

# Revista de Derecho de la Seguridad Social

# Laborum

3<sup>er</sup> Trimestre 2019

nº 20

**Sumario:**

Dirección: José Luis Monereo Pérez

## Editorial

- ✦ El trabajo a tiempo parcial y su discriminación por la Seguridad Social (A propósito de la STC 91/2019, de 3 de julio)

*José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta*

## Estudios Doctrinales

- ✦ Cuestiones pendientes en la protección social del trabajo autónomo tras el RD-Ley 28/2018  
*María Monserrate Rodríguez Egío y Francisco Miguel Ortiz González-Conde*
- ✦ La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia  
*Juan Gorelli Hernández*
- ✦ Concepto legal y concepto doctrinal de enfermedad profesional. Interpretación jurisprudencial de la lista de enfermedades profesionales del RD 1299/2006  
*María Carmen Legua Rodrigo*
- ✦ La problemática derivada del descanso obligatorio por nacimiento y cuidado de menor en el deporte profesional  
*Víctor Ribes Moreno*
- ✦ La aplicación de los reglamentos comunitarios y los convenios bilaterales de Seguridad Social. En torno a la prestación por jubilación del trabajador migrante en el territorio de la Unión Europea. El nuevo criterio interpretativo en la materia generado por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 146/2018, de 14 de febrero

*Javier Fernández-Costales Muñoz*

## Estudios de Doctrina Judicial

- ✦ De la tutela diferenciada de la maternidad y la paternidad a la protección por nacimiento y cuidado de menor desde una perspectiva constitucional  
*Salvador Perán Quesada*
- ✦ Excedencia voluntaria, despido improcedente y reconocimiento de prestaciones: a propósito de la STS 14 marzo 2019  
*María Rosa Vallecillo Gámez*
- ✦ Conflicto de competencias entre el estado y las comunidades autónomas en el marco del programa de activación para el empleo: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2019, de 27 de marzo  
*Susana Rodríguez Escanciano y Natalia Ordóñez Pascua*

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

- ✦ El Caso CNH Industrial N.V. v. Reese (2018). La Última Palabra de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Mejoras Voluntarias de Seguridad Social Creadas por Convenio Colectivo

*Alberto Arufe Varela*

## Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

*María Nieves Moreno Vida*

## Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social

*Javier Aibar Bernad y Andrés R. Trillo García*

## Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

- ✦ Las políticas de Mercado de Trabajo en el marco de Estrategias de Desarrollo Sostenible

*Santos M. Ruesga, Laura Pérez Ortiz, M<sup>a</sup> Isabel Heredero de Pablos y Javier Baquero*

## Clásicos de la Seguridad Social

- ✦ INOCENCIO JIMENEZ VICENTE (9 de noviembre de 1876-27 de abril de 1941): Artífice del desarrollo del instituto nacional de previsión y de la previsión social durante la dictadura de primo de rivera y la segunda república

*José Luis Monereo Pérez*

# Revista de Derecho de la Seguridad Social

# Laborum

3<sup>er</sup> Trimestre 2019

Nº 20

© 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*

## **COORDINACIÓN:**

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*

## **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 Emérito del Tribunal Supremo*

Miguel A. Almendros González, *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, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*

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

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

Gustavo Filipe Barbosa Garcia, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sao Paulo (Brasil)*

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 I. 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, *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 Fábregat 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*  
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*  
Marí Carmen Ortiz Lallana, *Magistrada del TSJ de La Rioja. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Adrián Osvaldo Goldin, *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 Emérito 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*  
Francisco Valdés Dal-Ré, *Magistrado del Tribunal Constitucional. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*  
Francisco Vila Tierno, *Catedrático 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** **9**

---

<b>EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y SU DISCRIMINACIÓN POR LA SEGURIDAD SOCIAL (A PROPÓSITO DE LA STC 91/2019, DE 3 DE JULIO)</b> .....	<b>11</b>
---	-----------

*JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ*  
*GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA*

## **ESTUDIOS DOCTRINALES** **23**

---

<b>CUESTIONES PENDIENTES EN LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJO AUTÓNOMO TRAS EL RD-LEY 28/2018</b> .....	<b>25</b>
--	-----------

*MARÍA MONSERRATE RODRÍGUEZ EGÍO*  
*FRANCISCO MIGUEL ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE*

1. INTRODUCCIÓN.....	25
2. PROBLEMÁTICA ORIGINAL DE LA PRESTACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD.....	26
3. DINÁMICAS DE LA PRESTACIÓN POR CESE DE LA ACTIVIDAD.....	27
4. LA COBERTURA DE LAS CONTINGENCIAS PROFESIONALES EN EL RETA.....	37
5. CONCLUSIONES.....	45

<b>LA CORRESPONSABILIDAD A TRAVÉS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: LAS NUEVAS PRESTACIONES POR NACIMIENTO Y LACTANCIA</b> .....	<b>47</b>
--	-----------

*JUAN GORELLI HERNÁNDEZ*

1. INTRODUCCIÓN.....	47
2. LA NUEVA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR: CARACTERES GENERALES DE LA PRESTACIÓN.....	49
3. LAS SITUACIONES PROTEGIDAS POR LA NUEVA REGULACIÓN.....	51
4. REQUISITOS DEL HECHO CAUSANTE: SIN NOVEDAD, SALVO ALGÚN DEFECTO TÉCNICO.....	55
5. CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES: LA INCIDENCIA DE LAS NUEVAS REGLAS SOBRE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y DIFERENTES PROBLEMAS INTERPRETATIVOS.....	56
6. RÉGIMEN TRANSITORIO.....	61
7. LA NUEVA PRESTACIÓN POR LACTANCIA (O PRESTACIÓN POR CORRESPONSABILIDAD EN EL CUIDADO DEL LACTANTE).....	66
8. CONCLUSIONES.....	70

<b>CONCEPTO LEGAL Y CONCEPTO DOCTRINAL DE ENFERMEDAD PROFESIONAL. INTERPRETACION JURISPRUDENCIAL DE LA LISTA DE ENFERMEDADES PROFESIONALES DEL RD 1299/2006</b> .....	<b>71</b>
---	-----------

*MARÍA CARMEN LEGUA RODRIGO*

1. INTRODUCCIÓN. EVOLUCIÓN HISTÓRICA LEGISLATIVA.....	72
2. PECULIARIDADES EN LA PROTECCIÓN DE LAS CONTINGENCIAS PROFESIONALES.....	75
3. CONCEPTO LEGAL Y CONCEPTO DOCTRINAL DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL.....	76

4. DUALIDAD DE CONCEPTOS: ETIOLÓGICO Y ENUMERATIVO DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL.....	80
5. EL RD 1299/2006. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LISTA DE ENFERMEDADES PROFESIONALES.....	85

**LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DEL DESCANSO OBLIGATORIO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR EN EL DEPORTE PROFESIONAL .....91**

*VÍCTOR RIBES MORENO*

1. INTRODUCCIÓN .....	91
2. NOVEDADES DEL RDL 6/2019 EN EL DEPORTE PROFESIONAL .....	94
3. PROBLEMÁTICA DEL DESCANSO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE HIJOS DERIVADOS DEL RDL 6/2019.....	98
4. CONCLUSIONES .....	103

**LA APLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS Y LOS CONVENIOS BILATERALES DE SEGURIDAD SOCIAL. EN TORNO A LA PRESTACIÓN POR JUBILACIÓN DEL TRABAJADOR MIGRANTE EN EL TERRITORIO DE LA UNIÓN EUROPEA EL NUEVO CRITERIO INTERPRETATIVO EN LA MATERIA GENERADO POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL, SECCIÓN 1ª) NÚM. 146/2018, DE 14 DE FEBRERO.....105**

*JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ*

1. LA REPERCUSIÓN DE LA MOVILIDAD INTERNACIONAL DEL TRABAJADOR EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.....	106
2. LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS Y LOS CONVENIOS BILATERALES DE SEGURIDAD SOCIAL .....	109
3. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	124

**ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 127**

**DE LA TUTELA DIFERENCIADA DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD A LA PROTECCIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL .....129**

*SALVADOR PERÁN QUESADA*

1. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DISTINTO ALCANCE DE LOS PERMISOS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD .....	129
2. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA FEMINIZACIÓN DEL PERMISO DE MATERNIDAD POR PARTO .....	132
3. NUEVO MARCO NORMATIVO, DEL DIFERENTE TRATO DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD AL CUIDADO DE MENOR COMO FUNDAMENTO NECESARIO PARA LA CORRESPONSABILIDAD.....	135
4. CONCLUSIÓN.....	137

**EXCEDENCIA VOLUNTARIA, DESPIDO IMPROCEDENTE Y RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES: A PROPÓSITO DE LA STS 14 MARZO 2019.....143**

*MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ*

1. INTRODUCCIÓN .....	143
2. EL CASO CONCRETO. RELATO FÁCTICO DE LA SENTENCIA .....	145
3. LA DOCTRINA JUDICIAL SENTADA: RAZONES PARA EL FALLO .....	147

4. LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA, LA DECLARACION DE IMPROCEDENCIA Y EL RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES .....	152
5. FALLO .....	162
6. CONCLUSIONES.....	163

## **CONFLICTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNICADES AUTÓNOMAS EN EL MARCO DEL PROGRAMA DE ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 40/2019, DE 27 DE MARZO.....165**

*SUSANA RODRIGUEZ ESCANCIANO*

*NATALIA ORDÓÑEZ PASCUA*

1. REVISITANDO CONCEPTOS: DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL .....	165
2. EL FOMENTO DEL EMPLEO COMO MATERIA “PERILABORAL” DE ATENCIÓN AUTONÓMICA.....	168
3. REPARTO DE ATRIBUCIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO.....	169
4. POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO .....	172
5. ASISTENCIA SOCIAL EXTERNA AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DESTINADA A LA ATENCIÓN DEL DESEMPLEO.....	172
6. EL SUPUESTO ENJUICIADO .....	173
7. NATURALEZA JURÍDICA DE LA AYUDA ECONÓMICA INHERNTE AL PROGRAMA DE ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO DEL REAL DECRETO LEY 7/2017.....	176
8. CONCLUSIÓN: LA ATRIBUCIÓN DE LAS FACULTADES EJECUTIVAS DE TRAMITACIÓN, CONCESIÓN Y PAGO DE LA PRESTACIÓN INHERENTE AL PROGRAMA DE ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO A LOS SERVICIOS DE EMPLEO AUTONÓMICOS .....	179

## **DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 183**

### **EL CASO CNH INDUSTRIAL N.V. V. REESE (2018). LA ÚLTIMA PALABRA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS SOBRE MEJORAS VOLUNTARIAS DE SEGURIDAD SOCIAL CREADAS POR CONVENIO COLECTIVO.....185**

*ALBERTO ARUFE VARELA*

1. EL CONTEXTO DEL CASO .....	185
2. LOS HECHOS DEL CASO .....	188
3. LA DOCTRINA DEL CASO.....	190

## **CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 193**

*MARÍA NIEVES MORENO VIDA*

1. CÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS.....	195
2. INMIGRACIÓN.....	199
3. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.....	200
4. SEGURIDAD SOCIAL.....	200
5. RELACIONES DE TRABAJO.....	203
6. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL .....	208

7. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL .....	208
8. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES .....	220
9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA) .....	220
10. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS .....	222

## **CRÓNICA DE DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL** **223**

### **RELACIONES JURÍDICAS DE AFILIACIÓN, COTIZACIÓN Y RECAUDACIÓN.....225**

*JAVIER AIBAR BERNAD*

1. ENCUADRAMIENTO .....	225
2. COTIZACIÓN Y RECAUDACIÓN .....	226
3. GESTIÓN Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS .....	229

### **RELACIÓN JURIDICA DE PROTECCIÓN.....232**

*ANDRÉS R. TRILLO GARCÍA*

1. NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR .....	232
2. INCAPACIDAD PERMANENTE .....	237
3. JUBILACIÓN .....	238
4. PRESTACIONES FAMILIARES .....	242

