que en consecuencia, al obligar a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial a satisfacer cuotas calculadas con arreglo a la base mínima de cotización, la normativa nacional en cuestión en el litigio principal, establece una diferencia que puede suponer para los trabajadores migrantes un trato desfavorable que el deparado a los trabajadores sedentarios que realicen toda su carrera profesional en el Estado miembro en cuestión.

Es más el Tribunal de Justicia sugiere que dicho Convenio puede resultar perjudicial para el trabajador pues de no haber cotizado por bases mínimas se habría aplicado la regla establecida en el Anexo XIG2 y por lo tanto las lagunas de cotización a consecuencia de la emigración se habrían integrado con las bases por las que el trabajador cotizó en España una vez revalorizadas, lo que supondría una mayor base reguladora, aunque el Tribunal se olvida que tendría un menor porcentaje aplicable a la base reguladora y una menor proporción en la prorrata.

De lo anteriormente indicado el Tribunal de Justicia concluye que una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que obliga al trabajador migrante que suscribe con la Seguridad Social del Estado miembro en cuestión, un convenio especial a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, incluso en el caso de que este, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, haya cotizado en ese Estado con arreglo a base de cotización superiores a la mínima, de forma que, al calcular el importe teórico de la pensión de jubilación de dicho trabajador, la institución competente del Estado miembro en cuestión equipara el periodo cubierto por este convenio a un periodo realizado en su territorio y toma en cuenta, a efectos de ese cálculo, únicamente las cuotas mínimas abonadas por el trabajador en aplicación de dicho convenio, puede suponer para tal trabajador un trato más desfavorable que el deparado a los trabajadores que realizaron toda su carrera profesional en el Estado miembro.

### **5.3. Las consecuencias prácticas. La necesidad de hacer una interpretación del derecho interno conforme al comunitario**

El Tribunal a quo planteaba una eventual solución al Tribunal de Justicia, al preguntarle si de conformidad con el Anexo XI.G2 del Reglamento 883/2004 resultaría un remedio adecuado tomar las últimas cotizaciones reales españolas, es decir, las realizadas con anterioridad en España antes de diciembre de 1983, debidamente actualizadas y considerar el periodo cotizado al amparo del convenio especial un paréntesis o periodo neutro.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia proponía una solución parecida a la dada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 21 de febrero de 2013 Asunto C-282/11 Salgado González en las que el Tribunal intimaba a reducir el periodo de cálculo de la base reguladora por los periodos no trabajados en España cuando la trabajadora había estado integrada en el RETA ante la alternativa de que las lagunas se integraran con cero euros.

De esta forma al actor se les consideraría para el cálculo de la base reguladora las bases efectuadas inicialmente en España y su proyección en los periodos vacantes de cotización en Suiza y no se computarían las cotizaciones correspondientes al convenio especial de emigrantes.

Pues bien, al Tribunal de Justicia no considera conveniente dicha solución intimando al Tribunal a quo a realizar una interpretación conforme del derecho interno con el comunitario, exponiendo las líneas generales que debería atender dicha interpretación.

El Tribunal de Justicia recuerda que en el derecho de la Unión, el principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales tomando en consideración la totalidad de su derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia para garantizar la plena efectividad del derecho de la unión y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido.

También se recuerda que el principio de interpretación conforme tiene determinados límites y por lo tanto, obliga al juez nacional a utilizar como referencia el contenido del derecho de la Unión Europea cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del derecho interno pero teniendo en cuenta los principios generales del derecho y no puede servir de base para una interpretación contra legem del derecho nacional. Ahora bien, cuando la interpretación no es posible, entonces el juez a quo debe aplicar íntegramente el derecho de la Unión y abstenerse de aplicar una norma contraria al derecho de la Unión.

Igualmente, la sentencia recuerda que cuando el derecho nacional prevé un trato diferenciado entre varios grupos de personas, infringiendo el derecho de la Unión, los miembros del grupo perjudicado deben recibir un mismo trato y ha de aplicárseles el mismo régimen que a los demás interesados, de manera que a falta de una correcta solución, el régimen jurídico aplicable a los trabajadores favorecidos sigue siendo el único sistema de referencia válido. Por tanto, en el caso que nos ocupa dado que a los trabajadores sedentarios se les permite cotizar con arreglo a bases superiores a la mínima la misma solución debería ofrecérseles a los trabajadores emigrantes.

De este modo el Tribunal de Justicia concluye que aunque al tribunal nacional corresponde cuales son en el derecho interno, los medios adecuados para conseguir la igualdad de trato entre los trabajadores inmigrantes y los trabajadores sedentarios, ofrece una eventual solución al considerar que el objetivo perseguido podría alcanzarse a priori, concediendo también a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial tal facultad y permitiéndoles cotizar retroactivamente con arreglo a base superiores a la base mínima de cotización, y, en consecuencia, reclamar sus derechos a una pensión de jubilación en función de estas nuevas bases.

## **6. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA.**

Recibida la sentencia del Tribunal de Justicia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia de 12 de julio de 2018 (JUR 2018/218452) concretando las indicaciones ofrecidas por el Tribunal europeo y así condenó a la entidad gestora en los siguientes términos:

En primer lugar deberá realizar el cálculo de la base reguladora máxima posible en el plazo de 30 días a contar desde la notificación de la presente Sentencia considerando, desde 1/1/1998 hasta 31/12/2013, teniendo en cuenta la última cotización real realizada por el trabajador correspondiente a un mes completo a la Seguridad Social de España, es decir la correspondiente a Junio de 1978, que asciende –realizando la conversión de pesetas a euros– a 133,59 euros, debidamente actualizada conforme al índice oficial de precios al consumo para todas esas mensualidades.

En segundo lugar en el mismo plazo de 30 días, establecerá cuál es la cuantía diferencial que, de 1/12/2007 a 31/12/2013, debería haber abonado el demandante si hubiera suscrito el convenio especial tomando en consideración esa base de cotización de 133,59 euros actualizada en los términos expuestos.

En tercer lugar la entidad gestora concederá al beneficiario un plazo de 30 días a contar desde la notificación de los anteriores cálculos, o en caso de ser impugnados en ejecución de sentencia, desde la firmeza de la resolución judicial en la cual se decida sobre esa impugnación, para que este decida si le interesa mantener la base reguladora de 639,26 euros que le ha reconocido la Entidad Gestora, sin hacer ninguna regularización, u optar por la que resulta del cálculo expresado en el anterior apartado primero anterior y realizando la regularización del anterior apartado segundo.

Por último posibilitará la regularización a que se refiere el anterior apartado tercero anterior distribuyendo la cantidad total a regularizar en cuantías iguales para cada mes mediante la reducción de la pensión que le corresponda percibir tomando en consideración la base reguladora a que se refiere el anterior apartado primero durante el periodo de 6 años y un mes, en cuanto que este es el periodo de tiempo que va de 1/12/2007 a 31/12/2013 y durante el cual el demandante, de habersele permitido en su tiempo como se le habría permitido a un trabajador sedentario, habría tenido que costear la diferencia a que se refiere el anterior apartado segundo.

## **7. COMENTARIO FINAL**

Ya he expuesto que a mi juicio, la cuestión prejudicial se plantea sobre bases y fundamentos erróneos, y que en modo alguno se produce la diferencia de trato, desde el punto y hora que al trabajador que se le extingue su trabajo en España nada le impide suscribir un convenio especial ordinario y desplazarse a trabajar al extranjero.

No obstante, y antes posibles situaciones en las que el trabajador emigrante que se encontrara en el extranjero en los mismos casos en los que se permite al trabajador sedentario solicitar el convenio especial ordinario se debería modificar el artículo 15.2 de la Orden 12865/2003. Dicha modificación, a mi juicio, debería permitir a los trabajadores emigrantes que suscriban este convenio específico optar por una base de cotización intermedia entre el promedio de las bases de cotización en los doce últimos meses cotizados, y en el caso de que solo acreditara un periodo inferior al promedio de dicho periodo, y la base mínima de cotización correspondiente a la categoría que entonces mantenía.



Derecho  
comparado y  
Derecho  
Extranjero en  
Seguridad  
Social y  
materias  
conexas

LABORUM



## Las fuentes normativas del derecho Alemán de la Seguridad Social

### The sources of law of the German Social Security Law

HOLGER BRECHT-HEITZMANN

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE LA AGENCIA FEDERAL DE EMPLEO  
CAMPUS DE SCHWERIN (ALEMANIA)

#### Resumen

El ensayo analiza, de manera crítica, el sistema de Seguridad Social que en el curso del último decenio ha interesado las reformas del trabajo público en Italia. El objetivo es resaltar las criticidades que se pueden encontrar, en particular, en el recurso de modalidad de jubilación anticipada coactiva –puntos sobre los que ha vuelto a discutirse en la administración pública, con el objetivo de favorecer la reducción del gasto para el empleo público y el cambio generacional del personal allí ocupado– que puede ser vulnerable ante problemas de compatibilidad con la prohibición de discriminación por razones de edad, sancionado por la directiva 2000/78/CE.

#### Abstract

The article provides an overview on German Social Security Law and the associated commentary literature. First, the different sources of law and their relationship to each other are listed. Thereafter, the most important legal regulations of Social Security Law are presented according to their classification currently common in Germany in the areas of ordinary social protection, social compensation as well as social assistance and social promotion. Finally, procedural rules of Social Security Law are discussed.

#### Palabras clave

Seguridad Social; empleo público; jubilación forzosa; discriminación por motivos de edad

#### Keywords

Germany; Social Security Law; Sources of Law; Code of Social Security; Jurisdiction for Litigation

## 1. INTRODUCCIÓN

1. Mientras que desde el punto de vista español el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social se ven más claramente como una unidad, desde la perspectiva alemana hay que resaltar la autonomía de ambas disciplinas jurídicas. El Derecho del Trabajo se considera parte del Derecho privado y el Derecho de la Seguridad Social parte del Derecho público, por lo que dichas disciplinas tienen una jurisdicción propia en Alemania.

2. En el Derecho de la Seguridad Social hay que distinguir entre su concepto formal y su concepto material: el Derecho de la Seguridad Social desde el punto de vista material es la disciplina jurídica que tiene por objeto las prestaciones de seguridad social<sup>1</sup>. Según su más nueva compartimentación, se sistematiza en los ámbitos de la protección ordinaria, de la reparación extraordinaria, así como de la asistencia y promoción<sup>2</sup>. Desde el punto de vista formal, en cambio, forma parte de aquella lo que está regulado en el Código de Seguridad

<sup>1</sup> EICHENHOFER, E., *Sozialrecht*, 10ª ed., Mohr Siebeck (Tubinga, 2017), marg. 2.

<sup>2</sup> Básico, ZACHER, U., DÖV [= Die öffentliche Verwaltung: Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften (Kohlhammer — Stuttgart)] 1970, 3, 6.

Social<sup>3</sup>. A día de hoy, el Código de Seguridad Social comprende 12 Libros, aunque se está preparando actualmente el Libro XIII del Código de Seguridad Social.

3. En lo que sigue, ante todo, debe darse una visión general de las fuentes normativas. Y después, una exposición sistemática de las leyes más importantes, así como de los litigios de seguridad social. En ella, tendré en cuenta los «comentarios» de referencia a las leyes más instructivas.<sup>4</sup>

## 2. NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y JERARQUÍA NORMATIVA

4. El Derecho de la Seguridad Social se formaliza sobre todo en disposiciones legales. Igualmente, impactan también en el Derecho de la Seguridad Social normas internacionales y europeas. Las disposiciones del Derecho Internacional se derivan, por ejemplo, del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>5</sup>, de la Carta Social Europea<sup>6</sup>, de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo<sup>7</sup>, o de los Convenios de la ONU, como el Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>8</sup>. Como regla general, de todo esto únicamente se desprenden obligaciones para el legislador nacional. Sólo excepcionalmente, cuando una norma de Derecho Internacional se considera «*self-executing*», la misma puede aplicarse directamente en el Derecho alemán<sup>9</sup>.

5. De mayor impacto son las disposiciones de la Unión Europea. Se aplican directamente, en concreto, el Reglamento UE núm. 492/2011 sobre libre circulación de trabajadores dentro de la Unión<sup>10</sup>, el Reglamento CE núm. 883/2004 sobre coordinación de los sistemas de seguridad social<sup>11</sup>, y el Reglamento CE núm. 987/2009 sobre establecimiento de modalidades para la ejecución del Reglamento CE núm. 883/2004 sobre coordinación de los sistemas de seguridad social<sup>12</sup>.

<sup>3</sup> KOKEMOOR, A., *Sozialrecht*, 8ª ed., Franz Vahlen (Múnich, 2018), margs. 1 y ss.

<sup>4</sup> Útil para comprender la importancia en Alemania de los «*Kommentare*» de leyes, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «El género doctrinal “comentarios” en el Derecho alemán. A propósito del “Comentario Erfurtense” sobre Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 141, 2009, págs. 5 y ss.

<sup>5</sup> *Boletín Oficial Federal*, 2010 II, 1198.

<sup>6</sup> *Boletín Oficial Federal*, 1964 II, 1261.

<sup>7</sup> Respecto de los convenios nucleares, cfr. Convenio núm. 29 de la OIT, de 28 junio 1930, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, *Boletín Oficial Federal*, 1956 II, 640; Convenio núm. 87 de la OIT, de 9 julio 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, *Boletín Oficial Federal*, 1956 II, 2072; Convenio núm. 98 de la OIT, de 1 julio 1949, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, *Boletín Oficial Federal*, 1955 II, 1122; Convenio núm. 100 de la OIT de 29 junio 1951, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, *Boletín Oficial Federal*, 1956 II, 23; Convenio núm. 105 de la OIT de 25 junio 1957, relativo a la abolición del trabajo forzoso, *Boletín Oficial Federal*, 1959 II, 441; Convenio núm. 111 de la OIT, de 25 junio 1958, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, *Boletín Oficial Federal*, 1961 II, 97; Convenio núm. 138 de la OIT de 26 junio 1973, sobre la edad mínima de admisión al empleo, *Boletín Oficial Federal*, 1976 II, 201; Convenio núm. 182 de la OIT, de 17 junio 1999, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (Entrada en vigor, *Boletín Oficial Federal*, 2001 II, 1290).

<sup>8</sup> *Boletín Oficial Federal*, 2008 II, 1419.

<sup>9</sup> EICHENHOFER, E., *Sozialrecht*, 10ª ed, cit., marg. 2.

<sup>10</sup> *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2011, L 141/1.

<sup>11</sup> *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2004, L 166/1.

<sup>12</sup> *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2009, L 284/1.

6. Las disposiciones constitucionales se derivan en especial del principio del Estado social, que está formalizado en el artículo 20, apartado 1, y en el artículo 28, apartado 1, de la Constitución Federal<sup>13</sup>. Jugando conjuntamente con la garantía de la dignidad humana, el Tribunal Federal Constitucional ha reconocido, a partir del artículo 1, apartado 1, y del artículo 20, apartado 1, de la Constitución Federal, el derecho fundamental a la garantía de un mínimo existencial acorde con la dignidad humana, que asegure a aquellos que se encuentran en situación de necesidad los correspondientes medios que sean imprescindibles para su existencia física y una participación mínima en la vida social, cultural y política<sup>14</sup>.

7. Según el artículo 74, apartado 1, núms. 7, 12 y 13, de la Constitución Federal, son objeto de legislación concurrente, entre otras cosas, «la atención pública», «el Derecho del Trabajo, incluido ... el Derecho de prevención de riesgos laborales y la colocación laboral, así como los seguros sociales, incluido el seguro de desempleo», y «la regulación de las medidas de formación». En el ámbito de la legislación concurrente, según el artículo 72, apartado 1, de la Constitución Federal, los Estados federados tienen el poder de crear normas, supuesto siempre que la Federación no haya hecho uso de su competencia legislativa por medio de una ley. Sin embargo, esto es lo que ha ocurrido ampliamente en el Derecho de la Seguridad Social, de manera que se trata, en lo esencial, de Derecho federal<sup>15</sup>. Representan excepciones, por ejemplo, el subsidio estatal de ceguera de Renania-Palatinado, el subsidio de readaptación profesional de Baviera, o las leyes de hospitales de los Estados Federados<sup>16</sup>. Según el artículo 73, apartado 1, núm. 13, de la Constitución Federal, corresponde a la Federación la competencia legislativa exclusiva sobre «asistencia de los dañados por la guerra y de los inválidos de guerra, y la atención a los antiguos prisioneros de guerra».

8. El legislador autoriza en muchos ámbitos la actualización de las normas de seguridad social a las cambiantes circunstancias económicas y sociales, dado que el Derecho de la Seguridad Social está impactado de modo especial por los cambios económicos y sociales<sup>17</sup>. Con este propósito, se autorizó por ley al Gobierno federal a adoptar reglas concretas por medio de reglamento. Así, hay que mencionar por ejemplo, con fecha de efectos de 1 julio 2018, y con base en la autorización del parágrafo 69, apartado 1, del Libro VI del Código de Seguridad Social<sup>18</sup>, el Reglamento sobre disposiciones relativas a la cuantía de las pensiones correspondientes a 2018, que llevó a cabo un incremento de las pensiones del 3,22%, en los antiguos Estados federados, y del 3,37%, en los nuevos Estados federados<sup>19</sup>.

9. Los estatutos públicos promulgados por las entidades gestoras de seguridad social, en el marco de su autonomía otorgada legalmente, constituyen una fuente normativa

<sup>13</sup> En alemán original, *Grundgesetz* o, en su abreviatura oficial, GG.

<sup>14</sup> Tribunal Federal Constitucional, 9 febrero 2010, 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, y 1 BvL 4/09, NJW [= Neue Juristische Wochenschrift (C.H. Beck - Múnich)] 2010, 505.

<sup>15</sup> Detalladamente, MUCKEL, S. y OGOREK, M., *Sozialrecht*, 4ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2011), § 2, marg. 4.

<sup>16</sup> KOPPENS-SPIES, K. VON, *Sozialrecht*, Mohr Siebeck (Tubinga, 2018), marg. 13. Sobre la inadmisibilidad de una normativa federal del subsidio de cuidados, a que se refiere el artículo 72, apartado 2, de la Constitución Federal, cfr. Tribunal Federal Constitucional, 21 julio 2015, 1 BvF 2/13, NJW 2015, 2399.

<sup>17</sup> EICHENHOFER, E., *Sozialrecht*, 10ª ed., cit., marg. 162.

<sup>18</sup> En alemán original, Sozialgesetzbuch Sechstes Buch – Gesetzliche Rentenversicherung o, en su abreviatura oficial, SGB VI.

<sup>19</sup> *Boletín Oficial Federal*, 2018 I, 838.

adicional<sup>20</sup>. Así, por ejemplo, al amparo del párrafo 15, apartado 1, del Libro VII del Código de Seguridad Social, las entidades gestoras del seguro de accidentes de trabajo promulgan como Derecho autónomo normas preventivas de accidentes de trabajo, sobre medidas para prevenir que se produzcan accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y riesgos para la salud vinculados al trabajo, o para unos primeros auxilios eficaces, supuesto que esto sea adecuado y necesario para la prevención, y que no se hayan adoptado normas estatales de prevención de riesgos laborales a ese respecto.

10. De la jerarquía normativa se deriva que el Derecho de rango inferior debe respetar las disposiciones del Derecho de rango superior. De acuerdo con ello, las normas infralegales, como los estatutos y reglamentos, están vinculadas por las disposiciones legales, y el mismo Derecho legal debe mantenerse en el marco del Derecho constitucional<sup>21</sup>.

### 3. REGULACIÓN LEGAL

11. Las disposiciones de seguridad social están principalmente reunidas en el Código de Seguridad Social.<sup>22</sup> Este último empezó a promulgarse en el año 1976 con el Libro I –Parte General–, al que siguió en 1977 el Libro IV –Normas comunes sobre aseguramiento de seguridad social–, en 1981 y 1983 el Libro X –Procedimiento administrativo de seguridad social y protección de datos–, en 1989 el Libro V –Seguro legal de enfermedad–, en 1991 el Libro VIII –Asistencia de niños y jóvenes–, en 1992 el Libro VI –Seguro legal de pensiones–, en 1995 el Libro XI –Seguro social de dependencia–, en 1997 el Libro VII –Seguro legal de accidentes de trabajo–, en 1998 el Libro III –Promoción del empleo–, en 2001 el Libro IX –Rehabilitación y participación de personas discapacitadas–, así como en 2005 el Libro II –Protección básica de los demandantes de empleo– y el Libro XII –Asistencia social–<sup>23</sup>. Este proceso continúa, y actualmente existe un proyecto de referencia para el Libro XIII, que debe regular el ámbito de la reparación extraordinaria de seguridad social<sup>24</sup>. Para las leyes todavía no integradas en el Código de Seguridad Social, el párrafo 68 del Libro I se sirve de una

<sup>20</sup> Fundamental, sobre estatutos de Derecho público, cfr. Tribunal Federal Constitucional, 14 julio 1959, 2 BvF 1/58, BVerfGE [= Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) - Tubinga] 10, 20, 49 y ss.

<sup>21</sup> EICHENHOFER, E., *Sozialrecht*, 10ª ed., cit., marg. 165.

<sup>22</sup> Comentarios de referencia sobre el Código de Seguridad Social en conjunto: GIESEN, R., KREIKEBOHM, R., ROLFS, C. y UDSCHING, P. (Editores), *Beck-online-Kommentar Sozialrecht (BeckOK SozR)*, Actualización de la versión online: 2018; HAUCK, K. y NOFTZ, W. (Fundadores), *Sozialgesetzbuch*, Actualización de los fascículos: 2018; KNICKREHM, S., KREIKEBOHM, R. y WALTERMANN, R. (Editores), *Kommentar zum Sozialrecht*, 5ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2017); SCHLEGEL, R. y VOELZKE, T. (Editores), *Juris-Praxiskommentar-SGB*, Actualización de la versión online: 2018. Además, cfr. BRALL, N., KERSCHBAUMER, J., SCHEER, U. y WESTERMANN, B. (Editores), *Sozialrecht*, 2ª ed., Bund (Frankfurt a.M., 2017).

<sup>23</sup> En alemán original, Sozialgesetzbuch Erstes Buch – Allgemeiner Teil o, en su abreviatura oficial, SGB I; Sozialgesetzbuch Zweites Buch – Grundsicherung für Arbeitssuchende (SGB II); Sozialgesetzbuch Drittes Buch – Arbeitsförderung (SGB III); Sozialgesetzbuch Viertes Buch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV); Sozialgesetzbuch Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V); Sozialgesetzbuch Sechstes Buch – Gesetzliche Rentenversicherung (SGB VI); Sozialgesetzbuch Siebtes Buch – Gesetzliche Unfallversicherung (SGB VII); Sozialgesetzbuch Achtes Buch – Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII); Sozialgesetzbuch Neuntes Buch – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen (SGB IX); Sozialgesetzbuch Zehntes Buch – Sozialverfahren und Sozialdatenschutz (SGB X); Sozialgesetzbuch Elfes Buch – Soziale Pflegeversicherung (SGB XI) y Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch – Sozialhilfe (SGB XII).

<sup>24</sup> Sobre proyectos de ley, cfr. SCHMIDT, S. y SÜSSKIND, B., *NZS* [= Neue Zeitschrift für Sozialrecht (C.H. Beck - Múnich)] 2017, 452.

ficción: las leyes allí expresamente mencionadas se consideran, hasta su inclusión en el Código de Seguridad Social, como partes especiales del mismo. Mientras que las normas del Libro I y del Libro X se aplican a todo el Código de Seguridad Social, las normas del Libro IV sólo son relevantes para el Derecho del aseguramiento social. Las cuestiones procesales se regulan fuera del Código de Seguridad Social, en la Ley de tribunales de seguridad social<sup>25</sup>.

### 3.1. DISPOSICIONES GENERALES

12. El Libro I del Código de Seguridad Social, en cuanto que Parte General, afecta al conjunto del Derecho de la Seguridad Social<sup>26</sup>. En él se definen, en primer lugar, las funciones del Código de Seguridad Social y los derechos subjetivos de seguridad social (parágrafos 1-10 del Libro I del Código de Seguridad Social). Siguen los preceptos conceptuales (parágrafos 11 a 29 del Libro I del Código de Seguridad Social), en los que se mencionan las prestaciones de seguridad social reguladas en detalle en los concretos Libros del Código de Seguridad Social, así como las entidades gestoras competentes. Finalmente, la Tercera División (parágrafos 30-67 del Libro I del Código de Seguridad Social) contiene los preceptos comunes a todos los ámbitos prestacionales del Código de Seguridad Social.

13. El Libro X del Código de Seguridad Social afecta igualmente al conjunto del Derecho de la Seguridad Social, bajo el rótulo Procedimiento administrativo de seguridad social y protección de datos de seguridad social<sup>27</sup>. El primer Capítulo se destina al procedimiento administrativo de seguridad social (parágrafos 1-66), el segundo Capítulo a la protección de datos de seguridad social (parágrafos 67-85a), mientras que el tercer Capítulo regula la cooperación entre las entidades gestoras y sus relaciones con terceros.

### 3.2. PROTECCIÓN ORDINARIA DE SEGURIDAD SOCIAL

14. La protección ordinaria de seguridad social comprende ante todo el ámbito de los seguros sociales legales, que aseguran a un círculo delimitado de personas, en especial frente a la pérdida de ingresos y el exceso de gastos basados en los riesgos típicos de la vida, como la enfermedad, la maternidad, el accidente de trabajo, la vejez, la invalidez, la muerte del obligado a prestar alimentos, el desempleo o la dependencia, basándose esto en lo esencial en las cotizaciones del asegurado, y sin que se requiera ninguna necesidad económica<sup>28</sup>. En relación con ello, no son sólo relevantes los Libros I y X del Código de Seguridad Social,

<sup>25</sup> En alemán original, *Sozialgerichtsgesetz* o, en su abreviatura oficial, *SGG*.

<sup>26</sup> Respecto de comentarios de referencia, cfr. EICHENHOFER, E., KOPPENFELS-SPIES, K. VON, WENNER, U. (Editores), *SGB I*, 2ª ed., Luchterhand (Múnich, 2018); MROZYNSKI, P., *SGB I – Sozialgesetzbuch Allgemeiner Teil*, 5ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2014), así como *supra*, nota 22, y *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht (infra*, nota 29).

<sup>27</sup> Comentarios especializados: DIERING, B. (Editor), *Sozialgesetzbuch X*, 4ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2016); EICHENHOFER, E., WENNER, U. (Editores), *SGB X*, 2ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2018); WULFFEN, M. VON, SCHÜTZE, B. (Fundador/Editor), *SGB X – Sozialverfahren und Sozialdatenschutz*, 8ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2014), así como *supra*, nota 22, y *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht (infra*, nota 29).

<sup>28</sup> WALTERMANN, R., *Sozialrecht*, 13ª ed., C.F. Müller (Heidelberg, 2018), marg. 78.

sino también el Libro IV del Código de Seguridad Social, que contiene los preceptos comunes al aseguramiento social<sup>29</sup>.

15. El seguro social más antiguo en Alemania es el seguro legal de enfermedad, que se remonta al año 1884, y que está codificado en el Libro V del Código de Seguridad Social<sup>30</sup>. Un año después se estableció el seguro legal de accidentes de trabajo, que está regulado actualmente en el Libro VII del Código de Seguridad Social<sup>31</sup>. Desde 1891, existe el seguro legal de pensiones, cuyos fundamentos jurídicos se encuentran en el Libro VI del Código de Seguridad Social<sup>32</sup>. El seguro de desempleo, que fue introducido en Alemania en 1927, es parte de la promoción del empleo. Las normas correspondientes hay que encontrarlas, en la actualidad, especialmente en el Capítulo Segundo (parágrafo 22-28a) y en el Capítulo Cuarto (parágrafo 136-175) del Libro III del Código de Seguridad Social<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Comentarios de referencia sobre el Derecho del aseguramiento social en conjunto: KÖRNER, A., LEITHERER, S., MUTSCHLER, B. y ROLFS, C. (Editores), *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht*, Actualización de los fascículos: 100ª entrega suplementaria, junio 2018, así como *supra*, nota 22; sobre el Libro IV del Código de Seguridad Social: EICHENHOFER, E. y WENNER, U. (Editores), *SGB IV: Gemeinsame Vorschriften zur Sozialversicherung*, 2ª ed., Luchterhand (Múnich, 2018); KRAUSKOPF, D. (Fundador), *Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung*, Actualización de los fascículos: 99ª entrega suplementaria, junio 2018; KREIKEBOHM, R. (Editor), *SGB IV: Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften*, 3ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2018); WINKLER, J., *Sozialgesetzbuch IV*, 2ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2016).

<sup>30</sup> Cfr., entre otros, BECKER, U. y KINGREEN, T. (Editores), *SGB V – Gesetzliche Krankenversicherung*, 6ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2018); EICHENHOFER, E., KOPPENFELS-SPIES, K. VON y WENNER, U. (Editores), *SGB V*, 3ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2018); ORLOWSKI, U. y REMMERT, J. (Editores), *GKV-Kommentar SGB V*, Actualización de los fascículos: 48ª Actualización 2018; así como *supra*, nota 22, KRAUSKOPF, D. (Fundador), *Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, y Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht* (ambos *supra*, nota 29).

<sup>31</sup> BECKER, H., FRANKE, E. y MOLKENTIN, T. (Editores), *Sozialgesetzbuch VII*, 5ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2018); KRASNEY, O.-E., BURCHARDT, K., KRUSCHINSKY, M., BECKER, P. (Editores), *Gesetzliche Unfallversicherung (SGB VII)*, Actualización de los fascículos: 30ª Actualización, enero 2018; LAUTERBACH, H. (Editor), *Unfallversicherung – Sozialgesetzbuch VII*, Actualización de los fascículos: 65ª Actualización, enero 2018; SCHMITT, J., *SGB VII – Gesetzliche Unfallversicherung*, 4ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2009); EICHENHOFER, E. y WENNER, U. (Editores), *SGB VII*, 2ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2018), así como *supra*, nota 22, KRAUSKOPF, D. (Fundador), *Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, y Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht* (ambos *supra*, nota 29).

<sup>32</sup> Cfr., entre otros, DALICHAU, G. y GRÜNER, B. (Editores), *SGB VI – Rentenversicherung*, Actualización de los fascículos: julio 2018; EICHENHOFER, E. y WENNER, U. (Editores), *SGB VI*, Luchterhand (Múnich, 2014); EICHER, W., HAASE, W. y RAUSCHENBACH, F. (Editores), *Die Rentenversicherung im SGB*, Actualización de los fascículos: 99ª Actualización, julio 2018; KREIKEBOHM, R. (Editor), *SGB VI: Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Rentenversicherung*, 5ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2017); REINHARDT, H. y SILBER, W. (Editores), *Sozialgesetzbuch VI: SGB VI*, 4ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2018); RULAND, F. y FÖRSTERLING, J. (Editores), *GK-SGB VI*, Actualización de los fascículos: 2018; así como *supra*, nota 22, KRAUSKOPF, D. (Fundador), *Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, y Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht* (ambos *supra*, nota 29).

<sup>33</sup> Ambs, F., Feckler, K., Götze, B., Hess, H., Lampe, C., Marschner, A., Müller-Kohlenberg, L., Rademacher, M., Schweitzer, R., Wagner, K.-P. y Wurtmann, J., *Gemeinschaftskommentar zum Arbeitsförderungsrecht (GK-SGB III)*, Actualización de los fascículos: septiembre 2018; Banafsche, M., Körttek, Y. y Kruse, J., *Sozialgesetzbuch III*, 2ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2015); Brand, J. (Editor), *Sozialgesetzbuch – Arbeitsförderung SGB III*, 8ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2018); Eicher, W. y Schlegel, R. (Editores), *SGB III – Arbeitsförderungsrecht*, Actualización de los fascículos: 2018; Gagel, A. (Fundador), *SGB II/SGB III*, Actualización de los fascículos: 70ª entrega suplementaria, junio 2018; Mutschler, B., Schmidt-de Caluwe, R. y Coseriu, P. (Editores), *Sozialgesetzbuch III*, 6ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2017); así como *supra*, nota 22, Krauskopf, D. (Fundador), *Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, y Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht* (ambos *supra*, nota 29).

Finalmente, el seguro social más reciente es el seguro social de dependencia, que existe desde 1995 y está regulado en el Libro XI del Código de Seguridad Social<sup>34</sup>.

16. Para concretos grupos especiales de personas, que están comprendidas en los seguros sociales, se aplican leyes especiales. Aquí hay que mencionar, en primer lugar, a los agricultores, a los que se aplica la Ley sobre el seguro de vejez de los agricultores<sup>35</sup> y la Segunda Ley del seguro de enfermedad de los agricultores<sup>36</sup>. Los artistas y publicistas autónomos están incluidos en la Ley del seguro social de los artistas<sup>37</sup>. Para los mineros, se aplica la Ley de transición de pensiones<sup>38</sup>, y para expulsados y emigrantes de origen alemán, la Ley de pensiones para extranjeros<sup>39</sup>.

### 3.3. REPARACIÓN EXTRAORDINARIA DE SEGURIDAD SOCIAL

17. La reparación extraordinaria de seguridad social sirve al aseguramiento frente a resultados dañosos, frente a los que no es posible o es inútil el aseguramiento, y en los que existe un ámbito de responsabilidad de la comunidad, como puede suceder, por ejemplo, con la guerra, las catástrofes o las acciones de salvamento por terceros. Y de ahí que requieran financiación por medio de impuestos y que no precisen de ninguna prueba de la necesidad<sup>40</sup>.

18. En el futuro, este ámbito se regulará sobre todo por medio del Libro XIII del Código de Seguridad Social. Actualmente, el «seguro de accidente de trabajo impropio» ya está comprendido en el Libro VII del Código de Seguridad Social<sup>41</sup>. En él, se contienen las disposiciones sobre prestaciones financiadas con recursos públicos en los accidentes ocurridos a los participantes en actos de salvamento, donantes de sangre y de órganos, cuidadores de niños, maestros, estudiantes o actividades de voluntariado, que hay que otorgar como a los trabajadores asegurados en caso de accidente de trabajo (parágrafo 2, apartado 1, núm. 13a, b, y núms. 8a-c, del Código de Seguridad Social)<sup>42</sup>. Por lo demás, todavía es decisiva la Ley federal de atención<sup>43</sup>, que regula la atención a las víctimas de la guerra, a la

<sup>34</sup> DALICHAU, G. (Editor), *SGB XI*, 2ª ed., Luchterhand (Múnich, 2018); KRAHMER, U. y PLANTHOLZ, M. (Editores), *Sozialgesetzbuch XI – Soziale Pflegeversicherung*, 5ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2017); MÖWISCH, A., WASEM, J. y HEBERLEIN, I. (Editores), *SGB-XI-Kommentar – Pflegeversicherung*, Actualización de los fascículos: 37ª Actualización, julio 2018; UDSCHING, P. y SCHÜTZE, B., *SGB XI – Soziale Pflegeversicherung*, 5ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2018); así como *supra*, nota 22, KRAUSKOPF, D. (Fundador), *Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, y Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht* (ambos *supra*, nota 29).

<sup>35</sup> En alemán original, *Gesetz über die Alterssicherung der Landwirte* o, en su abreviatura oficial, ALG; comentario de referencia, DÜSING, R.M. y MARTINEZ, J., *Agrarrecht*, C.H. Beck (Múnich, 2016).