## **ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL** **245**

### **LAS POLÍTICAS DE MERCADO DE TRABAJO EN EL MARCO DE ESTRATEGIAS DE DESARROLLO SOSTENIBLE .....247**

*SANTOS M. RUESGA, LAURA PÉREZ ORTIZ, M<sup>a</sup> ISABEL HEREDERO DE PABLOS Y JAVIER BAQUERO\**

1. INTRODUCCIÓN .....	248
2. CLASIFICACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO .....	248
3. LAS ESTRATEGIAS DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO .....	254
4. OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y POLÍTICAS ACTIVAS DEL MERCADO DE TRABAJO .....	256
5. POLÍTICAS DEL MERCADO DE TRABAJO EN PAÍSES EN DESARROLLO .....	258
6. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES .....	262

## **CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL** **265**

### **INOCENCIO JIMENEZ VICENTE (9 DE NOVIEMBRE DE 1876-27 DE ABRIL DE 1941): ARTÍFICE DEL DESARROLLO DEL INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN Y DE LA PREVISIÓN SOCIAL DURANTE LA DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA Y LA SEGUNDA REPÚBLICA .....267**

*JOSÉ LUÍS MONEREO PÉREZ*

1. ELEMENTOS DE UNA BIOGRAFÍA INTELECTUAL .....	267
2. PENSAMIENTO SOCIAL Y POLÍTICO .....	269
3. BIBLIOGRAFÍA .....	290

Editorial

Laboorum



## El trabajo a tiempo parcial y su discriminación por la Seguridad Social

(A propósito de la STC 91/2019, de 3 de julio)

### Part-time work and its discrimination by the Social Security (regarding Constitutional Court Ruling 91/2019 of 3 July)

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
DIRECTOR DE LA REVISTA DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM*

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

*PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
SUBDIRECTOR DE LA REVISTA DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM*

*“SER UNA PARTE de todas las partes  
en la dispersión de las magnitudes,  
dis-santificado, dis-asentado,  
dis-encajado”*

PAUL CELAN<sup>1</sup>

El Tribunal Constitucional en cuestión interna de inconstitucionalidad 688/2019, planteada por la Sala Segunda del TC en relación con la regla tercera, letra c) de la DA. 7.<sup>a</sup> apartado 1, del texto refundido de la LGSS/1994, en la redacción dada por el art. 5.2 del RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes de orden económico y social, ha declarado la nulidad parcial del apartado reseñado por entender que incurre en discriminación indirecta.

Los intentos de llevar a cabo una regulación equilibrada entre la contributividad propia del sistema de Seguridad Social y una protección adecuada, eficaz y posible a los trabajadores a tiempo parcial es la crónica de un fracaso, los intentos de su regulación han sido siempre fallidos.

Hasta el Estatuto de los Trabajadores de 1980 no puede considerarse que hubiera realmente una regulación específica de la contratación a tiempo parcial. Hubo con la Ley de Contratos de Trabajo de 1944, la posibilidad, prevista en su art. 28 de contratar jornadas por debajo de la habitual, “cuando no se hubiera pactado y se tratase de prestación de un número de días de trabajo o de ejecución de obra por unidad, piezas, o por medidas u otras modalidades de trabajo susceptibles de cumplimiento parcial, se entenderá la obligación

<sup>1</sup> CELAN, P.: *Los poemas póstumos*, trad. J. L. Reina Palazón, Madrid, Ed. Trotta, 2003, pág. 165.

divisible y el obrero podrá exigir que se le reciba por partes y se le abone en proporción al trabajo ejecutado”. Si bien no había normativa alguna sobre la cotización y protección social que contemplara la singularidad de la contratación a tiempo no completo o parcial.

También debe recordarse que la Ley de Relaciones Laborales de 1976 contempló en su artículo 13 la figura del contrato a tiempo parcial como medida de fomento de empleo de colectivos singulares (trabajadores mayores de cuarenta años, discapacitados, etc.), sin bien no hubo desarrollo normativo posterior que dispusiera los efectos que tendrían las cotizaciones en tales situaciones a efectos de la protección social a dispensar a los trabajadores contratados a tiempo parcial.

El art. 12.1 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 vino a considerar como trabajo a tiempo parcial el que se prestase durante un determinado número de días al año, al mes o a la semana, durante un determinado número de horas, respectivamente inferior a los dos tercios de los considerados como habituales en la actividad de que se trate en el mismo período de tiempo. La finalidad de esta modalidad no era otra que actuar como medida de fomento de empleo<sup>2</sup>. Además, en el párrafo final de dicho precepto, se incluyó una previsión específica respecto a la cotización de los contratos a tiempo parcial que ser llevaría a cabo “a razón de las horas o días realmente trabajados”.

Nada establecía, sin embargo, sobre la incidencia que esta regla de cotización pudiera tener a efectos de período de carencia, ni tampoco autorizaba expresamente para que este extremo se determinara por vía reglamentaria. Esta previsión legal implicaba en forma tácita la derogación de lo establecido hasta entonces por la Ley General de la Seguridad Social de 1974 en su art. 74.4, en virtud del cual la base de cotización tendría como tope mínimo la cuantía íntegra del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento “cualquiera que fuera el número de horas que se trabajasen diariamente”.

#### A) La primera regulación específica de seguridad social del trabajo a tiempo parcial

El Real Decreto 1362/1981, de 3 de julio, primer desarrollo reglamentario del art. 12 LET de 1980, no contenía tampoco reglas específicas en materia de protección social. La única referencia se encontraba en el artículo 6 en relación con la cotización en tal situación y que básicamente se limitaba a indicar que se harían en función a las horas o días realmente trabajados y autorizaba al entonces Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social “a efectuar las adaptaciones precisas, en las normas que configuran el régimen de cotización y prestaciones de la Seguridad Social y de Desempleo, para su aplicación en los supuestos en que los presuntos beneficiarios de la acción protectora estén o hayan estado acogidos a contratos de trabajo a tiempo parcial”.

En ejercicio de esta autorización, el Ministerio dictó la Orden de 20 de enero de 1982, regulando la cotización de los trabajadores contratados a tiempo parcial, con repercusión a efectos de bases reguladoras, pero sin contener tampoco disposición alguna que afectase a los períodos de cotización exigibles. Sin embargo, su disposición final segunda autorizó a su vez a los Subsecretarios de la Seguridad Social y de Empleo y Relaciones Laborales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para dictar las normas precisas para la aplicación de

<sup>2</sup> Véase la Disposición Transitoria 3ª del ET.

tal Orden. Al amparo de dicha la autorización se acogería la Secretaría General de la Seguridad Social para dictar su Resolución de 1 de febrero de 1982<sup>3</sup>, sobre normas en materia de afiliación y prestaciones económicas de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial.

En el aspecto que más nos interesa esta Resolución lo que venía a introducir era una regla de proporcionalidad estricta, esto es, que a efectos de reunir los períodos mínimos de cotización exigidos en el régimen de la Seguridad Social correspondiente para causar derecho a la prestación de que se trate se computarán las horas o días efectivamente trabajados<sup>4</sup>.

Las controversias sobre la bondad o no de este criterio no se hicieron esperar y a propósito de un subsidio de incapacidad laboral transitoria el TSJ de Aragón en sentencia de 23 de junio de 1992<sup>5</sup> vino a entender es que en el trabajo a tiempo parcial, realizado por horas, la cotización por las correspondientes a cada jornada debe computarse como días cotizados cualquiera que haya sido la duración de ésta, pues no hay norma de rango suficiente que modifique y adapte para el contrato a tiempo parcial lo que establece el art. 128 de la Ley General de la Seguridad Social), ya que no lo es la Resolución de la Subsecretaría de la Seguridad Social de 1-2-1982, ante lo cual debe aplicarse por analogía lo dispuesto para la prestación por desempleo por el art. 3.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 abril. El Tribunal Supremo en sentencia de 26-5-1993<sup>6</sup> realiza un análisis del art. 12 del ET y de su primer desarrollo reglamentario llevado a cabo por el RD 1362/1981, llega a la conclusión de que: *“... , la resolución mencionada, en la regla transcrita, carece de eficacia normativa; conclusión que resulta de lo ya expuesto y, además, de que la Orden de la que la resolución trae causa sólo versaba sobre cotización, por lo cual la delegación que efectuaba obviamente había de quedar constreñida a tal materia, sin que pudiera considerarse extendida a condiciones exigibles para el reconocimiento de prestaciones...”*.

B) La cobertura legal al criterio de ordenación de 1982 o el segundo intento en su regulación

Contra esta criterio del Tribunal Supremo pronto reaccionaría la Administración aprobando el Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre, cuya disposición adicional novena reprodujo la regla señalada en cuanto al cómputo de los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial que establecía la citada Resolución de 1 de febrero de 1982 (en función de las horas o días efectivamente trabajados), elevando así el rango de la regulación, con la pretensión de ponerla al abrigo de los reproches de su insuficiencia apreciados por el Tribunal Supremo, e introduciendo algunas actualizaciones que no es el caso detallar aquí.

---

<sup>3</sup> BOE de 5 de febrero de 1982.

<sup>4</sup> Hay que advertir, no obstante, que la regla anterior no iba a ser aplicable a todas las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, pues para las prestaciones por desempleo el art. 3.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, dictado en desarrollo de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, estableció para los contratos a tiempo parcial la regla según la cual cada día trabajado se computaba como día cotizado, cualquiera que hubiese sido la duración de la jornada.

<sup>5</sup> STSJ Aragón de 23-6-1992 (AS 1992/3090).

<sup>6</sup> RJ 1993, 6374.

La suficiencia de rango de esta nueva regulación reglamentaria fue aceptada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de febrero de 1997, seguida por otras muchas posteriores, con la única precisión de que la regla de proporcionalidad referida se aplicaba a las prestaciones causadas a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 2319/1993.

C) Los intentos por consolidar o dar una cobertura legal sólida al régimen de Seguridad Social para los trabajos a tiempo parcial

Los intentos de despejar cualquier tipo de duda sobre el rango normativo prosiguieron singularmente en 1994 pretendiendo asegurar el principio de proporcionalidad en virtud de las Leyes 10/1994 y 42/1994. Así, la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación (que fue el resultado de la tramitación como proyecto de Ley del Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación) estableció en su art. 4.3 que “a efectos de determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas o días efectivamente trabajados. Reglamentariamente se determinará la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, así como de los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos”.

Esta misma regla se va a reproducir, en términos idénticos, en el apartado segundo de la disposición adicional séptima de la LGSS/1994.

A su vez, el art. 40 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, dio nueva redacción a este precepto, en el único aspecto de suprimir la referencia a los días trabajados (como ya hiciera el Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre) de forma que el cómputo de los períodos de cotización se realizase siempre en función de las horas trabajadas, aunque se trate de contratos a tiempo parcial con jornada diaria completa pero con menor número de días de la jornada semanal, eliminando así el trato diferente entre contratos parciales por horas y por días.

Esta regulación sería la que quedó recogida en el art. 12.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que fue consecuencia de la autorización al Gobierno, contenida en la disposición final séptima de la propia Ley 42/1994, para elaborar ese texto refundido. De esta forma, el párrafo segundo del art. 12.4 ET vino a establecer que *“para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas. Reglamentariamente se determinará la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, equivalentes a la jornada habitual diaria en la actividad de que se trate, así como los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos”*.

Nuevamente dos años después –aproximadamente– el art. 12 ET sería objeto de reforma por el RD-Ley 8/1997, de 16 mayo<sup>7</sup>, que con novedad más importante sería la

---

<sup>7</sup> Reforma que sería luego daría lugar, tras su tramitación, como Ley 63/1997, de 26 diciembre.

supresión de la protección diferenciada de los trabajadores contratados por servicios inferiores a 12 horas a la semana o 48 al mes<sup>8</sup>.

Por su parte el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre<sup>9</sup>, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, dictado en el marco del Acuerdo de 13 de noviembre de 1998, sobre trabajo parcial y fomento de su estabilidad, introduciría importantes novedades en materia de protección social de los trabajadores a tiempo parcial, entre ellas la atenuación del principio de proporcionalidad en cuanto al cómputo del período de carencia<sup>10</sup>. Dicho RD Ley vino a dar una nueva redacción al art. 12 ET, al que se priva de sus contenidos de Seguridad Social que, con mayor corrección sistemática, pasarían a los artículos 161.1 y a la disposición adicional séptima de la LGSS/1994, que se modificó, convirtiendo a esta última en el núcleo normativo básico a efectos de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial<sup>11</sup>.

Concretamente, en el aspecto que aquí interesa, del cómputo del tiempo trabajado a tiempo parcial a efectos de los períodos de cotización exigidos para causar derecho a prestaciones de Seguridad Social, esta nueva regulación mantenía el principio del cómputo exclusivo de las horas efectivamente trabajadas para determinar los periodos de cotización exigidos, pero atenuado mediante diversas reglas correctoras, con la finalidad de facilitar el acceso a la protección de la Seguridad Social a los trabajadores a tiempo parcial.

Así, se fija con carácter general un concepto de día teórico de cotización, equivalente a cinco horas diarias de trabajo efectivo, o mil ochocientos veintiséis horas anuales (esto es, la duración máxima de la jornada anual según el art. 34.1 ET, excluidas las horas extraordinarias), de suerte que para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se computan las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, pero calculando su equivalencia en días teóricos de cotización, según ha quedado expuesto. En segundo lugar, para causar derecho a las prestaciones de jubilación e invalidez permanente se introduce una regla específica correctora, consistente en un coeficiente multiplicador del 1,5 que, aplicado sobre los días teóricos de cotización, calculados conforme a la regla precedente, los aumenta facilitando así el acceso a la protección, precisándose que en ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación laboral a tiempo completo.

<sup>8</sup> Dicho RD-Ley sería derogado por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre y en desarrollo de sus previsiones se aprobaría el RD 489/1998, de 27 de marzo desarrollaría las previsiones de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre cuyos aspectos más relevantes serían confirmar la protección indiferenciada para los trabajos considerados como marginales y remitiéndose en la protección a lo previsto en el DA. 9.<sup>a</sup> del RD 2319/1993.

<sup>9</sup> Desarrollado por RD 144/1999, de 29 de enero.

<sup>10</sup> El referido Acuerdo fijaba tres objetivos generales para la acción normativa: facilitar el acceso efectivo a las prestaciones, mantener el principio de contributividad y adecuar el principio de proporcionalidad

<sup>11</sup> Esta disposición adicional fue objeto de múltiples reformas: DA. 10.<sup>a</sup> de la Ley 12/2001, de 9 de julio; DA. 18.10 LO. 3/2007, de 22 de marzo; Ley 2/2008, de 23 de diciembre; DF. 3.8 Ley 2/2008, de 23 diciembre; DA. 40.3 Ley 27/2011, de 1 de agosto; DF. 5.7 Ley 3/2012, de 6 de julio; art. 5.1 y 2 RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto; Disp. Derogatoria única RD-Ley 11/2013, de 20 de diciembre; art. 5.1 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero; y DF. 3.<sup>a</sup> Ley 36/2014, de 26 de diciembre.

Por su parte, el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, de desarrollo de las previsiones del RD-ley 15/1998, añadiría una regla especial sobre incremento proporcional de período inmediatamente anterior a la fecha del hecho causante en el que se ha de reunir la cotización mínima para causar derecho a las prestaciones de jubilación, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, para facilitar su cumplimiento cuando las cotizaciones derivan de contratos a tiempo parcial<sup>12</sup>.

La reforma introducida en el art. 12 ET en cuanto al régimen jurídico del contrato a tiempo parcial por el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (cuya tramitación posterior como proyecto de Ley dio lugar a la Ley 12/2001, de 9 de julio), llevó a que el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, fuera derogado y sustituido por el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que regulará la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, disposición que todavía sigue estando en vigor parcialmente.

Dicho Real Decreto recogerá unas reglas para determinar los períodos mínimos necesarios para lucrar las prestaciones<sup>13</sup> y también para determinar la base reguladora<sup>14</sup>.

Este nuevo diseño pronto sería cuestionado al declararse inconstitucional el art. 12.4 del ET en STC 253/2004, de 22 de diciembre<sup>15</sup>, en un pleito en el que se ventilaba una cuestión de inconstitucionalidad del mentado artículo ante la negativa del INSS a reconocer una pensión de incapacidad permanente por falta de cotización mínima, al aplicar la previsión del mismo que establecía que “... para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas.”

El debate no quedaría aquí, en el ámbito del ET, sino que el TJUE en sentencia de 22 noviembre de 2012, se pronunció al hilo de una petición de pensión de jubilación rechazada por la Seguridad Social sobre la base de falta de período mínimo de cotización, considerando

<sup>12</sup> Art. 3 RD 144/1999, de 29 de enero.

<sup>13</sup> Art. 3 Períodos de cotización

1. “Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales.

Cuando para poder causar la prestación de que se trate, excepto las pensiones de jubilación e incapacidad permanente a las cuales será de aplicación lo establecido en el apartado 2 de este artículo, el período mínimo exigible deba estar comprendido dentro de un lapso de tiempo inmediatamente anterior al hecho causante, este lapso se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente.

La fracción de día, en su caso, se asimilará a día completo.

2. Para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a lo dispuesto en el apartado anterior se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5 resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización. La fracción de día, en su caso, se asimilará a día completo.”

<sup>14</sup> Con remisión expresa a las normas generales para la determinación de la cuantía, si bien con alguna singularidad para la cobertura de las lagunas de cotización.

<sup>15</sup> En similares términos puede verse la STC 49/2005, de 14 de marzo.

la existencia de una discriminación en nuestra normativa nacional de los trabajadores a tiempo parcial, declarando que: *El artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada.*

Y unos meses después nuestro TC en Sentencia n.º 61/2013, de 14 marzo<sup>16</sup>, declararía inconstitucional el apartado 1 de la DA. 7.ª de la LGSS/1994. El TC admitiendo que los índices correctores atenúan los efectos desfavorables del sistema inicial de cómputo, señala sin embargo, que en algunos casos incluso pueden resultar más perjudiciales para un trabajador a tiempo parcial que la anterior regulación (se refiere a la existente antes de 1998) en referencia a que se toma como referencia la jornada máxima legal y no la jornada habitual en la actividad de que se trate, su virtualidad es muy limitada y no evita los efectos desproporcionados que en muchos casos conlleva en términos de desprotección social. Concluyendo que además lesiona el derecho a la igualdad por sus efectos predominantes en el empleo femenino

D) Cuarto intento. La respuesta del RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto<sup>17</sup>

La declaración de inconstitucionalidad del apartado 1 de la DA 7.ª LGSS/1994, afectaba a la determinación de los períodos de cotización necesario para acceder a las prestaciones económicas. Por ello Gobierno aprobó una norma con rango de ley con la finalidad de superar el cuestionamiento de la previsión legal existente hasta entonces. Considera que existen razones de justicia social que aconsejan flexibilizar el número de años requeridos para acceder a una prestación, de modo que se garantice en todo momento el principio de igualdad de los trabajadores, tanto para los de tiempo parcial como para los de tiempo completo, dando cumplimiento así a la sentencia del Tribunal Constitucional<sup>18</sup>. Lo que hace en su art. 5 es modificar la regla segunda del apartado 1 de la DA. 7.ª LGSS/1994 (relativa a los períodos de cotización) y el párrafo c) de la regla tercera del apartado 1 (relativa a la cuantía de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente). Aborda pues, no solo la determinación de período cotizado y exigible si no también el cálculo de la pensión, con una fórmula de cálculo de las prestaciones que busca exigir el mismo esfuerzo a un trabajador a jornada completa y a un trabajador a jornada parcial. El objetivo anunciado es evitar que se produzcan efectos desproporcionados entre las cotizaciones realmente efectuadas por el trabajador y la cuantía de la prestación que recibe. Con este propósito, la modificación legal atiende a los períodos de tiempo con contrato vigente a tiempo parcial, de igual modo que cuando se trata de trabajadores a tiempo completo. Con carácter general<sup>19</sup> se parte en primer lugar de la determinación del período de cotización acreditado por el

<sup>16</sup> A ella le seguirían otras 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 abril y 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo.

<sup>17</sup> Dicho RD-Ley, además de medidas dirigidas concretamente a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial recoge otras medidas de orden económico y social.

<sup>18</sup> Así se dice en su Exposición de Motivos.

<sup>19</sup> Art. 5. uno del RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto, que modifica la regla segunda del apartado 1 de la DA. 7.ª de la LGSS/1994.

trabajador y la fórmula empleada, en los siguientes términos: al total de días cotizados se aplicase al total de días que ha permanecido el trabajador en alta como trabajador a tiempo parcial el correspondiente coeficiente de parcialidad en función de la jornada realizada en relación con la realizada por un trabajador a tiempo completo comparable. A ello se le suma el resultado a los días en que el trabajador hubiese permanecido en alta a tiempo completo. Y a la suma de ellos se le aplica el denominado coeficiente global de parcialidad, que sería la proporción entre los días cotizados acreditados entre el total de días en alta. La carencia necesaria sería la carencia general aplicable reducida por la aplicación del coeficiente global de parcialidad.

Junto a estas reglas generales aplicables a las pensiones, el apartado dos del art. 5 del RD-Ley 11/2013, recoge una serie de previsiones generales para la pensión de jubilación, a saber:

- Período mínimo de cotización. En todo caso se exigirían 15 años en alta, y una vez acreditado ese requisito se aplicaría el coeficiente de parcialidad para calcular el total de días cotizados que se habrían de acreditar por el trabajador.  
Se tendría derecho a pensión con el mismo número de años en alta laboral independientemente del porcentaje de jornada trabajada, equiparando con ello el derecho a pensión de los trabajadores en jornada completa con los trabajadores a tiempo parcial, dando cumplimiento a la sentencia.
- Base reguladora. Se aplicarán las normas generales.
- Porcentaje aplicable a la base reguladora en función de los años cotizados. Se parte de que el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora para calcular la cuantía de la pensión varía en función de los años cotizados, con 15 años de cotización se ha de aplicar un porcentaje del 50 por 100 que se va incrementando un 0.19 por cien cada mes adicional hasta llegar a los 248 meses, y a partir de esos 248 meses un 0.18 por 100 adicional hasta 16 meses más. Esta escala se aplicaría a los días efectivamente cotizados para cada trabajador a tiempo parcial, calculados en función de su coeficiente de parcialidad total.
- Complementos a mínimos. Se mantiene la garantía de la pensión mínima en las mismas condiciones que para el resto de trabajadores, con los complementos que corresponda. Lo cual puede suponer un agravio comparativo entre trabajadores con esfuerzos contributivos muy distintos que al final obtienen la misma pensión.

Tras la aprobación del nuevo texto refundido de la LGSS, tales reglas se recogen en los actuales arts. 247 y 248 LGSS.

Y ahora, tras la sentencia del Tribunal Constitucional ¿Cuál es la situación?

Tras la publicación de dicha sentencia el gabinete de comunicación del TC vino a emitir una nota en la se informaba que el Pleno del Tribunal Constitucional por unanimidad

había estimado una cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por la Sala Segunda del propio Tribunal, declarando la inconstitucionalidad y nulidad del precepto que regula la cuantía de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial por considerar que vulnera tanto el derecho a la igualdad como el principio de no discriminación de la mujer.

Precisaba que la nulidad alcanza al inciso “*de jubilación y*” del párrafo primero de la regla tercera, letra c), de la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Lo que en definitiva supone que el actual art. 248.2 LGSS se vea afectado por dicha declaración de nulidad.

La sentencia, considera que dicho inciso vulnera el derecho a la igualdad entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial en el cálculo de la cuantía de la pensión por el modo de computar el periodo de cotización. Y que, además, constituye una discriminación indirecta por razón del sexo, al evidenciarse estadísticamente que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres, lo que ocasiona impacto adverso sobre los trabajadores de un determinado sexo.

La resolución considera que el precepto impugnado produce una desigualdad de trato al faltar los requisitos de “*justificación objetiva y razonable*” de las diferencias que establece. Además, “*se rompe también con la proporcionalidad desde el momento en el que, a una reducción razonable de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, añade una reducción también del periodo de cotización para fijar la cuantía de la prestación (porcentaje sobre la base), lo que no se hace con el trabajador a tiempo completo*”. “*...lo que no resulta justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, no ya en cuanto a la reducción de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, sino en cuanto a la reducción adicional de la base reguladora mediante un porcentaje derivado de un “coeficiente de parcialidad” que reduce el número efectivo de días cotizados, diferenciación que no solo conduce a un resultado perjudicial en el disfrute de la protección de la Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial, sino que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos*”. Esta afectación predominante a las mujeres trabajadoras es considerada expresamente en la sentencia como discriminación indirecta, conforme a la definición incluida en el art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Dos precisiones u observaciones podrían hacerse a las razones que llevan al Tribunal acordar la nulidad de ese inciso de la DA. 7.<sup>a</sup> ap. 1 de la LGSS/1994.