<sup>36</sup> En alemán original, *Zweites Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte* o, en su abreviatura oficial, KVLG 1989.

<sup>37</sup> En alemán original, *Künstlersozialversicherungsgesetz* o, en su abreviatura oficial, KSVG; comentario de referencia, FINKE, H., BRACHMANN, W. y NORDHAUSEN, W., *Künstlersozialversicherungsgesetz: KSVG*, 4ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2009).

<sup>38</sup> En alemán original, *Rentenüberleitungsgesetz* o, en su abreviatura oficial, RÜG.

<sup>39</sup> En alemán original, *Fremdrentengesetz* o, en su abreviatura oficial, FRG.

<sup>40</sup> WALTERMANN, R., *Sozialrecht*, 13ª ed., C.F. Müller (Heidelberg, 2018), marg. 78.

<sup>41</sup> Véase *supra*, nota 29.

<sup>42</sup> PETRI-KRAMER, C., en: PLAGEMANN, H. (Editor) *Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht*, 5ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2018), § 34, marg. 4.

<sup>43</sup> En alemán original, *Bundesversorgungsgesetz* o, en su abreviatura oficial, BVG.

que remiten numerosas normas y que deberá ser derogada por el Libro XIII del Código de Seguridad Social<sup>44</sup>.

### 3.4. PROMOCIÓN Y ASISTENCIA SOCIALES

19. Las prestaciones de promoción social o de asistencia social se financian igualmente por el Estado, pero la concesión se lleva a cabo, como regla general, sobre la base de una necesidad individual<sup>45</sup>. Mientras que la promoción social debe otorgar sobre todo igualdad de oportunidades y posibilidades de desarrollo social igual, la asistencia social se orienta a la compensación de debilidades prestacionales especiales, para asegurar el mínimo vital<sup>46</sup>.

20. A la promoción social puede orientarse, por ejemplo, el Libro IX del Código de Seguridad Social<sup>47</sup>, que se ha dotado de una completa nueva redacción, en vigor desde 1 enero 2018, y que afecta a la rehabilitación y participación de las personas con discapacidades. También hay que asignar al ámbito de la promoción social el derecho de promoción en el trabajo regulado en el Libro III del Código de Seguridad Social<sup>48</sup>, separado del ámbito del seguro de desempleo. Aquí se cuentan, además, la Ley federal de promoción de la formación profesional<sup>49</sup>, la Ley federal del subsidio de hijos<sup>50</sup>, la Ley del subsidio de

<sup>44</sup> Cfr. parágrafo 80 de la Ley de atención a los soldados (en alemán original *Soldatenversorgungsgesetz* o, en su abreviatura oficial, SVG), parágrafo 47 de la Ley del servicio civil (en alemán original, *Zivildienstgesetz* o, en su abreviatura oficial, ZDG), parágrafos 4 y 5 de la Ley de ayuda a los reclusos (en alemán original *Häftlingshilfegesetz* o, en su abreviatura oficial, HHG), parágrafo 1 de la Ley de indemnización de víctimas (en alemán original, *Opferentschädigungsgesetz* o, en su abreviatura oficial, OEG), parágrafo 60 de la Ley de protección frente a las infecciones (en alemán original, *Infektionsschutzgesetz* o, en su abreviatura oficial, IfSG), parágrafo 2 de la Ley de ayuda anti-hepatitis (en alemán original, *Gesetz über die Hilfe für durch Anti-D-Immunprophylaxe mit dem Hepatitis-C-Virus infizierte Personen* o, en su abreviatura oficial, AntiDHG), parágrafos 21 y 22 de la Ley de rehabilitación en el ámbito penal (en alemán original, *Strafrechtliches Rehabilitierungsgesetz* o, en su abreviatura oficial, StrRehaG), parágrafos 3 y 4 de la Ley de rehabilitación en el ámbito administrativo (en alemán original, *Verwaltungsrechtliches Rehabilitierungsgesetz* o, en su abreviatura oficial, VwRehaG); parágrafos 2, 4, 7, 8 y 10 de la Ley de concesión de subvenciones (en alemán original, *Gesetz über den Abschluß von Unterstützungen der Bürger der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik bei Gesundheitsschäden infolge medizinischer Maßnahmen* o, en su abreviatura oficial, UntAbschlG), así como indirectamente el parágrafo 59, apartado 1, de la Ley federal sobre protección de las fronteras (en alemán original, *Bundesgrenzschutzgesetz* o, en su abreviatura oficial, BGSZ).

<sup>45</sup> KOKEMOOR, A., *Sozialrecht*, 8ª ed., cit., marg. 18.

<sup>46</sup> KOKEMOOR, A., *Sozialrecht*, 8ª ed., cit., marg. 16.

<sup>47</sup> Comentan su redacción actual: DAU, D.H., DÜWELL, F.J. y JOUSSEN, J. (Editores), *Sozialgesetzbuch IX*, 5ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2018); ERNST, K.F., ADLHOCH, U. y SEEL, H., *Sozialgesetzbuch IX*, Actualización de los fascículos: 33ª Actualización, mayo 2018; FELDES, W., KOHTE, W. y STEVENS-BARTOL, E. (Editores), *SGB IX – Sozialgesetzbuch Neuntes Buch*, 4ª ed., Bund (Frankfurt, a.M., 2018); KNITTEL, B., *SGB IX*, 11ª ed., Luchterhand (Múnich, 2018); NEUMANN, D., PAHLEN, R., WINKLER, J. y JABBEN, J., *Sozialgesetzbuch IX*, 13ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2018), así como *supra*, nota 22.

<sup>48</sup> Véase *supra*, nota 33.

<sup>49</sup> En alemán original, *Bundesausbildungsförderungsgesetz* o, en su abreviatura oficial, BaföG. Comentarios de referencia: RAMSAUER, U. (Editor), *Bundesausbildungsförderungsgesetz*, 6ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2016); ROTHE, F. y BLANKE, E.A. (Fundador/Editor), *Bundesausbildungsförderungsgesetz*, Actualización de los fascículos: 42ª Actualización, agosto 2017; véase, además, KNICKREHM, S., KREIKEBOHM, R. y WALTERMANN, R. (Editores), *Kommentar zum Sozialrecht*, 5ª ed., cit. *supra*, nota 22.

<sup>50</sup> En alemán original, *Bundeskindergeldgesetz* o, en su abreviatura oficial, BKGG. Comentario de referencia: FELIX, D., *Kindergeldrecht*, C.H. Beck (Múnich, 2005).

vivienda<sup>51</sup>, la Ley de mediación para la adopción<sup>52</sup>, el Primer, Segundo y Tercer Títulos de la Ley federal del subsidio de paternidad y del permiso parental<sup>53</sup>, así como la Ley del tiempo parcial de mayores<sup>54</sup>, que se aplican como partes especiales del Código de Seguridad Social, según el parágrafo 68 del Libro I del Código de Seguridad Social.

21. El Libro XII del Código de Seguridad Social representa el ámbito clásico de la asistencia social<sup>55</sup>, por lo que consecuentemente se rotula «Asistencia social». A asegurar igualmente el mínimo vital se orienta el Libro II del Código de Seguridad Social<sup>56</sup>, en el que se trata del aseguramiento básico de los demandantes de empleo<sup>57</sup>. Asimismo, el parágrafo 14 del Libro II del Código de Seguridad Social explicita que el principio de la promoción representa una perspectiva esencial de la ley. De ahí que sea posible la asignación del Libro II del Código de Seguridad Social a la promoción social<sup>58</sup>.

22. El Libro VIII del Código de Seguridad Social<sup>59</sup>, bajo el rótulo asistencia a la infancia y a la juventud, indica expresamente que hay que asignarlo a la asistencia social. La

<sup>51</sup> En alemán original, *Wohngeldgesetz* o, en su abreviatura oficial, WoGG. Al respecto, cfr. BeckOK-SozR, así como KNICKREHM, S., KREIKEBOHM, R. y WALTERMANN, R. (Editores), *Kommentar zum Sozialrecht*, 5ª ed., cit. *supra*, nota 22.

<sup>52</sup> En alemán original, *Adoptionsvermittlungsgesetz* o, en su abreviatura oficial, AdVerMiG. Comentada en HAUSMANN, R., *Internationales und Europäisches Familienrecht*, 2ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2018); y REINHARDT, J., KEMPER, R. y WEITZEL, W., *Adoptionsrecht*, 2ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2015).

<sup>53</sup> En alemán original, *Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz* o, en su abreviatura oficial, BEEG. Entre otros, cfr. BUCHNER, H. y BECKER, U., *Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz*, 8ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2008); RANCKE, F. (Editor), *Mutterschutz - Elterngeld - Elternzeit - Betreuungsgeld*, 5ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2018); WIEGAND, B., *BEEG: Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz*, Actualización de los fascículos: 20ª Actualización, enero 2018; así como KNICKREHM, S., KREIKEBOHM, R. y WALTERMANN, R. (Editores), *Kommentar zum Sozialrecht*, 5ª ed., cit. *supra*, nota 22.

<sup>54</sup> En alemán original, *Altersteilzeitgesetz* o, en su abreviatura oficial, AltTZG. Comentado en MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. y SCHMIDT, I. (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 18ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2018).

<sup>55</sup> Entre otros, cfr. BIERITZ-HARDER, R., CONRADIS, W. y THIE, S. (Editores), *Sozialgesetzbuch XII: Sozialhilfe*, 11ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2018); GRUBE, C. y WAHRENDORF, W., *SGB XII – Sozialhilfe mit Asylbewerberleistungsgesetz*, 6ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2018); LINHART, H. y ADOLPH, O. (Editores), *Sozialgesetzbuch II – Sozialgesetzbuch XII – Asylbewerberleistungsgesetz*, Actualización de los fascículos: septiembre 2018; OESTREICHER, E. (Fundador), *SGB II/SGB XII*, Actualización de los fascículos: 84ª entrega suplementaria, mayo 2018; SCHELLHORN, W., HOHM, K.-H. y SCHNEIDER, P. (Editor), *SGB XII*, 19ª ed., Luchterhand (Múnich, 2015), así como *supra*, nota 22.

<sup>56</sup> Entre otros, véase EICHER, W. y LUIK, S. (Editores), *SGB II: Grundsicherung für Arbeitsuchende*, 4ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2017); ESTELMANN, M. (Editor), *SGB II: Kommentar zum Sozialgesetzbuch II*, Luchterhand (Múnich, Actualización de los fascículos: 2018); HOHM, K.-H. (Editor), *Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch Zweites Buch (GK-SGB II)*, Actualización de los fascículos: junio 2018; MÜNDE, J. (Editor), *Sozialgesetzbuch II*, 6ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2017); así como GAGEL, A. (Fundador), *SGB II/SGB III* (cfr. *supra*, nota 33); OESTREICHER, E. (Fundador), *SGB II/SGB XII*, y LINHART, H. y ADOLPH, O. (Editores), *Sozialgesetzbuch II – Sozialgesetzbuch XII – Asylbewerberleistungsgesetz*, (citados ambos *supra*, nota 55); además, *supra*, nota 22.

<sup>57</sup> Por ello, se adscribe parcialmente al ámbito de la asistencia social. Por ejemplo, cfr. KOKEMOOR, A., *Sozialrecht*, 8ª ed., cit., marg. 16.

<sup>58</sup> En este sentido, EICHENHOFER, E., *Sozialrecht*, 10ª ed., cit., marg. 478, en conexión con el marg. 14.

<sup>59</sup> FIESELER, G., SCHLEICHER, H., BUSCH, M. y WABNITZ, R. (Editores), *GK-SGB VIII – Kinder- und Jugendhilferecht*, Actualización de los fascículos: 2018; KUNKEL, P.-C., KEPERT, J. y PATTAR, A.K. (Editores), *Sozialgesetzbuch VIII*, 7ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2018); MÜNDE, J., MEYSEN, T. y TRENCZEK, T. (Editores), *Frankfurter Kommentar SGB VIII*, 7ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2013); WIESNER, R., *SGB VIII – Kinder und Jugendhilfe*, 5ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2015), así como *supra*, nota 22.

misma asignación se aplica al Título Quinto de la Ley de conflictos sobre el embarazo<sup>60</sup>, así como a la Ley de anticipo del deber de alimentos<sup>61</sup>, comprendidas nuevamente en la ficción del parágrafo 68 del Libro I del Código de Seguridad Social.

### 3.5. LOS LITIGIOS DE SEGURIDAD SOCIAL

23. Una especialidad del Derecho alemán de Seguridad Social es la existencia de una jurisdicción de seguridad social propia. Las normas sobre ella están contenidas en la Ley de tribunales de seguridad social<sup>62</sup>, cuyo parágrafo 51 también establece en qué litigios está abierto el contencioso ante los tribunales de seguridad social. No obstante, supuesto que se trate de gestoras de Derecho administrativo que no tengan sólo competencias de seguridad social –como, especialmente, las ciudades, los distritos administrativos o las universidades–, resultan competentes los tribunales de lo contencioso-administrativo, según el parágrafo 40, apartado 1, de la Ley de tribunales de lo contencioso-administrativo<sup>63</sup>; esto se refiere, sobre todo, a los litigios sobre asistencia a la juventud, atención a víctimas de guerra, subsidio de vivienda, promoción de la formación profesional a que se refiere la Ley federal de promoción de la formación profesional, del sector hospitalario, así como asuntos del Derecho de personas discapacitadas<sup>64</sup>. Mientras que los asuntos a que se refiere la Ley federal de subsidio de hijos hay que atribuirlos a los tribunales de seguridad social, según el parágrafo 15, existe la competencia de los tribunales económico-administrativos para los aspectos tributarios del subsidio de hijos, a que se refiere el parágrafo 33, apartado 1, núm. 1, de la Ordenanza de tribunales económico-administrativos<sup>65</sup>, en conexión con los parágrafos 62 y ss. de la Ley del impuesto sobre la renta y de la Ordenanza fiscal<sup>66</sup>.

## 4. CONCLUSIÓN

24. El Derecho alemán de la Seguridad Social se regula sobre todo a través de leyes federales. Desde los años setenta se ha llevado a cabo su codificación en el Código de Seguridad Social, que comprende actualmente doce Libros, y en el futuro próximo cabe esperar un decimotercer Libro, sobre el Derecho a la reparación extraordinaria de seguridad social. Algunas leyes de seguridad social adicionales, cuyo texto permanece todavía fuera del Código de Seguridad Social, se consideran como partes especiales del Código de Seguridad Social, por medio de una ficción. Los litigios se desarrollan principalmente ante los tribunales de seguridad social.

<sup>60</sup> En alemán original, *Schwangerschaftskonfliktgesetz* o, en su abreviatura oficial, SchKG.

<sup>61</sup> En alemán original, *Unterhaltsvorschussgesetz* o, en su abreviatura oficial, UhVorschG. Comentarios de referencia: GRUBE, C., *UVG: Unterhaltsvorschussgesetz*, C.H. Beck (Múnich, 2009), así como KNICKREHM, S., KREIKEBOHM, R. y WALTERMANN, R. (Editores), *Kommentar zum Sozialrecht*, 5ª ed., cit. *supra*, nota 22.

<sup>62</sup> HAUCK, E. y BEHREND, N., (Fundadores/Editores), *Sozialgerichtsgesetz (SGG)*, Actualización de los fascículos: junio 2018; MEYER-LADEWIG, J., KELLER, W., LEITHERER, S. y SCHMIDT, B., *Sozialgerichtsgesetz: SGG*, 12ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2017); ROOS, E. y WAHRENDORF, V., *Sozialgerichtsgesetz*, C.H. Beck (Múnich, 2014); así como KNICKREHM, S., KREIKEBOHM, R. y WALTERMANN, R. (Editores), *Kommentar zum Sozialrecht*, 5ª ed., y BRALL, N., KERSCHBAUMER, J., SCHEER, U. y WESTERMANN, B. (Editores), *Sozialrecht*, 2ª ed., citados ambos *supra*, nota 22.

<sup>63</sup> En alemán original, *Verwaltungsgerichtsordnung* o, en su abreviatura oficial, VwGO.

<sup>64</sup> EICHENHOFER, E., *Sozialrecht*, 10ª ed., cit., marg. 257.

<sup>65</sup> En alemán original, *Finanzgerichtsordnung* o, en su abreviatura oficial, FGO.

<sup>66</sup> En alemán original, *Abgabenordnung* o, en su abreviatura oficial, AO.

Crónica  
Legislativa de  
Seguridad  
Social y  
materias  
conexas

MARÍA NIEVES MORENO VIDA  
*CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*  
*UNIVERSIDAD DE GRANADA*  
*MIEMBRO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ANDALUCÍA*

LABORUM



## 1. UNIÓN EUROPEA

**-Empleo.-** Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa» (DOUE C 440, 6-12-18)

-Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El impacto de la subsidiariedad y de la sobrerregulación en la economía y el empleo» (DOUE C 440, 6-12-18)

-Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La brecha digital de género» (DOUE C 440, 6-12-18)

-Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2018, sobre la aplicación de la Iniciativa de Empleo Juvenil en los Estados miembros (DOUE C 458, 19-12-18)

**-Movilidad.-** Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Autoridad Laboral Europea» (DOUE C 440, 6-12-18)

-Dictamen del Comité Europeo de las Regiones — Creación de una Autoridad Laboral Europea (DOUE C 461, 21-12-18)

**-Protección social.-** Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia» (DOUE C 440, 6-12-18)

**-Seguridad y salud laborales.-** Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 2004/37/CE, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo (DOUE C 440, 6-12-18)

**-Circulación.-** Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores [COM (2018) 789, 4-12-18)

## 2. PROTECCIÓN SOCIAL

**-Revalorización de pensiones públicas y otras medidas urgentes.-** Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social y de empleo (BOE 29-12-18). (Corrección de errores BOE 21-1-19). Resolución de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación de este RDL (BOE 29-1-19).

Este Real Decreto-ley aborda, como cuestión urgente y prioritaria, la revalorización de las pensiones y otras prestaciones públicas en el año 2019 de acuerdo con el IPC previsto.

-Se revalorizan en 2019 las pensiones y otras prestaciones públicas con el incremento del 1,6 por ciento respecto del importe que habrían tenido en 2018 si se hubieran revalorizado en el mismo porcentaje que el valor medio de la variación porcentual interanual del IPC de cada uno de los meses desde diciembre de 2017 hasta noviembre de 2018, que en 2018 es del 1,7 por ciento. No será de aplicación en 2019 lo dispuesto en los artículos 58 LGSS y 27 Ley de Clases Pasivas del Estado.

-Se establece que en el plazo de seis meses, el Gobierno adoptará las medidas necesarias para modificar los artículos citados y establecer, en el marco del diálogo social y de acuerdo con las recomendaciones de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, un mecanismo de revalorización de las pensiones que garantice el mantenimiento de su poder adquisitivo preservando la sostenibilidad social y financiera del sistema de Seguridad Social.

-Como complemento a este título primero se añaden los anexos I y II, recogiendo en el anexo I las cuantías mínimas de pensión, límites y otras pensiones públicas para el año 2019, mientras que en el anexo II se recogen las cuantías para el año 2018. Resulta imprescindible detallar las cuantías de 2018 puesto que las cuantías mínimas de pensión no tienen la consideración de pensiones, sino importes no consolidables a garantizar a los pensionistas que cumplen unos determinados requisitos de rentas. Por ello, lo que se revalorizan son las pensiones que tiene reconocidas cada pensionista y posteriormente, si se cumplen los requisitos establecidos, se reconoce un complemento a mínimo hasta alcanzar la cuantía mínima correspondiente. El complemento no es consolidable.

-Se acometen una serie de reformas de calado que van a afectar al colectivo de trabajadores autónomos (fruto del diálogo social con los representantes de los diversos colectivos de trabajadores autónomos), de tal modo que, con efectos de 1 de enero de 2019 se va a incrementar el ámbito de protección del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, al incorporar de modo obligatorio la totalidad de las contingencias que hasta el momento tenían carácter voluntario, como la protección por cese de actividad y las contingencias profesionales.

También se mejora la intensidad de alguna de estas coberturas, como la relativa a la protección por cese de actividad, en la que se duplica el período de percepción de su abono respecto del previsto en la actualidad, o se hace a cargo de dicha modalidad de protección el abono de la cotización por todas las contingencias del trabajador por cuenta propia a partir del día 61 de incapacidad temporal con derecho a prestación económica.

-Se extienden a los trabajadores por cuenta propia agraria los beneficios en la cotización de la tarifa plana de los trabajadores autónomos establecidos en los artículos 31 y 32 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, creándose a tal efecto los nuevos artículos 31 bis y 32 bis en dicha norma legal.

-Se fija en esta norma –ante la falta de aprobación de la LPGE para el año 2019 y, por tanto, la prórroga automática de los Presupuestos del presente ejercicio– el incremento del tope máximo y de las bases máximas y mínimas de cotización de los diferentes regímenes del sistema. Igualmente se fijan los nuevos tipos de cotización en los casos en que lo exijan

las modificaciones apuntadas, al objeto de soportar el incremento de gasto que implica la mejora del ámbito protector que esta norma supone.

En este sentido, se incrementa en un 7 por ciento el tope máximo de cotización en la Seguridad Social y se incrementan las bases mínimas de cotización en el porcentaje experimentado para el año 2019 por el Salario Mínimo Interprofesional, en el entorno de un 22 por ciento. No obstante, esto no se traslada en su integridad al colectivo de trabajadores autónomos, cuyas bases mínimas se incrementan en un 1,25 por ciento, conforme a los acuerdos con las entidades más representativas del sector en tanto se procede a modificar de modo sustancial la forma en que se determina la cotización en este régimen especial de la Seguridad Social.

-Para luchar contra la precariedad en el empleo, y especialmente contra el abuso en la celebración de contratos temporales de corta duración, se adoptan una serie de medidas urgentes que pretenden, desde la perspectiva de Seguridad Social, equiparar la protección social de los trabajadores que suscriben este tipo de contratos con quienes han podido suscribir un contrato de trabajo con una duración más amplia, así como incrementar las cotizaciones en estos contratos como medida disuasoria para el empresario. A tal efecto, se modifica el artículo 151 LGSS con el objetivo de elevar el incremento en la cotización por la celebración de este tipo de contratos hasta el 40 por ciento.

A su vez, este incremento en la cotización va ligado a una mejora de la protección social de estos trabajadores, mediante la introducción de un nuevo artículo 249 bis LGSS para aplicar a los días efectivamente trabajados y cotizados un «coeficiente de temporalidad», que se corresponde con el incremento en la cotización antes señalado, y que permite al trabajador reunir un mayor número de días en alta para el acceso a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social.

-Se refuerza la lucha contra el uso fraudulento de la figura del trabajador autónomo mediante la inclusión de un nuevo tipo de infracción grave, con su correspondiente sanción, que penaliza esta conducta.

-Se aplaza, en la disposición adicional segunda, como se ha venido haciendo en las LPGE, la entrada en vigor de determinados artículos de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, relativos a los trabajadores por cuenta propia que ejerzan su actividad a tiempo parcial, debido a que todavía no se han podido determinar cuáles podrían ser las condiciones necesarias que permitan extender a tales trabajadores la normativa reguladora del trabajo a tiempo parcial y su entrada en vigor podría provocar graves problemas para su aplicación.

-La disposición adicional tercera suspende para las cotizaciones que se generen durante el año 2019 el sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales por disminución de la siniestralidad laboral, a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral, regulada en el Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo, una vez comprobadas las distorsiones y desproporcionada disminución de ingresos que las modificaciones introducidas por dicho real decreto generan respecto de la cotización por contingencias profesionales. Además, durante el año 2019 se procederá a la reforma del real decreto antes citado.

-La disposición adicional cuarta modifica el sistema de cotización en el Sistema Especial para manipulado y empaquetado del tomate fresco con destino a la exportación, dentro del Régimen General de la Seguridad Social, cuya finalidad es incrementar los ingresos del sistema.

-La disposición adicional quinta determina la inclusión en el Sistema de Seguridad Social de la actividad consistente en participar en programas de formación, la realización de prácticas no laborales en empresas y la realización prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, dentro del Régimen General de la Seguridad Social, como asimiladas a trabajadores por cuenta ajena, para poner fin a su situación de desprotección.

-Por último, la disposición adicional sexta establece las especialidades en materia de cotización en relación con el anticipo de la edad de jubilación de los miembros del Cuerpo de la Ertzaintza, incrementando a partir del 1 de enero de 2019 el tipo de cotización adicional establecido a ese objeto al 9,90 por ciento.

El título II del real decreto-ley y varias disposiciones de la parte final introducen diversas medidas urgentes en materia laboral y de empleo.

-En relación con la protección por desempleo, se reducen a veinte el número de jornadas necesarias para el acceso al subsidio por desempleo y a la renta agraria por parte de los trabajadores eventuales agrarios afectados por el descenso de actividad provocado por las lluvias torrenciales acaecidas en determinadas zonas de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Se aplica a las provincias de la Comunidad Autónoma de Andalucía definidas en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2018.

-Se introducen reglas específicas de afectación en los convenios colectivos que utilizan el salario mínimo interprofesional como referencia para determinar la cuantía o el incremento del salario base o de complementos salariales, debido al incremento del SMI en un 22,3 por ciento en 2019; además se establece una habilitación legal que dé cobertura a disposiciones reglamentaria dirigidas a desvincular de dicho incremento las normas no estatales y los negocios jurídicos de naturaleza privada vigentes en el momento de entrada en vigor de este incremento.

-Se reinstaura la capacidad de los convenios colectivos de establecer jubilaciones obligatorias por edad. Los contratos extinguidos serán reemplazados, en ciertas condiciones legales, por nuevas contrataciones de desempleados o por transformaciones de temporales en indefinidos o de trabajadores contratados a tiempo parcial por contrataciones a tiempo completo.

-Se llevan a cabo modificaciones normativas para suprimir los tipos de contrato de trabajo o aquellos aspectos de su regulación que se han visto afectados por el descenso de la tasa de desempleo por debajo del 15 por ciento. En primer lugar, el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores (Ley 3/2012, de 6 de julio). En segundo lugar, la posibilidad de celebrar contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores menores de treinta años sin que sea de aplicación el límite máximo de edad establecido en el párrafo primero del artículo 11.2.a) ET, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición transitoria

2ª ET. En tercer lugar, las medidas establecidas en los arts. 9 a 13 y disposición transitoria 1ª de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, que afectan al contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, contratación indefinida de un joven por microempresas y empresarios autónomos, contratación en nuevos proyectos de emprendimiento joven, contrato de primer empleo joven e incentivos a los contratos en prácticas. Estas modalidades contractuales y medidas han de entenderse decaídas a futuro por las razones expuestas, por lo que es necesario proceder a su derogación expresa, así como introducir las disposiciones transitorias necesarias para mantener la vigencia de aquellos contratos que se hubieran celebrado con anterioridad al amparo de la normativa vigente en el momento de su celebración.

-Se mantiene el subsidio extraordinario de desempleo regulado en la disposición vigésima séptima LGSS, suprimiendo la condición de tasa de paro igual o superior al 15 por ciento, a través de la derogación del apartado 7 de la disposición adicional vigésima séptima LGSS. El Gobierno asume el compromiso de presentar un nuevo modelo de protección por desempleo asistencial en los cuatro primeros meses de 2019, que sustituya el hasta ahora vigente modelo complejo, disperso e ineficaz.

-Se suprime la ayuda económica de acompañamiento para aprendices beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, así como la bonificación específica en las cuotas empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social para incentivar la conversión en indefinidos de los contratos para la formación y el aprendizaje celebrados con jóvenes que hubieran percibido la ayuda económica de acompañamiento prevista en la disposición adicional centésima vigésima de la Ley 6/2018, al considerar que esta ayuda de acompañamiento no ha resultado eficaz, tanto por el número de solicitudes presentadas hasta la fecha, como por la tergiversación que ha introducido en el marco de las relaciones laborales de las empresas, que lleva a la paradójica situación de reconocer un mayor salario a los aprendices acogidos a esta medida respecto de quienes tutelan su actividad profesional. Por ello, se procede a su derogación.

-Lleva a cabo modificaciones en LGSS, ET, LETA, LISOS, Ley 42/2006, Ley Clases Pasivas, Ley 27/2011, RD 383/84

**-Jubilación de policías locales.- Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación a favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local (BOE 15-12-18)**

Conforme a lo previsto en el art. 206.1 LGSS, mediante este Real Decreto se reconoce el coeficiente reductor de la edad de jubilación al colectivo de policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local toda vez que, realizados los pertinentes estudios, se desprende que los requerimientos psicofísicos que se exigen para su ingreso en ese cuerpo de seguridad, así como el desarrollo de la actividad inherente a ese cuerpo, no pueden realizarse o resultan más gravosos a partir de una determinada edad, cumpliéndose así los requerimientos exigidos en el Real Decreto 1698/2011, de 18 de noviembre, para la reducción de la edad de acceso a la jubilación.

De esta forma, la edad ordinaria exigida para el acceso a la pensión de jubilación conforme al artículo 205.1.a) y la disposición transitoria séptima LGSS se reducirá para este

colectivo en un periodo equivalente al que resulte de aplicar a los años completos efectivamente trabajados como policía local el coeficiente reductor del 0,20.

La aplicación de la reducción de la edad de jubilación prevista en el apartado anterior en ningún caso dará ocasión a que la persona interesada pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior en 5 años a su edad ordinaria de jubilación, o en 6 años en los supuestos en que se acrediten 37 años de actividad efectiva y cotización, sin cómputo de la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias, por el ejercicio de dicha actividad. La anticipación de la edad de jubilación por aplicación de estos coeficientes reductores se condicionará tanto a la necesidad de tener cubierto el periodo de carencia de 15 años que se exige para acceder a dicha prestación como los 15 años de cotización como policía local necesarios para poder aplicar el coeficiente.

De acuerdo con lo establecido en el art. 206.1 LGSS y con la finalidad de mantener el equilibrio financiero del sistema, la aplicación de estos beneficios llevará consigo un incremento en la cotización a la Seguridad Social a efectuar en relación con dicho colectivo, lo que se ha establecido en la disposición adicional centésima sexagésima cuarta de la LPGE para 2018 (Ley 6/2018, de 3 de julio)

La Disposición transitoria primera de este Real Decreto establece la aplicación paulatina de los años de cotización efectiva como policía local para anticipar la edad de jubilación hasta 6 años respecto de la edad ordinaria. Así, los años de cotización efectiva como policía local para poder anticipar la edad de jubilación en 6 años con respecto a la edad ordinaria que corresponda serán exigidos de manera progresiva, de acuerdo con lo establecido en esta Disposición.

**-Cotización. Minería del Carbón.- Resolución de 4 de diciembre de 2018, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se establece el plazo especial para el ingreso de las diferencias resultantes de la aplicación de la Orden TMS/1289/2018, de 29 de noviembre, por la que se fijan para el ejercicio 2018 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón (BOE 17-12-18).**

Establece que las diferencias de cotización resultantes de la aplicación de lo dispuesto en la Orden TMS/1289/2018, de 29 de noviembre, por la que se fijan para el ejercicio 2018 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, respecto de las cotizaciones que a partir de 1 de enero de 2018 se hubieran efectuado hasta el mes anterior al de su publicación en el BOE, se ingresarán en un único plazo correspondiente al mes de enero de 2019.

**-Cotización. Trabajadores por cuenta ajena agrarios.- Resolución de 23 de enero de 2019, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se autoriza a diferir el pago de cuotas a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, durante los periodos de inactividad correspondiente a los meses de enero a abril de 2019 (BOE 26-1-19).**

El RDL 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, ha supuesto un aumento de las cuotas a ingresar por parte de los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, debido al incremento que se produce en las bases mínimas de cotización en el porcentaje experimentado para el año 2019 por el Salario Mínimo Interprofesional.

Al objeto de paliar las dificultades que, como consecuencia de ello, los referidos trabajadores en situación de inactividad puedan tener para el cumplimiento de sus obligaciones en materia de cotización a la Seguridad Social en los primeros meses del año, se considera necesario flexibilizar su cumplimiento mediante el diferimiento del plazo reglamentario para el ingreso de cuotas en situación de inactividad. Así, se permite que quienes hayan realizado un máximo de 50 jornadas reales cotizadas en el año 2018, difieran el plazo reglamentario de ingreso de las cuotas por inactividad de los meses de enero, febrero, marzo y abril de 2019, que deberán ingresarse mensualmente desde el mes de junio a septiembre de 2019, sin aplicación de recargo o interés alguno.

**-Cotización. Régimen Especial del Mar.- Orden TMS/40/2019, de 21 de enero, por la que se establecen para el año 2019, las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero (BOE 24-1-19).**

Mediante esta Orden se determinan, en función de los valores medios de las remuneraciones percibidas en el año 2018, las bases únicas para la cotización por contingencias comunes y profesionales según provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales.

**-Artistas. Cotización.- Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía (BOE 29-12-18). Resolución de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del RDL 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía (BOE 29-1-19).**

El informe aprobado por el Congreso de los Diputados aprobado el 7 de junio de 2018 demanda que el Gobierno apruebe medidas de urgencia sobre la creación artística, con el objetivo de mejorar las condiciones laborales de los creadores españoles. Las medidas se centran en los tres principales problemas que los representantes de la cultura trasladaron a la Subcomisión: la fiscalidad del sector; la protección laboral y de Seguridad Social; y la compatibilidad entre prestaciones por jubilación e ingresos por derechos de autor. Conforme a ello se aprueba este RDL que recoge recomendaciones de dicho informe.

El RDL incorpora un nuevo art. 249 ter LGSS, sobre cotización en el RGSS de los artistas en espectáculos públicos durante períodos de inactividad:

-Los artistas en espectáculos públicos podrán continuar incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social durante sus periodos de inactividad de forma voluntaria, siempre y cuando acrediten, al menos, 20 días en alta con prestación real de servicios en dicha actividad en el año natural anterior, debiendo superar las retribuciones percibidas por esos días la cuantía de tres veces el Salario Mínimo Interprofesional en cómputo mensual.

-Dicha inclusión deberá solicitarse a la TGSS entre los días 1 y 15 de enero de cada año y, de reconocerse, tendrá efectos desde el 1 de enero del mismo año.

-Esta inclusión en el Régimen General a que se refiere el apartado anterior será incompatible con la inclusión del trabajador en cualquier otro Régimen del sistema de la Seguridad Social, con independencia de la actividad de que se trate.

-El propio trabajador será el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar y del ingreso de las cuotas correspondientes.

-La base de cotización aplicable será la base mínima vigente en cada momento, por contingencias comunes, correspondiente al grupo 7 de la escala de grupos de cotización del Régimen General y el tipo de cotización aplicable será el 11,50 por ciento.

-Durante los períodos de inactividad, la acción protectora comprenderá las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes, así como jubilación. También quedará protegida la situación de la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia natural hasta que el hijo cumpla 9 meses, que no pueda continuar realizando la actividad laboral que dio lugar a su inclusión en el Régimen General como artista en espectáculos públicos a consecuencia de su estado, debiendo acreditarse dicha situación por la inspección médica del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

-Conforme a la Disposición transitoria única, la solicitud de inclusión en el RGSS como artista en inactividad en el año 2019 podrá realizarse hasta el 31 de marzo.

Se anuncia una norma reglamentaria sobre la compatibilidad de la pensión de jubilación con las actividades de aquellos profesionales dedicados a la creación artística que perciban por esa actividad derechos de propiedad intelectual. Igualmente, se anuncia la modificación de la regulación de la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos.