La primera es la relativa a si está o no justificado esa forma de cálculo y esa doble penalización que denuncia el TC. Para constatar esta supuesta discriminación, carente de justificación, se indica que el método de cálculo lleva a que un trabajador a tiempo parcial sólo alcanzará el porcentaje del 100% de la base reguladora si su porcentaje de parcialidad durante su vida laboral es del 67%. De forma muy gráfica se expone que el demandante de amparo del que trae causa la cuestión interna de inconstitucionalidad vio que tras 37 años y

10 meses cotizados que a un trabajador a tiempo completo le supondrían el 100% de la base reguladora, a él por efectos de esa doble penalización, se le reducía a 33 años y 4 meses, reduciéndosele la cuantía de la pensión en un 4,94%, en definitiva, le quedaría una pensión del 95,06% de la base reguladora. Lo que dice el TC es cierto, pero omite que un trabajador a tiempo completo durante 37 años ha hecho un mayor esfuerzo contributivo al sistema que otro con el mismo tiempo a tiempo parcial. Por otro lado, un trabajador a tiempo completo que cotice sobre la base máxima de cotización, llegado el momento final de percibir una pensión se verá, probablemente, penalizado con la aplicación del tope máximo de las pensiones, algo que a un trabajador a tiempo parcial no le afectará. La regulación podrá ser cuestionable, pero tiene una cierta dosis de objetividad y razonabilidad determinada por los principios de nuestro sistema de Seguridad Social de contributividad, proporcionalidad y equidad del mismo. Y no se olvide que a los trabajadores a tiempo parcial se les garantizan pensiones mínimas en los misma extensión, términos y condiciones que para el resto de los trabajadores.

La segunda está relacionada con una posible discriminación indirecta por razón de sexo en tanto que el mayor colectivo afectado serían las mujeres predominantes en esta modalidad de relación laboral. No es la primera vez que a la normativa específica de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial se le imputa tal defecto (recuérdese lo dicho anteriormente a propósito del RD 1131/2002) y en esta ocasión y pese a que el afectado era un hombre se vuelve a traer a colación, quizás influenciado por la reciente sentencia de 8 de mayo de 2019 del TJUE (asunto C-161/18), sobre cálculo de la pensión de jubilación de una trabajadora española a tiempo parcial en la que se declaró que la normativa española (en este caso la recogida en los arts. 247, letra a) y 248.3 LGSS) se oponía al art. 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y en el que los efectos sobre la cuantía final de la pensión de jubilación eran los mismos que los examinados por el TC. Ambos altos Tribunales se han pronunciado en similares términos, sobre el carácter discriminatorio. Ahora bien, surge una duda a continuación. Ese criterio ¿es trasladable a otras situaciones? Es decir, si una concreta prestación está normada con una serie de requisitos, aparentemente objetivos, pero que producen un efecto limitativo en el acceso o en la cuantía de la pensión y ellos afectan mayoritariamente a mujeres ¿resultarían discriminatorios y por tanto vulneradores de la Directiva 79/7/CEE? Señalemos un ejemplo: los requisitos de acceso a la pensión de viudedad para ex cónyuges son bastantes restrictivos desde la reforma de la Ley 40/2007, 4 de diciembre, ya que se les exige ser acreedores de pensión compensatoria (separación o divorcio) o en su caso haber percibido indemnización especial prevista para los casos de nulidad y que esta se extinga al fallecimiento<sup>20</sup>. La nueva exigencia se pretende justificar en que se objetiva la dependencia económica respecto al causante, si bien es cuestionable ya que la pensión compensatoria no presupone ninguna dependencia económica, recuérdese que su finalidad en el ámbito civil es en cierta forma mantener el estatus previo matrimonial, ni tampoco la indemnización por nulidad matrimonial lo que busca es sancionar legalmente aquellos casos en que exista un vicio grave en la forma de celebrar un matrimonio que ha afectado a la capacidad de los contrayentes o al consentimiento prestado y se impone a uno de los contrayente, lo que no tiene nada que ver con la dependencia económica. Pues bien, el

<sup>20</sup> Sin perjuicio de las excepciones previstas para los supuestos de violencia de género o hechos causantes anteriores a 1-1-2008.

llamado a ser beneficiario, superado este requisito luego se enfrenta una penalización y es que la cuantía de la pensión de viudedad final, no puede superar el importe de la pensión compensatoria (la norma no dice nada respecto a la indemnización, luego en principio solo afectaría a los casos de separación o divorcio). Pues bien, partiendo de esos condicionantes y teniendo en cuenta que el colectivo de beneficiarios de pensión de viudedad afectado es mayoritariamente mujeres (un 92,5% a 2017<sup>21</sup>) ¿vulnerarían esas previsiones normativas la Directiva 79/7/CEE? Al menos en esa limitación que se impone en cuanto a la cuantía final de la pensión.

En definitiva, la situación actual es la siguiente:

Sin perjuicio de la propuesta de futuro que se haga al final de este estudio, lo cierto es que quizás todo el problema radica en que nuestro sistema de Seguridad Social se plantea y desarrolla en 1967, cuando el trabajo a tiempo parcial no contaba con ninguna regulación específica y tampoco presenta un impacto tan significativo en el mercado de trabajo.

La situación tras la STC 91/2019, de julio, es la siguiente:

A) No hay variación respecto a la determinación de período cotizado. Se aplicarán las reglas contenidas en el art. 247 LGSS, a saber:

a) Se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período.

Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

b) Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a) anterior, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador.

c) El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad a que se refiere la letra b).

d) En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté

<sup>21</sup> Ver <http://www.mitramiss.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2017/PEN/PEN.pdf>.

comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación.

Respecto la cuantía de las pensiones, las reglas previstas en el art. 248 LGSS que siguen estando en vigor son: 1) La base reguladora de la pensión de jubilación se calculará conforme a la regla general<sup>22</sup>; y b) La integración de lagunas se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento correspondiente al número de horas contratadas en último término.<sup>23</sup>

La previsión establecida en el art. 248.3 LGSS relativa a la determinación de la cuantía de la pensión por la aplicación de determinados coeficientes es inaplicable por efecto de la STC ya que tiene el mismo contenido que la recogida en el párrafo primero de la letra c) de la regla tercera de la DA. 7.ª ap. 1 de la disposición de la declarada inconstitucional y nula.

De aquí, salvo que se norme otra cosa sobre el particular habrá que estar en la determinación de la cuantía de las prestaciones a las reglas generales de la pensión de jubilación. El propio INSS, mientras no haya una reforma de la LGSS que adapte el texto a la interpretación dada por el TC, ha impartido unas instrucciones provisionales en 12-8-2019 para la aplicación de dicha sentencia en el sentido siguiente "... en aquellos supuestos en los que el trabajador haya desempeñado trabajos a tiempo parcial, para la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación se tomen consideración los periodos en los que dicho trabajador hubiera permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada".<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Art. 248.1. a) LGSS.

<sup>23</sup> Art. 248.2 LGSS.

<sup>24</sup> Pauta de actuación 2. Del Criterio de gestión: 17/2019, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS. Dicho criterio de gestión también fija pautas de actuación de los expedientes de jubilación pendientes de resolución y de aquellos otros cuyas resoluciones a 12 de agosto (fecha publicación en el BOE de la sentencia del TC) no sean todavía firmes.

Estudios  
Doctrinales

LABORUM



## Cuestiones pendientes en la protección social del trabajo autónomo tras el RD-Ley 28/2018<sup>1</sup>

### Pending issues in the social protection of freelance work after Royal Decree-Law 28/2018

MARÍA MONSERRATE RODRÍGUEZ EGÍO

*PROFESORA AYUDANTE DOCTOR*

FRANCISCO MIGUEL ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE

*PROFESOR AYUDANTE DOCTOR*

*DPTO. DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

*UNIVERSIDAD DE MURCIA*

#### Resumen

Recientemente, 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, ha introducido reformas en materia de protección social de quienes trabajan por cuenta propia, particularmente, respecto de la protección por cese de actividad y del régimen de cobertura de las contingencias profesionales (AT y EP). El objeto de este trabajo se centra en el estudio de las modificaciones que ha llevado a cabo el citado Real Decreto-Ley y en sus consecuencias. La reforma ha supuesto un avance en el proceso de equiparación del nivel de protección social de este colectivo respecto del otorgado por el Régimen General de la Seguridad Social, pero la completa homogeneización todavía no se ha alcanzado como detalla en el estudio realizado.

#### Abstract

Royal Decree-Law 28/2018 of 28 December on the revaluation of public pensions and other urgent social, labour and employment measures recently introduced reforms in the field of the social protection of self-employed workers, specifically regarding protection for the end of professional activity and the system covering occupational incidents (workplace accidents and occupational diseases). This paper focuses on the modifications made by the aforementioned Royal Decree-Law and their consequences. The reform entailed an advance in the process of matching this group's level of social protection with the protection granted by the General Social Security System, but it has yet to be fully homogenised, as explained in the study carried out.

#### Palabras clave

contingencias profesionales; trabajo autónomo; protección por cese de actividad; mutuas colaboradoras

#### Keywords

Occupational incidents; freelance work; end of activity protection; partner health insurance companies

### 1. INTRODUCCIÓN

La relevancia del trabajo autónomo ha sido admitida en diferentes intervenciones legislativas que reconocen la importancia cuantitativa y cualitativa de las pymes y del trabajo

<sup>1</sup> "El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2016-76557-R, sobre "El futuro del sistema español de protección social: análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad V: salud, familia y bienestar", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, e incluido en la Convocatoria 2016 de Proyectos I+D+I, correspondientes al Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad".

autónomo en el tejido empresarial español, al actuar como "motores para dinamizar la economía española, dada su capacidad de generar empleo y su potencial de creación de valor"<sup>2</sup> La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA) advierte el compromiso adquirido de llevar a cabo con carácter progresivo "las medidas necesarias para que, de acuerdo con los principios que inspiran esta Ley, se logre la convergencia en aportaciones y derechos de los trabajadores autónomos en relación con los establecidos para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social"<sup>3</sup>. En materia de protección social el compromiso se concreta en 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"<sup>4</sup>

En apoyo de la actividad emprendedora y, particularmente, del autoempleo, en los últimos años, se han incrementado las medidas dirigidas a estimular el aumento, en el mercado laboral, del trabajo autónomo. Al mismo tiempo, estas medidas se han orientado a mejorar las posibilidades de supervivencia de la actividad emprendedora y sus niveles de protección. Recientemente, 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, ha introducido reformas respecto de la protección social de quienes trabajan por cuenta propia, particularmente, respecto de la protección por cese de actividad y del régimen de cobertura de las contingencias profesionales (AT y EP). Sobre estas materias se profundiza en este trabajo, analizando las modificaciones que se han llevado a cabo y las consecuencias de las mismas respecto del sistema de protección social de este colectivo.

## 2. PROBLEMÁTICA ORIGINAL DE LA PRESTACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD

Tras la aprobación del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, todas las personas trabajadoras por cuenta propia deberán cubrir obligatoriamente el riesgo por cese de actividad. Se trata de una novedad que, sin duda, constituye un hito para quienes trabajan por cuenta propia, pues hasta entonces, estas personas podían voluntariamente elegir si cotizar o no por dicha prestación junto a las contingencias profesionales (art. 327 LGSS) configurándose lo que vino a representar un paquete único o una especie de cobertura mixta<sup>5</sup>.

Sin embargo, la optatividad de su cobertura no se traducían en un reconocimiento directo. Desde las mutuas colaboradoras, más de la mitad de las solicitudes presentadas acababan siendo rechazadas. Sin ir más lejos, en 2018, se presentaron un total de 3.647 solicitudes de las que sólo 1.857 fueron estimadas. En este sentido, la prestación contribuía a aumentar el superávit de la Seguridad Social, en tanto que el gasto efectivo suponía la

<sup>2</sup> Vid. Preámbulo de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación del empleo.