**-Planes de pensiones.- Resolución de 2 de enero de 2019, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publica el tipo de interés máximo a utilizar en los planes de pensiones respecto a las contingencias en que esté definida la prestación y para las que se garantice exclusivamente un tipo de interés mínimo o determinado en la capitalización de las aportaciones, de aplicación al ejercicio 2019 (BOE 10-1-19).**

Conforme a lo establecido en el art. 3.1a) de la Orden EHA/407/2008, de 7 de febrero, por la que se desarrolla la normativa de planes y fondos de pensiones en materia financiero-actuarial, del régimen de inversiones y de procedimientos registrales, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones hace público que el tipo de interés máximo utilizable para los planes de pensiones con relación a tales contingencias durante el ejercicio 2019 será el 1,57 por 100.

**-Reglamento de Cotización.- Real Decreto 17/2019, de 25 de enero, por el que se modifica el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre (BOE 7-2-2019)**

Como consecuencia de una importante laguna en el ordenamiento de la Seguridad Social no se está cotizando por las remuneraciones abonadas directamente a los empleados públicos en situación de dependencia funcional, puesto que las entidades públicas de las que dependen funcionalmente ni tienen la condición de empresario frente a la Seguridad Social, que es el sujeto obligado a cumplir la obligación de cotizar en el Régimen General, ni tampoco ninguna norma les ha designado como sujetos responsables de esa obligación en relación con dichas cantidades. Por otro lado, las entidades de las que este personal depende orgánicamente tampoco resultan responsables de la cotización por estas remuneraciones, ya que están totalmente desvinculadas de su abono.

La consecuencia es que, al no cotizarse por estos conceptos en estos supuestos, la base de cotización del empleado público no se corresponde con la remuneración que realmente percibe o tiene derecho a percibir, en contra de lo que establece el art. 147.1 LGSS.

Por ello, se considera necesario regular quién es el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar respecto de retribuciones, compensaciones, indemnizaciones u otros conceptos retributivos de similar naturaleza previstos normativamente en razón de los servicios que reciben de los empleados públicos que dependen funcionalmente de entidades públicas y que estas les abonan directamente con cargo a su propio presupuesto.

Este Real Decreto modifica el Reglamento general sobre cotización introduciendo un nuevo art. 70 bis, en el que se establece que las administraciones públicas, los organismos públicos y demás entidades de derecho público, vinculadas o dependientes de las mismas, así como los órganos constitucionales del Estado, serán responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar por las remuneraciones, compensaciones, indemnizaciones u otros conceptos retributivos de similar naturaleza que abonen directamente con cargo a su propio presupuesto a los empleados públicos que solo dependen de ellos funcionalmente y que estén

previstos en la normativa que les sea de aplicación. A tal fin, deberán ingresar tanto las aportaciones a su cargo como las de los empleados públicos a su servicio correspondientes a la cotización a la Seguridad Social, así como por conceptos de recaudación conjunta, en los mismos términos que las entidades de las que dicho personal dependa orgánicamente, a los únicos efectos de complementar la cotización a cargo de estas, sin que proceda aplicar la normativa establecida para cotizar en la situación de pluriempleo.

**-Prestaciones.- Orden TMS/103/2019, de 6 de febrero, por la que se modifica el anexo del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y se aprueba el modelo de declaración médica sobre la necesidad de cuidado continuo del menor (8-2-2019)**

En la actualidad, en el listado de enfermedades graves se incorporan, junto a las patologías bien definidas, cláusulas abiertas en algunos de sus apartados e, incluso, para algunas de las distintas enfermedades previstas en los mismos, lo que no sucede para las demás, con la consecuencia de que el acceso a la prestación del cuidado del menor se produce de forma más limitada en estas últimas, al concederse únicamente para las patologías listadas. Se considera necesario, tras los estudios, análisis e informes médicos elaborados, el mantenimiento de todas las enfermedades y/o procedimientos actualmente en vigor, con la incorporación en cada uno de los distintos apartados del listado del anexo de una cláusula abierta, al objeto de poder dar cobertura al resto de enfermedades graves y/o procedimientos quirúrgicos con patologías graves que, por indicación expresa facultativa, precisen de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio. Por otro lado, es necesario la aprobación de un Modelo de «Declaración médica para el cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave», al objeto de constatar la necesidad del cuidado continuo del menor para el reconocimiento de la prestación, conforme a lo previsto en el artículo 2.2 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio.

A través de esta Orden se modifica el anexo del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (que procederá a incorporar nuevas enfermedades, como la epidermólisis bullosa, el síndrome de Smith-Magenis o el síndrome de Behçety y a incorporar las cláusulas abiertas antes señaladas) y se aprueba el Modelo de «Declaración médica para el cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave».

**-Clases pasivas.- Real Decreto 71/2019, de 15 de febrero, por el que se regulan las pensiones e indemnizaciones del régimen de Clases Pasivas del Estado de los militares de complemento y de los militares profesionales de tropa y marinería con una relación de servicios de carácter temporal (BOE 16-2-2019)**

Mediante este Real Decreto se establece la nueva regulación de las pensiones e indemnizaciones del régimen de Clases Pasivas del Estado de los militares de complemento y a los militares profesionales de tropa y marinería con una relación de servicios de carácter temporal.

El nuevo modelo de protección se dirige a acercar la acción protectora del citado colectivo a la establecida por el Régimen General de la Seguridad Social, pero manteniendo el especial tratamiento que el Régimen de Clases Pasivas del Estado concede a las pensiones que derivan de acto de servicio.

### **3. RELACIONES DE TRABAJO Y EMPLEO**

***-Fondo de Garantía Salarial.- Resolución de 11 de diciembre de 2018, de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial, por la que se aprueba el modelo de certificación de créditos laborales incluidos en la lista de acreedores del procedimiento concursal, que ha de acompañarse con la solicitud de prestaciones de garantía salarial reguladas en el artículo 33 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 21-12-18).***

Se aprueba el modelo normalizado de certificación de inclusión de créditos laborales en el concurso de acreedores, que deberá acompañarse con la solicitud de prestaciones de garantía salarial reguladas en el art. 33 ET, debidamente cumplimentado por el administrador del concurso o por el órgano competente del mismo, cuando aquella se fundamente en la declaración de concurso de acreedores de la empresa.

***-Minería del carbón.- Real Decreto-ley 25/2018, de 21 de diciembre, de medidas urgentes para una transición justa de la minería del carbón y el desarrollo sostenible de las comarcas mineras (BOE 22-12-18).***

Contempla ayudas sociales por costes laborales para trabajadores de edad avanzada y bajas voluntarias indemnizadas. Igualmente, se extiende la vigencia del RD 676/2014, por el que se establece el régimen de ayudas por costes laborales destinadas a cubrir costes excepcionales vinculados a planes de cierre de unidades de producción de las empresas mineras del carbón.

***-Salario mínimo interprofesional.- Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019 (BOE 27-12-18).***

El SMI para 2019 queda fijado en 30 euros/día o 900 euros/mes, con reglas específicas de afectación a las referencias contenidas en normas no estatales y relaciones privadas.

***-Datos de carácter personal.- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE 6-12-18).***

-El art. 87 de esta Ley regula el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, puestos a disposición de los trabajadores y empleados públicos por su empleador, contemplando la facultad de empleador de acceder a los contenidos derivados de dicho uso “a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos”. Igualmente, se establece el deber de los empleadores de establecer, con participación de los representantes de los trabajadores, criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. El acceso por el empleador al contenido

de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Los trabajadores deberán ser informados de dichos criterios de utilización.

-El art. 88 reconoce el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral para trabajadores y empleados públicos, a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar adaptado a la naturaleza y objeto de la relación y sujeto a lo acordado colectivamente. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna a este respecto. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

-En el art. 89 se regula el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de cámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos, previstas en el art. 20.3 ET y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo, previa información expresa, clara y concisa a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes. Si se hubiera captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos, bastará a estos efectos con la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible, que identifique, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679.

En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos. La grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo.

-El art. 90 regula el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral, de modo que los empleadores podrán tratar los datos obtenidos para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos. Previamente, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes.

-En el art. 91 se regulan los “Derechos digitales en la negociación colectiva”, señalando que los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral.

-Conforme a la Disp. Adicional 17ª, constituyen una categoría especial de datos personales los relacionados con la salud y los genéticos que estén previstos en la LPRL y sus disposiciones de desarrollo.

-La Disp. Final 13ª modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, añadiendo un nuevo artículo 20 bis, relativo a “Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión”. La Disp. Final 14ª modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, añadiendo una nueva letra j bis) en el artículo 14 alusiva a la intimidad en el uso de dispositivos digitales, videovigilancia, geolocalización y desconexión digital.



# Crónica de Doctrina Judicial y Novedades Bibliográficas

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*PROFESORA CONTRATADA DOCTORA (ACREDITADA COMO TITULAR DE UNIVERSIDAD)*

*DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

*UNIVERSIDAD DE GRANADA*

LABORUM



## 1. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL

### 1.1. 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.

### 1.2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

#### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de Octubre de 2018. Asunto C-451/17. Walltopia**

Procedimiento prejudicial — Seguridad social — Reglamento (CE) n.º 883/2004 — Artículo 12, apartado 1 — Reglamento (CE) n.º 987/2009 — Artículo 14, apartado 1 — Trabajadores desplazados — Legislación aplicable — Certificado A 1 — Sujeción del trabajador por cuenta ajena a la legislación del Estado miembro en que el empleador está establecido — Requisitos.

El Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara:

"El artículo 14, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en relación con el artículo 12, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión modificada por el Reglamento (UE) n.º 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, debe interpretarse en el sentido de que debe considerarse que una persona que ejerza una actividad asalariada contratada con miras a enviarla a otro Estado miembro, «inmediatamente antes de ocupar su puesto de trabajo, [estaba] ya [sujeta] a la legislación del Estado [miembro] en el que la empresa que la emplea esté establecida», en el sentido del artículo 14, apartado 1, del Reglamento n.º 987/2009, aunque dicho trabajador por cuenta ajena no tuviera la condición de asegurado con arreglo a la legislación de ese Estado miembro inmediatamente antes de comenzar su actividad asalariada, siempre que el trabajador por cuenta ajena tuviese en ese momento su residencia en el referido Estado miembro, extremo que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente".

#### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 24 de Enero de 2019. Asunto C-477/17, Balandin**

Procedimiento prejudicial — Seguridad social — Reglamento (UE) n.º 1231/2010 — Legislación aplicable — Certificado A1 — Artículo 1 — Extensión de los beneficios del certificado A1 a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de un Estado miembro — Residencia legal — Concepto

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

"El artículo 1 del Reglamento (UE) n.º 1231/2010 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004 y el Reglamento (CE) n.º 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos, debe interpretarse en el sentido de que los nacionales de terceros países, como los concernidos por el litigio principal, que trabajan y residen temporalmente en diferentes Estados miembros para un empresario establecido en un Estado miembro, pueden invocar las normas de coordinación previstas en el Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y en el Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, con objeto de determinar a qué legislación de seguridad social están sujetos, siempre que permanezcan y trabajen legalmente en el territorio de los Estados miembros".

### **1.3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

#### **Sentencia del Tribunal Supremo número 850/2018 de 20 de Septiembre de 2018**

Servicio Madrileño de Salud (SERMAS): procede la condena en costas al no tener la condición de entidad gestora. Rectifica doctrina. PLENO

### **1.4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES)**

#### **Sentencia del Tribunal Supremo número 1514/2018 de 18 de Octubre de 2018**

Seguridad Social. Alta y baja de oficio en RGSS y Alta de oficio en régimen de autónomos. Disposición Adicional 27 LGSS. Desempeño de funciones de dirección y gerencia.

#### **Sentencia del Tribunal Supremo número 1658/2018 de 25 de Octubre de 2018**

Encuadramiento de administrador de una sociedad mercantil en la Seguridad Social.

### **1.5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN**

#### **Sentencia del Tribunal Supremo número 1537/2018 de 24 de Octubre de 2018**

Derivación de responsabilidad solidaria por las deudas para con la Seguridad Social por sucesión de empresas.

#### **Sentencia del Tribunal Supremo número 1550/2018 de 26 de Octubre de 2018**

Prevalencia ocupación sobre Actividad Empresarial. Cotización Seguridad Social. No devolución cuotas ingresadas. Conductores camión superior 3,5 TM.

**Sentencia del Tribunal Supremo número 564/2018 de 19 de Noviembre de 2018**

En esta sentencia se hace referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre revocación de sentencias absolutorias. Se dice que cuando se cuestiona la existencia del elemento subjetivo del tipo (ánimo de defraudar) es una cuestión fáctica que precisa de audiencia del acusado para su posible apreciación en casación, lo que origina la imposibilidad de tal audiencia y la imposibilidad de revocación de la sentencia absolutoria. En la sentencia se abordan los requisitos típicos del artículo 307 CP y se reitera que el tipo precisa no simplemente el impago de las cotizaciones a la Seguridad Social sino la intención de defraudar mediante actos de ocultación o falsedad en las declaraciones, al igual que en el delito fiscal.

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de Enero de 2019. Asunto C-272/17. Zyla**

Procedimiento prejudicial — Libre circulación de los trabajadores — Igualdad de trato — Impuestos sobre la renta — Cotizaciones a la seguridad social — Trabajador que ha abandonado el Estado miembro de empleo durante el año natural — Aplicación de la regla prorata temporis a la reducción del abono de las cotizaciones

El Tribunal de Justicia (Sala Décima) declara:

"El artículo 45 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que, para establecer el importe de las cotizaciones a la seguridad social debidas por un trabajador, prevé que la reducción de las cotizaciones a la que un trabajador tiene derecho en relación con un año natural, es proporcional al período durante el cual ese trabajador está afiliado al régimen de seguridad social de dicho Estado miembro, excluyendo así de la reducción anual una parte de esta proporcional al período durante el cual ese trabajador no estuvo afiliado a dicho régimen y residió en otro Estado miembro sin ejercer en él actividad profesional alguna".

**1.6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL:****1.6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente****Sentencia del Tribunal Constitucional número 992/2018 de 29 de Noviembre de 2018**

Grado de discapacidad a determinar después de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2013, en aquellos casos en los que un beneficiario tiene reconocido el grado de incapacidad permanente total o absoluta. El 33% de discapacidad no se atribuye de manera automática a éstos porque se aprecia por la Sala que el art. 4.2 de dicha norma contiene una regulación ultra vires en relación con el mandato de desarrollo del Texto refundido que le otorgaba la Ley 26/2011, de 1 de agosto, porque ésta mantenía en sus propios términos el derogado art. 1.2 de la Ley 51/2003, en la que se basaba la doctrina tradicional de la Sala en este tema, contenida en SSTS del Pleno, dos, ambas de 21 de marzo de 2.007, (dictadas en los recursos 3872/2005 y 3902/2005), a las que han seguido otras como las de 29 de mayo - invocada como contradictoria en este recurso- y 19 de julio de 2.007 (recursos 113/2006 y 3080/2006) y 22/07/2008 (reud. 726/2008), que por esa razón sigue vigente bajo la nueva

norma y ese 33% se atribuye exclusivamente a los propios efectos de la Ley 26/2011, no "a todos los efectos". Voto Particular.

### **Sentencia del Tribunal Supremo número 993/2018 de 29 de Noviembre de 2018**

Es ineficaz por incurrir en ultra vires el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, en cuanto dispone que es aplicable "a todos los efectos" la equiparación de los pensionistas de incapacidad permanente total y absoluta con el grado de discapacidad del 33%. Se produce de esta forma un exceso en la delegación legislativa que contraviene el mandato de la Ley 26/2011, de 1 de agosto en la que se sustenta, y que de forma expresa mantenía en sus términos el derogado art. 1.2 de la Ley 51/2003. Por esa razón sigue siendo de aplicación la doctrina de las STSS, 21/3/2007 (rcud. 3872/2005); 7/7/2008 (rcud. 1297/2007); 7/4/2016 (rcud. 2026/2014)- entre otras muchas-, que limitan esa equiparación a los solos y únicos efectos que ahora se corresponden con el contenido del RD Legislativo 1/2013. Reitera Doctrina STS 2-10-2018 (Rcud 239/2018). Voto particular.

### **Sentencia del Tribunal Supremo número 994/2018 de 29 de Noviembre de 2018**

Es ineficaz por incurrir en ultra vires el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, en cuanto dispone que es aplicable "a todos los efectos" la equiparación de los pensionistas de incapacidad permanente total y absoluta con el grado de discapacidad del 33%. Se produce de esta forma un exceso en la delegación legislativa que contraviene el mandato de la Ley 26/2011, de 1 de agosto en la que se sustenta, y que de forma expresa mantenía en sus términos el derogado art. 1.2 de la Ley 51/2003. Por esa razón sigue siendo de aplicación la doctrina de las STSS, 21/3/2007 (rcud. 3872/2005); 7/7/2008 (rcud. 1297/2007); 7/4/2016 (rcud. 2026/2014) –entre otras muchas–, que limitan esa equiparación a los solos y únicos efectos que ahora se corresponden con el contenido del RD Legislativo 1/2013. Voto particular.

### **Sentencia del Tribunal Supremo número 1052/2018 de 13 de Diciembre de 2018**

IT. Determinación de la contingencia. Psicóloga del servicio vasco de salud que sufre caída con golpe en el codo al salir del trabajo durante el descanso de quince minutos –pausa café-. Recurre la Mutua Mutualia. Lesión con ocasión del trabajo. Se califica de Accidente de Trabajo, confirmando la sentencia recurrida, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal.

#### **1.6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad**

### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de Septiembre de 2018. Caso C-41/17. I. G. C. contra Mutua Univale y Otros**

Procedimiento prejudicial — Directiva 92/85/CEE — Artículos 4, 5 y 7 — Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores — Trabajadora en periodo de lactancia — Trabajo nocturno — Trabajo a turnos realizado parcialmente en horario nocturno — Evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo — Medidas de prevención — Impugnación por parte de la trabajadora afectada — Directiva 2006/54/CE — Artículo 19 — Igualdad de trato — Discriminación por razón de sexo — Carga de la prueba

El Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

"1) El artículo 7 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación, como la controvertida en el litigio principal, en la que la trabajadora de que se trata realiza un trabajo a turnos en el que solo desempeña una parte de sus funciones en horario nocturno.

2) El artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación como la del litigio principal, en la que una trabajadora, a quien se ha denegado la concesión del certificado médico que acredite que su puesto de trabajo presenta un riesgo para la lactancia natural y, por consiguiente, se le ha denegado la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, impugna ante un tribunal nacional u otra autoridad competente del Estado miembro la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo, cuando la trabajadora expone hechos que puedan sugerir que esta evaluación no incluyó un examen específico que tuviese en cuenta su situación individual y que permitan así presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54, lo que incumbe verificar al tribunal remitente. Corresponde entonces a la parte demandada probar que dicha evaluación de los riesgos contenía efectivamente tal examen concreto y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación".

### **Sentencia del Tribunal Supremo número 864/2018 de 26 de Septiembre de 2018**

Maternidad: cesión al otro progenitor. Momento del ejercicio de la opción de la madre. No impide el derecho al subsidio la opción no coetánea con la solicitud de la prestación de la madre. Reitera doctrina STS/4ª de 20 mayo 2009 (rcud. 3749/2009).

### **Auto del Tribunal Constitucional (Pleno) número 114/2018, de 16 de octubre (BOE 20 de noviembre de 2018)**

Complemento de maternidad: El TC Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3307-2018, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona en relación con el artículo 60, apartados primero y cuarto, del texto refundido de la Ley general de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Votos particulares.

### **Sentencia del Tribunal Constitucional número 117/2018, de 29 de octubre de 2018**

Recurso de amparo 6299-2017. Promovido por don Javier Jambrina López y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción, respecto de las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y un juzgado de lo social y las resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social que desestimaron su petición de ampliación del permiso de paternidad.

Supuesta vulneración del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo: STC 111/2018 (resoluciones administrativas y judiciales que rechazan la equiparación en extensión temporal del permiso de paternidad con el correlativo de maternidad). Voto particular.

### **Sentencia del Tribunal Constitucional número 138/2018, de 17 de diciembre (BOE núm. 22 de 25 de enero de 2019)**

Recurso de amparo 275-2018. Promovido por don Raúl Sánchez Siles y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción, respecto de las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y un Juzgado de lo Social y las resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social que desestimaron su petición de ampliación del permiso de paternidad.

Supuesta vulneración del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo: STC 111/2018 (resoluciones administrativas y judiciales que rechazan la equiparación en extensión temporal del permiso de paternidad con el correlativo de maternidad). Voto particular.

### **1.6.3. Jubilación**

#### **Sentencia del Tribunal Supremo número 806/2018 de 25 de Julio de 2018**

RCUD: Pensión de jubilación no contributiva. Acreditación del requisito de residencia en España conforme al art. 167 LGSS. Certificado de empadronamiento, válido para acreditar la residencia.

#### **Sentencia del Tribunal Supremo número 940/2018 de 30/10/2018**

Pensión de jubilación en Régimen General. Carencia de dos años en quince anteriores. Teoría del paréntesis sobre el tiempo de privación de libertad: No consta que se le ofreciera y rechazase actividad laboral en talleres penitenciarios. Reitera doctrina.

#### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de Noviembre de 2018. Asunto C-432/17. O'Brien**

Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 97/81/CE — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo a tiempo parcial — Cláusula 4 — Principio de no discriminación — Trabajadores a tiempo parcial — Pensión de jubilación — Cálculo del importe de la pensión — Consideración de los años de servicio prestados antes de la expiración del plazo de transposición de la Directiva 97/81/CE — Aplicación inmediata a los efectos futuros de una situación nacida durante la vigencia de la ley anterior.

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

"La Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998, debe interpretarse en el sentido de que, en un caso como el controvertido en el litigio principal, los

períodos de antigüedad anteriores a la fecha de expiración del plazo de transposición de la Directiva 97/81, en su versión modificada por la Directiva 98/23, deben tenerse en cuenta para la determinación de los derechos a pensión de jubilación".

### **Sentencia del Tribunal Supremo número 1034/2018 de 10 de Diciembre de 2018**

Jubilación anticipada por causas económicas. Reestructuración de cooperativa de trabajo asociado EDESA, que se halla en situación de concurso en el que se acuerda por el Juzgado de lo Mercantil la extinción de la relación laboral de los socios trabajadores. Se estima el recurso del trabajador.

### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 15 de Enero de 2019. Asunto C-258/17. E.B.**

Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 2000/78/CE — Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Artículo 2 — Tentativa de abusos deshonestos de un funcionario sobre menores de sexo masculino — Sanción disciplinaria adoptada en 1975 — Jubilación forzosa anticipada con reducción del importe de la pensión — Discriminación por motivos de orientación sexual — Efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78 en la sanción disciplinaria — Modalidades de cálculo de la pensión de jubilación abonada

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

"1) El artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se aplica, después de la expiración del plazo de transposición de esta Directiva, a saber, a partir del 3 de diciembre de 2003, a los efectos futuros de una resolución disciplinaria firme adoptada antes de la entrada en vigor de dicha Directiva, por la que se ordenó la jubilación forzosa anticipada de un funcionario con una reducción del importe de su pensión.

2) La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la descrita en el apartado 1 del fallo de la presente sentencia, obliga al órgano jurisdiccional nacional a reexaminar, para el período que comenzó el 3 de diciembre de 2003, no la sanción disciplinaria firme por la que se ordenó la jubilación forzosa anticipada del funcionario afectado, sino la reducción del importe de su pensión, con el fin de determinar el importe que habría percibido de no haber existido discriminación por motivos de orientación sexual".

### **1.6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)**

### **Sentencia del Tribunal Supremo número 954/2018 de 07 de Noviembre de 2018**

Pensión de orfandad. Fallecimiento del causante en accidente de tráfico mientras era receptor de subsidio de desempleo para excarcelados. Concurrencia de requisitos de carencia y estar al corriente de cotizaciones. Se discute el requisito del alta o situación asimilada por falta de justificación de inscripción al desempleo durante un período de tiempo anterior a la percepción del subsidio. Se reconoce la pensión.

### **1.6.5. Prestaciones familiares**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

### **1.6.6. Desempleo**

#### **Sentencia del Tribunal Supremo número 912/2018 de 17 de Octubre de 2018**

Subsidio de desempleo. Superación de rentas en la unidad familiar formada por una pareja de hecho con hijo común. Exclusión de los ingresos de la pareja de hecho de la solicitante del subsidio.

### **1.6.7. Prestaciones Sanitarias**

#### **Auto del Tribunal Constitucional número 109/2018, de 16 de octubre de 2018**

Recurso de inconstitucionalidad 1680-2018. Acuerda el desistimiento en el recurso de inconstitucionalidad 1680-2018, planteado por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/2017, de 27 de junio, de universalización de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos mediante el servicio catalán de salud.

#### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de Noviembre de 2018. Asunto C-147/17. Constanta**

Procedimiento prejudicial — Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores — Ordenación del tiempo de trabajo — Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Artículo 31 — Directiva 2003/88/CE — Ámbito de aplicación — Excepción — Artículo 1, apartado 3 — Directiva 89/391/CEE — Artículo 2, apartado 2 — Actividad de los acogedores familiares profesionales.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

"El artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en relación con el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, debe interpretarse en el sentido de que no está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88 la actividad de los acogedores familiares profesionales, que consiste, en el contexto de una relación laboral con una autoridad pública, en acoger e integrar en su hogar a un menor y en velar, de manera continua, por su desarrollo armonioso y educación".

## **1.7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

## **1.8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

## **1.9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)**

### **1.9.1. Mejoras Voluntarias**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

### **1.9.2. Fundaciones Laborales y Entidades de Previsión Social**

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

### **1.9.3. Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos**

#### **Sentencia del Tribunal Supremo número 562/2018 de 10 de Octubre de 2018.**

Seguro de invalidez permanente absoluta. Dolo del asegurado. Cuestionario. Declaración del riesgo. Consumidor habitual de drogas que no fue preguntado sobre esta circunstancia ni se ha acreditado que tuviera patología alguna relacionada con ese consumo.

## **2. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS**

### **2.1. Obras generales de Seguridad Social y materias conexas**

BENAVIDES VICO, A.: *Guía del experto en Seguridad Social (I) y (II)*, Navarra, Aranzadi, 2017.

DEL VALLE VILLAR, J.M.: *El derecho a la Seguridad Social*, Madrid, Cinca, 2018, 179 páginas.

FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M.: *Ley General de la Seguridad Social. Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Madrid, Francis Lefebvre, 4ª edición, 2018, 600 páginas.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., BARCELÓN COBEDO, S.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 11ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 364 páginas

MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.): *Curso de Derecho del Empleo Público*, 1ª ed., Madrid, Tecnos, 2018, 488 páginas.

ROS BENAVIDES, M. J.: *Derecho de la protección social*, Madrid, CEF, 2017, 445 páginas.

MONEREO PÉREZ, J.L. et altri: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2018.

### **2.2. Obras específicas de Seguridad Social y materias conexas**

CASALE, D.: *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, BUP, 2018, 384 páginas.

- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las prestaciones de garantía de rentas de subsistencia en el sistema español de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 386 páginas.
- ISPIZÚA DORNA, E.: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en España. Un estudio de la negociación colectiva*, Albacete, Bomarzo, 2019, 220 páginas.
- LAFUENTE SUÁREZ, J.L.: *La contingencia de incapacidad temporal: tramitación administrativa y proceso judicial*, Albacete, Bomarzo, 2018, 104 páginas.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, R.: *El recargo de prestaciones económicas de Seguridad Social. Historia, presente y futuro*, Murcia, Laborum, 2018, 351 páginas.
- MOHAMED VÁZQUEZ, R.: *La reforma de las pensiones. Soluciones para una acción protectora adecuada, suficiente, sostenible y pública*, Navarra, Aranzadi, 2018, 190 páginas.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *La Renta Mínima Garantizada. De la renta mínima a la renta básica*, Albacete, Bomarzo, 2018.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.): *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Madrid, BOE, 2018, 784 páginas.

### **2.3. Protección Social Complementaria (Iniciativa Privada)**

- SUÁREZ CORUJO, B.: *El derecho a la revalorización de las pensiones*, Albacete, Bomarzo, 2018, 146 páginas

### **3. RECENSIONES**

#### **“LA RENTA MÍNIMA GARANTIZADA. DE LA RENTA MÍNIMA A LA RENTA BÁSICA”**

por José Luis Monereo Pérez, Albacete, Bomarzo, 2018, 120 páginas.

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

PROFESORA CONTRATADA DOCTORA (ACREDITADA COMO TITULAR DE UNIVERSIDAD) DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE  
LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE GRANADA

El sistema de políticas de empleo se configura como una problemática de candente actualidad ya que a día de hoy, se encuentran en grave situación de riesgo todo ese conjunto de decisiones y acciones que los poderes públicos llevan a cabo para la obtención de un equilibrio entre oferta y demanda, así como para la elusión de las situaciones de penosidad e inseguridad laboral.

En efecto, en momentos de déficit económico a la acción protectora de la Seguridad Social adquiere un especial protagonismo al aumentar el número de desempleados y con ello el riesgo de sufrir exclusión social. La renta activa de inserción (RAI) forma parte así del campo protector de la acción por desempleo del régimen público de Seguridad Social, aun que si bien con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial. La renta activa de inserción es el último nivel de la acción protectora por desempleo de la Seguridad Social en la cual se recogen todas aquellas acciones específicas de formación,

perfeccionamiento, orientación, reconversión o inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados. Actualmente, esta figura goza de una regulación propia a través de la cual se establecen los requisitos necesarios que el solicitante debe cumplir para obtener derecho al programa de renta activa de inserción.

Consciente de la preocupación que supone la inserción profesional y el nivel de pobreza de las personas más desfavorecidas a nivel europeo y español, sale publicado el novedoso libro "*La renta mínima garantizada. De la renta mínima a la renta básica*", en 2018 por la editorial Bomarzo. De este modo, se conforma así como un magnífico referente a tener en cuenta para una comprensión sustancial de la materia, ya sea de un modo un tanto general, como de otra mucho más específica y dirigida en base, claro está, a las necesidades del jurista. La obra tiene por autor al profesor y catedrático del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, José Luis Monereo Pérez, conocido no sólo por su excelente labor docente, sino también por su reconocida faceta investigadora, de ahí la fructífera y cuantiosa producción ensayística y monográfica que ha visto la luz bajo la firma de su autoría en numerosas editoriales y revistas jurisprudenciales de reconocido prestigio. Su labor no se ha visto nunca restringida a una aproximación meramente general del área laboral, sino por el contrario, ha sido enfocada más concretamente a materias propias más al ámbito objeto de este comentario. En este último sentido llaman la atención algunos de los siguientes estudios: "El Derecho del Empleo. El Estatuto Jurídico del Empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo actualizado con la reforma laboral"; "Las políticas de empleo e inmigración en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía"; "Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico"; "Políticas de empleo y Sistema de Relaciones Laborales"... etcétera.

Se trata de un trabajo de investigación muy atractivo y original, ya que apenas se pueden hallar monografías como la presente, que aborden cada una de las controvertidas cuestiones que en nuestra sociedad se suceden en torno a este importante elemento social de una forma tan pulida, completa, exhaustiva e innovadora, y mucho menos que indaguen con semejante sagacidad en la esencia misma de la problemática contemporánea. Como pieza clave o piedra angular de la estructura de este manuscrito, se observa como a lo largo del mismo, el autor no ceja en analizar escrupulosamente los principales óbices de la renta mínima garantizada desde su propia configuración, pero sin olvidar su lugar en referencia a los ámbitos nacional, autonómico y comunitario, lo que brinda al lector de un conocimiento completo sobre la materia.

La monografía se sistematiza en tres grandes partes, a saber: "1. El problema del orden democrático de garantizar el derecho a la existencia digna: La nueva cuestión social de la exclusión y la insuficiencia de los instrumentos de protección social existentes. 2. Configuración jurídica e institucional de las rentas mínimas: tipología. 3. El modelo español de rentas mínimas de inserción o de renta garantizada de ciudadanía".

En definitiva, nos hallamos ante un sugestivo volumen que cubre perfectamente y de manera pormenorizada: "*La renta mínima garantizada. De la renta mínima a la renta básica*". Se conforma así un manual excepcional de necesaria consulta, para todo aquél que desee adentrarse y enriquecerse con este complejo mundo *iustlaboral*. Y es que en este tratado no sólo se analizan con soltura y rigor cada uno de los elementos jurídicos que la actual y cambiante regulación establece, aún más, lo hace también globalmente atendiendo a

las exigencias del Espacio Económico Europeo y de acuerdo con la Estrategia Europea del Empleo. Finalmente, he de resaltar el amplio, cuidado y detallado material monográfico, documental y científico seleccionado por el profesor José Luis Monereo Pérez para la elaboración de las tres partes que componen esta edición, así como el riguroso y concienciado orden que sigue en su redacción. Todo ello ofrece al estudioso una rica fuente de conocimientos laborales perfectamente estratificada y sistemática de todos y cada uno de los elementos que han hecho y hacen de ésta una temática de arduo encaje en el modelo legal vigente.

**“EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN UN PANORAMA DE REFORMAS ESTRUCTURALES: DESAFÍOS PARA EL TRABAJO DECENTE”**

por VV.AA., Monereo Pérez, J.L, Túlio Barroso, F y Las Heras, H (Dirs) Maldonado Molina, J.A y Moreno Vida, M<sup>a</sup>N (Coords), Murcia, Laborum, 2018, 1439 páginas

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*PROFESORA CONTRATADA DOCTORA (ACREDITADA COMO TITULAR DE UNIVERSIDAD) DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE GRANADA*

Los días 12, 13 y 14 de Noviembre de 2018 tuvo lugar en la Ciudad de Granada el Congreso Internacional "El Futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el Trabajo Decente". La singularidad de esta acertada idea creadora, como no podía ser de otra manera, porta el sello de su reputado equipo director y coordinador, esto es, la de los profesores: José Luis Monereo Pérez, Fabio Túlio Barroso y Horario Las Heras (Dirección) y Juan Antonio Maldonado Molina y María Nieves Moreno Vida (Coordinadores). Todos ellos renombrados profesionales del mundo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y fuertemente comprometidos con la labor de lucha para una mejora de las condiciones laborales.

Durante los tres intensos días del Congreso se plantearon cuáles eran los retos actuales que plantea el nuevo "Derecho flexible del trabajo y de la Seguridad Social" en un marco de constantes reformas para adaptarse a las exigencias actuales que plantea el mercado de trabajo. Ahora bien, lo más interesante es que, todo ello, se hace desde una perspectiva comparada y crítica. En efecto, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social es una cuestión que traspasa fronteras, de ahí que hayan resultado de gran interés, aprovechamiento y protagonismo la participación que en este acto (y, por ende en la presente monografía) han tenido los compañeros y colegas de las distintas universidades latinoamericanas, a saber: Brasil, Uruguay, Colombia, Argentina y México. El análisis y los intensos debates que se llevaron a cabo durante la celebración de este importante Congreso resultaron, ciertamente, muy enriquecedores para repensar en la necesidad de trasladar soluciones a el ordenamiento jurídico español o, en su defecto, proponer nuevas alternativas.