<sup>3</sup> Disposición final segunda LETA.

<sup>4</sup> Art. 26.5 LETA.

<sup>5</sup> PANIZO ROBLES, J.A.: "Un nuevo paso en la homogeneización protectora entre los Regímenes de Seguridad Social: el sistema específico de la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos (comentarios al contenido de la Ley 32/2010, de 5 de agosto)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 329, 2010, p. 69.

décima parte del total de cotizaciones efectuadas<sup>6</sup>, a pesar de que la revisión efectuada en 2014, finalmente, facilitó la opción de cotizar únicamente por el cese actividad<sup>7</sup>.

Desde el colectivo de personas trabajadoras autónomas se ha venido entendiendo que el carácter voluntario de la prestación, sumado al escaso tiempo de protección dispensado, en comparación con el RGSS, y la dificultad de su reconocimiento por las dificultades en la acreditación del cese involuntario, estigmatiza la prestación como un gasto prescindible. Por ello, una parte importante del colectivo ha preferido ahorrarse esta cotización. En palabras recientes del presidente de ATA<sup>8</sup>, podría haber un fraude de ley en la medida en que “se está permitiendo cotizar cuando las instituciones saben que no van a poder cobrar”.

Se trata de una situación que no es nueva ni desconocida, pues varias han sido las reformas operadas en la dinámica de la prestación en 2014, 2015 y 2017<sup>9</sup>. Incluso el defensor del pueblo emitió su parecer al respecto, recomendando la necesaria reformulación del requisito de acreditación de pérdidas<sup>10</sup>.

En síntesis, la demanda social ha provocado que el gobierno anunciase la incursión del tema en la agenda pública mediante una nueva revisión a la normativa de la prestación con el fin de dotarla de mayor eficacia en extensión y duración. Las siguientes líneas están dirigidas a analizar los nuevos planteamientos en la materia, en vigor desde el 1 de enero de 2019.

### 3. DINÁMICAS DE LA PRESTACIÓN POR CESE DE LA ACTIVIDAD

#### 3.1. Requisitos de acceso y situación legal de cese de actividad de autónomos

El RD-Ley 28/2018 no ha alterado sustancialmente los requisitos exigidos por el art. 330 LGSS para el nacimiento del derecho a la protección por cese de actividad, ni siquiera clarificando alguno de ellos o recogiendo el entender de la jurisprudencial actual, que tanto se ha echado en falta desde la puesta en marcha de la prestación, especialmente en la calificación de la situación legal de cese de actividad<sup>11</sup>. La norma, junto al requisito de estar afiliado y en situación de alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar continúa exigiendo:

<sup>6</sup> [www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionEconomicoFinanciera](http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionEconomicoFinanciera) (01.IV.2019)

<sup>7</sup> LASAOSA IRIGOYEN, E.: *La prestación por cese de actividad para trabajadores autónomos*, Pamplona, Aranzadi, 2011, p. 91.

<sup>8</sup> [www.cincodias.elpais.com/cincodias/2018/10/29/autonomos/1540842546\\_278955.html](http://www.cincodias.elpais.com/cincodias/2018/10/29/autonomos/1540842546_278955.html)(30.X.2018)

<sup>9</sup> Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, y Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, y Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo. Para un balance, véase CAVAS MARTÍNEZ, F. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La protección social de los trabajadores autónomos: estado de la cuestión y propuestas”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 16, 2018, p. 49-79.

<sup>10</sup> Recomendación de 14 de septiembre de 2015 (Queja núm. 15010776)

<sup>11</sup> El RD-Ley 28/2018 tampoco ha variado las peculiaridades en la protección por cese de actividad de determinados colectivos especiales de trabajadores autónomos (TRADE, socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado; autónomos societarios y trabajadores por cuenta propia agrarios)

En primer lugar, solicitar la baja en el Régimen Especial correspondiente a causa del cese de actividad. El RD-Ley 28/2018 se ha apartado de una hipotética regulación del trabajo por cuenta propia a tiempo parcial (cuestión pendiente), y por ende de una correspondiente prestación por cese de actividad parcial, la cual se enfrentaría a grandes dificultades para su delimitación<sup>12</sup>.

En segundo lugar, suscribir un compromiso de actividad, de aquellos que pudiendo y queriendo ejercer una actividad a título lucrativo, cesen de forma total –con carácter definitivo o temporal– en la actividad económica o profesional que de forma habitual, personal y directa viniesen desempeñando<sup>13</sup>. Se trata de acreditar disponibilidad activa para la reincorporación al mercado de trabajo a través de actividades formativas, de orientación profesional y de promoción de la actividad emprendedora a las que pueda convocarle el servicio público de empleo de la correspondiente Comunidad Autónoma o, en su caso, el Instituto Social de la Marina.

En tercer lugar, tener cubierto el período mínimo de cotización por cese de actividad de 12 meses, que deberán ser continuados e inmediatamente anteriores a dicha situación de cese con arreglo a la escala del art. 338 LGSS. Cabe hacer dos apuntes sobre los requisitos de carencia. Sobre la carencia general, tras la puesta en marcha de la prestación, hubo de aguardar una anualidad para completar el requisito, pues el legislador entendió que la prestación debía financiarse exclusivamente con las cotizaciones efectuadas, no habilitando ninguna disposición que permitiese el acceso a la prestación a quien tuviera antigüedad suficiente en el RETA, aunque no hubiera cotizado específicamente por la prestación<sup>14</sup>. En la actualidad, con la conversión en obligatoria de la cotización, el legislador también ha desechado la idea de “contador cero” a quienes demostrasen antigüedad suficiente por otras cotizaciones.

Sobre la carencia específica, los condicionantes de continuidad e inmediatez, al tiempo que tratan de evitar el disfrute fraudulento de la prestación<sup>15</sup>, alternando periodos de actividad con otros de prestación, dando al traste con la exigencia de involuntariedad<sup>16</sup>, supone también una dura exigencia para aquellas personas trabajadoras autónomas de pequeña facturación que, incurriendo en pérdidas, deben soportar el pago por completo de la cuota de trabajo autónomo durante los meses que les reste para generar la prestación.

<sup>12</sup> BLASCO LAHOZ, J.F.: “Los beneficios de la prestación por cese de actividad a partir de la Ley 35/2014, de 26 diciembre”, *Revista de Información Laboral*, núm. 7, 2015, p. 50 (BIB 2015/2932).

<sup>13</sup> Sobre las tradicionales diferencias entre políticas activas entre asalariados y autoempleo, véase FERRANDO GARCÍA, F.M., GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “Los beneficiarios de prestaciones por desempleo como destinatarios preferentes de las políticas de fomento y mantenimiento del empleo”, en AA.VV. *Las reformas del Derecho del Trabajo en el conflicto de la crisis económica: la reforma laboral de 2012: XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 1457-1479.

<sup>14</sup> TALÉNS VISCONTI, E.E.: *El nuevo régimen jurídico de la prestación por cese de actividad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 59.

<sup>15</sup> BARCELÓN COBEDO, S.: “Desempleo y trabajadores autónomos: la nueva prestación por cese de actividad”, *Aranzadi Social*, núm. 18, 2011, p. 75.

<sup>16</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., RODRÍGUEZ INIESTA, G. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La protección social de los trabajadores autónomos”, en AA.VV., *Tratado del trabajo autónomo*, BARRIOS BAUDOR, G.L, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 611.

En cuarto lugar, no haber cumplido la edad ordinaria para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que la persona trabajadora autónoma no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello, se trata de un requisito similar al exigido por el art. 266 d) LGSS para la prestación contributiva por desempleo. En cierta medida, el límite del percibo en la edad ordinaria queda también reforzado, a tenor del art. 1.7 RD-Ley 28/2019, por el que se modifica el art. 285 LGSS, sobre relación entre subsidio por desempleo para mayores de 52 años y jubilación, pues de nuevo el legislador ha retomado el término “edad ordinaria que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación”, en lugar de “la edad que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación, en cualquiera de sus modalidades”, que figuraba inicialmente<sup>17</sup>.

En quinto lugar, hallarse al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social<sup>18</sup>. El RD-Ley no ha establecido ningún tipo de automaticidad al respecto que profundice en la modificación de la Disposición Final segunda de la Ley 35/2014, por la cual, si en la fecha de cese de actividad no se cumpliera este requisito<sup>19</sup>, el órgano gestor debe invitar al pago a la persona trabajadora autónoma para que, en el plazo improrrogable de 30 días naturales, ingrese las cuotas adeudadas, a diferencia de la redacción anterior que reservaba la invitación de pago únicamente a aquellas personas trabajadoras autónomas deudoras que, al menos, tuviesen cubierto el período mínimo de cotización para generar la prestación<sup>20</sup>. Para justificar el ingreso de las cuotas dentro del plazo señalado, la persona trabajadora autónoma presentará ante la Mutua u órgano gestor un certificado de la TGSS de estar al corriente en el pago<sup>21</sup>.

En sexto lugar, encontrarse en situación legal de cese de actividad. Conforme al art. 331 LGSS son 5 las causas que pueden determinarlo:

- a) Por fuerza mayor, determinante del cese temporal o definitivo de la actividad económica o profesional.
- b) Por pérdida de la licencia administrativa, siempre que la misma constituya un requisito para el ejercicio de la actividad económica o profesional y no

<sup>17</sup> Redacción dada por el art. 17 del RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, sobre el art. 215.1.3, párrafo 2º LGSS-1994.

<sup>18</sup> Según la STSJ Castilla y León, Valladolid, de 24 abril 2014 (rec. 384/2014), la protección por cese de actividad es susceptible de solicitarse hasta el último día del mes siguiente a aquél en que se produjo tal cese, tiempo útil también para saldar las cuantías adeudadas sin necesidad de acudir al mecanismo de invitación al pago.

<sup>19</sup> Para la STSJ País Vasco, de 10 marzo 2015 (rec. 239/2015), carece de lógica denegar la prestación a una persona que simplemente se haya retrasado muy levemente en pagar la última cotización y en cambio se vea coherente el no haber abonado las cotizaciones exigibles, por ejemplo, en las diecisiete mensualidades iniciales, y solo una vez que se le invita a su pago, lo haga en el plazo habilitado para ello. “*Curiosamente el mínimo incumplidor no tendría derecho a esta prestación, y sí el que ha mostrado una clara desidia cotizante*”.

<sup>20</sup> No producen efecto las cotizaciones ingresadas indebidamente en importe o fuera de periodos correspondientes por suponer compra de prestaciones. Véase STSJ Asturias, de 28 junio 2013 (rec. 963/2013); STSJ Cataluña, de 24 abril 2013 (rec. 733/2012); STSJ Castilla La Mancha, de 26 febrero de 2014 (rec. 885/2013); STSJ Andalucía, Granada, de 20 marzo 2014 (rec. 235/2014).

<sup>21</sup> La STSJ Castilla y León, Burgos, de 20 abril 2015 (rec. 191/2015) entiende que una devolución bancaria por descubierto de saldo en la cuenta donde se había domiciliado el pago, no debe asimilarse a un incumplimiento de cobertura del periodo mínimo de cotización, pues la actora procedió al pago de la cuota adeudada de forma inmediata con el correspondiente recargo en 10 días.

venga motivada por la comisión de infracciones penales, acreditable mediante la resolución administrativa pertinente.