Gracias a las brillantes aportaciones de los tres ponentes generales en este Congreso, a saber: los profesores María Luz Vega Ruíz, José Luis Monereo Pérez y Martha Monsalve Cuéllar se estableció un hilo conductor común que llevó a marcar la dinámica de los grandes temas que sobrevuelan la misma noción de trabajo decente. Principalmente, el tema central

recayó sobre la lucha por el respeto a los derechos sociales fundamentales y el futuro del derecho del trabajo. En este marco general se publica digitalmente el libro "El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente", al cual se puede acceder y descargar, de manera gratuita, a través de la web [www.laborum.es](http://www.laborum.es).

Se trata de un libro muy innovador que plasma, a lo largo de sus 1439 páginas, todos los puntos conflictivos que se analizaron en los cinco grandes paneles que componen este Congreso, en concreto: Panel 1. "Los límites de la negociación colectiva en el Derecho del Trabajo post-moderno. Potenciación de la autonomía privada colectiva y mejora de la condición social del trabajador. Panel 2. "El derecho procesal del trabajo como instrumento de efectividad de condiciones dignas de trabajo-acceso a la justicia y autonomía de la voluntad". Panel 3. "La Seguridad Social. Desafíos para la supervivencia de un modelo universalista ante las reformas restrictivas de derechos. Un porvenir hacia nuevas realidades". Panel 4. "Las nuevas fronteras del Derecho del Trabajo". Finalmente, el Panel 5. "El contrato de trabajo y la renunciabilidad de sus normas, la autonomía de la voluntad frente a la dignidad del trabajador". En total fueron unos cincuenta los ponentes invitados (de entre las distintas Universidades españolas y latinoamericanas) y cerca de treinta las comunicaciones aceptadas y publicadas.

El derecho al "trabajo decente" –referido descriptivamente como el derecho a condiciones equitativas, dignas y satisfactorias de trabajo– ha de vincularse necesariamente con el derecho al trabajo. Por lo tanto, no se trata de un derecho circunscrito, evidentemente, a la vertiente de la libertad profesional o, en su versión algo más restrictiva, al derecho a trabajar, sino que en él se integran derechos subjetivos diferenciados, aunque íntimamente vinculados y que aparecen consagrados en el art. 23.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero también en la esencia misma de los principios que ya han sido esbozados por la OIT cuando habla de que "el trabajo no es una mercancía". Se ha criticado en este libro los pro y contra de la intrusión de las nuevas tecnologías de la información e incluso se ha hablado de la humanización del trabajo de las máquinas (en el año 2016), pero realmente ¿este es el futuro del derecho del trabajo que está por llegar? Ningún autor niega que la digitalización y robotización acelere el tiempo de trabajo y provoque, por ende, un aumento de la productividad. Sin embargo, no debe olvidarse que el trabajo es un acto humano, por lo que en todo caso la robotización no puede suponer una sustitución del trabajo humano.

Se ha implantado un Derecho del Trabajo flexible que rompe con el modelo clásico y base garantista frente a situaciones de necesidad. Algunas de las conclusiones más relevantes a las que se llegan en esta novedosa obra son las siguientes: A) Se necesita promover unas efectivas políticas de empleo de calidad que determinen una verdadera calidad en el empleo, un trabajo libremente elegido, productividad pero al tiempo que la remuneración responda al tiempo real trabajo. B) Mayor protección y especial atención a aquellos colectivos más vulnerables y necesitados, como son: los jóvenes, los migrantes, las mujeres, los discapacitados, y las personas próximas a una edad de jubilación. Precisamente son estos colectivos los que más vemos abocados a situaciones de precariedad laboral, trabajo invisible, expulsión del mercado laboral. C) Resulta necesario combatir la discriminación por razón de nacionalidad, color u orientación sexual para así alcanzar un concepto de ciudadanía inclusiva. D) Debe eliminarse la discriminación por razón de sexo que tanto

debilita al llamado sexo débil, es decir, las mujeres. Favoreciendo así políticas que caminen hacia la corresponsabilidad, ayudas familiares y ruptura del modelo patriarcal. E) Debe prestarse especial atención al diálogo social y a la negociación colectiva. Instrumentos ambos que son esenciales para la mejora de las condiciones laborales. Y, por último, F) ha de implantarse un sistema real de solidaridad y reparto equitativo de responsabilidades entre Estados conforme al Derecho Internacional.

Por todo ello, se ha de garantizar unos mínimos de derecho que se adapten a la modernización y a los nuevos retos que ofrece el Derecho del Trabajo pero no por ello debemos olvidar el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. Se ha de alcanzar un equilibrio doble que, por una parte, elimine las situaciones de poder y abuso y que, por otra parte, otorgue más protagonismo a los agentes sociales como punto de encuentro para así lograr un "Derecho al trabajo Decente".

En definitiva, nos encontramos ante un elaboradísimo trabajo de investigación que se puede considerar prácticamente de obligada lectura, tanto para eruditos iuslaboralistas, como para noveles deseosos de enriquecer sus conocimientos en el complejo mundo del Derecho del Trabajo. Cubriendo perfectamente y de manera pormenorizada el tema propuesto: "El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente". Por destacar queda, únicamente, el amplio y detallado material bibliográfico, documental y científico seleccionado para la confección del presente volumen, así como el sistematizado y riguroso orden que se sigue. Lo que brinda al lector un conocimiento convenientemente estratificado de todos los elementos normativos objeto de modificación en el delicado momento histórico que atraviesa nuestra sociedad contemporánea.

### **“UNIVERSOS DE DIGNIDAD. AUTONOMÍA RELACIONAL, IGUALDAD EN MÍNIMOS Y VULNERABILIDAD HUMANA”**

AUTORA: CRISTINA MONEREO ATIENZA. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, 125 páginas.

Comentado por:

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*PROFESORA CONTRATADA DOCTORA (ACREDITADA COMO TITULAR DE UNIVERSIDAD) DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE GRANADA*

La dignidad humana en cuanto derecho fundamental constituye un elemento que identifica al individuo en cuanto tal, siendo una cualidad integrante, inalienable e irrenunciable de la condición o naturaleza de toda persona. Se trata de un derecho protegido al máximo nivel posible, el cual goza de las garantías que establecen el orden jurídico estatal e internacional. Por lo que no podrá este derecho ser disminuido por debajo de su contenido esencial.

La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en un principio jurídico vertebral básico de todo el ordenamiento constitucional, el cual se relaciona –de manera inescindible– con los valores de libertad, igualdad y solidaridad. Repensar acerca de estos valores y su proyección real en grupos concretos vulnerables, tales como las mujeres, los

homosexuales, bisexuales y transexuales constituye el principal objetivo de esta obra: "Universidad de dignidad. Autonomía relacional, igualdad en mínimos y vulnerabilidad humana". Este novedosísimo libro ha visto la luz en 2018 gracias al impulso de la editorial que, actualmente, ostenta el número uno en el ranking de editoriales jurídicas, esto es, Tirant Lo Blanch. Ello ya de por sí da muestras, más que evidentes, de la calidad del trabajo aquí recensionado. La monografía tiene por autora a la Profesora Titular de Universidad del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Málaga, Cristina Monereo Atienza, conocida no sólo por su excelente labor docente, sino también por su brillante faceta investigadora. Y es que, a pesar de la juventud que acompaña a su autora, lo cierto es que ya cuenta con una numerosa y variada producción ensayística y monográfica que ha visto la luz bajo su firma en diversas editoriales y revistas jurisprudenciales de reconocido prestigio. La labor de la profesora Monereo Atienza no se ha visto nunca restringida a una aproximación meramente general y teórica del derecho, sino por el contrario ha sido enfocada más concretamente a materias propias, pero también relacionadas con el ámbito objeto de este comentario.

Se trata de un manuscrito de gran transcendencia e impacto, único en el mercado jurídico en cuanto al rigor y calidad de sus contenidos se refiere. Y es que, hoy por hoy, son pocos los trabajos que se pueden hallar entre la amplia gama de revistas, libros o artículos especializados, que analicen de una forma tan exhaustiva y brillante el derecho de la dignidad en relación con el resto de derechos fundamentales. Lejos de realizar una mera visión global, la profesora Monereo Atienza va introduciendo poco a poco al atrevido estudioso en el ojo del huracán que ha supuesto la controvertida cuestión "de los derechos fundamentales de todas las personas", así como el tratamiento que recibe en este ámbito jurídico el derecho a la dignidad en relación con los colectivos más vulnerables. Se combinan de esta manera un examen elemental de la materia con otro específico que ensancha la visión del lector acerca del tema. Se mantiene en todo momento un alto nivel de exigencia, esfuerzo y a lo largo de toda la obra. Esta apreciación se evidencia aún más en el amplio y cuidado material bibliográfico, documental y científico seleccionado. Y es que la profesionalidad que caracteriza a la Doctora Cristina Monereo Atienza se hace visible desde las primeras páginas de esta jugosa edición.

La monografía aparece sistematizada de forma evolutiva, esto es, se comienza por lo más general para a continuación adentrarse en el examen particular y/o específico del derecho a la dignidad. Concretamente aparecen cinco grandes apartados, algunos de los cuales se dividen a su vez en puntos más específicos. Todo ello con la intención de facilitar al lector un conocimiento perfectamente estratificado de la materia.

La estructura general que sigue este manuscrito es la siguiente: 1."Introducción. El proyecto inacabado de modernidad. Matizando eternos debates entre opuestos", 2. "No hay libertad sin autonomía relacional", 3. "No hay igualdad sin la satisfacción de unos mínimos comunes en el punto de llegada", 4. "No hay solidaridad sin el reconocimiento de la vulnerabilidad humana" y 5. "La reformulación y la conexión de los valores de dignidad para la consecución de la justicia global. Distribución, reconocimiento y representación". Como cierre final se incorpora a este trabajo un apartado de "Bibliografía citada".

La obra aquí descrita constituye, en definitiva, una aportación fundamental para el mundo del derecho en general y para la rama de la filosofía del derecho en particular. Tanto

si lo que se pretende es conocer en detalle todo lo relativo a la protección de los derechos fundamentales, como profundizar en la naturaleza misma del derecho a la dignidad este libro es, sin duda alguna, la elección idónea. El rigor y la exhaustividad con la que se afrontan todos los temas estudiados, se acompaña del buen sentido del que hace gala la profesora Monereo Atienza, cuyas opiniones siempre críticas nos invitan a reflexionar sobre los valores que suponen la Modernidad de la libertad, la igualdad y la solidaridad. Por todas estas razones: "Universidad de dignidad. Autonomía relacional, igualdad en mínimos y vulnerabilidad humana" se incorpora al catálogo de referentes bibliográficos imprescindibles para las mejores y más ambiciosas bibliotecas jurídicas.

Economía y  
Sociología de  
la Seguridad  
Social y del  
Estado Social

LABORUM



## El *fundraising*: herramienta para aumentar la eficiencia en la captación de recursos del Tercer Sector. Su regulación en España en una perspectiva comparada<sup>1</sup>

### Fundraising: a tool to increase efficiency in attracting resources from the third sector. A comparison of its regulation in Spain

DOMINGO CARBAJO VASCO

ECONOMISTA, LICENCIADO EN DERECHO Y EN CIENCIAS POLÍTICAS  
INSPECTOR DE TRIBUTOS DEL ESTADO

SANTOS M. RUESGA BENITO

CATEDRÁTICO DE ECONOMÍA APLICADA  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

JULIMAR DA SILVA BICHARA

PROFESOR TITULAR (HABILITADO)  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

#### Resumen

Este artículo tiene por objetivo estudiar el *fundraising* como herramienta de eficiencia en la captación de recursos para el Tercer Sector. Para ello, en primer lugar, se busca establecer una definición precisa del concepto de *fundraising*; posteriormente se analiza la regulación del mismo en el escenario europeo, en particular, en los países con mayor nivel de donaciones benéficas, Reino Unido, Alemania, Italia y Francia, y en perspectiva comparada con el caso español. La tercera parte caracteriza el fenómeno desde una perspectiva económica, destacando las dificultades de dimensionar el sector. Finalmente, se delinean algunas consideraciones sobre una legislación regulatoria futura de la actividad del *fundraising* en España, con el propósito de aumentar la eficiencia en la captación de fondos para las actividades del Tercer Sector, en su vertiente de acción social.

#### Abstract

This paper sets out to study fundraising as an efficient tool in attracting resources for the third sector. To do so, it seeks to establish a precise definition of the concept of fundraising, and then analyses its regulation in Europe, in particular, in the countries with the highest level of charitable donations (United Kingdom, Germany, Italy and France) and in perspective compared with the Spanish case. The third part describes the phenomenon from an economic perspective, underlining the difficulties of measuring the sector. Finally, some considerations are given on a future regulatory legislation of fundraising in Spain, with the purpose of increasing the efficiency in raising funds for the social outreach side of third-sector activities.

#### Palabras clave

Autorregulación; captación de fondos; estadísticas; interés general; mecenazgo; normativa; ONG; regulación; Seguridad Social; Tercer Sector; Unión Europea; beneficencia

#### Keywords

Self-regulation; fundraising; statistics; general interest; patronage; legislation; NGO; regulation; social security; third sector; European Union; charity

**Clasificación JEL:** L3, L31

<sup>1</sup> Este artículo se ha realizado a partir del estudio “El *fundraising* como herramienta de responsabilidad y compromiso social. Situación legal en la Unión Europea. Estado de la cuestión en España y propuestas de reforma”, elaborado por encargo de la Asociación Española de Fundraising (AEFr) a la Fundación de la UAM y realizado por los autores de este texto, bajo la dirección del profesor Santos M. Ruesga. Puede consultarse en [www.aefundraising.org](http://www.aefundraising.org).

## 1. INTRODUCCIÓN

La filantropía<sup>2</sup>, entendida como el desarrollo de actividades destinadas al bien común por amor a la humanidad y su correlativa dedicación de recursos financieros (dinero, servicios *pro bono* y mercancías) y tiempo a tales actividades, está creciendo en todo el Mundo, en lo relativo al número de personas físicas implicadas.

Ocurre lo mismo con cantidades y tiempo aportados a esas causas cívicas o sociales, entidades donantes, zonas geográficas afectadas (a destacar, por ejemplo, su expansión en África, territorio generalmente considerado receptor de actuaciones humanitarias de manera exclusiva) o variedad de instrumentos utilizados para ejercer y favorecer el “interés general” (Palencia-Lefler Ors, 2001:69 y ss.), etc.

Sin embargo, la distribución de este crecimiento tanto territorialmente como respecto de otras circunstancias: grupos sociales donantes, edad y sexo de los sujetos que operan como mecenas (entendiendo, en sentido general, el mecenazgo como *la aportación privada a las actividades de interés general*<sup>3</sup>, recurrencia o no de las aportaciones, fórmulas y especies de donación, negocios jurídicos utilizados, etc.), es muy variable<sup>4</sup> y, asimismo, su evolución en el tiempo y en cada jurisdicción ni siempre es positiva ni los incrementos interanuales de las aportaciones son regulares y constantes.

De hecho, en el espacio occidental del Mundo, la crisis económica (Ruesga Benito, 2014) ha incidido negativamente, en numerosos países, en la implicación social en esas causas generales (Carreras Fisas, 2013 y PWC, 2014) y, en otro orden de cosas, se observa que, mientras que los individuos cada vez se interesan más y se sienten más preocupados por apoyar y sostener causas sociales y al Tercer Sector en general, el grado de implicación de las sociedades mercantiles y las empresas suele ser mucho menor<sup>5</sup>.

En estas circunstancias, existe un gran espacio para recorrer en materia de mecenazgo empresarial, implicándolo en políticas generales de Responsabilidad Social Corporativa/Responsabilidad Social Empresarial; de forma tal que el porcentaje de entidades imbricadas en actividades de interés general se aproxime al coeficiente de las personas naturales.

---

<sup>2</sup> La filantropía es un "concepto esencialmente controvertido", una idea que está torcida y distorsionada por los intentos de contener en su interior la diversidad de fenómenos humanos que se resisten a la generalización y la categorización. (Payton, 1987).

<sup>3</sup> A estos efectos se entiende, en sentido general, el mecenazgo como la aportación privada a las actividades de interés general. Ésta es la definición que recoge el segundo párrafo *in fine* del apartado 1 del artículo 1 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, conocida popularmente como “Ley del Mecenazgo”.

La definición, sin embargo, adquiere otros matices en diversos ordenamientos jurídicos, por ejemplo, en Francia, la expresión “mecenazgo” suele ligarse a la participación privada en finalidades de interés general, pero por parte de las empresas empresariales. Sin embargo, en la misma Francia también se incluye la expresión *mécénat* para referirse a la intervención de los particulares en estos fines.

<sup>4</sup> Este problema ha llevado a que, en muchos apartados de este trabajo, se utilicen términos genéricos, omnicomprendivos, a veces de escaso valor jurídico, caso de *giving*, para reflejar este tipo de actividades. Véase Hoolwerf & Schuyt (eds.) (2017).

<sup>5</sup> En esta tendencia aparecen excepciones, supuesto de la República Federal Alemana, donde el volumen de las donaciones empresariales supera a las personales.

Asimismo, hay significativos “nichos” sociales de donantes potenciales, a los que cabe acudir para seguir mejorando el grado de participación de los individuos en el Tercer Sector, por ejemplo, entre los jóvenes.

En ese sentido, el uso de herramientas de captación de aportaciones gratuitas y de tiempo libre en favor del Tercer Sector vinculadas a las omnipresentes tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), se constata como muy positivo, no sólo por adaptarse mejor a la cultura de los *millennials*, sino por ser más eficiente a la hora de obtener recursos y poder ligar mejor y de manera más constante al potencial donante con la ONG de su elección.

Las actividades destinadas al bien común se instrumentan y centralizan en una gran variedad de instituciones, de naturaleza muy diferenciada según jurisdicciones, regímenes jurídicos, tradiciones históricas, etc.; no siendo fácil ni estando totalmente consensuada la delimitación de qué entidades pueden calificarse como componentes de esta actividad filantrópica y, en consecuencia, posibilitadas para actuar como perceptores de los recursos financieros adjudicados a tales fines y tiempo de los voluntarios, aunque se utilicen términos genéricos del tipo Organizaciones No Gubernamentales (ONG) o instituciones privadas sin fines de lucro.

De hecho, los rasgos y limitaciones definitorias de conceptos como Tercer Sector, ONG) o institución privada sin fines de lucro (IPSFL) –límites, por otro lado, variables–, manifiestan que es ardua la configuración consensuada y con un valor jurídico universalmente aceptado de lo que se entiende por *fundraising* y de sus variedades.

En general, para precisar a qué entidades ha de financiar el *fundraising*, se utilizan expresiones comunes y genéricas como “Organizaciones No Gubernamentales” (ONG) o, en terminología anglosajona, *Non Governmental Organizations* (NGO); pero también se habla de *Civil Society Organization*, (CSO), categoría, a su vez, específica respecto de otras expresiones más amplias, del tipo “sociedad civil”, donde se integran otras tipologías como los partidos políticos o las instituciones religiosas.<sup>6</sup>

También está generalizado el uso de la voz “Tercer Sector” e incluso la calificación más específica de “Tercer Sector de Acción Social”, donde se incluyen entidades como cooperativas, sociedades laborales, etc.<sup>7</sup>, sin duda porque en ciertas jurisdicciones, por ejemplo, España, se trata de la preferida por las entidades con mayor peso económico y social<sup>8</sup>.

En este artículo se aborda, en primer lugar, la dificultad de establecer una definición precisa y de general aceptación del concepto de *fundraising*, en un entorno internacional carente aún de una regulación precisas y armonizada. A continuación, se analiza la regulación del *fundraising* en el escenario europeo, en particular, en los países con mayor nivel de donaciones benéficas, Reino Unido, Alemania, Italia y Francia, por este orden. Y, en

<sup>6</sup> Sobre estos problemas terminológicos, a la hora de precisar el campo de cualquier estudio del Tercer Sector, nos remitimos a: USAID.ICNL.ECNL(2017).

<sup>7</sup> En general, véase Cabra de Luna & Lorenzo García (2005).

<sup>8</sup> Véase a este respecto: Plataforma del Tercer Sector, <http://www.plataformatercersector.es/>.

relación con ello se analiza también la situación regulatoria de este instrumento en el caso español.

La tercera parte de este artículo, por último, se centra en el conocimiento de las variables económicas que caracterizan el fenómeno del *fundraising*, como parte necesaria del conocimiento que nos lleva a elaborar la última parte del artículo, donde se esbozan algunas consideraciones sobre una legislación regulatoria futura sobre esta herramienta desarrollada para una captación más eficiente de fondos para las actividades del Tercer Sector, en su vertiente de acción social.

## 2. ¿QUÉ ES EL *FUNDRAISING*?. LA COMPLEJIDAD Y DIVERSIDAD DE LA DEFINICIÓN

La falta de una precisión subjetiva relativa a quiénes pueden ser el objeto de los recursos financieros donados por personas o entes societarios (mecenazgo empresarial) conforma uno de los problemas fundamentales para cualquier estudio del Tercer Sector, así como para la creación de una metodología uniforme y homogénea respecto de actividades e instituciones volcados en el mismo, verbigracia, el *fundraising*.

Lógicamente, esta imprecisión y la correspondiente ausencia de consenso acerca de las características y componentes del Tercer Sector y las ONG también dificultan introducir una legislación específica del *fundraising*, centrada en los destinatarios de los fondos logrados con esta actividad, es decir, definida por el ámbito subjetivo de sus destinatarios.

Ahora bien, la necesidad de que los fondos obtenidos por los *fundraisers* se dediquen a una operación filantrópica, específica o general, diferencia el *fundraising* de otros modelos financieros destinados al sector lucrativo, supuesto del empresarial (Fullskey, 2016).

Asimismo, la clave de bóveda para el *fundraising* es el convencimiento ético por parte del donante (persona física o entidad) de que sus aportaciones revierten íntegramente en una actividad de interés general llevada a cabo de manera organizada por una institución del Tercer Sector (BBVA, 2015).

Además, la diferencia: lucrativa/no lucrativa en el destino de los fondos recaudados permite incorporar en la regulación del *fundraising* elementos propios del mundo no lucrativo, los cuales escapan del estricto cumplimiento de la legalidad a la hora de obtener fondos, como son:

- Los aspectos éticos,
- La necesidad de que el *fundraising* sea un medio para el logro de los fines de interés general predicados por las entidades a las que destinan sus fondos y no un fin en sí mismo,
- El que no pueda calificarse como *fundraising* solidario o cívico aquel destinado a la financiación de proyectos y planes puramente empresariales,
- La importancia de que el *fundraising* no trate solamente de obtener recursos de unos donantes genéricos, del público, en general, sino de que implique a tales donantes en la actividad no lucrativa de la entidad receptora de los fondos y,

- Por último, hay que resaltar la relevancia de los factores deontológicos en la construcción de la profesión de *fundraiser*, asegurando al donante el destino y aplicación de los fondos.

De esta forma, el *fundraising*, no es simplemente un medio para el logro de un fin como es la financiación de proyectos, sino que requiere, además, una cualificación de estos proyectos, del destino de los fondos, es decir, la financiación ha de dirigirse a entidades y programas de carácter y contenido filantrópico y esta vocación de destino ha de distinguir la caracterización y regulación de nuestro *fundraising* respecto de cualquier normativa de financiación empresarial o privada.

En otros términos, *fundraising* no es, simplemente, una herramienta de obtención de recursos financieros (Breen, 2015), sino una obtención profesionalizada de recursos financieros con ánimo de destinar los mismos a actividades filantrópicas, en el marco de un proyecto de sostenibilidad financiera de las ONG, para sus fines y con la intención de implicar a los donantes en la misión y valores de las ONG.

Tampoco parece, pues, que debamos buscar la delimitación del término *fundraising* como equivalente a toda la financiación del Tercer Sector, ya que se identificaría el todo con la parte, una especie de sinécdoque, sería excesivamente generalista y se perdería de vista que, como ha demostrado la reciente crisis económica, la sostenibilidad del Tercer Sector pasa, precisamente, por diversificar sus recursos financieros, planificar los mismos y generar una visión a largo plazo, una implicación compleja y persistente de colectivos de donantes, algo a lo cual, precisamente, puede coadyuvar un *fundraising* profesionalizado (Bulkardt, 2005).

El *fundraising* es, por lo tanto, una actividad profesional que busca lograr recursos financieros a favor de ONG y sus fines no lucrativos, acudiendo, en general, a métodos modernos de relaciones públicas y al uso intensivo de las TIC; de manera que, potenciales donantes, aun no asociados a las IPSFL, proporcionen tales recursos y se relacionen e identifiquen con los objetivos, misión y valores del Tercer Sector.

Lógicamente, la regulación del *fundraising* ha de enmarcarse en el cuadro normativo general y complejo de las actividades del Tercer Sector y en su regulación.

No parece sea posible, por lo tanto, ni adecuado, diferenciar la actividad profesional de quién ejecuta el *fundraising* el *fundraiser*, de la regulación del propio Tercer Sector, del marco normativo de este último.

Por ello, no creemos conveniente que la normativa del *fundraising* se aisle o se autonomice en relación a toda la regulación del Tercer Sector y sus actividades, incluyendo el aspecto fiscal de incentivación al mecenazgo y, de hecho, creemos acertado que, en España, sea en el contexto de una reforma general de las Leyes del Mecenazgo, donde su ubique el papel del *fundraising*.<sup>9</sup>

La carencia de delimitación precisa del *fundraising*, como cauce para lograr recursos financieros del Tercer Sector, se debe, a varias causas:

<sup>9</sup> Sobre esta cuestión, nos remitimos a: AEFr (2014).

- La propia ausencia de un concepto legal o diferenciado de lo que constituye el *fundraising*,
- La falta de un consenso en el Derecho Europeo sobre el significado del *fundraising* (Gregory Segovia & Swindoll, 2017),
- La pobreza en los datos económicos y fiscales referentes a esta actividad (Carbajo, 2014)
- La indefinición en las actividades comprendidas bajo la voz *fundraising*, etc.

De hecho, unas de las razones para solicitar una norma del *fundraising*, tanto a nivel europeo como nacional, es que con un marco jurídico común será más sencillo disponer de información y datos cuantitativos relativos a su importancia económica y social como método de captación de recursos de las ONG, facilitando la producción de estadísticas comparadas al menos a nivel de la Unión Europea (UE).

En general, la doctrina utiliza dos definiciones de *fundraising*. Desde una perspectiva amplia, *The Fundraising Dictionary*, editado por la Asociación de Profesionales del *Fundraising*, lo define como: *obtención de bienes o recursos de fuentes diversas para apoyar una organización o un proyecto específico* (USAID. ICNL. ECNL. 2017:9 y ss.).

Como se ha dicho, tal definición resulta ser excesivamente genérica y válida tanto para el *fundraising* empresarial, de carácter lucrativo, cuyo objetivo último es la obtención de recursos para financiar un proyecto de carácter privado (empresarial o particular), como para el *fundraising* no lucrativo, cuyo tenor persigue el interés general.

En consecuencia, no la consideramos válida ni tampoco permite delimitar los rasgos distintivos de un *fundraising* cualificado, profesional, de alto contenido ético y ligado a programas de interés general.

Una segunda definición, más estricta, podía ser la siguiente: *esfuerzos para solicitar en cualquier fuente de ingresos contribuciones voluntarias filantrópicas. Los donantes pueden realizar contribuciones de diferentes maneras, incluyendo dinero o signo que lo represente, en especie, y donativos de valores y dividendos* (USAID. ICNL. ECNL., 2017:9).

Este concepto nos parece más acertado; por un lado, pone el acento en el destino de los fondos recaudados: la filantropía y las instituciones que sirven a estas causas; por otra parte, es neutral respecto al tipo de recursos obtenidos y, por último, la aleja de una visión comercial del proceso de recaudar los fondos, ya que la obtención de los mismos ha de ser “voluntaria” (AEFr, 2017).

Asimismo, independiza la definición de *fundraising* de las herramientas o métodos, tradicionales o tecnológicamente avanzados, para lograr los ingresos.

De todas maneras, parece, asimismo, que la definición estricta anterior contiene alguna deficiencia y debería ser objeto de otros matices, restringiendo aún más su alcance.

En principio, se debería señalar el carácter profesional de esta actividad; de hecho, el *fundraising* es lo que hace el *fundraiser*, un experto individual o implicado en una

organización de medios humanos o materiales (empresa) con el fin de intervenir en la producción de unos servicios: la obtención de recursos financieros de cualquier clase para el servicio integral de causas filantrópicas, conforme a contratos establecidos con ONG; comprometiéndose con su esfuerzo, industria y trabajo a destinar tales fondos a los fines sociales o no lucrativos de la entidad, de acuerdo con unas normas deontológicas precisas, buscando el fin general y la conexión entre el donante y la ONG de manera, no sólo puntual, sino con vocación a largo plazo.

Todo ello, sin menospreciar el trabajo de voluntarios o de otras personas, por ejemplo, los familiares de los socios de una ONG a la hora de proporcionar recursos financieros.

En segundo orden, hay que reiterar la autonomía de esa definición respecto de cómo se organiza el *fundraiser*, cuestión organizativa que le corresponde a él y no a la ONG o a un tercero establecer, así como qué medios humanos y materiales aplica en sus campañas (contratos laborales, mercantiles, nuevas tecnologías, sistemas tradicionales de captación de recursos).

Ahora bien, sí ha de mencionarse que, cualquiera que sean estos mecanismos instrumentales al logro de su fin fundamental: captar recursos materiales permanentes o concretos, así como humanos con compromiso personal a largo plazo con los objetivos filantrópicos, la manera de obtener tales recursos tiene, no sólo que cumplir con las legislaciones sectoriales que se apliquen, verbigracia, las correspondientes a la protección de datos o a la Seguridad Social, sino que, asimismo, han de existir compromisos deontológicos con el interés general que toda actividad filantrópica conlleva.

Ciertamente, la definición anterior es muy estricta, pero a nuestro entender permite diferenciar claramente al *fundraising* a favor del Tercer Sector, de cualquier otro tipo de *fundraising*, incluso el de algunas entidades de la sociedad civil, verbigracia, de los sindicatos o partidos políticos y, además, trata de contrarrestar las críticas más generalizadas al *fundraising* no lucrativo, por ejemplo, su excesivo “profesionalismo”, su obsesión por los resultados o su carácter puramente crematístico.

Por último, también diferencia al *fundraising* del puro voluntariado<sup>10</sup>, realizado por los miembros de las ONG o por voluntarios ligados puntualmente a la actividad de la entidad y cuyas horas al servicio de la institución no lucrativa pueden, entre otras actividades, destinarse a la captación de nuevos donantes o a campañas de financiación concretas.

Un asunto que puede ser objeto de debate es si podría diferenciarse entre un *fundraising* interno, programado y desarrollado por la propia ONG, con sus propios medios personales y materiales, con el refuerzo o no de voluntarios y el *fundraising* externo, donde se contrata para la campaña a un ente externo, personal o constituido como persona jurídica.

---

<sup>10</sup> Sobre esta cuestión, véase Salamon, Sokolowski & Haddock (2011).

Se podría, de esta forma, clasificar el *fundraising* en dos grandes modalidades:

- a) El primero, que podríamos calificar como interno, orgánico, propio de la ONG que, con sus medios humanos y materiales, destina parte de su actividad a lograr recursos y
- b) El externo, generalmente, más profesionalizado, independiente de la ONG, con autonomía jurídica, personal y de responsabilidad cara a terceros, que también busca recursos financieros por cuenta y al servicio de la ONG y que podríamos definir como relacional.

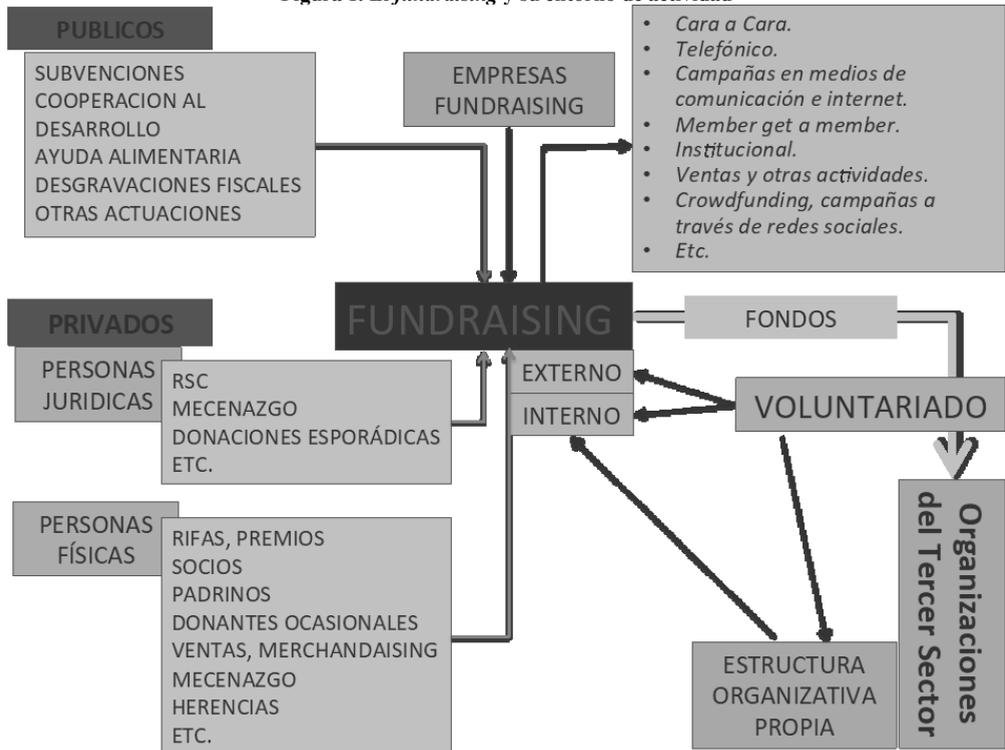
Con independencia de que, entre otras ventajas del *fundraising*, la eficiencia en la captación de los recursos sea puesta en primer orden (lo cual sólo se consigue con una adecuada profesionalidad y formación del *fundraiser* y con el diseño de técnicas modernas de contacto y captación con el público); creemos que sólo el *fundraising* externo o relacional puede ser objeto de definición como tal, de cualificación externa (incluyendo cursos de formación e, incluso, certificados de estudios y diseño de programas de aprovechamiento) y de regulación autónoma. Ya que el *fundraising* interno u orgánico está ligado a la estructura organizativa y al problema más general de la financiación de las ONG y formaría parte de la regulación de estas instituciones o del mecenazgo en general.

Por tanto, no se puede, en ningún caso, confundir *fundraising* con la problemática general de la financiación del Tercer Sector, cuestión sustantiva, el conjunto, de la cual el *fundraising* es solamente una parte, un subconjunto.

Es posible, no obstante, encontrar otras tipologías de *fundraising* y clasificar al *fundraising* de muchas formas, empezando por los métodos que aplica el *fundraiser* para captar fondos: tradicionales (*face-to-face fundraising*, pedidos por correo ordinario, mesas petitorias, rifas, loterías, *street fundraising*, etc.) o modernos (*crowdfunding*, Plataformas colaborativas, SMS, *My Wallet*, utilización de tarjetas de crédito, etc.) (USAID. ICNL. ECNL., 2017:<sup>10 y ss.</sup>); mas ni tales metodologías son exclusivas del *fundraising* ni lo accesorio puede servir para identificar a lo fundamental en el ejercicio del *fundraising*, aunque sí puedan tener otras consecuencias legales, por ejemplo, en materia de cotizaciones a la Seguridad Social.

Lo mismo sucede si clasificamos al *fundraising* por la manera de retribuir la actividad o por el tipo de entidad, individual o colectiva, que ejecuta la operación; tales calificaciones resultan ser clasificaciones secundarias, descriptivas e interesantes para perfeccionar el análisis del sector, pero no definitorias del *fundraising*.

Figura 1. El fundraising y su entorno de actividad



Fuente: Elaboración propia

Por eso aquí se coincide con el criterio (USAID. ICNL. ECNL., 2017:<sup>10</sup>) de que la definición y el análisis del *fundraising* debe incluir todas las modalidades y métodos aplicados para obtener fondos, porque lo relevante no son los medios utilizados, sino la finalidad: financiar a las ONG, para que éstas puedan cumplir mejor sus fines, asegurando su financiación a largo plazo y diversificándola, atrayendo nuevos donantes al Tercer Sector, implicándoles en sus valores y en sus objetivos.

Por lo tanto, *el término fundraising, tal y como es utilizado en este informe incluye el acto de recibir donaciones así como los fines de estas actividades, cualquiera que sea la forma que tales donaciones adoptan (por ejemplo, contribuciones en dinero o en especie), los objetivos del fundraising (usualmente, el público en general), y los diferentes métodos de fundraising aplicados* (USAID. ICNL. ECNL., 2017:<sup>10, tp.</sup>)

En estas condiciones, no es de extrañar que no exista una definición generalmente aceptada de *fundraising* en la UE, reflejo directo, no solamente de la novedad de esta actividad y de su profesionalidad y generalización recientes, sino también de la diversidad de la regulación, naturaleza y características del Tercer Sector en el Mundo.

Lógicamente tal diversidad (y, a veces, confusión metodológico) se traslada a las propias dificultades de delimitación deducidas de la complejidad del *fundraising* y su diferente grado de utilización en muchos países.

Si resulta arduo, por no decir imposible, llegar a un consenso universal respecto del alcance de términos como Tercer Sector, instituciones no lucrativas, ONG, etc.; los mismos problemas se reproducen a la hora de delimitar el término de *fundraising*. Razón de más para demandar una normativa uniforme en la UE o, al menos, en España que dote de un mayor y mejor conocimiento de esta actividad, aporte mayor seguridad jurídica y, entre otros factores, acabe con las dificultades para integrar en la Seguridad Social a los trabajadores de los *fundraisers*.

### 3. LA REGULACIÓN DEL *FUNDRAISING*

En estas circunstancias, el *fundraising* se va estandarizando y aspira a una regulación específica, sea ésta sectorial o incorporándola en el conjunto legislativo de las ONG y su financiación: la modalidad de regulación aplicada y la conexión y jerarquía que se produce, a la hora de regular el *fundraising*, puede ser muy variable y oscilar entre disposiciones de carácter estatutario y convenios de auto regulación.

Disposiciones que, por otra parte, están en pleno cambio, aunque solamente sea porque la construcción de un marco jurídico para encuadrar algo tan lábil como es la sociedad digital y la incidencia de las TIC (Lilly Family School of Philanthropy, 2018:41 y ss.) en las actividades humanas modernas todavía no ha concluido ni cabe esperar dicha incidencia sea estático.<sup>11</sup>

Regular el *fundraising* tiene indudables ventajas, cualquiera que sea la modalidad de normas que se establezca, lo cual depende, fundamentalmente, del modelo y tradición jurídicas de cada Estado y siempre tomando en consideración el marco normativo general de las ONG, sus actividades y los incentivos fiscales al Tercer Sector y el mecenazgo empresarial.

Entre esas ventajas citamos las siguientes:

- Seguridad jurídica.
- Transparencia.
- Incrementar la confianza en el Tercer Sector y sus instituciones.
- Reducir el fraude, la economía subterránea y la competencia desleal.
- Mejorar la profesionalidad de las ONG.
- Aumentar la eficiencia en la recaudación de fondos para el Tercer Sector<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Sobre este asunto, puede verse: Parlamento Europeo. Las plataformas en línea y el mercado digital. Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre las plataformas en línea y el mercado único digital (2016/2276/INI), “Diario Oficial de la Unión Europea”, serie C, número 331, de 18 de septiembre de 2018.

<sup>12</sup> De hecho, en las diferentes normativas que tratan, directa o indirectamente, del *fundraising*, se repiten en mayor o menor medida estas finalidades como motivos que sustentan la propia regulación.

- Modernizar y profesionalizar las actividades de captación de fondos por parte del Tercer Sector.
- Introducir nuevas tecnologías en las actividades del Tercer Sector.
- Captar para la vida filantrópica sectores sociales reacios, en principio, a integrarse en la actividad de las ONG, por ejemplo, jóvenes y *millennials*, lo que permite extender el círculo subjetivo de las actividades del Tercer Sector.
- Potenciar las TIC en la economía y las actividades sociales.
- Apoyar la realización de diferentes agendas internacionales, verbigracia, la Agenda 2030.
- Desarrollar adecuadamente los planes de RSC/RSE empresariales.
- Diversificar la estructura financiera de las ONG y hacerla más resiliente.
- Fomentar la implicación social en actividades de interés general.
- Desarrollar la investigación y el desarrollo en la investigación social y áreas de interés general: cooperación al desarrollo, acción social y humanitaria, Medio Ambiente, cultura, etc.
- Evitar los fraudes a la Seguridad Social.
- Facilitar las estadísticas comparadas sobre el Tercer Sector y las actividades no lucrativas.

Los datos y estadísticas correspondientes a las aportaciones realizadas a favor de las ONG en la UE, sean éstas donaciones o entregas asimiladas, si bien son abundantes y existen organizaciones que se dedican a recopilar y publicar periódicamente información al respecto, plantean diferentes problemas metodológicos y estadísticos, a la hora de proporcionar información cuantitativa, más o menos homogénea, respecto del *giving*.

Estas dificultades se originan porque el propio concepto de “donación” y su naturaleza no es totalmente equivalente en cada país o porque, precisamente, la legislación de cada Estado permite que las ONG se financien con negocios particulares, verbigracia, rifas, apuestas, participaciones en Loterías públicas, legados de causa específica, etc. que, en otras jurisdicciones, no están habilitados.

Junto a lo anterior, existen otras dificultades para efectuar comparaciones homogéneas entre las estadísticas nacionales del *giving*, empezando por problemas valorativos, siguiendo por la diferente legislación nacional respecto de los beneficios tributarios vinculados a las ONG, absolutamente nacionalista al estar centrada en el principio de la soberanía tributaria y terminando porque los años de recolección de datos suelen ser diferentes.

En cualquier caso, si bien ya existe una tradición histórica de recopilación de estadísticas relativas a las cantidades aportadas a las ONG, lo que permite establecer una serie histórica en la UE y alguna homogeneidad en los datos comparativos europeos. Lo cierto es que, por un lado, queda mucho por hacer en este terreno para conseguir una auténtica visión comparada, desde el punto de vista cuantitativo, de las aportaciones gratuitas y conexas a las ONG.

Sobre todo, las estadísticas e informaciones al respecto no disponen de un detalle suficientemente segregado en relación a qué parte o cantidades de estos negocios jurídicos gratuitos o mixtos se corresponde con operaciones de *fundraising*.

Eso no quiere decir que no haya existido interés al respecto de cuantificar los ingresos obtenidos mediante *fundraising* por parte de las ONG o que no se haya tratado de cuantificar su incidencia, así como, a partir de tal magnitud, desarrollar análisis más detallados y cualitativos sobre el *fundraising*.

En ese sentido, cabe destacar el trabajo de la EFA (2017), pero los datos aportados responden más a encuestas y datos cualitativos que a estadísticas recopiladas de manera sistemática (Carbajo, 2014).

De hecho, para efectuar la investigación origen de este artículo, los autores han recurrido a una encuesta de elaboración propia que permite, de alguna manera, conocer algunos aspectos de la incidencia del *fundraising* en España, ante las limitaciones de las estadísticas específicas al respecto<sup>13</sup>.

Desde el punto de vista de las particularidades regulatorias del *fundraising*, no puede establecerse *a priori* qué modelo de regulación es preferible, pudiendo clasificarse los mismos, de manera sintética y teniendo en cuenta que ninguno existe en la realidad de manera pura, en:

- *Modelo estatutario*, donde las disposiciones que regulan el *fundraising* se emiten por el poder legislador competente, de acuerdo con su esquema constitucional de creación de fuentes jurídicas y, dentro de esta estructura, puede regularse el *fundraising* bien como una modalidad más de los mecanismos de financiación de las ONG o bien como una adaptación particularizada en determinadas regulaciones sectoriales, por ejemplo, en materia de Plataformas Colaborativas o de Seguridad Social.

Dentro de este marco (aunque como hemos señalado con anterioridad, no existen sistemas puros) tenemos a Francia e Italia.

En esta modalidad de regulación de las ONG o de sus actividades, que podemos calificar como de estatutaria o de *command and control*, si el *fundraising* está regulado, tendrá, por un lado, que cumplir con la múltiple normativa sectorial que afecte a su actividad: disposiciones sobre privacidad, protección de datos, intervenciones en la vía pública, uso de Plataformas Colaborativas, aplicación de instrumentos financieros para recaudar recursos,

<sup>13</sup> Véase el Anexo incorporado a dicho estudio (nota a pie de página 1) en la web de la AEFr: [www.aefundraisngr.org](http://www.aefundraisngr.org).

Seguridad Social, etc. y, además, tendrán que someterse a la propia legislación relativa bien a las ONG, a las cuales sirven con sus actividades de obtención de recursos, bien al propio ejercicio de las operaciones de *fundraising*, aunque esta normativa autónoma del *fundraising* resulta ser, francamente, excepcional en los países miembros de la UE.

En general, puede decirse que las disposiciones sobre *fundraising* a nivel estatutario no son fáciles, asimismo, de conocer e identificar porque integran dos bloques normativos diferenciados:

- El que afecte al *fundraiser*, según qué modalidad de obtención de recursos esté llevando a cabo. Se trata de un elenco de disposiciones complejas que van desde el Derecho Laboral (conforme a qué tipo de contratos aplique la entidad de *fundraising* a los medios humanos que utilice y los correspondientes regímenes de la Seguridad Social) al Derecho Tributario (ya que la existencia o no de beneficios fiscales para los donativos o aportaciones a favor de las ONG incide directamente en el nivel, calidad y modalidades de su financiación), pasando por normas de carácter financiero, supuesto de las disposiciones relativas a la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.
- Las relativas al Derecho de las entidades no lucrativas que, lógicamente, norman cuestiones sobre su financiación y, por la misma causa, directa o indirectamente, entran a regular una de las fórmulas clásicas de financiación de las ONG como es el *fundraising*.

La otra posibilidad de regular el *fundraising* es hacerlo como un aspecto más de las actividades llevadas a cabo por las ONG, dado que se trata de una de las claves de estas instituciones: su financiación y, en consecuencia, si se regula la financiación del Tercer Sector y áreas conexas a la misma, verbigracia, la contabilización, auditoría e información relativa a la estructura financiera de las ONG, también se hará o se debería hacer con el *fundraising*.

- *Modelo auto regulatorio*, donde la base de las disposiciones de la actividad de *fundraising* consisten en el cumplimiento de determinados acuerdos entre los *fundraisers* y las entidades dedicadas a esta actividad; acuerdos que pueden adquirir denominaciones diversas: Códigos de Conducta, Códigos de Buenas Prácticas, etc. La situación en Escocia (ROGARE, 2017) puede, perfectamente, incluirse en este bloque.
- *Sistemas mixtos*, donde conviven las dos mecánicas anteriores y donde el campo de actuación del *fundraising* regulado o auto regulado varía con el tiempo y la jurisdicción afectada.

En Inglaterra, podríamos en estos comentarios ubicarnos en tal dirección, pues su amplia normativa auto reguladora se ha convertido en estatutaria, a través del reconocimiento de los diferentes Códigos de Conducta del sector y de sus *rules book* en normas de carácter estatutario.

- Sistemas donde se carece de una normativa destinada específicamente al *fundraising*, donde puede situarse a España.

### 3.1. Regulación internacional del *fundraising*

En el Derecho Internacional, incluyendo dentro del mismo el Derecho de la UE, no hay ni parece previsible que exista en un futuro próximo, una regulación específica del *fundraising*, excepto algunos Códigos de Conducta, puramente declarativos, elaborados y publicados por instituciones internacionales vinculadas al sector.

El único principio, generalmente deducido de los Convenios Internacionales aplicables en el campo de las ONG y el Tercer Sector, es que el derecho de asociación es un derecho humano fundamental, universalmente reconocido y que, dentro de las expresiones de este derecho, se encuentra la necesidad de asegurar una financiación suficiente y establece a las organizaciones en las cuales se manifiesta tal derecho.

En consecuencia, la legislación relativa al *fundraising* en la UE o no suele existir como tal (es decir, como una delimitación autónoma de esta actividad, regulando la misma de manera autónoma) o se enmarca bien en el ámbito del cuadro jurídico de las ONG y sus actividades o bien se menciona, sectorial o específicamente, es decir, cuando se han regulado determinadas actividades, cuyas herramientas son aplicadas de manera estándar por los *fundraisers*.

Ejemplo de la primera visión, sería la normativa húngara relativa a la gestión financiera de las ONG, *fundraising* y la obtención del estatus de beneficio público<sup>14</sup> (muy restrictiva y controladora, dada la obsesión nacionalista del grupo político en el poder, que intenta eliminar la “injerencia extranjera” en la financiación del Tercer Sector, en especial, la del filántropo húngaro, residente en EE.UU, George Soros).

Ejemplos de la segunda perspectiva, la da la normativa francesa, que incluye el uso del *crowdfunding* como herramienta para el *fundraising* dentro de una Ley que plantea, en general, la adaptación de la legislación francesa pública y privada a los nuevos parámetros de la economía digital (la Ley francesa de 2016 para una República Digital)<sup>15</sup>, así como las disposiciones francesas específicas dedicadas a las donaciones mediante sms (Aznar, Carbajo Vasco & Vázquez, 2004).

La variedad regulatoria de las ONG y de los objetivos filantrópicos genera que, por marco regulatorio del *fundraising*, podamos entender varios niveles o fuentes jurídicas: en algunos Estados, generalmente, los de tradición jurídica ligada al Derecho Romano de raigambre continental, se entiende por “regulación” la existencia de una Ley y, seguidamente, de disposiciones estatutarias de carácter secundario, emanadas de una autoridad pública competente: Estado, autoridad regional, *Länder*, entidad local, etc., con denominaciones adaptadas a la estructura jurídica de cada nación, por ejemplo, Reglamentos.

<sup>14</sup> Hungary Decree on Certain Issues of the Financial Management of Civil Society Organizations, Fundraising, and Public Benefit Status, 350/2011 (XII.30), art.1 (5) b) (2011) Véase: <http://net.jogtarr.hu/jr/gen/hjegy.doc.cgi?docid=A1100175.TV>.

<sup>15</sup> Planteamiento contrario a la normativa española sobre financiación de inversiones y Plataformas Cooperativas que excluye, expresamente, las destinadas a fines no lucrativos o que solicitan donativos.

Ahora bien, junto a ese nivel estatutario, nos encontramos con jurisdicciones donde bien por su propia tradición jurídica, generalmente, cuando se trata de naciones cuyo Derecho es propio del *Common Law*, bien porque no han publicado una disposición *ad hoc* para regular el propio *fundraising*, aparecen otras regulaciones del tipo *soft Law*, es decir, convenciones, acuerdos, Códigos o normas de conducta firmadas por los *fundraisers* tanto para ordenar la profesión, como para introducir elementos éticos que la separen del *fundraising* empresarial, así como para conseguir otros objetivos de interés común al sector: mayor transparencia, mejoras en la profesionalidad del sector, reducción del fraude y del intrusismo, etc.

Según la relación y jerarquía que se establezca entre las normas de carácter estatutario y las disposiciones auto regulatorias, *inter partes privata*, a las cuales se hayan comprometido las empresas de *fundraising*, podemos clasificar los diferentes Estados en atención al predominio de normas puramente estatutarias a la hora de regular el *fundraising*, aun existiendo Códigos Deontológicos o normas de conducta similares, cuyo valor es el de acuerdos o contratos privados o, por el contrario, Estados donde el *soft Law* y la autorregulación predominan.

Ahora bien, en la propia UE no existen situaciones “puras” donde se otorgue a cada nación una categoría u otra conforme a la clasificación anterior, ya que, en todas partes, coexisten disposiciones de una u otra naturaleza y, además, situaciones consolidadas están siendo objeto de replanteamiento, por ejemplo, en Inglaterra, donde normas previamente privadas, de pura auto regulación, se han convertido en estatutarias, a través de su asunción en la normativa reguladora de las ONG, de las *charities*, voz que define a las instituciones no lucrativas de manera general en el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y en las naciones de su órbita histórica desde Irlanda a Nueva Zelanda.

De esta forma, asistimos a modificaciones muy significativas del marco normativo de las ONG y de sus actividades, incluyendo al *fundraising*; proceso complejo y en perpetuo estado de revisión que conlleva, en primer lugar, una normalización y una difusión de esta manera de financiar las ONG, estandarizándola e integrándola en el elenco de disposiciones que regulan el Tercer Sector y también porque muchos métodos aplicados en el *fundraising*, al centrarse en las TIC, el acceso al público en general y la utilización de métodos modernos de financiación, derivan en la necesidad de darles un tratamiento particular en el cuadro de las diferentes legislaciones que norman tales métodos.

En el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, con una gran tradición en materia filantrópica y con una abundante historia legislativa a este respecto, conviven tradiciones diferentes a la hora de regular las ONG (Kennedy, 2017) y el *fundraising*: la de Inglaterra y Gales, por un lado y la de Escocia (Mafe, 2017) y de Irlanda del Norte, por el otro.

Estas tradiciones, asimismo, desde la reforma generalizada de la regulación de las *charities*, llevada a cabo desde 2016 (todavía no concluida y producida, precisamente, para de alguna manera establecer límites claros a la actividad de los *fundraisers*) tratan de evitar, entre otros factores, una excesiva intrusión en la intimidad de los donantes y un escaso respeto a la protección de datos. Este principio ha fomentado la diversidad de los modelos regulatorios del *fundraising* en el Reino Unido.

Tal variedad de modelos normativos sobre el *fundraising* en el seno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha aumentado también por razones políticas, al haber intentado alguna de sus jurisdicciones reforzar su autonomía y sus competencias.

En cualquier caso, el *fundraising* es una actividad plenamente activa y consolidada en el Reino Unido, con un gran desarrollo material, profesional y técnico y con un gran reconocimiento de su utilidad y sus efectos, en general, benéficos para la financiación del Tercer Sector.

En Inglaterra y Gales el sistema normativo actualmente vigente puede calificarse como mixto, al resultar de una mezcla de disposiciones estatutarias, centradas en la *Charity Act de 2016* y sus adaptaciones, junto con las múltiples normas sectoriales que se aplican a las actividades de las ONG (desde las materias contables a la normativa de protección de datos y donde el *fundraising* se encuentra reconocido e incorporado como un mecanismo profesional para obtener recursos para el Tercer Sector) y con un elenco de disposiciones auto reguladoras creadas por el sector y manifestadas en un amplio desarrollo de Códigos de Conducta, uno general y otros *rule books*, de carácter sectorial o vinculados a aspectos peculiares de la función del *fundraising*.

La particularidad en el Reino Unido de las disposiciones auto regulatorias del *fundraising* es que se han convertido, en virtud de la propia Ley, en las normas estatutarias de la actividad del mismo, resultando de obligado cumplimiento, no sólo para las entidades y personas que, voluntariamente, hayan firmado los Códigos, sino para todas las ONG, los *fundraisers* y cualquier otro *stakeholder*.

Asimismo, el órgano regulador clásico de las ONG, funciones y operaciones, la *Charity Commission*, ha cedido, legalmente, sus funciones en materia de *fundraising* a un ente, procedente del sector, el *Institute of Fundraising*, convirtiéndolo en el órgano regulador compulsorio y dotándole de los poderes propios de una autoridad pública, sin desmerecer el papel que el Instituto pueda conservar en otros aspectos de interés para la profesión de *fundraiser*, por ejemplo, las actividades formativas.

En Escocia, por el contrario, si bien por los mismos años, 2015-6, se produjo una revisión generalizada de las reglas de las ONG y sus actividades, no se consideró necesario generar una enorme cantidad de regulación, *rule books*, sobre la operatoria de *fundraising*, entendiendo que la misma podría conllevar enormes costes de cumplimentación a las ONG y que tampoco esa complejidad suponía una mayor eficiencia para el *fundraising*.

Se entendió, asimismo, como innecesaria ya que, en Escocia, no se había detectado la pérdida de confianza, *lack of trust*, que determinados comportamientos de *fundraisers* habían generado en Inglaterra (MacQuilllin, 2016).

Por ello, en Escocia, la regulación del *fundraising* sigue imbricada en la *Charities Act* y las funciones del organismo público regulador correspondiente son más amplias; ahora bien, tanto por razones históricas como por el hecho de que muchas ONG y *fundraisers* actúan en todo el territorio del Reino Unido, se acepta que el Código de Buena Conducta, redactado y actualizado constantemente por el FR inglés, sea, asimismo, la norma general de actividad del *fundraising* en Escocia, con ajustes específicos a las particularidades escocesas.

De hecho, temporalmente, la función regulatoria se ha dejado en manos del FR, aceptando sus normas, pero con carácter puramente auto regulatorio, adaptadas a la realidad escocesa y centrándose en el Código de Buena Conducta, al considerar que muchos de los *rule books* o bien eran innecesarios o bien afectaban a competencias del Gobierno escocés.

De esta forma, en Escocia, conviven con áreas diferenciadas de cumplimiento y diferente grado de imperatividad y control, disposiciones regulatorias y normas auto reguladoras del *fundraising*, encontrándose, lógicamente, más desarrolladas las segundas.

En Irlanda del Norte, por su parte, la misma revisión y causas similares a las expuestas por Escocia, pero también registros peculiares (verbigracia, la relevancia de las ONG de carácter local, el pequeño tamaño de las mismas o su impronta religiosa), han llevado a un modelo estatutario, donde la *Charity Commission* ocupa un papel regulador central, en lo que se refiere a las ONG, pero no entra en materia de *fundraising*, donde la normativa común es la auto regulación del sector.

Podemos, en consecuencia, ubicar a Irlanda del Norte en el modelo auto regulador Kennedy, 2017).

En Alemania, históricamente asociada a las iglesias como instituciones financiadoras de actividades de interés general y a la función original del Estado, la regulación sobre las actividades a favor del interés general ha ido avanzado en las últimas décadas, particularmente a partir de promulgación de normas específicas por parte de los Estados Federales en 2002 y la reforma de 2007, que han ido ampliando las deducciones fiscales de una parte considerable de las contribuciones caritativas.

Una particularidad del sistema alemán es que las Administraciones Públicas son el mayor donante en Alemania, representando el 64,3% de las donaciones.

La caridad, y por lo tanto las donaciones altruistas en Alemania son reguladas a partir de la legislación fiscal, es decir, no existe un cuerpo legal específico para las organizaciones benéficas (Boenigk, Hölz, Mildenerger, Schrötgens & Vahlpahl, 2017).

Las entidades benéficas obtienen su reconocimiento legal a partir del Código Fiscal, lo que les habilita a recibir donaciones y, al mismo tiempo, proporcionar exenciones fiscales a los donantes. En este sentido, la legislación fiscal regula todos aquellos requisitos formales que acaban definiendo una institución sin ánimo de lucro. puede residir una de los límites legales a los que han de hacer frente las organizaciones benéficas alemanas.

Se norman, además de diferentes aspectos administrativos, como la dimensión y la composición de los consejos de administración, la remuneración de los directivos y del personal trabajador en general. Adicionalmente se introducen criterios rígidos sobre que elementos limitan la posibilidad de abandonar el estado de organización caritativa, en tanto que se legisla sobre una serie de exigencias fiscales por un periodo de diez años, incorporando dificultades operativas para estas entidades benéficas.

No hay, por tanto, en el marco jurídico alemán y el de sus entidades federales, normativa específica para regular las actividades de *fundraising* o las entidades mercantiles que las llevan a cabo. Hay que acudir al Derecho Mercantil común para extraer las normas de

todo orden afectan a estos entes empresariales, como al resto de las personas jurídicas que actúan con ánimo de lucro.

El marco legal italiano (Boccacin & Lombi, 2017), a su vez, tampoco proporciona una definición clara de la actividad filantrópica. Quizás cabe exceptuar las expresiones normativas que definen el concepto de ONLUS (*Organizzazione non lucrativa di utilità sociale*), el cual se vincula a la existencia de un régimen fiscal especial. De hecho su marco legal es muy reciente.

En los últimos años, el sector ha pasado por dos reformas legales muy significativas que han dado un marco legal al “Tercer Sector”. En 2016, se aprobó la Ley de Reforma del Tercer Sector que le define como un conjunto de entidades privadas sin fines de lucro que persiguen fines cívicos, sociales o de solidaridad.

Además, en 2017, se ha publicado el Decreto Legislativo No. 117, el Código del Tercer Sector, que introduce una reforma integral del régimen legal y tributario aplicable a las entidades que operan en el Tercer Sector

Esta nueva legislación italiana prevé una regulación detallada de las entidades del Tercer Sector, nacionales e internacionales, que abarca cuestiones tales como la admisión de nuevos miembros, estructuras administrativas, conflictos de interés, responsabilidad de los miembros del consejo y del personal con funciones de gestión y decisión, y la auditoría legal de sus cuentas. El Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales se convierte en la institución pública con responsabilidad de monitorear, supervisar y controlar las empresas del tercer sector.

Por otra parte, se crean la Organización Nacional de Control y organismos de control territorial que realizan tareas de supervisión del sector.

Tampoco en el caso italiano existe una normativa que regula de forma específica el sector de *fundraising*, sus actividades y las entidades mercantiles que en el operan.

En Francia, la normativa sobre ONG reposa en los principios clásicos del dirigismo francés y de su fuerte y tradicional Derecho Administrativo.

Ahora bien, su Derecho Público se ha caracterizado en los últimos años por varios rasgos como son:

- Proliferación de disposiciones tendentes a potenciar las actividades filantrópicas de todo tipo, incluso con la creación de iniciativas públicas propias, caso de las dirigidas a las Universidades e instituciones de educación superior, pero sobre todo con un gran apoyo fiscal a las donaciones de particulares y empresas, es decir, al denominado “mecenazgo”.
- Aparición de múltiples fórmulas de ONG, muy novedosas, lo cual conlleva que el Derecho regulatorio de las ONG en Francia tenga un cierto componente subjetivo, siendo su eje la entidad, dividida en las dos

modalidades clásicas: la asociación y las fundaciones, en plural, ya que, precisamente, las novedades legislativas se han dirigido a esta última figura.

- Preocupación porque la modernización de ciertas actividades profesionales o de recaudación de fondos, así como la incidencia de las nuevas tecnologías, hallen también su acomodo legislativo para no distorsionar o dificultar la captación de fondos por parte de las ONG.

En esta estructura, el *fundraising* no se norma específicamente, sino que se integra como un método más de obtención de recursos financieros para las ONG y, en consecuencia, se regula conjuntamente con la normativa de ámbito subjetivo del Tercer Sector, a la vez que, en múltiples disposiciones sectoriales, se introducen reglas para recoger el *fundraising* (Fondation de France, 2018).

Ello no quiere decir que, en Francia, no exista espacio a la autorregulación, pues desde hace unos 25 años florecen organizaciones profesionales del sector, bien dedicadas más al mecenazgo empresarial bien focalizadas en la actividad de manera genérica, pero los acuerdos emanados de estas organizaciones no pasan de tener el efecto de todo contrato (Bazin, Duros & Malet, 2017).

De esta forma, Francia puede ser calificado como un país bajo el modelo regulatorio, pero con el matiz de la carencia de disposiciones particulares relacionadas con el *fundraising*.

### 3.2. La regulación del *fundraising* en España

En España, la normativa de las ONG tiene una fuerte influencia francesa, como en otros campos de nuestra esfera jurídica. Aspecto al cual ha de añadirse la compleja diversidad de regulaciones (Fundación PWC, 2018) que, respecto de las instituciones no lucrativas, diseña nuestra Constitución, con legislaciones variadas entre el Estado Central, las CCAA y las entidades locales.

En el contexto jurídico español, el *fundraising* no es objeto de atención especial por el legislador, que no lo prevé ni en la normativa que regula a las instituciones propias del Tercer Sector, verbigracia, las fundaciones, sea éste de carácter estatal o autonómico, ni en las disposiciones sectoriales que pueden afectar al *fundraising*, caso de la conocida como “Ley del Mecenazgo”.

Por ello, en España no puede hablarse de que exista *stictu sensu* un conjunto de disposiciones reguladoras del *fundraising*.

Sin embargo, la actividad de *fundraising* está plenamente consolidada en la práctica diaria del Tercer Sector español y dispone ya de un nutrido grupo de organizaciones profesionales y de una asociación representativa, la AEFr.

Por otro lado, está generalizada en España la crítica de la doctrina y de las propias ONG a la creciente inadecuación e insuficiencia de la legislación reguladora de las instituciones privadas sin fines de lucro y sus actividades, tanto de la concerniente a su proyección subjetiva como la relativa al “Mecenazgo”, aunque solamente sea por su

incapacidad para recoger innovaciones tecnológicas o aspectos esenciales del mecenazgo moderno, por ejemplo, el impulso del arte joven (Aznar, Carbajo Vasco & Vázquez, 2004 y Cruz Amorós & López Ribas, 2004).

Por ello, dadas las ventajas que, en todo caso, la seguridad jurídica conlleva para cualquier profesión, sobre todo, para una actividad necesitada de la máxima transparencia en sus actuaciones y de la mayor confianza en sus relaciones con los *stakeholders*, debería aprovecharse la prevista (y, tantas veces, demorada) nueva legislación sobre mecenazgo (AEFr, 2018) para normalizar la actividad del *fundraising* en España.

Se podría así, dotar a la misma de unos rasgos básicos y estatutarios que permitan la profesionalización de este sector y el control de posibles situaciones fraudulentas y favorezcan el desarrollo de la misma, evitando las lagunas que existen, por ejemplo, a la hora de establecer la relación laboral con las personas que, vía *fundraising*, captan directamente los fondos del público, específicamente, en actuaciones *face to face*.

Conviene recordar que, potenciando al *fundraising*, se mejorará la financiación de las ONG, su estabilidad, su diversidad financiera, se reducirán los costes de obtener tales recursos y se abrirá la filantropía a nuevos sectores sociales y económicos.

Ello sin negar en España el importante papel que la configuración del *soft Law* entre los *fundraisers* pueda tener para mejorar su imagen, descubrir nuevas técnicas y favorecer su desarrollo profesional.

#### 4. LA DIMENSIÓN ECONÓMICA DEL *FUNDRAISING*

En este contexto, los datos económicos que se poseen sobre el *fundraising* en la UE como alternativa financiera para el Tercer Sector son escasos y, metodológicamente, resulta ardua su comparación internacional.

En principio, la información sobre *giving*, es decir, las cantidades donadas a favor del Tercer Sector parecen abundantes, en lo que se refiere a la UE (CAF, 2017) pero, tras estos datos e informes estadísticos, inmediatamente se descubre, analizando la situación país por país, jurisdicción por jurisdicción, que tales documentos no responden a una metodología comparable entre sí que, en muchos casos, la información procede de encuestas o estimaciones, más que de estadísticas sistemáticas y precisas; que, bajo la denominación de “aportaciones donadas al Tercer Sector”, se engloban conceptos y negocios jurídicos muy diversos que pueden no existir en algunos Estados, por ejemplo, legados o contratos sucesorios destinados a financiar determinados proyectos filantrópicos; que el campo subjetivo de las estadísticas resulta ser también muy diverso, verbigracia, en algunos supuestos se incluyen instituciones religiosas y en otras no; que las valoraciones de ciertas aportaciones en especie y tiempo son discutidas y discutibles, etc.

Los informes que, en materia de estadísticas relativas a las donaciones y negocios gratuitos asimilados efectuados en favor del Tercer Sector, existen en el ámbito de la UE, no responden a una metodología común y, por otro lado, se enfrentan a otros problemas, en especial, la diversidad jurídica e institucional del propio Sector, de los negocios jurídicos implicados y de las instituciones reguladoras.

En suma, las estadísticas existentes en la UE acerca del *giving*, por utilizar una voz genérica, conllevan relevantes problemas de comparabilidad en todos los órdenes, empezando por el temporal, por lo que resulta todavía más complejo tratar de identificar y cuantificar la operatoria del *fundraising* en diversos Estados de la UE.

De todas maneras, muy pocas de estas estadísticas diferencian la parte o cantidades que de esta financiación provienen del *fundraising*.

#### **4.1. La dimensión económica del *fundraising* en la UE**

El sector del *fundraising* está creciendo en Europa, particularmente en las últimas décadas, tendencia asociada sobre todo a la modernización de las estrategias de captación de fondos por el Tercer Sector a través del uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones; aunque la información cuantitativa que se disponga acerca del mismo sea aún muy deficiente.

En la UE en su conjunto, en el año 2017, el volumen de donaciones benéficas alcanzó un total de más de 85 mil millones de euros.

Los países con mayor volumen de donaciones fueron el Reino Unido, Alemania, Italia, Francia, Holanda y España. Juntos, estos siete países comunitarios representaban más del 90 por ciento del total de los fondos donados en Europa en dicho año (CAF, 2017).

Por contraste, en 2015, el volumen de donaciones era significativamente inferior, cuando las donaciones alcanzaron 40 mil millones de euros, alrededor del 47 por ciento del volumen alcanzado en 2017.

Ese fuerte incremento, se debe a varios factores, entre ellos, a la recuperación de la actividad económica y del empleo, así como a la modernización y profesionalización de los servicios de captación de fondos por parte de las instituciones sin fines de lucro.

En este sentido y en general, el *fundraising* ha sido uno de los vectores que se encuentra detrás del crecimiento del *giving* en la UE durante los últimos años.

En el año 2017, el 47 por ciento de las donaciones se realizaron de forma individual, seguidas por aquellas realizadas por corporaciones empresariales, con el 25 por ciento (diferencia que manifiesta que, en toda Europa, se observa existe un gran recorrido para las actividades de *fundraising* empresarial), en tercer lugar, las donaciones realizadas por fundaciones, con el 19 por ciento. Las formas menos utilizadas de donación son las herencias, legados y loterías.

Con referencia a los fondos filantrópicos generados dentro del capítulo de RSC/RSE aún queda en Europa mucho camino por recorrer y el *fundraising*, instrumento de captación de fondos netamente profesional, puede ser uno de los más apropiados para atraer con estrategias "profesionales" a las sociedades mercantiles al mundo de la filantropía.

Las principales causas caritativas o filantrópicas en la UE, es decir, aquellas que atraen una mayor participación de los donantes, son:

- Niños & jóvenes (15 por ciento),
- Derechos humanos & civiles (13 por ciento) y
- Desarrollo internacional (12 por ciento).

A pesar del fuerte avance en las tecnologías de la información y las comunicaciones, las formas tradicionales de captación directa de fondos todavía son dominantes; sin embargo, la tendencia indica un cambio hacia métodos de captación de fondos más intensivos en tecnología, precisamente, donde el *fundraising* ostenta el liderazgo.