- c) La violencia de género determinante del cese temporal o definitivo de la actividad de la trabajadora autónoma, acreditado mediante la declaración escrita de la solicitante de haber cesado o interrumpido su actividad económica o profesional, a la que se adjuntará la orden de protección o, en su defecto, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, precisando la fecha a partir de la cual se ha producido el cese o la interrupción.
- d) Por divorcio o separación matrimonial, mediante resolución judicial, en los supuestos en que la persona trabajadora autónoma ejerciera funciones de ayuda familiar en el negocio de su ex cónyuge o de la persona de la que se ha separado, en función de las cuales estaba incluida en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social, acreditado mediante la correspondiente resolución judicial, a la que acompañará la documentación correspondiente en la que se constate la pérdida de ejercicio de las funciones de ayuda familiar directa en el negocio, que venían realizándose con anterioridad a la ruptura o separación matrimoniales.
- e) La concurrencia de motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos determinantes de la inviabilidad de proseguir la actividad económica o profesional. El legislador ha intentado concretar los motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos, entendiendo que los mismos concurren cuando se observa alguna de las circunstancias siguientes:
  - Pérdidas derivadas del desarrollo de la actividad en un año completo, superiores al 10 por ciento de los ingresos obtenidos en el mismo periodo, excluido el primer año de inicio de la actividad. La Ley 35/2014 rebajó los porcentajes iniciales de la norma en 2010 superiores al 30% de los ingresos, o superiores al 20% en dos años consecutivos y completos<sup>22</sup>.
  - Ejecuciones judiciales o administrativas tendentes al cobro de las deudas reconocidas por los órganos ejecutivos, que comporten al menos el 30 por ciento de los ingresos del ejercicio económico inmediatamente anterior. Igualmente, la Ley 35/2014 rebajó el porcentaje del 40 por ciento.
  - La declaración judicial de concurso que impida continuar con la actividad, conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio.

<sup>22</sup> STSJ Asturias, de 30 diciembre 2014 (rec. 2672/2014); STSJ Cantabria, de 31 octubre 2014 (rec. 599/2014); STS Comunidad Valenciana, de 14 abril 2014 (rec. 2577/2013); STSJ Cataluña, de 12 noviembre 2013 (rec. 3633/2013).

Durante años, este ha sido el requisito más polémico y problemático en toda la dinámica de la prestación, tanto por su delimitación como por su acreditación, porque junto al art. 331.1.a.1º LGSS, el art. 4.1 RD 1541/2011, literalmente, se refiere a la acreditación de pérdidas mediante documentación jurada y fehaciente (declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas<sup>23</sup>, declaración del Impuesto sobre el Valor Añadido, o certificado de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o autoridad competente de las Comunidades Autónomas) de los “*ingresos percibidos*”. Ante una situación de urgente necesidad por falta de rentas, la controversia ha girado sobre el cómputo de ingresos que la persona trabajadora autónoma pudiera generar adicionalmente, bien sobre el bien inmueble donde pudiera hallarse el negocio, bien por el percibo de otros ingresos, como la prestación por incapacidad temporal.

Al respecto, variados han sido los pronunciamientos judiciales que han planteado cómo diferenciar, en el ámbito del ejercicio de una actividad profesional o económica de una persona física, entre ingresos y gastos derivados del desarrollo de la actividad. En caso de establecimiento abierto al público, la norma exigía el cierre del mismo durante la percepción del subsidio o bien su transmisión a terceros. Sin embargo, la Ley 35/2014 debió precisar que al autónomo titular del inmueble donde se ubicase el establecimiento, estaba facultado para realizar sobre el mismo los actos de disposición o disfrute que correspondan a su derecho, siempre que no supongan la continuidad del autónomo en la actividad económica o profesional finalizada.

El RD-Ley 28/2018 ha desaprovechado la oportunidad de hacer propia la doctrina manifestada en casación para la unificación de doctrina, de la STS de 14 de marzo de 2018, núm. 293/2018 (rec. 3297/2016) respecto a la incidencia del subsidio por incapacidad temporal como ingreso a computar dentro del requisito de pérdidas acreditadas. Hasta entonces, han sido diversas las interpretaciones:

De un lado, existía una corriente interpretativa contraria al cómputo de la IT como ingreso a efectos de determinar las pérdidas<sup>24</sup>. La STSJ Castilla y León, Valladolid, de 9 marzo 2016 (rec. 97/2016), considera que ni la LGSS, ni el RD 1515/2007, de 16 noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas, detalla el extremo que aquí se debate.

De otro lado, existía una corriente interpretativa a favor de su inclusión<sup>25</sup>; en este sentido, la STSJ Andalucía, Granada, de 15 de septiembre de 2016 (rec. 636/2016) abogaba por incluir el subsidio de IT como ingreso, al considerarse rendimientos del trabajo las

<sup>23</sup> La tributación por módulos a efectos de IRPF en ocasiones se ha planteado problemática por su dificultad para demostrar pérdidas. La STSJ Madrid de 16 diciembre 2015 (rec. 426/2015), sentenció que no resulta en dichos casos de aplicación el art. 4 apartado 4 RD 1541/2011, sino el apartado 1, es decir, no existe obligación fiscal de llevar una contabilidad de las facturas emitidas y por ende no le es exigible la acreditación de pérdidas de manera similar a un consejero o administrador societario. Matiza la sentencia, que, aunque no fuese el motivo de la denegación por parte de la entidad gestora, la no obligación de la contabilización de ingresos y gastos, no obsta a que sea aconsejable, pues esta omisión le impide conocer en cada momento cuál es el resultado de su actividad económica.

<sup>24</sup> STSJ Aragón, de 11 noviembre de 2016 (rec. 712/2016); SSTSJ Asturias, de 24 mayo de 2016 (rec. 836/2016) y de 30 marzo de 2017 (rec. 429/2017); STSJ Comunidad Valenciana, de 22 junio 2017 (rec. 2267/2016).

<sup>25</sup> STSJ Andalucía, Sevilla de 9 de noviembre de 2017 (rec. 3761/2016); STSJ País Vasco 13 de junio de 2017 (rec. 1212/2017).

pensiones y haberes pasivos percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivas y demás prestaciones públicas por situaciones de incapacidad, jubilación, accidente, enfermedad, viudedad, o similares [art. art. 17, apartado 2. a) 1.ª Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto IRPF].

Finalmente, la STS de 14 de marzo de 2018, núm. 293/2018 (rec. 3297/2016) ha entendido que las finalidades de ambas prestaciones son distintas. Mientras el subsidio de IT presenta naturaleza de renta sustitutoria pues “la finalidad del subsidio no es otra que la de suplir con la falta de rentas derivada de una situación de baja laboral” (STS 02/10/03, rec. 3605/02), “reparando al trabajador de situaciones patológicas que le impide trabajar o –según los casos– aceptar ofertas de empleo adecuadas” (STS 16/07/12, rec. 3027/11), por el contrario, la prestación por cese de actividad tiene como objeto proteger frente a una situación de cese total en la actividad que originó el alta, no obstante poder y querer ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo.

Es decir, aunque ambas prestaciones presentan cierta incidencia en términos económicos, la sentencia entiende que *“la IT afecta a la situación personal –física y psíquica– del trabajador, el cese de actividad se vincula a la situación del negocio o actividad (...) el subsidio de IT no es concepto computable a la hora de determinar el nivel de pérdidas en la actividad profesional”*.

### **3.2. Mutuas colaboradoras, duración de la prestación y reclamaciones previas**

Entre las novedades instauradas por la Disposición Transitoria primera del RD-Ley 28/2018, está la obligación de optar por una mutua colaboradora con la Seguridad Social para la cobertura todas las contingencias, comunes y profesionales, incluida la prestación por cese de actividad (art. 83.1.b LGSS). La medida abarca a la totalidad de las personas trabajadoras por cuenta propia, incluidas aquellas que con anterioridad al 1 de enero de 1998 (Disposición Transitoria vigésima novena LGSS) hubieran optado por mantener la protección por la prestación económica por IT con la entidad gestora, es decir, personas trabajadoras por cuenta propia con más de 20 años de cotización como tales. Para ello la norma ha habilitado un plazo de 3 meses (31 de marzo 2019), y surtiendo efectos el 1 junio 2019<sup>26</sup>.

Sobre el periodo de cobertura de la prestación, desde el 1 de enero de 2019, la duración de la prestación por cese de actividad se ha duplicado, a la vez que se han eliminado todas las diferencias en la duración de la prestación y periodos de cotización en función de la edad, habiéndose equiparado los periodos de carencia y los periodos de protección a los establecidos en el RGSS (art. 338 LGSS), al estar en función de los periodos de cotización efectuados dentro de los cuarenta y ocho meses anteriores a la situación legal de cese de actividad de los que, al menos, doce deben ser continuados e inmediatamente anteriores a dicha situación de cese con arreglo a la escala que se transcribe a continuación. La persona trabajadora autónoma a la que se le hubiere reconocido el derecho a la protección económica por cese de actividad podrá volver a solicitar un nuevo reconocimiento, siempre que concurren los requisitos legales y hubieren transcurrido dieciocho meses desde el reconocimiento del último derecho a la prestación.

<sup>26</sup> Solicitud mediante modelo TA-0521, solicitud de alta/baja/variación de datos en RETA.

Periodo de cotización	Hasta 31/12/2018 (D.F. 2.19 RD-Ley 28/2018)		Desde 01/01/2019
	Periodo de protección < 60 años	Periodo de protección > 60 años	Periodo de protección
De 12 a 17 meses	2 meses	2 meses	4 meses
De 18 a 23 meses	3 meses	4 meses	6 meses
De 24 a 29 meses	4 meses	6 meses	8 meses
De 30 a 35 meses	5 meses	8 meses	10 meses
De 36 a 42 meses	6 meses	10 meses	12 meses
De 43 a 47 meses	8 meses	12 meses	16 meses
De 48 en adelante	12 meses	12 meses	24 meses

A efectos de determinar los períodos de cotización<sup>27</sup>, estos han de serlo en exclusiva para la propia contingencia de cese de actividad en RETA, computándose los meses cotizados como meses completos y teniendo en cuentas las cotizaciones por cese de actividad que no hubieran sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior de similar naturaleza. En este sentido, informa la norma que las cotizaciones que generaron la última prestación por cese de actividad no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior.

Para las personas trabajadoras autónomas en alta en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, los períodos de veda obligatoria aprobados por la autoridad competente suponen un paréntesis en el cómputo del período de doce meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese de actividad, siempre y cuando en esos períodos de veda no se hubiera percibido la prestación por cese de actividad.

Otras de las novedades más significativas del RD-Ley 28/2018 tiene que ver con las reclamaciones previas contra las resoluciones de las mutuas denegatorias de prestaciones por cese de actividad, de tal forma que ahora, con carácter previo a la resolución de la reclamación, se deberá emitir un informe vinculante por parte de una comisión paritaria<sup>28</sup>, en la que estén debidamente representadas las mutuas, las asociaciones representativas de las personas trabajadoras autónomas y la Administración de la Seguridad Social<sup>29</sup>. En concreto, según la Disposición Final Segunda, apartado 23, por la que se modifica el art. 350 LGSS, la mutua tendrá que remitir al secretario de la comisión paritaria una propuesta motivada de resolución denegatoria, en un plazo de diez días contados desde la fecha de presentación de la reclamación previa. La Resolución de 20 de marzo de 2019, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, ha detallado la creación, composición, organización y funcionamiento de las comisiones cuyo ámbito territorial será provincial, siéndoles de aplicación subsidiaria lo establecido para el funcionamiento de los órganos colegiados en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

<sup>27</sup> La STSJ Castilla y León, Valladolid, de 22 abril 2015 (rec. 430/2015) consideró acreditado el periodo de carencia también cuando la cotización adeudada se hubiera satisfecho en vía de apremio tras el hecho causante.

<sup>28</sup> El precepto obliga a las mutuas a prestar el apoyo financiero y administrativo preciso para el funcionamiento de la comisión suscribiendo los convenios que resulten oportunos.

<sup>29</sup> Actuará como presidente de la comisión el representante de la Administración de la Seguridad Social y como secretario no miembro de la misma una persona al servicio de la mutua competente para resolver. Podrá formar parte de la comisión, como asesor con voz, pero sin voto, un letrado de la Administración de la Seguridad Social integrado en el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social.

### 3.3. Determinación de la cuantía por cese de actividad

La base reguladora de la prestación económica por cese de actividad continúa siendo el promedio de las bases por las que se hubiere cotizado durante los doce meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese, computando a tal efecto el mes completo en el que se produzca esta situación. A dicha base reguladora le resulta de aplicación, con carácter general, un porcentaje de 70 por 100 durante todo el periodo del disfrute de la prestación (art. 339.2 LSSS, también para afiliados/as al RETM), a diferencia de la reducción del 70 al 50 por 100 del art. 270.2 LGSS.