Sin embargo, tras estos datos generales, se esconden diferencias importantes entre los principales países de la UE, es decir, el Reino Unido (RU), Alemania, Italia y Francia en términos de *giving*. En el RU e Italia, por ejemplo, se destacan las donaciones individuales; en Alemania, por otro lado, las corporativas.

A continuación, se señalan las principales características de estos cuatro países en este terreno de análisis.

En el RU, las principales fuentes de rentas de las instituciones caritativas son las donaciones individuales, con casi el 60 por ciento de total de sus ingresos, seguidas de las rentas financieras derivadas de inversiones en activos, con un 17 por ciento, y los legados y donaciones empresariales que supondrían, en promedio, el 12 por ciento (Hoolwerf, Sanders, Mohan & Oharaoah, 2017).

La tendencia muestra una cierta estabilidad de las donaciones individuales, situándose estas en torno a 10 mil millones de libras desde 2005. Esta estabilidad indica, por un lado, que las donaciones individuales no responden a las fluctuaciones económicas, puesto que se mantuvieron más o menos constantes en términos nominales desde 2005.

Este estancamiento de las donaciones estaría explicado por la crisis de confianza que las instituciones sin fines de lucro sufrieron en ese país, crisis que conllevó una profunda reforma de su marco regulatorio y también del *fundrasing*, ver arriba.

En términos totales, los principales destinos de las donaciones individuales de los ingleses son, en primer lugar, las organizaciones religiosas, seguidos de la ayuda internacional, investigación médica, hospitales y hospicios, cuidado de los animales y la infancia.

En el Reino Unido el *fundraising* se encuentra muy desarrollado y está siendo crecientemente utilizado por las ONG. Cabe destacar es el incremento del número de personas y organizaciones caritativas que utilizan las redes sociales para la captación de fondos en el Reino Unido, el denominado *social fundraiser*. Son los jóvenes los que, en mayor medida, acuden al *fundraising* en el RU.

Con relación al *fundraising* en el RU, *el Institute of Fundraising* (uno de sus órganos reguladores) señala que el 28 por ciento de los ingresos de las organizaciones caritativas proviene de actividades de *fundraising*, mostrando mayor importancia en las organizaciones

dedicadas al cuidado de la salud (35 por ciento de los ingresos) y al medio ambiente y protección de los animales (19 por ciento de los ingresos) (Institute of Fundraising, 2018).

Alemania es el segundo país en volumen de donaciones de Europa, con un valor de sus donaciones y negocios jurídicos asimilados que, en 2017, superó los 23,8 mil millones de euros, con un incremento de casi 200 por ciento desde 2014, cuando las donaciones sólo superaron los 8 mil millones de euros, según los informes de la EFA (2017).

Las principales donaciones son realizadas por las empresas, en el marco de sus políticas de RSC/RSE, entregando casi la mitad del volumen registrado.

La tendencia del valor total de donaciones individuales en Alemania ha mostrado una cierta estabilidad, situándose en el entorno de 4,5 mil millones de euros de donaciones, con fluctuaciones determinadas por el ciclo económico y por las grandes catástrofes mundiales, acontecimientos éstos que impulsan el espíritu de generosidad de la población en general y, en particular, de los ciudadanos teutones.

El número de donantes ha mostrado una tendencia continua hacia la baja desde 2005 cuando, alrededor del 50 por ciento de los alemanes se declaraban donantes. En la actualidad, ese porcentaje es del 31,5 por ciento de la población total.

En Alemania se viene observando, de acuerdo con las tendencias anteriores, un interés creciente por la aplicación de técnicas de *crowdfunding* para las donaciones al Tercer Sector (Boenigk *et al.*, 2017).

Italia es el tercer país más generoso de Europa, con un total de 9,1 mil millones de donaciones en 2017, según el informe de *Fundraising in Europe* de la EFA (CAF, 2017).

Respecto de la tipología del donante y, a modo de resumen, podemos indicar que, en Italia, las donaciones y otros negocios gratuitos son, principalmente, de carácter individual, las cuales representan el 70 por ciento del total, seguidas de los legados (16 por ciento) y de las donaciones empresariales (14 por ciento) (Boccacin & Lombi, 2017).

Sin embargo, el número de donantes ha disminuido, de 15,9 millones en 2005 a 9,7 millones en 2017, lo que implica que las organizaciones italianas no lucrativas han perdido alrededor de 6 millones de donantes.

Por otro lado, en Italia, las nuevas formas de donar a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones, aunque pequeñas, están ganando cada vez más espacio en el mundo de las aportaciones al Tercer Sector.

La evolución de las donaciones empresariales en Italia tiene menos relación con la crisis económica y está más vinculada con la estrategia de las empresas de asociar su labor caritativa al entorno social y regional en el que se sitúa a la empresa.

Francia es el cuarto país con mayor volumen de donaciones en Europa, con un total de 8,4 mil millones de euros en 2017, según el informe de EFA (2017), cuantía, sin embargo, muy inferior al de las demás potencias económicas de europeas, tales como el Reino Unido y

Alemania, países mucho más generosos y con un volumen de donaciones totales tres veces superiores al de Francia (Gautier & Nervaux, 2017).

Este bajo nivel de activismo filantrópico de los franceses se explicaría, según algunos estudios, por el fuerte desarrollo del Estado de bienestar social, bajo el cual el Estado francés cubriría buena parte las necesidades sociales más importantes de la población (Boudin, 2011), sin necesidad de que ésta buscara atender sus necesidades a través de organizaciones privadas filantrópicas.

Sin embargo, en los últimos ejercicios se aprecia un fuerte impulso a las actividades filantrópicas en Francia, debido a diferentes causas, y entre otras, toda la doctrina y los estudios coinciden en la existencia de un elenco de incentivos fiscales muy poderoso y cada vez más potente, en favor de las donaciones y aportaciones gratuitas asimiladas.

Los propósitos más frecuentes de las donaciones individuales de los franceses son, según la EFA, y en orden de preferencia: la salud, los beneficios sociales, la religión, la ayuda internacional y la educación.

En lo que hace referencia al mecenazgo empresarial, la *Fondation de France* evalúa que el mismo ha alcanzado un importe de 2,9 mil millones de euros en 2015, incluidos 1,6 mil millones de gastos declarados en el Impuesto sobre Sociedades y 1,3 mil millones de euros de gastos no declarados en las liquidaciones tributarias por razones muy diversas.

Entre 2010 y 2015, en otro orden de cosas, el número de empresas donantes de menos de 100 empleados se ha multiplicado por 2; ocupando parte del espacio antes muy concentrado en las grandes empresas.

En cuando a los métodos de donación, en Francia siguen predominando las formas tradicionales, aunque se observa el avance de las TIC, en este terreno.

#### **4.2. La dimensión económica del *fundraising* en España**

La falta de indicadores objetivos definidos por las instituciones oficiales de estadística e incluso la ausencia de una codificación de actividad económica en las diferentes bases de datos de los institutos de estadísticas (INE, por ejemplo<sup>16</sup>) dificulta una correcta evaluación económica y social del sector.

Por todo ello, los datos que se presentan en este apartado, son aproximaciones estadísticas que hemos desarrollado para tratar de evaluar la situación actual del sector y su evolución a lo largo de la última década.

Además, las diferentes fuentes estadísticas españolas no son homogéneas y, asimismo, siguen metodologías distintas, por lo que hay que tener presente que no son comparables y tampoco complementarias, a la hora de realizar cualquier tipo de análisis estadístico.

---

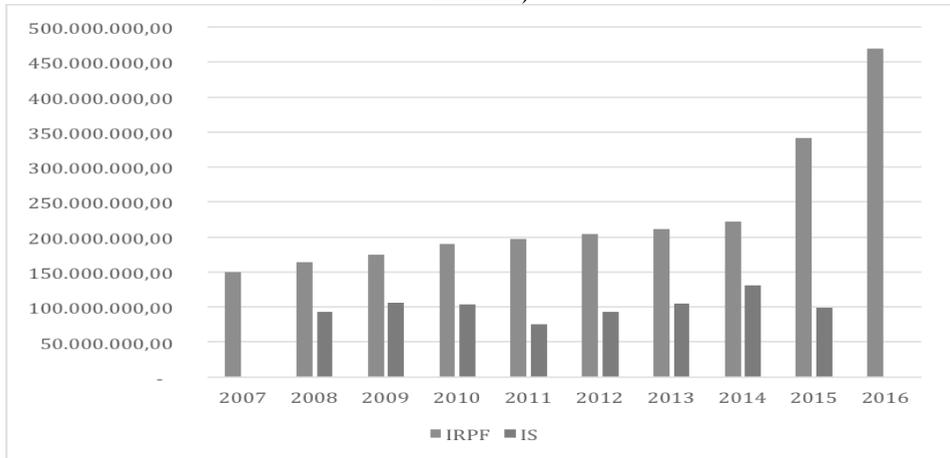
<sup>16</sup> Véase <http://www.ine.es>

Sin embargo, ofrecen la mejor aproximación posible que se puede obtener para evaluar las dimensiones económico-financieras del Tercer Sector en España y en las Comunidades Autónomas.

En una primera aproximación, los datos Agencia Estatal de Administración Tributaria<sup>17</sup> (AEAT) muestran que, en el año 2016, se han realizado deducciones por donativos en el IRPF por el valor de 469,5 millones de Euros por “donativos y otras aportaciones”, sin que sea posible cuantificar el valor total donado (la base de la deducción) pero, suponiendo un tipo de deducción medio del 35%, el importe total donado, imputable a este concepto, ascendería a 1.350 millones de euros, aproximadamente.

En 2015, por su lado, ese volumen ascendió a 341,5 millones de Euros, lo que implicó la existencia de un crecimiento del 37,4% entre 2015 y 2016, posiblemente, muy influido la coyuntura económica positiva y por el aumento de los beneficios fiscales.

**Figura 2. España, deducciones por donativos para actividades de interés general, IRPF e IS. 2007-2016 (euros corrientes)**



Fuente: Elaboración propia con datos de la AEAT, [www.aeat.es](http://www.aeat.es)

La trayectoria es ascendente entre 2007 y 2016, aunque, como se ha señalado, hay que destacar el gran salto experimentado entre 2015 y 2016. Ello se debe, en buena medida, a los efectos de la última gran reforma de la Ley del IRPF, Ley 26/2014, de 27 de noviembre, que introdujo un incremento muy fuerte de las cuantías de la deducción por donativos en el impuesto. Esta reforma fiscal acabó potenciando el *micromecenazgo* y la fidelidad; de esta manera, la deducción en cuota puede llegar al 70% de la cuantía donada en donativos menores a 150 euros.

Según estos mismos datos, en 2016, cada español se dedujo de la cuota tributaria del IRPF por donaciones y otras aportaciones una cantidad media equivalente a 10,1 Euros, valor un 38% superior al de 2015, que fue de 7,3 euros, y un 113% superior al de 2014, cuando cada español se dedujo de la cuota del IRPF 4,7 euros por donativos y otras aportaciones.

<sup>17</sup> Para consultas, <http://www.aeat.es>

La evolución de las deducciones totales del IRPF por donaciones está relacionada con el ciclo de la economía, tanto en nivel como en tasas de crecimiento, eso quiere decir que un incremento de la actividad económica en España puede producir un incremento de la tasa de donaciones a instituciones sin fines de lucro.

Una segunda aproximación al fenómeno en cuestión se obtiene a partir de los datos estadísticos del IS, los cuales muestran que, en 2015, se han deducido alrededor de 100 millones de euros del Impuesto de Sociedades (IS) por donaciones a entidades sin fines de lucro.

Ese valor es relativamente estable entre 2008 y 2010, cuando se puede observar el efecto negativo de la crisis en 2011, en donde se constata una reducción en torno al 22% del total de las deducciones del IS por este motivo; posteriormente, la tendencia es alcista hasta 2014, para finalmente presentar una reducción significativa, de alrededor del 30%, entre 2014 y 2015.

Un factor explicativo importante a destacar es que el mayor porcentaje de las deducciones, las realizan aquellas empresas que tributan en los tramos superiores de ingresos, es decir, superior a 180 millones de euros.

Estos obligados tributarios representaron, en 2015, el 58,1% de las deducciones, lo que equivale a alrededor de 57,3 millones de euros de deducciones, y el 3,34% de los declarantes, es decir, un total de 331 declarantes.

En otro orden de cosas, en términos de cantidad, el 80% de las deducciones por donación se concentran en empresas con ingresos superiores a 30 millones de euros. En 2015, ese total corresponde a 1.371 declarantes (13,4% de los declarantes), un universo de empresa de relativamente fácil catalogación. Estas empresas, por lo tanto, podrían configurarse en el foco principal de las actividades de *fundraising*.

Por otro lado, la encuesta del CIS, para 2015, muestra la participación en actividades de interés general de los españoles. Aproximadamente, el 55 por cien de los españoles, según esta fuente, participa con donaciones de ropa o alimentos y realización con algún donativo para ONG o asociaciones con fines sociales (el 55,6%).

Un 11,3% de los ciudadanos ha realizado donaciones muchas veces y el 18,8% bastantes veces. Dichos porcentajes contrastan con el *Giving Index* elaborado para España (Felgueiras & Rey-García, 2017), para el año 2015, cuyo tenor sitúa el porcentaje en el 35%, siendo éste el coeficiente de españoles que han realizado alguna donación en el mes anterior a la encuesta.

Los datos de la encuesta señalan que, sólo 4,6% de los españoles realizan trabajo voluntario con elevada frecuencia y un 7,2% con frecuencia, frente al 77,6% que nunca han realizado ningún trabajo voluntario, sin remuneración, en alguna ONG o asociación. Este resultado también contrasta con el del *Giving Index* de 2015, cuyo valor indica que el 20% de los españoles habrían realizado algún tipo de trabajo voluntario.

Y, finalmente, el análisis estadístico de una Encuesta del CIS (2016) afirma que las personas con mayor satisfacción con su situación económica y laboral tienen una mayor

probabilidad de realizar alguna actividad caritativa. Siendo, sobre todo, la satisfacción con el trabajo la que mejor determina el comportamiento pro social de las personas en España.

Y una última aproximación, nos indica otra de las fuentes, singular en el caso español, estable de financiación de una parte de las ONG (particularmente las de mayor dimensión). Este recursos proviene de la asignación que realiza el Estado con la aportación del 0,7 de la cuota del IRPF que los ciudadanos otorgan en su declaración anual a fines sociales.

El mecanismo opera a modo de *fundraising* gratuito del sector público, que actúa como recaudador de donaciones para fines sociales y gestiona su asignación (en competencia con los fondos asignados por esta vía para el mantenimiento de la Iglesia Católica).

### 4.3. La estructura económica del *fundraising* en España

De AEFr (2017) y de la encuesta llevada a cabo por el equipo de trabajo que realizo el estudio para la AEFr<sup>18</sup>, se han extraído una serie de características sobre la estructura económico-financiera de algunas ONG de singular dimensión, que nos pueden ofrecer pautas sobre la situación actual del *fundraising* y para el desarrollo futuro de esta herramienta financiera.

Los datos que ofrece la AEFr (2017), no son absolutamente concordantes con los que muestran los resultados de nuestra encuesta, como se verá a continuación. Obviamente, las muestras de cada fuente de información no son exactamente las mismas, igual que las fechas (2016 y 2018) y, asimismo, difieren ligeramente los conceptos manejados en cada una de ellas

En materia de ingresos, la primera fuente nos señala que los recursos de las ONG, miembros de la AEFr, provienen mayoritariamente del sector privado, del que obtiene en torno al 70 por cien del total de sus recursos. Si acudimos a la encuesta realizada por este equipo de trabajo, los datos relativos de procedencia de los ingresos varían relativamente, aunque no en gran cuantía.

Por origen institucional, los recursos públicos que reciben las ONG, tienen su origen, mayoritariamente, en los que transfieren los organismos estatales de distinto carácter, que suman en torno al 55 por cien. A continuación, son las Comunidades Autónomas y las Entidades locales las más generosas, relativamente, y, finalmente, se situarían por su cuantía relativa de donación, los organismos internacionales de variado cariz, comenzando por la UE y sus diferentes organismos y agencias, por delante de otros entes públicos internacionales.

Recogiendo información de ambas fuentes, sí se puede constatar como las entidades con mayor dimensión internacional recurren fundamentalmente a recursos privados (particularmente, socios, colaboradores, patrocinazgo, etc.).

Son precisamente las entidades de mayor dimensión y operativas en el espacio internacional para sus actividades, las que acuden con mayor frecuencia e intensidad a entidades externas para desarrollar fórmulas de *fundraising* externo.

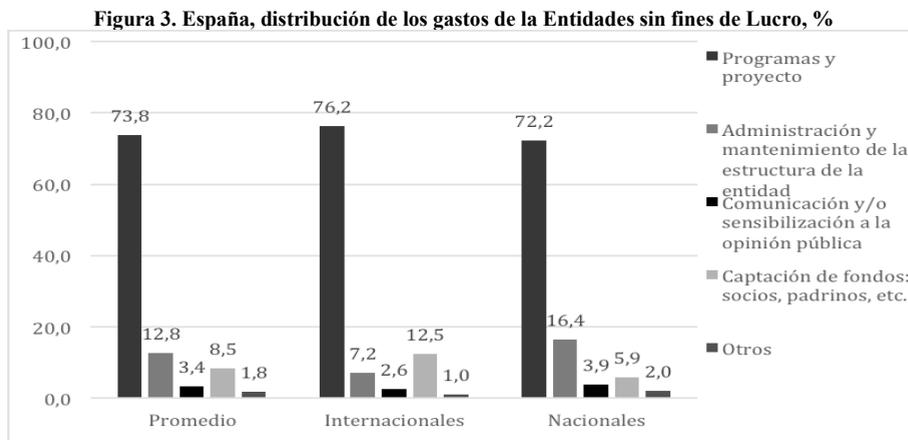
---

<sup>18</sup> Véase el Anexo incorporado a dicho estudio (nota a pie de página 1) en la web de la AEFr: [www.aefundraisngr.org](http://www.aefundraisngr.org).

En buena medida, como observaremos a continuación, la praxis del *fundraising* y la aplicación de sus técnicas a la captación de recursos, viene, con en otros ámbitos de la vida económica del país, de entes transnacionales que transportan con su presencia tales tecnologías innovadoras.

El análisis de los resultados en materia de distribución de los gastos se realiza comparando las entidades nacionales frente a aquellas reconocidamente de actuación internacional y que disponen de sucursales o sedes administrativas también en nuestro país.

Los datos revelan que la principal partida de gasto de las entidades encuestadas es el gasto en programas y proyectos propios. Éstos significan casi el 74 por ciento de los gastos totales; entre las entidades nacionales, este gasto es inferior al de las internacionales, es decir, un 72,2 por ciento de las nacionales frente a un 76,2 de las internacionales.



Fuente: Elaboración propia

Los gastos restantes son aquellos realizados en administración, gestión, publicidad y captación de fondos, que, por lo tanto, son superiores en las entidades caritativas nacionales.

En este sentido, los gastos en administración y mantenimiento de la estructura representan, en promedio, el 12,8 por ciento de los gastos totales. En las nacionales, estos gastos ascienden a 16,4 por ciento, frente al 7,2 por ciento de las internacionales.

Este resultado revela que la estructura las organizaciones nacionales dedica una mayor parte de sus gastos para cubrir los costes administrativos y de mantenimiento que las organizaciones internacionales.

Esto podría explicarse por varios factores: por las dimensiones de las entidades, es decir, aquellas entidades de mayor tamaño tienden a tener una menor proporción de coste administrativo y de mantenimiento que las pequeñas, debido a la existencia de economías de escala; podría también explicarse, por otro lado, por la existencia de factores de sinergias administrativas entre las instituciones internacionales, es decir, entre sus sucursales en diferentes países.

Por otra parte, en lo que se refiere gastos para la captación de nuevos ingresos, sea a través de campañas de comunicación y publicidad o de captación directa de fondos (socios, apadrinamiento, etc.), es decir, el *fundraising*, el esfuerzo es mucho más intenso también entre las entidades internacionales que en las nacionales.

En promedio, las entidades caritativas nacionales dedican el 9,8 por ciento a actividades de publicidad (3,9 por ciento) y de captación directa de fondos (5,9 por ciento); por otro lado, sin embargo, las organizaciones internacionales destinan el 15,1 por ciento, siendo el 2,6 por ciento a tareas de comunicación y publicidad y el 12,5 por ciento a actividades dedicadas a la captación directa de fondos.

En esta última partida de gastos es donde se observa la diferencia de estrategia de captación de fondos más importante entre entidades nacionales e internacionales y, por lo tanto, de cultura de *fundraising*.

Otra distinción significativa en gestión entre las entidades nacionales y las internacionales se refiere a la estrategia de captación de fondos. Las entidades internacionales acuden con más frecuencia a la externalización tanto de las actividades de publicidad y de comunicación como de captación de fondos.

Esto implicaría, en otras palabras, que las instituciones caritativas internacionales aun con actividad en el territorio español contratan con más frecuencia a profesionales externos, empresas de *fundraising*, que las nacionales. Quizás, por otra parte, esto explicaría el mayor gasto administrativo de las nacionales frente a las internacionales.

## **5. ALGUNAS CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA EN UNA FUTURA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE *FUNDRAISING* EN ESPAÑA**

La financiación de las actividades de interés general y sus diferentes herramientas constituyen una materia de interés central para el conocimiento, potenciación e información sobre la filantropía, suponiendo el sostenimiento financiero de tales operaciones humanitarias uno de los desafíos más relevantes de la filantropía.

Asimismo, tal apoyo financiero no debe centrarse, de manera exclusiva, en incrementar los fondos a disposición de las actividades de interés general, sino en diversificarlos (especialmente, cuando muchas ONG han constatado los negativos efectos derivados de una excesiva dependencia con respecto a las subvenciones de las Administraciones Públicas), hacer más reiteradas las aportaciones, reducir los costes de captación de recursos financieros (principio de eficiencia) y lograr una conexión entre el aportante y la institución privada sin fines de lucro a largo plazo, cuya existencia genere sinergias y beneficios comunes en la relación entre el donante y donatario.

El *fundraising*, como mecanismo de financiación filantrópica, debe ser analizado en ese contexto de relevancia creciente de la filantropía en todo el Mundo, del fomento del interés por las razones, causas, manifestaciones y desarrollos de aquella y de búsqueda de mejores y mayores herramientas de financiación de las actividades de interés general.

Fomentar el *fundraising* supone, en consecuencia, incentivar las causas cívicas, el interés general, la implicación de las personas físicas y jurídicas en el bienestar general de la

sociedad y la filantropía en su conjunto y, a la postre, en el logro de causas en beneficio común de la Humanidad, tal y como las diseñadas en la Agenda 2030 (NN.UU., 2015).

Para investigar acerca de la regulación del *fundraising* en la Unión Europea (UE) y proponer medidas al respecto en España, no debe aislarse el estudio de la actividad de *fundraising*, concentrándonos exclusivamente en exponerla desde un punto de vista puramente jurídico e, incluso, de búsqueda de regulación estrictamente estatutaria de la operatoria del *fundraising*.

Lo que hemos de plantearnos, a la hora de proponer un estatuto jurídico, un marco normativo del *fundraising* y sus gestores, los *fundraisers*, es cómo esta legislación puede favorecer la filantropía, mejorar la imagen de la misma entre las sociedades contemporáneas y coadyuvar a impulsar la sostenibilidad financiera de las actividades humanitarias, con una perspectiva, por otra parte, a largo plazo.

Todo ello, teniendo en cuenta que el *fundraising* ha demostrado en las sociedades donde ya tiene un período de desarrollo largo, por ejemplo, en zonas anglosajonas e, incluso, en naciones donde estos negocios disponen de un recorrido temporal menor, supuesto de Italia, que, además, de estar detrás del crecimiento regular y constante de las donaciones y negocios jurídicos asimilados, del *giving*, en favor del Tercer Sector, su mecánica de captación de recursos profesional y de uso intensivo de las TIC es la más apropiada tanto para acercarse a las empresas (potenciado su relativamente reducido volumen de RSC/RSE, ver *supra*) y a determinados grupos sociales, supuesto de los jóvenes y, por último, de reforzar la eficiencia en la obtención de fondos para las ONG.

El *fundraising* y su desarrollo normativo tiene, pues, que configurarse desde una óptica intermedia, es decir, desde la relación existente entre las entidades sin fines de lucro, receptoras de fondos (donatarias) y los sujetos (personificados o no, empresariales o particulares) que aportan instrumentos financieros muy diversificados (donantes).

El estudio del *fundraising* no puede, por otra parte, ser solamente normativo sino que ha incluir otros elementos técnicos, económicos, sociales y culturales; analizando los entornos económicos, sociales y tecnológicos que pueden convertir el *fundraising* en el mecanismo apropiado para construir vínculos reforzados entre donantes y donatarios y lograr una mayor eficiencia en la construcción de esa cadena de contactos.

Por lo tanto, la normativa sobre *fundraising* debe hacerse desde este planteamiento intermediario, de actividad y continuidad de las relaciones financieras entre donantes y donatarios a favor de actividades filantrópicas, rechazando delimitar el *fundraising* como un simple elenco de nuevas tecnologías al servicio de la financiación del Tercer Sector o como un sencillo problema de regulación de esa operatoria.

El *fundraising* no puede, en consecuencia, confundirse con el *crowdfunding* no lucrativo o con otras técnicas de captación de recursos específicas, tipo *street fundraising*, *door to door*, etc., ya que tales medios o herramientas son instrumentales para la finalidad del *fundraising*, con independencia de que éste las utilice de manera regular. Lo mismo sucede con la aplicación de las tecnologías de la comunicación o del *marketing*.

Precisamente, que uno de sus rasgos distintivos sea la generalización y normalización de la introducción de las TIC y de las actuaciones de captación colectivas de recursos por parte de las entidades filantrópicas, muestra la posibilidad de que el *fundraising* desarrolle todo su potencial en favor del Tercer Sector.

En suma, no cabe ni se puede identificar al *fundraising* con herramientas particulares de captación de fondos para el Tercer Sector, aunque una de las grandes novedades incorporadas por el *fundraising* profesional sea la introducción y generalización de las TIC, las técnicas de comunicación y relaciones públicas y la modificación de modalidades clásicas de captación de fondos, verbigracia, las ligadas al uso de espacios públicos (calles, plazas, centros comerciales, etc.) a la hora de derivar recursos para las ONG.

Por lo tanto, la regulación del *fundraising* no puede equipararse solo con la normativa relativa a las herramientas de captación de fondos, por novedosas o muy modernas, tecnológicamente hablando, que éstas sean.

En estas circunstancias, podría intentar construirse la legislación del *fundraising* desde una perspectiva subjetiva, es decir, en atención al destino de los fondos financieros logrados con esta actividad: las entidades del Tercer Sector.

A estos efectos, resulta de interés señalar las opiniones recogidas en la encuesta sobre *fundraising* dirigida algunos de los actores más relevantes de las actividades de interés general en España<sup>19</sup>, ONG de mayores dimensiones, algunas de ellas de carácter transnacional.

En este sentido, destacan las siguientes opiniones, sugerencias y proposiciones:

- Se solicita un marco regulatorio propio.
- Este marco regulatorio del *fundraising* debe ser diferente del de las entidades mercantiles.
- En ese marco regulatorio se deben incluir, como elementos distintivos propios, el énfasis en:
  - a) La transparencia, la rendición de cuentas y la auditoría de sus actividades.
  - b) La profesionalización del *fundraiser*.
  - c) La voluntad del donante a la hora de captar fondos.
  - d) La flexibilidad en la aplicación de las disposiciones anti-lavado de capitales y de transparencia en la regulación del sector.

---

<sup>19</sup> Véase notas a pie de página 1 y 15 de este artículo.

- e) El componente ético de la captación de fondos, el cual debe quedar de manifiesto siempre, los intereses de la colectividad deben estar por encima de los personales o profesionales.

En materia de regulación fiscal, responden, pensando, fundamentalmente, en la problemática e intereses de la propia ONG, con sugerencias, como:

- Mayores deducciones fiscales para los donantes, entrando en aspectos particulares, verbigracia, incluir en la normativa del mecenazgo (Ley 49/2002, de 23 de diciembre) a los servicios pro bono como incentivados, fiscalmente hablando<sup>20</sup>.
- Cambiar la situación de la ONG en el IVA, ya que “encarece mucho algunas acciones”, pidiendo su exención o algún tipo de mejora en este impuesto.

A lo que añaden su interés por:

- Mayores facilidades para la RSC/RSE.
- Control fiscal sobre las grandes fundaciones, para evitar el fraude.
- Que no existan límites para las deducciones fiscales de las grandes donaciones.

Y, en materia laboral, expresan la necesidad, a su juicio, de:

- Fórmulas de contratación que arropan adecuada y justamente la labor de captación de fondos persona a persona.
- Que se eviten los abusos y las malas prácticas.
- Estar al día en el pago a la Seguridad Social.
- Salario mínimo garantizado.
- Evitar la precarización de algunos puestos de trabajo.

Aunque, no todos consideran necesaria una regulación laboral específica sino, más bien, se inclinan por autorregulación en esta materia, con un fuerte componente ético.

Y, finalmente, plantean otras cuestiones como:

- Unificar los Códigos Éticos vigentes, introduciendo un único Código de *Fundraising*.
- Mayor cautela en materia de protección de datos.

---

<sup>20</sup> Véase a este respecto, Garrigues (2016).

- Que, en materia de contratación pública, se diesen mejores condiciones a las empresas que financian las ONG.
- Tener cuidado con el acoso a los transeúntes.

Y, finalmente, con carácter general muestran su interés por<sup>21</sup>:

- Un estatus fiscal europeo para las ONG.
- Mejorar las condiciones de mecenazgo.
- Flexibilidad en la aplicación de las normas anti-blanqueo de capitales y de transparencia.

A tenor de estos comentarios y propuestas –excesivamente genéricos y centrados más en temas regulatorios de la actividad de las ONG que en el *fundraising* y su operatoria–, todo parece indicar, de modo indirecto, que aun compartiendo las ONG encuestadas la preocupación por el *fundraising*, su desarrollo y su posible regulación en distintos niveles, no parece este asunto encontrarse en el centro de las preocupaciones de las ONG españolas, al menos de las consultadas para este trabajo.

Finalmente, como colofón del análisis llevado a cabo, se desarrollan a continuación un conjunto de reflexiones orientadas a mejorar la práctica del *fundraising* (interno y externo), entendiéndose que con ello se contribuye a de ampliar y diversificar las fuentes de financiación de la ONG dedicadas a actividades sociales, las cuales pueden contribuir, además, a guiar el debate sobre la futura regulación normativa (o formas extensas de autorregulación) de las actividades que conforman la herramienta analizada, el *fundraising*.

Dado que el modelo económico y social de la UE, se centra en la llamada "economía social de mercado" y que la construcción de una "sociedad cívica" y una ciudadanía responsable y solidaria forman parte de los principios generales de la UE, esta organización internacional no puede ser indiferente ante la ausencia de una regulación europea común del Tercer Sector, clave para la configuración de los aspectos sociales, culturales y cívicos de tal modelo (Nonprofit Tech for Good, 2017).

Por ello, sería necesario relanzar los proyectos de creación de las figuras de la fundación y la asociación europea, modalidades clásicas de ONG, como muestra, asimismo, del compromiso de la UE con los valores éticos y humanitarios que representa el Tercer Sector.

La libertad de asociación para un fin legítimo y de interés general es un derecho universal humano, en cuyo logro se encuentra comprometidas las instituciones europeas y que forma parte de los instrumentos de Derecho Internacional firmados y reconocidos por la UE.

<sup>21</sup> Son numerosas las propuestas de programas de impulso a la actividad de la ONG. Véase, a título de ejemplo, Plataforma de ONG de Acción Social (2015).

Parte íntegra de ese derecho es que la financiación de las ONG que defienden y manifiestan esa libertad asociativa, sea libre, neutral, suficiente y diversificada, evitando toda discriminación en sus orígenes y en los métodos e instrumentos utilizados para lograr unos recursos suficientes y diversos.

Sin ingresos propios, variados y suficientes no es posible la libertad de asociación y, en consecuencia, la UE debería incluir entre la defensa de este derecho la de una financiación suficiente y apropiada del Tercer Sector.

La UE debería también manifestar su apoyo al libre desarrollo del *fundraising* como uno de los instrumentos más eficaces y eficientes para financiar el Tercer Sector, evitando cualquier discriminación contra el mismo, prohibiendo, por ejemplo, las restricciones a la utilización de *fundraisers* de otros países europeos, pues tales limitaciones atentan contra las libertades básicas del mercado interior.

De igual modo, la UE debería ser neutral a la hora de prefigurar un régimen de financiación del Tercer Sector, abogando por un mayor equilibrio entre sus tres fuentes básicas: sector público, empresas y particulares y buscando, especialmente, un mayor compromiso en la financiación del Tercer Sector por parte de las empresas europeas, mediante el ejercicio de la RSC/RSE y de los particulares, a través de un incremento en el número de donantes y de voluntarios.

Como las experiencias de *fundraising* internacionales y europeas han demostrado su eficacia y eficiencia a la hora de lograr una adecuada financiación de las ONG, así como su interés para lograr unos recursos financieros más equilibrados y sostenibles para el Tercer Sector, la UE debería impulsar los estudios, estadísticas, informes, documentos, etc. relativos al *fundraising*, impulsando un marco común europeo para estas actividades como paso previo para, en su caso, establecer algún tipo de normativa común que atienda a sus especialidades.

Ante la ausencia de metodologías uniformes y los problemas que genera la diversidad de estadísticas relacionadas con el *fundraising* y su importancia en los 28 Estados miembros de la UE, las instituciones comunitarias y, en especial, la Comisión Europea, como órgano motor de la UE y EUROSTAT, como Oficina Estadística de la UE, tendrían que desarrollar un programa estadístico riguroso, actualizado y completo relativo a la incidencia del Tercer Sector en la UE, dentro del cual se incluyese información cuantitativa específica relativa a las actividades de *fundraising*.

A partir del análisis de las diferentes experiencias de Derecho comparado en la UE respecto al marco regulatorio del *fundraising*, no puede afirmarse cuál de los tres grandes modelos expuestos en la investigación (estatutario, auto regulatorio y mixto), así como sus diferentes mezclas y variedades, es el más apropiado para el conjunto de la UE, ni que una de tales variedades reúna los requisitos necesarios para ser calificada como óptima (Etherington, Hurley, Pikeathley & Saltaire, 2015).

Lo que no puede hacerse, es confundir o equiparar la normativa del *fundraising*, relacional o externo, cuyo fin principal es proporcionar recursos de manera eficiente y rigurosa para los fines de las ONG y por encargo de éstas, así como el logro de una

vinculación a largo plazo entre el donante y la IPSFL, con la regulación bien de las diferentes herramientas que el *fundraising* puede aplicar para lograr tales fines (TIC o tradicionales), bien con el *crowdfunding*, bien con el marco regulatorio general de las actividades de las ONG que integran el Tercer Sector.

En aras de la seguridad jurídica, así como para mejorar y potenciar sus indudables beneficios para el desarrollo del Tercer Sector, se debe demandar que exista una normativa específica del *fundraising*, adaptando tanto el nivel y naturaleza de la misma (legal, reglamentario, etc.), así como su grado de desarrollo y su vinculación con el resto del Ordenamiento Jurídico a las circunstancias propias de cada país, a su modelo legislativo y las necesidades y situación de las ONG que desarrollan su actividad dentro del territorio de cada jurisdicción.

En cualquier caso, parece conveniente y necesario proponer que la normativa del *fundraising* se vincule al régimen general que regula la actividad de las ONG y las finalidades del Tercer Sector, para evitar la disociación entre un elemento instrumental, como es el *fundraising*, y la finalidad fundamental de las instituciones a las que sirve: las ONG.

De esta manera, no cabe esperar una regulación tanto de las ONG como de las relaciones de la sociedad con el Tercer Sector, que podemos definir de manera amplia como "mecenazgo", sin que se plantee en el seno de la misma el papel del *fundraising* como herramienta fundamental tanto para la financiación de las ONG como para modernizar las mismas, aumentar su difusión social e implicar a nuevos sujetos (en particular, las empresas) en el círculo de los *stakeholders* del Tercer Sector.

En España, al contrario que en otros Estados de la UE, la situación regulatoria del *fundraising* parte de mínimos, pues ni siquiera puede afirmarse que la sociedad en su conjunto y las propias ONG conozcan de manera suficiente, transparente y precisa cuál es el significado del *fundraising* y cuáles son las ventajas (y, en su caso, inconvenientes) que la aplicación de esta herramienta de financiación presenta para el Tercer Sector en nuestro país.

Quizás a este respecto puede ser ilustrativa la experiencia británica. Una combinación de autorregulación y normativa reguladora podría ser el mejor camino para la potenciación del *fundraising* en España, con beneficios derivados para la financiación de la actividad de la ONG.

Sin pensar en la aplicación mimética del modelo inglés, resulta de interés la idea de recoger en la normativa la experiencia de contrastada de la autorregulación en el ámbito del *fundraising*.

De igual modo, puede resultar positiva para el avance de la financiación hacia el Tercer Sector la posibilidad de impulsar alguna instancia pública de regulación que formulará no solo propuestas, a tenor de la citada experiencia autorreguladora, sino que también asumirá funciones de apoyo técnico al mismo (estadísticas, estudios, conciliación, etc.).

Por otra parte, el ámbito de regulación y ordenación de la actividad del *fundraising* trasciende el marco estatal e incluso regional y se introduce en aspectos más de detalle, que

afectan a la aplicación de sus técnicas de trabajo (*face to face*, puerta a puerta, etc.) en el terreno de las ordenanzas municipales y, lógicamente, en la imbricación de estos trabajadores en el régimen de la Seguridad Social.

Una hipotética regulación de carácter general ha de tener en cuenta estas realidades y la experiencia acumulada de la autorregulación en este terreno para marcar líneas generales de actuación que, con posterioridad, ejecuten y coordinen los entes locales.

El espacio de regulación en este terreno es amplio y requeriría la puesta en común previa de experiencias ya en marcha o en proceso, antes de su generalización.

En el horizonte más inmediato, en primer lugar, sería necesario el desarrollo de una campaña informativa y publicitaria centrada en la propia existencia del *fundraising*, sus funciones y propósitos en materia de financiación de las ONG, su contribución positiva al desarrollo y crecimiento armónico del Tercer Sector, etc. (Shofund, 2017 y García, 2013), así como para desmentir algunos de los aspectos negativos que, de manera inconexa y poco fundada, se atribuyen a la misma, caso de la deflación salarial (Mac Quillin, 2016).

A la vez, en un marco como el sugerido más arriba, deberían ponerse en marcha encuestas y otras informaciones estadísticas que permitieran un conocimiento más exhaustivo y diversificado, así como fundado desde las vertientes cuantitativa y cualitativa, de la realidad del *fundraising* en España.

En el marco de la necesaria reforma de la normativa sobre el mecenazgo en España, concretamente, de la Ley 49/2002, adaptándola a los nuevos entornos y necesidades del Tercer Sector, se debería expresamente regular el *fundraising* como un sistema estándar, legalmente reconocido de financiar las ONG, así como desarrollar expresamente que su utilización por parte de las ONG y de los donantes particulares o empresariales no conlleva ninguna reducción de los beneficios fiscales vinculadas al mecenazgo.

En otro orden de cosas, se debería, asimismo, incorporar una regulación flexible y adaptada al *fundraising* de los beneficios fiscales que la participación en actividades de interés general conlleva en nuestro Derecho positivo.

En materia de regulación sectorial, desde las cuestiones laborales y de Seguridad Social a las relativas a la protección de datos, pasando por las disposiciones de orden público, se deberían incluir reglas específicas para el *fundraising* que no impidieran sus actividades y que, por otro lado, adaptaran el cumplimiento por parte de los profesionales del sector de tales disposiciones estatutarias.

En el marco jurídico que normase la estructura, organización, medios, controles y aspectos generales de las ONG y del Tercer Sector, había que integrar la actividad de *fundraising* como un medio ordinario para facilitar la labor de las instituciones del Tercer Sector.

Con independencia del marco regulatorio del Tercer Sector y de las precisiones incluidas en el mismo para regular el *fundraising*, tanto las ONG como los *fundraisers* deberían comprometerse a cumplir una serie de Códigos éticos y de conducta, que unificaran

los criterios de actuación en estos ámbitos de las empresas mercantiles registradas como operadoras en *fundraising*.

Todo estos elemento que confieren mejor imagen para la actividad del *fundraising*, habrían de implicar una mayor promoción de sus actividades, cuyo desarrollo, junto a otras actuaciones de entidades privadas, como la AEFr, debieran dirigirse, con especial énfasis, a las entidades caritativas que actúan exclusivamente en España, puesto que son las instituciones de ámbito territorial exclusivo español, aquellas que utilizan los servicios profesionales del *fundraising* (que externalizan la captación de fondos) en menor proporción si las comparamos con ONG internacionales que, a su vez, trabajan en España.

Para incrementar el volumen de negocios de las actividades de *fundraising* en el Tercer Sector español las entidades que operan en el mismo, deberían perfilar estrategias más adaptadas al entorno.

De este modo, con un mayor conocimiento de la estructura social y económica de los distintos territorios nacionales, podrían focalizar sus esfuerzos de captación en aquellos colectivos de personas o en regiones con una situación económica y laboral relativamente mejor que la media de España, una vez que se demuestra que es, en estos estratos sociales, se concentran las personas con mayor probabilidad de realizar donaciones o aportaciones a la caridad.

Esta focalización de las estrategias de las empresas de *fundraising* también habría de dirigirse hacia las empresas de mayor facturación, una vez que, más del 80% de las donaciones deducibles del IS, las realizan empresas con una facturación superior a 30 millones de euros.

Lo cual, no es óbice para que estrategias específicas se introduzcan con mayor intensidad en el campo extenso de las PYME y las microempresas, sectores de singularidad destacada en el caso español a estos efectos.

La construcción de un catálogo de empresas donantes, tarea que no sería muy compleja (teniendo en cuenta que, poco más de 300 empresas representan más del 58% del total de las deducciones del IS por donaciones caritativas; y alrededor de 1.300 suponen el 80% del total de donaciones empresariales en España), conformaría una actividad de singular interés para el avance de las estrategias de captación de activos empresariales por parte de la actividad de *fundraising* (orgánica u externa) a favor de la financiación de las ONG..

Igualmente, entendemos que se requiere de una mayor promoción de las actividades de *fundraising*, particularmente, las dirigidas a las entidades caritativas que actúan exclusivamente en España, puesto que son estas instituciones las que utilizan los servicios profesionales del *fundraising* (que externalizan la captación de fondos) en menor proporción.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asociación Española de Fundraising-AEFr (2017). *Realidad del Socio y el Donante en España*.

- Asociación Española de Fundraising-AEFr (2018). Ante la inminente reforma de la Ley de Mecenazgo, mimeo. En <http://www.aefundraising.org>.
- Asociación Española de Fundraising.AEFr (2014). Sobre la necesidad de reformas legislativas en la mejora de la financiación del sector no lucrativo y el incentivo al mecenazgo, agosto, mimeo.
- Aznar, José María; Carbajo Vasco, Domingo & Vázquez, Ángel Luis. *99 Cuestiones Prácticas sobre la Nueva Ley General de Subvenciones*\_Ediciones Experiencia, Barcelona, abril 2004.
- Bazin, Cécile; Duros, Marie & Malet, J. (2017). *La générosité des français, Recherches & Solidarités*, 22<sup>a</sup> edición, noviembre. IDAF, IDEAS y Le Don en confiance, (<http://blog.associatheque.fr/la-generosite-des-francais-22eme-edition-recherches-solidarites/>).
- BBVA Research (2015). Fundraising: definición y métodos. En <https://www.bbva.com/es/fundraising-definicion-metodos-y-aspectos-de-actualidad/> (último acceso el 18 de mayo de 2018).
- Boccacin, Lucia & Lombi, Linda (2017) Research on Giving in Italy. In: Hoolwerf, LK & Schuyt, Th.NM (eds) *Giving in Europe. The state of research on giving in 20 European countries*. ERNOP-EU Publication. Amsterdam: Lenthe Publishers.
- Boenigk, Silke, Hölz, Martin, Mildenerger, Georg, Schrötgens, Jutta, Vahlpahl, Tobias, & Wilke, Burkhard. (2017) Research on Giving in Germany. In: Hoolwerf, LK & Schuyt, Th.NM (eds) *Giving in Europe. The state of research on giving in 20 European countries*. Amsterdam: Lenthe Publishers.
- Boudin, Y. (2011). *Réseaux social et e-collecte: quelle strategie web pour les organisations caritatives?* Máster 2 Web Editorial. En <https://webnonprofit.files.wordpress.com/2013/02/3-1m.pdf>.
- Breen, O. B. (2015): Minding the Pennies: Global Trends in the Regulation of Charitable Fundraising, en Jung, Harrow and Phillips (eds.). *Routledge Companion on Philanthropy*, Spring.
- Bulkardt, Ulrike (2005). *El concepto de fundraising y su aplicación a las donaciones monetarias procedentes de particulares*, CIES. En <http://www.josebatiz.com/Unidad%201/No4.pdf>.
- Cabra de Luna, Miguel Ángel & Lorenzo García, R. (2005). *El tercer sector en España: ámbito, tamaño y perspectivas*, Revista Española del Tercer Sector, n° 1: 95 a 134.
- CAF (Charity Aid Foundation) (2017). CAF World Giving Index Report. A global view of giving trends, September 2017. En [https://www.cafonline.org/docs/default-source/about-us-publications/cafworldgivingindex2017\\_2167a\\_web\\_210917.pdf?sfvrsn=ed1dac40\\_10](https://www.cafonline.org/docs/default-source/about-us-publications/cafworldgivingindex2017_2167a_web_210917.pdf?sfvrsn=ed1dac40_10) (último acceso el 16 de junio de 2018).
- Carbajo Vasco, D. (2014). “La importancia de las estadísticas del IRPF para los estudios de Política Social en España”, en [www.blogmastercaf.wordpress.com/author/domingocarbajovasco/](http://www.blogmastercaf.wordpress.com/author/domingocarbajovasco/), 10 de septiembre.

- Carreras Fisas, Ignasi. (2013). *Estudio sobre el presente y el futuro del Tercer Sector social en un entorno de crisis*, ESADE, Instituto de Innovación Social, 05/2013, <http://www.esadeknowledge.com/view/estudio-sobre-el-presente-y-futuro-del-tercer-sector-social-en-un-entorno-de-crisis-153457>.
- Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) (2016). *Encuesta Social General Española (ESGE) 2015/16*. Madrid: CIS.
- Cruz Amorós, Miguel & López Ribas, Silvia (2004). *La fiscalidad en las entidades sin ánimo de lucro: estímulo público y acción privada*. Madrid: Ed. CIDEAL, PriceWaterhouseCoopers.
- Etherington, Sir Sturart, Hurley, Lord Leigh of, Pikeathley, Baroness & Saltaire, Lord Wallace of (2015). *Regulating fundraising for the future. Trust in charities, confidence in fundraising regulation*, September, en [https://www.ncvo.org.uk/images/documents/policy\\_and\\_research/giving\\_and\\_philanthropy/fundraising-review-report-2015.pdf](https://www.ncvo.org.uk/images/documents/policy_and_research/giving_and_philanthropy/fundraising-review-report-2015.pdf)
- European Fundraising Association, (EFA) (2017). *Fundraising in Europe. A brief exploration of the European charity fundraising environment, based on a survey of EFA's members; 15 national fundraising association representatives*, December 2017, [http://www.efanet.eu/images/pdf/EFA\\_Fundraising\\_in\\_Europe\\_Report\\_Dec\\_17.pdf](http://www.efanet.eu/images/pdf/EFA_Fundraising_in_Europe_Report_Dec_17.pdf)
- Felgueiras, Ana & Rey-García, Marta (2017). Research on Giving in Spain, en Hoolwerf, Barry & Schuyt, Theo (eds). *Giving in Europe. The estate of research on giving in 20 European countries*. ERNOP-EU Publication. ERNOP-EU Publication Amsterdam: Lenthe Publishers. (ISBN 9789075458862).
- Foundation de France (2018). *Observatoire de la Philanthropie. Panorama national des générosités*, Foundation de France [http://www.francegenerosites.org/wp-content/uploads/2018/04/synthese\\_panorama\\_generosites\\_2018.pdf](http://www.francegenerosites.org/wp-content/uploads/2018/04/synthese_panorama_generosites_2018.pdf)
- Fulskey, Daniel (2016). *Fundraising and treating everybody fairly*, *Civil Society Voices*, 28 November 2016, <https://www.civilsociety.co.uk/voices/daniel-fluskey-fundraising-and-treating-everybody-fairly.html>.
- Fundación PWC (2018). *Radiografía del Tercer Sector Social en España: retos y oportunidades en un entorno cambiante*, <http://www.plataformatercersector.es/sites/default/files/20180626%20estudio%20fundacion-pwc-tercer-sector-social-2018%20DEF.pdf>.
- García, María M. (2013). “3 ejemplos de campañas de fundraising exitosas”, *Semántica Social*, 8 de noviembre de 2013, <http://www.semanticasocial.es/2013/11/08/3-ejemplos-campanas-fundraising-exitosas/>.
- Garrigues, Antonio (2016). Régimen fiscal del Tercer Sector: Cuestiones de actualidad en la tributación de la captación de fondos, AEFr, *XVI Congreso de Fundraising, Revolucionando contigo*, 16 de junio, memo.
- Gautier, Arthur & Nervaux, Laurence de, (2017). Research on Giving in France. en Hoolwerf, Barry & Schuyt, Theo (eds). *Giving in Europe. The estate of research on giving in 20 European countries*. ERNOP-EU Publication. Amsterdam: Lenthe Publishers. (ISBN 9789075458862).

- Gregory Segovia, Rebecca & Swindoll, Curt (2017). *The Nuts and Bolts of Relationship Fundraising*, Pursuant, en <https://es.slideshare.net/Pursuant/the-nuts-and-bolts-of-relationship-fundraising>.
- Hoolwerf, Barry & Schuyt, Theo (eds.) (2017). *Giving in Europe. The state of research on giving in 20 European countries*. ERNOP-EU Publication. Amsterdam: Lenthe Publishers. (ISBN 9789075458862)
- Hoolwerf, Barry; Sanders, Renske; Mohan, John & Pharaoh, Cathy (2017). *Research on giving in United Kingdom*, en Hoolwerf, Barry & Schuyt, Theo (eds). *Giving in Europe. The estate of research on giving in 20 European countries*. ERNOP-EU Publication. ERNOP-EU Publication Amsterdam: Lenthe Publishers. (ISBN 9789075458862).  
<http://www.plataformatercersector.es/sites/default/files/N27%20RETS%20Financiaci%C3%B3n%20del%20Tercer%20Sector.pdf>
- Institute of Fundraising (2018). *Acceptance, refusal and return. A practical guide to dealing with donation*. May. En file:///C:/Users/usuario/Downloads/iof-acceptance-refusal-and-return-a-practical-guide-to-dealing-with-donations.pdf.
- Kennedy, Lynn (2017). *Fundraising self-regulation systems across the UK and Ireland*, [www.nicva.org/article/fundraising-self-regulation-systems-across-the-uk-and-ireland](http://www.nicva.org/article/fundraising-self-regulation-systems-across-the-uk-and-ireland)
- Lilly Family School of Philanthropy (2018). *The Global Philanthropy Environmental Index, 2018*, IUPUI, <https://globalindices.iupui.edu/environment/downloads/index.html>
- MacQuillin, Ian (2016). *Rights stuff. Fundraising's Ethics Gap and a new Theory of Fundraising Ethics v1.1*. Sustainable Philanthropy with Plymouth University, ROGARE. The fundraising think tank, September. [https://www.plymouth.ac.uk/uploads/production/document/path/7/7407/Rogare\\_Fundraising\\_Ethics\\_White\\_Paper\\_v1.1.pdf](https://www.plymouth.ac.uk/uploads/production/document/path/7/7407/Rogare_Fundraising_Ethics_White_Paper_v1.1.pdf) (acceso el 20 de julio de 2018)
- Mafe, Marvick (2017). *Fundraising regulation in Scotland*, en ROGARE. *Critical Fundraising Report, 2. Scotland*; capítulo 6.1.
- Naciones Unidas (NN.UU.) (2015). Asamblea General. Septuagésimo período de sesiones. Transformar nuestro Mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Resolución aprobada por la Asamblea General el 20 de septiembre de 2015, Naciones Unidas, A/RES70/11, aprobada por el Director General el 21 de octubre de 2015, [https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1\\_es.pdf](https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1_es.pdf) (último acceso realizado el 7 de octubre de 2018).
- Nonprofit Tech for Good (2017). *Global Trend in Giving Report 2017*. En <https://4bt4ip3d0mz731wvfx1ffdgr-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/09/2017-Global-Trends-in-Giving-Report-English-Final1.pdf>
- Palencia-Lefler Ors, Manuel (2001). *Fundraising. El arte de captar recursos. Manual estratégico para organizaciones no lucrativas*, Ed. Instituto de Filantropía y Desarrollo, Barcelona.
- Payton, Robert (1987). "Philanthropy as a concept," Payton papers.org, <http://134.68.190.22/output/pdf/0081.pdf> (último acceso el 22 de junio de 2018).

- Plataforma de ONG de Acción Social. (2015). *Propuestas del Tercer Sector en el Programa Nacional de Reformas 2015*, 19/05. En <https://www.plataformaong.org/>.
- PWC. (2014). *La reacción del Tercer Sector Social al entorno de crisis*, Madrid.: Fundación la Caixa.
- ROGARE (2017). *Critical Fundraising Report. Scotland, v1.1*, Ed. Plymouth Hartsook Centre for Sustainable Philanthropy, November. En [https://www.plymouth.ac.uk/uploads/production/document/path/10/10714/Rogare\\_s\\_Critical\\_Fundraising\\_Report\\_for\\_Scotland.pdf](https://www.plymouth.ac.uk/uploads/production/document/path/10/10714/Rogare_s_Critical_Fundraising_Report_for_Scotland.pdf)
- Ruesga Benito, Santos. M. (2014). “El “shock” de empleo en la Gran Recesión 2.0”, en: García Norberto, E.; Ruesga Benito, S. M. (coords.). *¿Qué ha pasado con la economía española?. La Gran Recesión 2.0 (2008 a 2013)*. Madrid: Ed. Pirámide: 249 a 300.
- Salamon, Lester M., Sokolowski, S. Wojciech & Haddock, Megan A. (2011). “Measuring the Economic Value of Volunteer Work Globally: Concepts, Estimates, and a Roadmap to the Future”. *Annals of Public and Cooperative Economics* 82:3, pp. 217-252.
- Shofund, Jose de (2017). “¿Cómo hacer un plan de fundraising y captación de fondos para tu ONG?”, junio 18, en <https://shofund.com/plan-fundraising-captacion-fondos-ong/> (último acceso el 30 de junio de 2018).
- USAID.ICNL.ECNL. (2017). *The regulatory framework for Fundraising in Europe*, Ed. ECNL.



Clásicos de la  
Seguridad  
Social

LABORUM



# JOSÉ VIDA SORIA (1937-2019): Las raíces del derecho de la Seguridad Social sometido a un proceso de reforma permanente

---

## JOSÉ VIDA SORIA (1937-2019): The roots of social security law subjected to an ongoing reform process

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE GRANADA

PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

*“[...] somos literalmente lo que somos, por obra y gracia de la Seguridad Social, origen y núcleo esencial del tan famoso como desconocido Estado del Bienestar”*

JOSÉ VIDA SORIA<sup>1</sup>

### 1. ELEMENTOS PARA LA COMPRENSIÓN DE SU BIOGRAFÍA INTELECTUAL

José Vida Soria nace en Granada el 19 de septiembre de 1937 y fallece en la misma ciudad el 3 de enero de 2019. Fue un eminente jurista crítico fuertemente comprometido en la esfera social y política. Ha sido uno de grandes especialistas del Derecho de la Seguridad Social contemporánea. Su compromiso con la justicia social y la democracia constitucional explica este relevante papel político que tuvo durante la etapa de Transición política en España, tras la trágica Dictadura del régimen franquista. En esa secuencia fue senador en la Legislatura Constituyente de España (1977-1989) y Diputado en la Primera Legislatura (1979-1981). En ese marco sería Miembro de las Comisiones de Trabajo, de Sanidad y de Seguridad Social del Congreso de los Diputados.

Cursó estudios de Derecho en la Universidad de Granada en 1959. Se trasladó a Madrid, donde fue Rector del Colegio Mayor César Carlos y obtuvo el doctorado por la Universidad Complutense con Premio Extraordinario en 1962. Tuvo como Maestro directo a Gaspar Bayón Chacón. Después de ampliar estudios en el extranjero (Italia, junto a Francesco Santoro-Passarelli y en mayor medida con **Mattia Persiani, del cual traduciría ese libro de cabecera que entre nosotros fue “El sistema jurídico de previsión social”**), obtuvo por oposición, en 1970, la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca. En 1975 pasa a desempeñar dicha cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, donde prosiguió su labor docente e investigadora.

---

<sup>1</sup> VIDA SORIA, J.: “¿Qué fue eso de la Seguridad Social?”, Discurso de Apertura del Curso Académico 2001-2002 de la Universidad de Granada, Granada, Edita: Secretaría General de la Universidad de Granada, 2001, pág. 9.

No se debe olvidar que José Vida no se limitó a realizar labores en el mundo académico y de la actividad política, sino que también llevó a cabo otras tareas vinculadas a la *Administración de la Seguridad Social*. En efecto, realizó unas oposiciones, convirtiéndose en el número uno de la primera promoción de lo que posteriormente sería el Cuerpo de Letrados de la Seguridad Social, ejerciendo como Secretario General Técnico del Sistema Complementario de Pensiones de la Seguridad social española (Mutualismo Laboral). Resulta harto significativo que precisamente fuese uno de sus reconocidos Maestros, Efrén Borrajo Dacruz (el ogro, como se ha indicado fue Gaspar Bayón Chacón), quien le recomendara opositar a dicho Cuerpo de Letrados.

El Profesor Vida Soria ha sido –sin duda– uno de los Grandes Maestros del iuslaboralismo europeo y español. Él ha sido ejemplo de jurista crítico del Derecho fuertemente comprometido con la democracia y la justicia social. Sus discípulos siempre hemos manifestado el reconocimiento a su labor y afecto hacia su persona. Debe destacarse su extraordinaria talla humana. Reconocimiento al que seguro se suman, sin duda, un importante número de profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de otras disciplinas en el campo de las ciencias sociales y jurídicas y otras personas del ámbito político, sindical y de la Administración. Todos los que nos hemos formado con él y, en general, todos los que le conocen bien, reconocemos la extraordinaria contribución que el Profesor Vida ha supuesto, desde el campo universitario, institucional, político y social, en la construcción del moderno y democrático Derecho Social del Trabajo en nuestro país.

Cabe realzar que su obra científica es extensa (más de ciento cincuenta títulos), pese a que él siempre se consideró ágrafo, y es, sobre todo, intensa, rigurosa, crítica, aguda y sugerente. Muchas de sus obras son referentes nacionales e incluso internacionales y ponen de relieve, no sólo a un acreditado especialista en materia laboral y de Seguridad Social, sino también a un verdadero jurista, a un jurista integral, preocupado por comprender y explicar el Derecho pero atendiendo también a una especial preocupación por la historia, la filosofía, la ciencia política y la sociología. El reconocimiento nacional e internacional de los méritos científicos del Profesor Vida y su propia vocación internacionalista se tradujo en el desempeño de numerosas actividades de carácter institucional y técnico-jurídico.

Su visión metodológica (plasmada en el Programa para el estudio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que se imparte en la Universidad de Granada, inicialmente redactado por él, y en los Manuales de Derecho del Trabajo, de Derecho Sindical y de Seguridad Social realizados en colaboración con algunos de sus discípulos) responde, en mi opinión, fundamentalmente a lo que podríamos llamar “realismo normativista” o “normativismo realista”. Su actividad de investigación jurídica y su actividad docente han estado presididas por el análisis del Derecho y la referencia continua a la realidad social en la que el fenómeno jurídico aparece, a partir de los esquemas básicos del normativismo esencial a la ciencia del Derecho.

Desde su Cátedra de la Universidad de Granada (y antes en las Universidades de Madrid y de Salamanca), su labor ha estado presidida por su *espíritu abierto y pluralista*, por su afán permanente de compartir saberes e inquietudes y, sobre todo, por el *compromiso* en distintos ámbitos.

Compromiso con sus *alumnos*, a través de una actividad docente ininterrumpida desde 1959, con su *empeño en educar hombres* y no en fabricar profesionales situados, por decirlo con palabras de Francisco Giner de los Ríos, y desde la perspectiva humanista de que la educación del hombre es condición previa para la realización de la justicia y la participación efectiva en la sociedad.

Compromiso con quienes hemos querido ser sus discípulos, haciéndole a él nuestro Maestro, despertándonos dudas, sembrando inquietudes, formándonos para la disconformidad, abriéndonos caminos y permitiéndonos recorrerlos desde el más absoluto respeto a la libertad de cada uno, pero sin dejar de expresar su propia opinión, y estando siempre dispuesto a prestar el consejo y la ayuda precisa.

Compromiso con la *Universidad*, participando activamente en la permanente y necesaria renovación universitaria y, especialmente, desde su dedicación como Rector de la Universidad de Granada, durante el período constituyente iniciado tras la aprobación de la primera Ley de Reforma Universitaria.

Compromiso igualmente con la *sociedad*, que le ha llevado a asumir importantes responsabilidades políticas, especialmente en momentos relevantes para la consolidación del Estado democrático en España. Basta reparar tan sólo en su condición de miembro de la Comisión Constitucional Mixta Congreso-Senado, encargada de dar la última versión de la Constitución española de 1978, siéndole concedida la Orden al Mérito Constitucional y la Cruz de San Raimundo de Peñafort.

El Profesor Vida pertenece a la categoría de los buenos profesores, de los maestros, de los que prenden fuego en las almas nacientes de sus discípulos, algo más escaso que los artistas virtuosos o los sabios. Su compromiso de vida ha sido una “lección de maestro” (en el sentido preciso dada a esta expresión por George Steiner). Es lo cierto que una sociedad como la del beneficio desenfrenado y el cultivo de lo efímero, que no honra a sus Maestros, es una sociedad fallida, aparte de injusta.

Permítaseme reproducir aquí un texto especialmente querido por el Profesor Vida, de uno de sus libros de cabecera: “Juan de Mairena”, de Antonio Machado. El primer día de clase de cada curso académico el Profesor Vida se presenta ante sus alumnos con estas palabras, de las que quiero realzar el párrafo final:

“Pláceme poner os un poco en guardia contra mí mismo. De buena fe os digo cuanto me parece que puede ser más fecundo en vuestras almas, juzgando por aquello que a mí parecer, fue más fecundo en la mía. Pero ésta es una norma expuesta a múltiples yerros. Si el empleo es por no haber encontrado otra mejor. Yo os pido un poco de amistad y ese mínimo de respeto que hace posible la convivencia entre personas durante algunas horas. Pero no me toméis demasiado en serio. Pensad que no siempre estoy yo seguro de lo que os digo, y que, aunque pretenda educaros, no creo que mi educación esté mucho más avanzada que la vuestra. No es fácil que pueda yo enseñaros a hablar, ni a escribir, ni a pensar correctamente, porque yo soy la incorrección misma, un alma siempre en borrador, llena de tachones, de vacilaciones y de arrepentimientos. Llevo conmigo un diablo –no el demonio de Sócrates–, sino un diablejo que me tacha a veces lo que escribo, para escribir encima lo contrario de lo tachado; que a veces habla por mí y otras yo por él, cuando no hablamos los dos a la par,

para decir en coro cosas distintas. ¡Un verdadero lío! *Para los tiempos que vienen, no soy yo el maestro que debéis elegir, porque de mí sólo aprenderéis lo que tal vez os convenga ignorar toda la vida: a desconfiar de vosotros mismos*” (Antonio Machado, “Juan de Mairena. Sentencias, donaires, apuntes y recuerdos de un profesor apócrifo (1936)”. Editorial Castalia, Madrid, 1971). Principio de la duda y de la autocrítica, necesario para vivir la vida de modo responsable y existencial.

También advertía contra la soberbia e impostura intelectual de que afirma ser “autodidacta”. Lo que conecta, de nuevo, con el pensamiento de Machado: “Nunca os jactéis de autodidactos, os repito, porque es poco lo que se puede aprender sin auxilio ajeno. No olvidéis, sin embargo, que este poco es importante y que además nadie os lo puede enseñar” (“Juan de Mairena”).

En el Profesor Vida Soria concurrían la cualidad de una persona que ha gozado de reconocido prestigio académico, científico e investigador y social, tanto a nivel nacional como internacional, así como una destacada y continuada actividad de servicio a la Universidad de Granada, en la que ha venido desempeñando su actividad docente e investigadora desde cerca de cuarenta años y en la que ha ocupado diversos cargos de Gobierno dentro de la misma.

Es de realzar su proyección en todos los ámbitos realmente relevantes para que mereciera el doctorado “Honoris Causa” por la Universidad de Granada en 2008. Un doctorado que coronaba su impresionante hoja de servicios hacia la sociedad, como personalidad europea y española. Algunos datos de su currículum que avalan lo expuesto son los siguientes.

- Proyección Universitaria-Institucional. El compromiso del Profesor. Vida Soria con la Universidad en general y, en particular, con la Universidad de Granada siempre le impulsó a asumir diversos cargos de responsabilidad en la gestión, entre los que destaca el haber sido Rector de la Universidad de Granada durante el período de 1984 a 1989 (El primer Rector de la Democracia y, por tanto, en un periodo constituyente de la Universidad democrática). Precisamente en la fase constitutiva del proceso de democratización del conjunto de la Universidad española.

-Proyección Social y Político-Jurídica. El compromiso social del Prof. Vida Soria le ha llevado a asumir importantes responsabilidades políticas, especialmente en momentos relevantes para la consolidación del Estado democrático en España.

Fue Senador en la Legislatura Constituyente (1977-1979), período durante el cual fue Presidente de la Comisión de Economía del Senado, en su primera formación; Presidente de la Comisión de Trabajo del Senado; Secretario Primero de la Comisión Constitucional del Senado; y Miembro de la Diputación Permanente del Senado.

Ha sido también miembro de la Comisión Constitucional Mixta Congreso-Senado, encargada de dar la última versión de la Constitución española de 1978, lo que le valió ser condecorado con la Medalla al “Mérito Constitucional”.

Fue Diputado en la Primera Legislatura (1979-1981); Vicepresidente segundo de la Comisión constitucional del Congreso de los Diputados; y Miembro de las Comisiones de

Trabajo, de Sanidad y de Seguridad Social, del Congreso de los Diputados. Todos recordamos su compromiso y valentía (vinculada a su integridad moral) cuando entró por voluntad propia en el Congreso de los Diputados tras iniciarse el golpe de Estado del 23-F. Y ello pese a la advertencia que le hizo el General Prieto de la Guardia Civil en la puerta del Congreso: “Entra si quieres, te van a matar igual”.

-Reconocimiento internacional. El reconocimiento internacional de los méritos científicos del Prof. Vida Soria y su propia vocación internacionalista se ha traducido en el desempeño de numerosas actividades de carácter técnico-jurídico de ámbito internacional:

Me gustaría destacar su condición de miembro del “Comité de Expertos Independientes para el seguimiento y control de aplicación de la Carta Social Europea” del Consejo de Europa (Estrasburgo), durante el período de 1984-1990 y nuevamente reelegido para un nuevo mandato durante el período 1990-1996, siendo Presidente de este Comité durante el período de 1992-1994. La Carta Social Europea ha sido desde su promulgación la verdadera “constitución social” europea del trabajo. J. Vida era europeísta convencido y pensaba que faltaba un sentido profundo de la importancia de la elación fuerte y sólida entre las naciones europeas. Él trató de buscar la mejor técnica de garantía europea de los derechos humanos, y especialmente de los derechos sociales.

Ha sido también miembro “Experto Independiente” del “Observatorio de Relaciones Industriales” de la Comunidad Económica Europea (División V), con sede en Bruselas, 1986-1989; miembro de la Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con diversas misiones internacionales; Comisionado del Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como experto Independiente, en numerosas ocasiones para realizar una misión de “Contactos directos” ante diversos Gobiernos.

-Proyección científica e influencia de su pensamiento jurídico desde una perspectiva humanista. En él se unifica vida y obra científica. Es de realizar su compromiso con los valores constitucionales y su defensa del socialismo democrático. Su fallecimiento coincide con una crisis de identidad del proyecto socialdemócrata. La obra científica del Prof. Vida Soria evidencia que no se trata sólo de un acreditado especialista en la materia laboral y de Seguridad Social, sino de un jurista integral que ha merecido el reconocimiento tanto en España como en el ámbito internacional. Ello es así desde el otorgamiento del título de Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (Primer Premio extraordinario, Sección Derecho Privado, 1962).

Su obra científica comprende más de 150 títulos, muchos de los cuales son referentes nacionales e incluso internacionales en materia socio-laboral (Seguridad Social, Relaciones Laborales, Derecho Sindical, Derecho del Empleo, Prevención de Riesgos Laborales, Derecho Administrativo Laboral; de ello queda constancia en su “Curriculum vitae”, hecho público). No es, sin embargo, el número de publicaciones lo importante, pues lo que realmente es relevante es su calidad y su influencia en el desarrollo del Derecho Social. En tal sentido es bien conocida su labor en la fase de edificación del sistema contemporáneo de la Seguridad Social (antes y después de la promulgación de la Constitución de 1978, en cuya versión definitiva, como se ha dicho, intervino directamente), y, asimismo, en la etapa de construcción del actual sistema de relaciones laborales (donde destaca su participación directa en la redacción de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, columna vertebral de

dicho sistema, además de la participación en el conjunto de las normas sociolaborales básicas de desarrollo legal de las previsiones constitucionales). Importa retener que su producción científica ha contribuido decisivamente a alumbrar el nuevo ordenamiento legal español en virtud de un conjunto de trabajos de investigación de singular valía.