La cuantía máxima resultante por cese de actividad será del 175 por 100 del Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples, salvo cuando la persona trabajadora autónoma tenga uno o más hijos/as a su cargo; en tal caso, la cuantía será, respectivamente, del 200 por 100 ó del 225 por 100 de dicho indicador, entendiéndose por hijos/as a cargo, a las personas menores de 26 años de edad, o mayores con una discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100. Y del mismo modo, la cuantía mínima será del 107 por 100 ó del 80 por 100 del IPREM<sup>30</sup>, según la persona trabajadora autónoma tenga hijos/as a su cargo, o no, salvo a colectivos con base de cotización a la Seguridad Social inferior a la base mínima ordinaria de cotización para personas trabajadoras por cuenta propia, a quienes no les será de aplicación la cuantía mínima de la prestación por cese de actividad.

A efectos de calcular las cuantías máxima y mínima de la prestación por cese de actividad, se tendrá en cuenta que la carencia de rentas de los hijos/as a cargo se presume en el caso de que éstos/as no realicen trabajos por cuenta propia o ajena, o bien realizándolos no obtengan por ellos retribuciones iguales o superiores al salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, y convivan con la persona beneficiaria. No será necesaria la convivencia cuando la persona trabajadora declare que tiene obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial, o que sostiene económicamente al hijo o hija.

La Ley 31/2015 de 9 septiembre abrió la posibilidad del percibo de la prestación por cese de la actividad capitalizada en la modalidad de pago único<sup>31</sup>. Se trataba de una medida de fomento del empleo para facilitar la puesta en marcha de iniciativas de autoempleo que consistan en iniciar una actividad laboral por cuenta propia, crear o incorporarse como persona socia trabajadora en cooperativas o sociedades laborales.

### 3.4. Cotización para la protección por cese de actividad

La cotización a efectos de la prestación por cese de actividad no sólo genera una renta de compensación motivada por el cese total, temporal o definitivo de la actividad, sino que abarca, además, de un lado, el abono de la cotización a la Seguridad Social de la persona trabajadora autónoma al régimen correspondiente por parte del órgano gestor<sup>32</sup> (una base de

<sup>30</sup> Precisa el art. 339.3 LGSS que, a los efectos de la cuantía máxima y mínima de la prestación por cese de actividad, se tendrá en cuenta el IPREM mensual, incrementado en una sexta parte, vigente en el momento del nacimiento del derecho.

<sup>31</sup> Con efectos del 10 octubre 2015.

<sup>32</sup> En los supuestos previstos en el artículo 331.1.d (d) La violencia de género determinante del cese temporal o definitivo de la actividad de la trabajadora autónoma), no existirá la obligación de cotizar a la Seguridad Social, (...)

cotización similar a la base reguladora empleada para el cálculo de la prestación por cese de actividad y dentro de los límites de base mínima o única correspondientes, art. 339 LGSS), y de otro lado, el abono de la cotización a la Seguridad Social de la persona trabajadora autónoma, por todas las contingencias al régimen correspondiente, a partir del día 61º de baja, conforme al art. 308 LGSS, es decir, cuando se tiene derecho a la prestación económica de IT.

Respecto a las cotizaciones que deban efectuarse con carácter previo al cese de actividad, el RD-Ley 28/2018, *obliga a las personas trabajadoras por cuenta propia a la cobertura de la prestación por cese en el trabajo. A tal efecto, la LPGE determinará para cada anualidad el tipo de cotización aplicable de acuerdo con las reglas del apdo. 3 del art. 344 LGSS. En cualquier caso, el tipo de cotización deberá circunscribirse en un intervalo entre el mínimo del 0,7 por 100 y el máximo del 4 por 100. Para el ejercicio 2019, se ha fijado en el 0,7 por 100. Con anterioridad, y hasta el 31 de diciembre de 2018, la cotización previa para generar derecho a prestación por cese de actividad era un tipo de cotización único equivalente al 2,2 por 100 adicional y voluntario.* Hasta 2014, la cotización por cese, obligatoriamente, permanecía unida a la cotización por Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales (art. 14 Ley 32/2010), pero la Disposición final segunda, apartado décimo, de la Ley 35/2014, desligó ambas cotizaciones para flexibilizar e incentivar la cotización por cese de actividad.

Respecto al resto de cotizaciones, el nuevo RD-Ley 28/2018 ha aumentado la cotización del 29,90 por 100 al 30 por 100, distribuyendo los puntos porcentuales de la siguiente manera: 28,30 por 100 para las contingencias comunes, 0,9 por 100 para las contingencias profesionales (de donde el 0,46 por 100 corresponde a la contingencia de IT y el 0,44 por 100 a la de Incapacidad permanente, muerte y supervivencia) y el 0,1 por 100 por formación profesional. No obstante, se trata de medidas de aplicación transitoria<sup>33</sup>.

Mención especial requieren las personas trabajadoras autónomas cotizantes mediante “tarifa plana”, sean causantes de nuevas altas en 2019, o a quienes ya se estuvieran aplicando las bonificaciones y reducciones de cuotas en el tramo de los 12 primeros meses de actividad<sup>34</sup>; en primer lugar, porque el importe de la nueva cuota se ha actualizado de 50 a 60 euros mensuales (51,50 euros a contingencias comunes y 8,50 euros a contingencias profesionales) adaptándose a la obligatoriedad de la cobertura por contingencias comunes y profesionales, incluidos los supuestos de discapacidad, violencia de género y terrorismo; y, en segundo lugar, porque durante el periodo de tarifa plana, no se considera que existe aportación por cese de actividad (tampoco por formación profesional), con lo cual, no se

---

estando a lo previsto en el artículo 21.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

<sup>33</sup> Para 2020 el tipo de cotización será el 1,1 por ciento para contingencias profesionales, el 0,8 por ciento para el cese de actividad y el 30,6 por ciento para contingencias comunes. Para 2021 el tipo de cotización será el 1,3 por ciento para contingencias profesionales, el 0,9 por ciento para el cese de actividad y el 30,6 por 100 por contingencias comunes. Para 2022 el tipo de cotización para contingencias profesionales será el que se establezca con carácter definitivo en la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado y para contingencias comunes definitivamente el 31 por 100.

<sup>34</sup> LAFUENTE SUÁREZ, J.L.: “La prestación por cese de actividad: las situaciones no contempladas y la relegación de los autónomos colaboradores”, *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2013, (La Ley 1900/2013), no aplicable a autónomos colaboradores al quedar estos fuera del alcance de la prestación,

devenga el derecho a prestación por cese al cierre del negocio, salvo que se hubiera cotizado por ella expresamente.

Asimismo, el RD-Ley 28/2018 también contempla previsiones de cotización en caso de pluriactividad, ordenando el reintegro del 50 por 100 del exceso de las cotizaciones por contingencias comunes que superen la cuantía anual que se establezca estipulada por la LPGE (13.822,06 euros, en 2019) con el tope del 50 por 100 de las cuotas ingresadas en el régimen especial en razón de su cotización por las contingencias comunes. Sin embargo, es cuestionable el oxímoron que supone la obligación de cotizar por cese de actividad en el caso de personas trabajadoras autónomas pluriactivas, pues exigir el alta como demandante de empleo para la prestación por cese de actividad, al tiempo que se realiza una actividad por cuenta ajena, es una *contradictio in terminis*, resultando prácticamente imposible cobrar la prestación al cese de su actividad. Conforme a la redacción actual de las normas, se debería perder simultáneamente el empleo por cuenta ajena. Además, aquellas personas que ya tuvieran cubiertas a través del RGSS las contingencias profesionales y el desempleo, deberán elegir también una mutua colaboradora (art. 83.1 b LGSS).

Una vez acaecido el cese de actividad, durante la percepción de la prestación, la cotización se efectuará tomando como base de cotización aquella por la que se hubiera optado con arreglo a lo establecido en las normas de aplicación, o bien la correspondiente como persona trabajadora por cuenta propia en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Respecto a la determinación del tipo porcentual de cotización, se deberá atender a lo expuesto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, mediante la fórmula matemática  $TCt=G/BC*100$ , equivalente a groso modo, a la división de la suma del gasto por prestaciones por cese de actividad entre la suma de las bases de cotización por cese de actividad, ambas magnitudes a fecha del 1 de agosto del año al que se refieran los presupuestos, menos la cifra hasta el 31 de julio del nacimiento, duración y extinción de la obligación de cotizar.

No corresponderá aplicar el tipo de cotización obtenido de la fórmula, si el resultado supone un incremento o reducción del tipo de cotización vigente en 0,5 puntos porcentuales, o siendo la reducción del tipo mayor de 0,5 puntos porcentuales; o sea, la norma contempla un pequeño margen de desviación entre gastos e ingresos. En cualquier caso, si en algún momento el tipo de cotización resultante sobrepasase el umbral del 4 por 100, el legislador ha previsto la necesaria revisión al alza, en al menos dos meses, de todos los periodos de carencia previstos por el art. 338.1 LGSS para la duración de la prestación por cese de actividad autónomos, mediante la LPGE correspondiente.

En suma, al igualarse el coste del factor trabajo, además de lograrse una convergencia de protección, se desincentiva la huida del trabajo asalariado por parte de las empresas<sup>35</sup>, máxime si se tiene en cuenta que la Disposición Final 4.1 RD-Ley 28/2018 ha tenido a bien incluir un nuevo tipo infractor grave por la utilización de falsas personas trabajadoras autónomas (art. 22 apartado 16 LISOS).

---

<sup>35</sup> CRUZ VILLALÓN J.: “El trabajo autónomo económicamente dependiente en España: breve valoración de su impacto tras algunos años de aplicación”, *Documentación Laboral*, núm. 98, 2013, p.36.

## 4. LA COBERTURA DE LAS CONTINGENCIAS PROFESIONALES EN EL RETA

### 4.1. Consideraciones previas

En el ámbito de la Unión Europea, la protección social de quienes desarrollan un trabajo por cuenta propia ha sido tratada por el Parlamento Europeo en la Resolución de 14 de Enero de 2014, en la que se insta a los Estados miembros y a la Comisión a emprender acciones dirigidas a velar por la protección social de las personas que desarrollan un trabajo autónomo y su equiparación con las personas asalariadas<sup>36</sup>. En nuestro ordenamiento jurídico, quienes trabajan por cuenta propia<sup>37</sup>, en general, y las personas TRADE, en particular, quedan encuadradas en el RETA y, por ello, están obligadas a darse de alta y a cotizar en el Sistema de la Seguridad Social. Estas obligaciones les dan derecho a determinadas prestaciones. En este sentido, la persona trabajadora autónoma que lleve a cabo su actividad económica o profesional bajo un contrato civil, mercantil o administrativo debe asumir la posibilidad de sufrir un accidente de trabajo o de contraer una enfermedad profesional.

Como es sabido, la protección específica en materia de contingencias profesionales ha estado tradicionalmente reservada a las personas trabajadoras del RGSS lo que, con frecuencia, hacía indiferente para las trabajadoras encuadradas en el RETA la calificación como profesional o común de los daños sufridos<sup>38</sup>, considerándose todas las lesiones ocasionadas de origen común<sup>39</sup>.

La protección por contingencias profesionales se materializa con la aprobación de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social<sup>40</sup>, que incorporó la disposición adicional 34ª a la LGSS 1994.

Tras la entrada en vigor de la Ley 53/2002, se permitió que las personas que trabajan por cuenta propia pudieran mejorar voluntariamente la acción protectora del RETA, a través de la incorporación de la prestación de IT, abonando la cotización correspondiente por tal motivo. En estos casos, podrían optar por incorporar su protección por contingencias profesionales. Esta materia fue desarrollada reglamentariamente por el RD 1273/2003, de 10 de octubre.

Respecto de la cobertura de las contingencias profesionales en el RETA, conviene destacar que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social introdujo la disposición adicional 58ª en la LGSS 1994, que preveía que las personas trabajadoras que causaran alta a partir del 1 de

<sup>36</sup> Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre la protección social para todos, incluidos los trabajadores autónomos (2013/2111(INI)) (2016/C 482/07), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014IP0014&from=NL>.

<sup>37</sup> Se refiere al concepto de trabajo autónomo incluido en el art. 1.1 LETA y en la LGSS (art.305) a los efectos de su encuadramiento en el RETA.