Puede apreciarse en el Prof. Vida su inagotable defensa de la verdad y compartía el pensamiento de Antonio Machado cuando ésta a través de su heterónimo “Juan de Mairena” afirmaba que: “No penséis que vuestro deber de retóricos (se refería a los que se consagran en a la política) es engañar al hombre con sus propios deseos; porque el hombre ama la verdad hasta tal punto que acepta, anticipadamente, la más amarga de todas”). No es de extrañar que sus clases fuesen comunicativas, basadas en el diálogo y en la conversación con sus alumnos. Incitaban a pensar reflexivamente.

Su Magisterio se ha traducido en la formación de una importante Escuela científica que se proyecta ampliamente dentro y fuera de Andalucía; Escuela que cuenta con varios catedráticos que han sido directos discípulos suyos, y un plantel amplísimo de investigadores. Esta Escuela ha surgido –quizás incluso a pesar suyo, pues no es una persona dada a “crear” Escuelas de pensamiento– gracias a su extraordinaria capacidad crítica; su capacidad para la crítica “disolvente” para desmontar (des-construir, dicen los filósofos postmodernos) los modos de pensamiento supuestamente “fuertes” y cómodamente “establecidos”. Es la capacidad sana para la crítica. Nos enseñó en la práctica, con Baltasar Gracián, que no se nace hecho. Cada día uno se va perfeccionando en lo personal y en lo laboral, hasta llegar al punto más alto, a la plenitud de cualidades, a la eminencia. Enseñó la práctica, a venerar la capacidad crítica de sus discípulos, pues de ella depende que nuestra guía interior opine según la naturaleza y la razón (como decía Marco Aurelio en sus “Meditaciones”). A esta labor aporta un “método” –de uso particularmente intensivo en él–, a saber: “la provocación” y la reconducción al “extremo” de sus últimas consecuencias lógicas y prácticas de toda argumentación jurídica o sociopolítica. Para él la interdisciplinariedad no era una opción, sino una necesidad de la tarea en el campo del saber. Con los excesos de especialización, no crece el volumen total de la cultura, pues como decía, de nuevo, Antonio Machado: Esta concepción “es la ilusión y el consuelo de los especialistas. ¡Lo que sabemos entre todos! ¡Oh, eso es lo que no sabe nadie!” (“Juan de Mairena”).

Además, en virtud de su reconocimiento científico fue nombrado Consejero de Estado (Miembro electivo del Consejo de Estado), desde diciembre de 1990 hasta julio de 2003, y recibió la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort al Mérito Jurídico

## **2. PENSAMIENTO Y ACCIÓN EN LO CONCERNIENTE A LA SEGURIDAD SOCIAL**

J. Vida tenía una concepción realista del surgimiento de los seguros sociales. El gobierno del canciller Von Bismarck en Alemania anuncia en el Parlamento, en 1883, la creación de unos «Seguros Sociales». Su sentido político está y estará marcado por la frase del discurso correspondiente en donde el canciller dice: «Con estas medidas [...] vamos a cortar la hierba debajo de los pies a los señores socialdemócratas.» (Hacer frente a la desestabilización y revolución del orden establecido) En esa estela política, entre 1883 y 1889, se instauran en Alemania los grandes ejes de la protección social «previsional»: los

seguros de enfermedad, de accidentes de trabajo y de invalidez y vejez. Se trata de la aparición de la primera gran medida política –el primer gran hito– y normativa de institucionalización del «Seguro Social».

El sentido nada filantrópico de la medida, su sentido de «contención social» de la desestabilización social, es palmario: contrarrestando los desórdenes derivados de la desesperación inevitable que produce la miseria y la depauperación de amplias masas de la población. El Seguro Social en los orígenes estaba dirigido a los “obreros industriales”; se basaba en una cotización parcialmente empresarial, en una gestión pública o semipública, no lucrativa, que da lugar a Cajas independientes, y, sobre todo, la adscripción al Seguro Social es obligatoria. Como la «Legislación Social Obrera», en el ámbito del trabajo por cuenta ajena, la «Legislación de Seguros Sociales» se evidencia como una colosal medida defensiva y de reacción conservadora frente al peligro subversivo de la «Cuestión Social».

Para J. Vida la Seguridad Social actual es la resultante de un proceso histórico largo, complejo y nunca acabado –e inacabable–, de técnicas ideadas y puestas en práctica, para afrontar la protección de los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad económica que puede sufrir, por lo general derivada de la imposibilidad de trabajar, que se pueden presentar a lo largo de su vida. Inicialmente se centrara en la «clase obrera» –defensa conservadora frente a la «cuestión social»–, pero gradualmente ira ampliando los colectivos de atención, aspirando a incluir a todos los ciudadanos. La Seguridad Social no puede ser entendida haciendo abstracción de la historicidad de los modelos en el marco de los diferentes tipos de Estado, puesto que el estado moderno de la Seguridad Social es el precipitado de una evolución histórica.

Las manifestaciones de protección de las necesidades individuales y sociales son tan antiguas como el hombre. Como dice Durand, «la inclinación por el riesgo y por el deseo de seguridad representan dos tendencias fundamentales del espíritu humano. Una u otra de esas tendencias predomina, dependiendo de cada individuo, pero también de cada época».

Por tanto, siempre han existido personas que en previsión de una necesidad futura han puesto los medios para reparar las consecuencias de esos futuros siniestros. Hay sujetos que tienen una mayor inclinación a la previsión que otros, y esto también ocurre a nivel social: hay sociedades más propensas a mirar al futuro, a prever y planificar, que otras, y esto también es reflejo del momento histórico.

Paul Durand y Augusto Venturi, en sus monumentales y clásicos “Manuales” sistematizadores, diseñaron al respecto un paradigma que ha sido seguido desde entonces casi universalmente. Distinguieron, por lo que aquí interesa, entre técnicas de «ayuda» y técnicas de «provisión». La «ayuda» se obtiene cuando ya se ha producido la situación de necesidad –se ha actualizado el riesgo o evento en daño–, de modo que se trata de «asistir» a –«salir en ayuda de»– quien la experimenta para superarla, o paliarla. La «provisión» es propiamente la acción de prever, más la de disponer los medios que previsiblemente servirá para remediar esa situación de necesidad, para cuando llegue, si llega, pues algunas son inciertas o aleatorias. Dentro de esas dos grandes maneras (técnicas) de afrontar «situaciones de necesidad”.

El proceso de construcción de los Sistemas contemporáneos de Seguridad Social culmina con el Constitucionalismo social de la postguerra y la creación de la forma política del llamado “Estado del Bienestar”. La conformación del Estado prestador de servicios a la comunidad, a la población, dentro del cual el Sistema de Seguridad Social, como conjunto más consolidado de derechos de prestación social o libertad real, se constituyó naturalmente en su núcleo, anclara sus fundamentos en el máximo plano normativo.

En este contexto, la Seguridad Social, que en los orígenes nació por para la clase trabajadora, toma hoy como protagonista a toda la población y en consecuencia su funcionalidad es actualmente más compleja, aunque siempre situada en la dialéctica existente en el orden establecido entre exigencias de protección social y de rentabilidad económica, y, desde luego, mediatizadas por las necesidades (determinadas en el espacio de la política jurídica) de contención de la conflictividad social en sus más variadas expresiones. En este orden de ideas, viene a subrayar J. Vida que la debilidad de la garantía constitucional (art. 41 de la Constitución Española) del derecho del ciudadano a contar con una mínima pero razonable organización jurídica prestaciones en situaciones de necesidad no puede hacer olvidar, porque es un dato determinante, que la norma está encuadrada en el ámbito normativo de dos preceptos constitucionales de diversa dirección. Por una parte, el que contiene el art. 9.2, esto es, que la Seguridad Social es una consecuencia lógica, inevitable e inescindible de esa misión, que corresponde a los poderes públicos, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sea real y efectiva, y de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud –el Estado social como principio jurídico general–. Por otra parte, el art. 54.3 de la misma Constitución, en virtud del cual no se podrá alegar un “derecho” –a su entender– a la Seguridad Social, y, en cambio, las previsiones del art. 41 “informarán” la legislación ordinaria (norma programática). De ahí la visión crítica hacia la fórmula de reconocimiento, dada la debilidad del texto constitucional para garantizar y mantener de manera fuerte el derecho a la Seguridad Social. Por lo demás, en su opinión, el art. 41 contiene una idea evanescente de Seguridad Social, que no responde a un modelo determinado, y que tiene, por tanto, un contenido polivalente, susceptible de ser cumplimentado por las fórmulas más diversas decididas por el legislador ordinario. Es, pues, una fórmula débil para impedir estrategias de posible redefinición o, incluso, desmantelamiento del modelo legal vigente de Seguridad Social (Un modelo legal vigente que él contribuyó a cristalizar, en el marco del desarrollo de la Ley de Bases de la Seguridad Social –Ley 193/1963, de 28 de diciembre–, hasta llegar a la consagración en la Constitución y en el Real Decreto Legislativo 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).

Ciertamente, como había realizado J. Vida, la redacción del art. 41 CE –como todo el capítulo III (“De los principios rectores de la política social y económica”), del Título I de la Norma Fundamental– constituyó una de las partes más débiles del consenso constitucional, y esto explica, en no poca medida, sus límites e insuficiencias. Añadir a esta opinión crítica lanzada con acierto por Vida, que nuestro Tribunal Constitucional –que tanto ha contribuido a la garantía de los derechos fundamentales en nuestro País– tampoco ha estado plenamente a la altura de una necesaria interpretación lógico– jurídica y sistemática de este derecho –como de los demás derechos reconocidos en el Capítulo III– con arreglo al canon de interpretación ex art. 10.2 de la CE (“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre

las mismas materias ratificados por España”), en relación con los artículos 93-96 de Norma Fundamental enmarcados, a su vez, en el Capítulo III del Título III (“De los Tratados Internacionales”). Precepto ex art. 10.2, que introduce un mandato interpretativo, no una opción para el intérprete (“se interpretarán”), y que constituye la apertura hacia el estándar multinivel de garantía de todos los derechos fundamentales en el sentido amplio del término que le otorga el Derecho Internacional General y el Regional Europeo en particular (Por ejemplo, y paradigmáticamente, el que le confiere la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, elevada a rango de Tratado de la Unión en virtud del art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea).

Para él la actual etapa de la evolución de la Seguridad Social se caracteriza por una marcada crisis institucional. Y dentro de esta las dificultades para sostener la viabilidad financiera de los Sistemas de la Seguridad Social. Toda la crisis proviene de su financiación, naturalmente, aunque otros factores –demográficos, tecnológicos, económicos e ideológicos– acompañan el «discurso» –proyectos de cambio– y las «prácticas» –reformas legales– de la crisis financiera. El fenómeno de la crisis de la Seguridad Social es complejísimo, y por tanto difícil de esquematizar, sobre todo por el momento. La etapa que comenzó en esa década es precisamente la actual, y se caracteriza por una, a veces agónica, lucha por conservar el Sistema, sabiendo que su «futuro» es muy incierto. Pero sabiendo también que no es posible, ni desde el punto de vista político, ni social –la contestación social de las drásticas reformas hoy propuestas, así lo avala–, ni económico –el coste en términos de «inseguridad social» o conflictividad laboral es mayor–, desmantelarlo, según las versiones más radicales de los discursos de reforma.

En esta dirección, que enfatiza la necesidad de profundas reformas, si bien con discursos oficiales algo más matizados o transaccionales, podemos encontrar otras muchas manifestaciones. En el fondo coinciden en la expresión de la voluntad de proseguir la difícil tarea de mantener el Sistema y en no dar sino soluciones parciales, que a su vez coinciden en trazar un diseño que consiste en ir «consolidando» –mantener los costes mínimos pero sin posibilidad de crecer– y «racionalizando» –reducir los costes que haya que reducir– el ámbito de acción de la Seguridad Social clásica. En paralelo, se trata de ir difundiendo una pérdida de confianza en el Sistema –imprescindible en un sistema de reparto o solidaridad intergeneracional e interterritorial–, de modo que se acepte sin «violencia» el retorno al sector privado de una parte de ese ámbito y convertir el resto en un nuevo sistema híbrido de Seguro Social con técnicas propias de la Asistencia Social, para las que ya se pide la colaboración o se tolera la «injerencia» de las Comunidades Autónomas. Los factores de esa crisis empezaron a delimitarse refiriéndolos al envejecimiento de la población, la baja natalidad en todos los países, los cambios de las estructuras familiares, el desempleo, y la precarización del trabajo como consecuencia de nuevos métodos de trabajo y de vertiginosas modificaciones tecnológicas. En realidad, todo converge en la constatación del déficit económico actual de la Seguridad Social.

En el fondo, J. Vida podría coincidir coherentemente con los dos objetivos prioritarios para una reforma progresista de la Seguridad Social señalados por Guy Perrin, a saber: la racionalización y la humanización<sup>2</sup>. Desde este punto de vista, él tenía una visión crítica

<sup>2</sup> PERRIN, G.: “Racionalización y humanización, dos objetivos prioritarios para una reforma de la Seguridad Social”, en *Papeles de Economía Española*, núms. 12-13, 1982, págs. 479-496.

subyacente de la idea de “progreso” en los asuntos de política del Derecho –y quizás en general en los asuntos humanos–, en el sentido de afirmar que la evolución de la humanidad presenta más que el avance el aspecto general de un inmenso taller de experimentación donde se logra alguna cosas dispersa por todas las épocas y se fracasa lo indecible, donde falta todo orden, lógica, conexión y obligación. Por ello viene a prevenir sobre la ignorancia, porque cuanto menos se sabe, tanto más fácilmente se conserva la fe (Friedrich Nietzsche). En realidad, como dijo Eugenio Montale, la historia no se desarrolla como una cadena de eslabones sin interrupción. En todo caso muchos eslabones están rotos. Conviene recordar todo esto porque pertenece al campo de los hechos histórico el que el Estado ha sido central en la organización de los dispositivos de seguridad laboral y social generalizada. El desarrollo del Estado social es estrictamente coextensivo a la expansión de las protecciones sociales. El Estado social ha operado esencialmente como un reductor y controlador de “riesgos”, proporcionando un mínimo estatuto protector a las “clases desposeídas” (Anton Menger), sin el cual quedarían condenadas a la inseguridad social permanente. El Estado social es el garante de esa construcción de un sistema de protecciones sociales; de un sistema de derechos sociales de la ciudadanía que ha puesto ciertos límites a la hegemonía del mercado. La crisis de la modernidad organizada a través de la forma política del Estado social y la pretensión de su sustitución por una distinta forma política de Estado (Estado de seguridad y de competencia económica; “Estado de mercado”) basada en una nueva modernidad restringida conduce, con la desestabilización del trabajo y la reducción de las protecciones sociales, a la instauración de una constitución flexible del trabajo contrapuesta básicamente a la constitución garantista en cuyo marco se ha construido el clásico Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, esto es, el asentado en el garantismo. Pero no parece posible que esa constitución flexible del trabajo pueda combatir de modo eficiente las nuevas formas de inseguridad social de las personas (que, por cierto, ella misma contribuye a generar). Es así, que la lucha contra la inseguridad supone actualmente salvar el Estado social adaptándolo a las nuevas necesidades de protección social de las personas.

En los últimos años de quehacer universitario –que también lo eran de su propia vida– mantuvo una percepción pesimista respecto del futuro de la Seguridad Social tal como él la había conocido y se desarrolló tras un largo pero de tiempo. Basta recoger algunas de sus palabras más reflexivas y emotivas al respecto: “Yo he presenciado, trabajado, estudiado y vivido apasionadamente la Seguridad Social. Y ahora la estoy viendo desaparecer con una mezcla de comprensión de lo que está pasando y de amargura, no ya porque ese Sistema de protección social desaparezca, –que al fin y al cabo es un instrumento– sino más bien, porque nadie (nadie), se preocupa de arbitrar una fórmula sustitutiva y actualizada de la función que la Seguridad Social consiguió durante su existencia, o porque la fórmula sustitutiva, que ya está muy madurada y muy implantada, nos va a hacer retroceder unas cuantas decenas de años, en un aspecto singular de nuestra cultura europea, como es el de la solidaridad social”. Para él el proceso ha ido avanzando lentamente, de manera que cuando el sistema de Seguridad Social haya desaparecido del todo por consunción, no se producirá un gran trauma social: se está desmontando paulatinamente a la par que el Estado del Bienestar<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> VIDA SORIA, J.: “¿Qué fue eso de la Seguridad Social?”, Discurso de Apertura del Curso Académico 2001-2002 de la Universidad de Granada, Granada, Edita: Secretaría General de la Universidad de Granada, 2001, págs. 9-11.

Entiende que “que la nueva sociedad productiva, dominada por la nueva tecnología, ésa que cada día que pasa se convierte en antigua, las nuevas formas empresariales que la sostienen y las actuales formas del capital [...], la Seguridad Social que conocemos, no tiene posibilidades de supervivencia”. Ahora bien, “el futuro que sustituirá al Sistema que se acaba no está ni muchísimo menos diseñado [...]. El “recambio momentáneo” ya está aquí: se trata de nuevas formas de Asistencia Pública, con la mayoría de las características de la antigua y con otras renovadas externamente. Si alguien quiere ver lo que será la Seguridad Social dentro de unos muy pocos años, vaya a los Estados Unidos de América del Norte, al Imperio. Allí ya está funcionando”. De este modo, “Cuando el Sistema ya desaparezca los ciudadanos de entonces, las personas que ahora tienen menos de 35 años, y los que vengan después, no tendrán ya asumido el valor social de la “Seguridad”. Con lo cual, se podrá entonces decir “qué fue eso de la Seguridad Social”<sup>4</sup>.

### **3. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA DE JOSÉ VIDA SORIA, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA SEGURIDAD SOCIAL**

“Observaciones sobre las directrices generales de la Ley 63/1963, de 28 de diciembre que aprueba las bases de la reestructuración de la Seguridad Social española”, en el libro colectivo *Dieciséis Lecciones sobre la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1963.

“Observaciones sobre la Gestión de la Previsión Social y la nueva Ley de Seguridad Social”, en el libro colectivo *Dieciséis Lecciones sobre la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1963.

“Aspecto jurídico de la gestión de la previsión social”, en *Revista de Política Social*, Instituto de Estudios Políticos, núm. 61, Madrid, 1964.

*La suspensión del contrato de trabajo. Estudio de las causas que afectan a la prestación del trabajador*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965.

“Estudio preliminar, traducción y Apéndice crítico de la terminología jurídica de la Previsión social”, del libro de PERSIANI, M.: *El sistema jurídico de la Previsión social*, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1965.

“Introducción crítica y traducción del Texto de la Ley núm. 15 de 19 de enero de 1963, que modificó el sistema italiano de protección por accidentes de trabajo”, en *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 14, 1963.

“La distinción entre conflictos sobre derechos y conflictos sobre intereses en la problemática general de los conflictos colectivos de trabajo”, en el libro colectivo *Quince Lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1968.

“Asistencia social en el ordenamiento de la Seguridad Social española”, en *Revista de Trabajo*, Ministerio de Trabajo, núm. 121, Madrid, 1968.

<sup>4</sup> VIDA SORIA, J.: “¿Qué fue eso de la Seguridad Social?”, Discurso de Apertura del Curso Académico 2001-2002 de la Universidad de Granada, Granada, Edita: Secretaría General de la Universidad de Granada, 2001, págs. 35-37.

- “Desempleo y crisis: problemas y normas de Seguridad Social”, en el libro colectivo *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1970.
- “Régimen jurídico de la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Un estudio crítico”, en *Revista de Trabajo*, Ministerio de Trabajo, núm. 31, Madrid, 1970.
- “Régimen General y Regímenes Especiales de Seguridad Social”, en *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia*, núm. 13, junio 1972. Y una versión, distinta y ampliada del mismo tema en *Anuario de la Escuela Social de Granada*, 1973.
- “Sobre la inactualidad del régimen de clases pasivas”, *Documentación Administrativa*, Madrid, núm. 171, 1976.
- Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social*. Libro colectivo realizado por un grupo de expertos bajo la Dirección de los profesores J.A. Sagardoy Bengoechea y J. Vida Soria y la Coordinación del profesor L. E. De La Villa, a partir de “Informe para la Reforma de la Seguridad Social española” encargado por el Ministerio de Planificación, Madrid, Publicado por la Secretaria de Planificación-Presidencia del Gobierno, 1977.
- “Cuestiones críticas en torno al trabajo de la mujer con responsabilidades familiares y su régimen jurídico”, en la obra colectiva *El trabajo de la mujer con responsabilidades familiares*, Madrid, 1978.
- “Génesis de las normas laborales en la Constitución de 1978”, en la obra colectiva *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Ed. Tecnos, 1980.
- Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos de trabajo* (en coautoría con J. Matia Prim, T. Sala Franco y F. Valdés Dal-Ré), Madrid, Ed. Civitas, 1981.
- “Modelos de Seguridad Social en el ámbito constitucional”, en la obra colectiva *La reforma de la Seguridad Social. XVII Encuentro entre empresarios, sindicalistas y laboristas*, Madrid, Fundación Friedric Ebert, Documentos y Estudios, 1982.
- “Regímenes especiales”, en *Papeles de Economía Española*, núms. 12-13, 1982.
- “Seguridad social. Análisis del art. 41 de la Constitución Española de 1978”, en la obra colectiva *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, dirigida por Óscar Alzaga Villaamil, Tomo IV, Madrid, Edersa, 1983. (Nueva edición, Madrid, Edersa, 1996).
- “Protección de los disminuidos físicos. Análisis del art. 49 de la Constitución Española de 1978”, en la obra colectiva *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, dirigida por Óscar Alzaga Villaamil, Tomo IV, Madrid, Edersa, 1983. (Nueva edición, Madrid, Edersa, 1996).

- “Libertades sindicales y derecho del huelga. Análisis del art. 28 de la Constitución Española de 1978”, en la obra colectiva *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, dirigida por Óscar Alzaga Villaamil, Tomo IV, Madrid, Edersa, 1983. (Nueva edición, en coautoría con A. J. Gallego Morales, Madrid, Edersa, 1996).
- “Conflictos colectivos de trabajo. Análisis del art. 37.2 de la Constitución Española de 1978”, en la obra colectiva *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, dirigida por Óscar Alzaga Villaamil, Tomo IV, Madrid, Edersa, 1983. (Nueva edición, en coautoría con A. J. Gallego Morales, Madrid, Edersa, 1996).
- “La reforma de la Seguridad Social en España”, en *II Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo*, Granada, 1985, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.
- La Carta Social Europea en la perspectiva de la Europa del año 2000* (Coloquio Internacional conmemorativo de los XXV años de la Carta Social Europea, Granada, 1988), Coordinación del libro en colaboración con M. Lezertua (Discurso inaugural, Organización y dirección del coloquio), Madrid, Actas publicadas por el Ministerio de Trabajo, 1989.
- La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos* (en coautoría con J.L. Monereo Pérez). Este libro reproduce una parte fundamental del Informe realizado por encargo de la Comisión Europea, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991.
- Estudio crítico preliminar, “La recuperación de un clásico”, y traducción del libro de DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, Madrid, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo-Colección Seguridad Social, núm. 13, 1991.
- “Las cartas sociales europeas en la construcción de la Europa social”, en *Relasur. Revista de Relaciones Laborales en América Latina-Cono Sur*, OIT, núm. 11, 1993.
- “Régimen jurídico del subsidio por desempleo en los casos de agotamiento de la prestación contributiva. El subsidio por “responsabilidades familiares””, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Monográfico sobre “Prestación por desempleo”, núm. 1, Madrid, 1993.
- “La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo”, en *Tribuna Social*, núms. 44-45, número 1 especial, Valencia, 1994.
- “La política sociolaboral y el Derecho del Trabajo en el proceso de construcción de la Unión Europea”, en *Relaciones Laborales y Seguridad Social*, núm. 1, Buenos Aires, 1996.
- “La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo (nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)”, en *Tribuna Social*, núm. 61, Valencia, 1996.
- La incidencia de la reforma del mercado laboral sobre la estructura, el empleo y las condiciones del mercado de trabajo en Andalucía* (en colaboración con M.F. Fernández López, J. Cruz Villalón y M. Alcalde Castro). Sevilla, Junta de Andalucía, Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, 1997.

- “La esencia y la existencia del Derecho del Trabajo (Una revisión crítica del Concepto del Derecho del Trabajo y sus derivaciones conceptuales, dogmáticas y sistemáticas)”, en *Revista Derecho laboral*, nº 192, Montevideo, 1998.
- “Peculiaridades de la protección de accidentes de trabajo en el sistema de la Seguridad Social”, en la obra colectiva *Cien años de Seguridad Social*, Madrid, Editorial Fraternidad Muprespa, 2000.
- “Unidad de gestión y excepción en la colaboración privada: su dirección y control por la Administración Central no especializada”, en *Foro de Seguridad Social*, núm. 3, 2001.
- “¿Qué fue eso de la Seguridad Social”, en *Revista Relaciones Laborales*, núm. 2, 2001. Lección inaugural del curso académico 2000-2001 en la Universidad de Granada, Granada, Ed. Universidad de Granada, 2001.
- Jubilación 2003: régimen general y regímenes especiales. SOVI. Jubilación no contributiva y pensiones asistenciales de ancianidad* (en coautoría con T. Sala Franco y J.A. Maldonado Molina), Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- “Axiomas y aporías en torno a los conceptos de seguridad y asistencia social (En torno a la STC 239/2002, de 11 de diciembre, sobre la constitucionalidad del Decreto de la Junta de Andalucía 284/1998, sobre prestaciones extraordinarias de vejez e invalidez)”, en la obra colectiva *Derecho vivo del trabajo y Constitución. Estudios en Homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*, coordinado por J.M. Ramírez Martínez, T. Sala Franco y Efrén Borrajo Dacruz, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- “Solidaridad y protección social en el marco de la Constitución Española”, en coautoría con J.L. Monereo Pérez, J.A. Maldonado et altri, en el libro colectivo *La Constitución Europea y las relaciones laborales*, coordinado por R. Quesada Segura, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), 2004.
- “La garantía pública de un régimen de Seguridad Social”, en la obra colectiva *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer*, coordinado por M.E. Casas Baamonde, F. Durán López y J. Cruz Villalón, Madrid, La Ley, 2006.
- “Las pensiones sociales. Problemas y alternativas”, en el libro colectivo *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, coordinado por C. Palomeque López e I. García Perrote Escartín, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2006.
- Discurso pronunciado por el Doctor D. José Vida Soria con motivo de su investidura como Doctor “Honoris Causa”*, en *Discursos pronunciados en el Acto de Investidura del Doctor Honoris Causa del Excelentísimo Señor D. José Vida Soria. Presentado por D. José Luis Monereo Pérez*, Universidad de Granada, Granada, Edita: Secretaría General de la Universidad de Granada y Editorial de la Universidad de Granada, 2008.

*Manual de Derecho del Trabajo* (en coautoría con J.L. Monereo Pérez y C. Molina Navarrete), Granada, Comares, en su 8ª ed. en 2010.

*Manual de Derecho Sindical* (en coautoría con J.L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete, M.N. Moreno Vida); Granada, Comares, en su 5ª edición en 2010.

*Manual de Seguridad Social* (en coautoría con J.L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y R. Quesada Segura), Madrid, Tecnos, en su 6ª edición en 2010.

*Manual para la formación en prevención de riesgos laborales* (Dirección y autoría), en colaboración con J.L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete, M.N. Moreno Vida, R. Vida Fernández, J.M. Viñas Armada et altri), Valladolid, Lex Nova, en su 6ª edición en 2010.

Para el pensamiento y la aportación de José Vida Soria, puede consultarse:

*La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª. N. (Coordinadores), Granada, Ed. Comares, 2008. Con referencias importantes a sus aportaciones y con una relación final de los escritos de José Vida Soria.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Discurso de Presentación pronunciado con motivo de la investidura del Doctor “Honoris Causa” de José Vida Soria, en *Discursos pronunciados en el Acto de Investidura del Doctor Honoris Causa del Excelentísimo Señor D. José Vida Soria*, Universidad de Granada, Granada, Edita: Secretaría General de la Universidad de Granada y Editorial de la Universidad de Granada, 2008.

# REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LABORUM

## INFORMACIÓN GENERAL

Revista: *Revista de Derecho de la Seguridad Social (REVSEGSOC)*

Editor: Ediciones Laborum, S.L.

ISSN: 2386-7191

ISSNe: 2387-0370

Inicio de Publicación: 2014

Periodicidad: Trimestral

Arbitraje: Evaluación por pares de doble ciego

## NORMAS PARA LA REMISIÓN DE ORIGINALES, ACEPTACIÓN Y SU PUBLICACIÓN

### 1. ENVÍO DE ORIGINALES

- **Formato:** Microsoft Word o Libreoffice.
- **Forma de envío:** Por correo electrónico a la dirección [revsegsoc@laborum.es](mailto:revsegsoc@laborum.es) o bien mediante la plataforma de envío en <http://revista.laborum.es>.

El archivo debe identificarse con los apellidos del autor del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar:

#### Secciones abiertas a la publicación

ED (Estudios Doctrinales);

EDJ (Estudios de Doctrina Judicial);

EDC (Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas);

ES (Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social);

REC (Recensiones)

**Por ejemplo:** ORTIZ CASTILLO-ED

### 2. DATOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO REMITIDO

Se remitirán dos archivos de la siguiente forma:

- **Primer archivo:** Documento con la identificación del autor o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido:

- Identificación del autor (nombre y apellidos de cada autor); datos académicos y/o profesionales, así como la institución en que desempeña sus funciones. Se facilitará el nombre, dirección postal, teléfono y correo electrónico del autor responsable de la correspondencia sobre el artículo.
- Declaración responsable del autor de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital).

- **Segundo archivo. El trabajo o artículo a publicar**

**Muy importante:** No deberá hacer referencia a la autoría del trabajo o cualquier otro dato que permita identificar al autor o autores.

El artículo ha de estar encabezado por:

- El título del trabajo y las palabras clave/descriptores (entre 3 y 6), primero en español y luego en inglés.
- Un resumen del trabajo de 10 líneas aproximadamente y, a continuación, su traducción de este al inglés (*abstract*).
- Sumario. Se utilizará la numeración arábica (1, 1.1, 1.1.1, etc.)

- **Extensión del trabajo.** La extensión de los trabajos será, conforme a la sección de la Revista a la que vayan destinados, la siguiente:

- Estudios Doctrinales, Derecho Comparado Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias Conexas y Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social: máximo 25 páginas (incluido título, extracto, palabras claves, sumario, anexos, etc.).
- Estudios de Doctrina Judicial: máximo 20 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, etc.).
- Recensiones: máximo 3 páginas.

- **Formato del Documento.**

Márgenes:

Superior: 2,50 cm	Izquierda: 3,00 cm	Encabezado: 1,25 cm
Inferior: 2,50 cm	Derecha: 3,00 cm	Pie de página: 1,25 cm

Fuente: Time New Roman, Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio). En el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

Tamaño: Texto normal 12; Notas al Pié 10

Las referencias legislativa o judiciales deberán expresar –en todo lo posible– las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, etcétera).

Los apellidos de los autores citados han de ir 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, pp. 201-242.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, pp. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, SÁNCHEZ RODAS, C. y ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, pp. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI*, OJEDA AVILÉS, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, pp. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Ed.), Murcia, Laborum, 2016.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 145-173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, SEMPERE NAVARRO, A.V. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (Dir.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva. El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

### 3. PROCESO EDITORIAL

- **Recepción de artículos.** Hay 2 formas de recibir los artículos, bien enviándolos por mail a [revsegsoc@laborum.es](mailto:revsegsoc@laborum.es) o bien mediante la plataforma de la revista digital <https://revista.laborum.es>, en la cual se deben registrar como autores para tener acceso a la sección de enviar artículos.

Se acusará su recibo por la Coordinación de la Editorial lo que no implicará su aceptación.

Una vez acusado recibo, la Coordinación efectuará una primera valoración editorial consistente en comprobar tanto la adecuación al ámbito temático como el cumplimiento de los requisitos de presentación formal exigidos en el punto 2, quedando autorizada la Editorial a la devolución de los estudios mientras no se ajuste a las normas de publicación indicadas.

- **Remisión de originales al Consejo de Redacción.** La Coordinación de la Editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la Revista, que analizará el estudio valorando su remisión a los evaluadores externos, ajenos a los Consejos de Redacción y Asesor, y que han sido seleccionados por los editores de la revista (*vid.* <https://revista.laborum.es/equipoeditorial> o listado en inicio revista) teniendo en cuenta sus méritos académicos, su acreditada solvencia investigadora y su dilatada experiencia en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales.
- **Sistema de revisión por pares.** El artículo enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima, quienes emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El protocolo de evaluación utilizado por los revisores se hace público como anexo a estas normas (*vid.* <https://revista.laborum.es>). En el caso de juicios dispares entre los dos evaluadores, el trabajo será remitido a un tercer evaluador. El trabajo revisado que se considere puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones, deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de un mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores. De ser necesario, la nueva versión será enviada de nuevo a los revisores externos. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que estos puedan realizar (en su caso) las correcciones oportunas.
- **Proceso editorial.** Una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le podrán ser remitidas, si fuera necesario, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección.

- **Plazos de publicación.** El intervalo entre la recepción y la aceptación será inferior a 60 días y el que media entre la aceptación y la publicación no superará los 90 días.
- **Ejemplar para el autor:** La editorial hará llegar a autor o autores una versión electrónica del trabajo presentado y publicado

#### 4. CRITERIOS DE POLÍTICA EDITORIAL Y RESPONSABILIDADES ÉTICAS

- **Criterios de política editorial.** Los factores en los que se funda la decisión sobre la aceptación-rechazo de los trabajos por parte de la editorial son los siguientes:

- a) Originalidad.
- b) Actualidad y novedad.
- c) Relevancia y aplicabilidad de los resultados para la resolución de problemas concretos.
- d) Significación para el avance del conocimiento científico.
- e) Calidad metodológica contrastada.
- f) Presentación, buena redacción y organización (coherencia lógica y presentación material).

- **Responsabilidades éticas.** La Revista no acepta material previamente publicado. Los autores son responsables de obtener los oportunos permisos para reproducir parcialmente material (texto, tablas o figuras) de otras publicaciones y sitios de Internet y de citar su procedencia correctamente.

La Editorial considera que la remisión de un trabajo es original, no exigiendo declaración jurada al respecto pero obligándose, en caso de detectarse lo contrario, a la denuncia de prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

En relación con los derechos de autor, los autores pueden utilizar sus derechos para publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico) siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.

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

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

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

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

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

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

**REVISTA INCLUIDA EN LA CLASIFICACION BIBLIOGRÁFICA DE LAS SIGUIENTES BASES DE  
DATOS Y ORGANISMOS:**



**Orientación y enfoque metodológico**

Su título refleja la reivindicación del amplio espacio propio e identificable de lo que es la Seguridad Social, frente a esas tendencias de emergentes de encuadrarla dentro de un sistema general de protección social pública.

Es una revista teórico-práctica que reivindica un conocimiento pleno del “Derecho vivo” tal y como se verifica en la experiencia jurídica y en la praxis judicial. Por ello al tiempo de prestar atención a las normas vigentes y a las técnicas legislativas y de protección del Derecho, se contextualiza dentro del marco político, socio-económico y ético en el que se insertan.

Los contenidos incluyen:

- Editorial
- Estudios Doctrinales
- Estudios de Doctrina Judicial
- Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social
- Crónica Legislativa de Seguridad Social
- Crónica de Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas
- Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social
- Clásicos de la Seguridad Social

**Destinatarios**

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