<sup>38</sup> Sobre las razones de la tradicional exclusión de la cobertura de los riesgos profesionales en el RETA, véase, TOROLO GONZÁLEZ F.J., "La nueva acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 49, 2004, p. 4.

<sup>39</sup> LÓPEZ ANIORTE M.C., "La enfermedad profesional del trabajador autónomo: Hacia la completa equiparación con el régimen general", *Revista Derecho Social*, núm. 53, 2011, p. 121.

<sup>40</sup> Art. 40.4 de Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

enero de 2013 en cualquier Régimen tendrían la obligación de cubrir las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. Posteriormente, las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año fueron aplazando la entrada en vigor de su obligatoriedad hasta la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, que derogó la disposición adicional 58ª LGSS 1994.

Posteriormente, la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, no tuvo en cuenta la enmienda nº 118, introducida por el Grupo Parlamentario Socialista a la Proposición de Ley de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, en el sentido de incorporar obligatoriamente la cobertura de la IT y los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales<sup>41</sup>.

En la actualidad, el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, entre sus novedades incluye la obligatoriedad de la cobertura de las contingencias profesionales para las personas trabajadoras por cuenta propia con alguna excepción tal y como se expone a continuación.

## **4.2. El Régimen de cobertura obligatoria de las contingencias profesionales de accidente de trabajo y enfermedad profesional**

### **4.2.1. La obligatoriedad en la cobertura de las contingencias profesionales**

Como se ha mencionado, el RD-Ley 28/2018 amplía la acción protectora en el RETA al establecer la obligatoriedad de la cobertura de contingencia profesional desde el 1 de enero de 2019. Ahora bien, entre otras excepciones<sup>42</sup>, esta obligatoriedad no alcanza a las personas trabajadoras por cuenta propia incluidas en el Sistema Especial para trabajadores por Cuenta Propia Agrarios (SETA).

Conviene señalar que las obligaciones de afiliación, alta y cotización en el RETA como consecuencia del inicio de la actividad profesional autónoma se dirigen de forma exclusiva a quien trabaja por cuenta propia, sin que existan obligaciones respecto de terceros ni empresas clientes para las que desempeñe su actividad<sup>43</sup>.

En la actualidad, el art. 316.1 LGSS<sup>44</sup> señala que la “cobertura de las contingencias profesionales será obligatoria y se llevará a cabo con la misma entidad, gestora o colaboradora, con la que se haya formalizado la cobertura de la incapacidad temporal y

<sup>41</sup> Enmienda nº 114 a la Proposición de Ley de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo. (BOCG 27 marzo 2017).

<sup>42</sup> La cobertura de las contingencias profesionales no será obligatoria para los profesionales colegiados (Disposición Adicional 18ª LGSS) ni para los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica.

<sup>43</sup> CRUZ VILLALÓN, J., "El Régimen especial de trabajadores autónomos. Configuración general y elementos caracterizadores", AA.VV., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G., (Dir.), Murcia, Laborum, 2017, p. 625. Respecto de las obligaciones de afiliación y alta, el art. 307.1 LGSS señala la obligación de "solicitar su afiliación al sistema de la Seguridad Social y a comunicar sus altas, bajas y variaciones de datos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos en los términos, plazos y condiciones establecidos en esta ley y en sus disposiciones de aplicación y desarrollo".

<sup>44</sup> Se refiere al Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en adelante, LGSS.

determinará la obligación de efectuar las correspondientes cotizaciones, en los términos previstos en el artículo 308”.

Respecto de la persona TRADE el art. 317 LGSS contempla la obligatoriedad de la cobertura de forma que “Los trabajadores autónomos económicamente dependientes tienen incluida obligatoriamente, dentro del ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, la cobertura de la incapacidad temporal y de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”<sup>45</sup>.

Por su parte, la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA) señala que la acción protectora del RETA en los términos y conforme a las condiciones legalmente previstas, comprenderá la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales [(art. 26.1.c) LETA].

Como se ha mencionado, la obligatoriedad de la cobertura de las contingencias profesionales para quienes trabajan por cuenta propia contiene algunas excepciones.

Así, se contempla una primera excepción para las personas socias de cooperativas incluidas en el RETA cuando dispongan de un sistema intercooperativo de prestaciones sociales, complementario al Sistema Público, que cuente con la autorización de la Seguridad Social para colaborar en la gestión de la prestación económica de IT y otorgue la protección por esta contingencia, con un alcance al menos equivalente al regulado por el RETA<sup>46</sup>.

La Disposición transitoria vigésima novena recoge un supuesto de no obligatoriedad en relación con la cobertura de la prestación económica por IT de quienes se hayan incorporados al RETA con anterioridad al 1 de enero de 1998. En este sentido, señala que “La obligación de formalizar con una mutua colaboradora con la Seguridad Social la protección por la prestación económica por incapacidad temporal establecida en el artículo 83.1.b) no será exigible a los trabajadores incorporados al Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos con anterioridad al 1 de enero de 1998 y que tuvieran cubierta la misma con la entidad gestora”

Asimismo, en los supuestos de pluriactividad, el art. 315 LGSS dispone que “La cobertura de la prestación por incapacidad temporal en este régimen especial tendrá carácter obligatorio, salvo que se tenga cubierta dicha prestación en razón de la actividad realizada en otro régimen de la Seguridad Social. En este sentido, la disposición adicional tercera, apartado 1 LETA señala respecto de la cobertura de la IT y de las contingencias profesionales en RETA que “A partir del día primero de enero del ejercicio siguiente a la entrada en vigor de la presente Ley, los trabajadores por cuenta propia o autónomos que no hayan optado por dar cobertura a las prestaciones de incapacidad temporal, deberán llevarlo

<sup>45</sup> Al mismo tiempo, el art. 317 LGSS incluye el concepto de accidente de trabajo para la persona TRADE señalando que “A los efectos de esta cobertura, se entenderá por accidente de trabajo toda lesión corporal del trabajador autónomo económicamente dependiente que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate.”.

<sup>46</sup> Esta excepción la recoge la nueva disposición adicional vigésima octava LGSS que ha sido introducida por el apartado veinticinco de la disposición final segunda del citado R.D-ley 28/2018, de 28 de diciembre.

a cabo de forma obligatoria, siempre que no tengan derecho a dicha prestación en razón de la actividad realizada en otro Régimen de la Seguridad Social”<sup>47</sup>

Constituye una excepción a la cobertura obligatoria de las contingencias profesionales la previsión de la LETA que establece la voluntariedad para las personas que trabajan por cuenta propia incorporadas al Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia (SETA) para quienes la cobertura de la incapacidad temporal y de las contingencias profesionales seguirá siendo voluntaria<sup>48</sup>.

En el mismo sentido, el art. 326 LGSS afirma el carácter voluntario la cobertura de la IT y de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional, sin perjuicio de lo que las Leyes de Presupuestos Generales del Estado puedan establecer, en particular, respecto de la protección por incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de dichas contingencias profesionales.

Sin embargo, esta voluntariedad constituye una excepción parcial, puesto que la cobertura de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en este Sistema Especial resultará obligatoria respecto a las contingencias de invalidez, muerte y supervivencia, sin perjuicio de la posibilidad de proteger voluntariamente la totalidad de dichas contingencias profesionales, en cuyo caso deberán optar por incluir la IT<sup>49</sup>.

Esta medida contribuye a mantener el trato diferenciado que nuestro Derecho tradicionalmente ha otorgado a las personas trabajadoras autónomas frente a las asalariadas. La no obligatoriedad de la cobertura de las contingencias profesionales para quienes trabajan por cuenta propia no solo favorece el mantenimiento de una protección social más precaria, sino que al mismo tiempo impide una adecuada protección de este colectivo en materia de prevención de riesgos laborales.

#### **4.2.2. Formalización de la cobertura de las contingencias profesionales**

La formalización de la cobertura de las contingencias profesionales, como se ha advertido, de conformidad con el art. 316.1, párrafo primero, LGSS se llevará a cabo con la misma entidad, gestora o colaboradora, con la que se haya formalizado la cobertura de la incapacidad temporal. La LGSS señala que "Los empresarios y los trabajadores por cuenta propia, en el momento de cumplir ante la Tesorería General de la Seguridad Social sus respectivas obligaciones de inscripción de empresa, afiliación y alta, harán constar la entidad

<sup>47</sup> Téngase en cuenta que de acuerdo con lo previsto en el art. 47.3, párrafo segundo del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. “Los trabajadores autónomos que tengan cubierta la prestación por incapacidad temporal en otro régimen del sistema de la Seguridad Social en el que también se encuentren en alta podrán, en tanto se mantenga su situación de pluriactividad, acogerse voluntariamente a la cobertura de dicha prestación en este Régimen Especial, así como, en su caso, renunciar a ella.

Lo indicado en el párrafo anterior no será de aplicación a los trabajadores autónomos que, aun encontrándose en situación de pluriactividad con alta en otro régimen, tengan la condición de económicamente dependientes o desempeñen actividades en que la cobertura de las contingencias profesionales resulte obligatoria por su mayor riesgo de siniestralidad”.

<sup>48</sup> Vid. disposición adicional tercera, apartado tercero LETA.

<sup>49</sup> Art.326 LGSS en relación con el art. 47.bis.4 y 5 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

gestora o la mutua colaboradora con la Seguridad Social por la que hayan optado para proteger las contingencias profesionales, la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y la protección por cese de actividad, de acuerdo con las normas reguladoras del régimen de la Seguridad Social en el que se encuadren, y comunicarán a aquella sus posteriores modificaciones" (art. 83.1 LGSS).

Las personas trabajadoras por cuenta propia comprendidas en el ámbito de aplicación del RETA deben formalizar la cobertura de la acción protectora por contingencias profesionales, IT y cese de actividad con una mutua colaboradora con la Seguridad Social, debiendo optar por la misma mutua colaboradora para toda la acción protectora indicada. Asimismo, deberán formalizar con una mutua colaboradora dicha acción protectora las personas trabajadoras que cambien de entidad [art. 83.1.b) párrafos primero].

Sin embargo, respecto de quienes trabajan por cuenta propia en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, la LGSS establece que podrán optar por proteger las contingencias profesionales con la entidad gestora o con una mutua colaboradora con la Seguridad Social, con la salvedad de quienes estén incluidos en el grupo tercero de cotización que deberán formalizar la protección de las contingencias comunes con la entidad gestora de la Seguridad Social<sup>50</sup>.

La opción por la cobertura a través de la Mutua se realizará mediante el documento de adhesión, por el cual la persona que trabaja por cuenta propia se incorpora al ámbito gestor de la mutua de forma externa a la base asociativa de la misma, sin embargo, no adquiere los derechos y obligaciones derivados de la asociación. La vigencia de la adhesión será de un año, pudiendo prorrogarse por periodos de igual duración<sup>51</sup>.

#### **4.2.3. Cotización por contingencias profesionales**

La cotización correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se realizará mediante la aplicación de un tipo único fijado anualmente en la LGPE<sup>52</sup>, sobre la base de cotización elegida por la persona interesada.

En general, sobre el sistema de cotización en el RETA, viene siendo común la aplicación de un conjunto de medidas encaminadas a facilitar el autoempleo, inmersas en constantes reformas legales, y contempladas en diferentes disposiciones normativas, algunas únicamente dirigidas a la reducción y bonificación de la cuota por contingencias comunes. Si

<sup>50</sup> Art. 83.1.b) párrafo segundo LGSS.

<sup>51</sup> Art. 83.1.b) párrafo tercero LGSS. Como norma transitoria, la disposición transitoria primera del RD-Ley 28/2018 establece que: "Los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos incorporados a dicho régimen especial con anterioridad al 1 de enero de 1998 y que, de acuerdo con la disposición transitoria vigésima novena del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, hubieran optado por mantener la protección por la prestación económica por incapacidad temporal con la entidad gestora, en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley deberán optar por una mutua colaboradora de la Seguridad Social, opción que deberá efectuarse en los términos previstos en el artículo 83.1.b) de dicho texto refundido, surtiendo efectos desde el 1 de junio de 2019.

En tanto se produzca dicha opción, seguirá gestionando la prestación por cese de actividad de dichos trabajadores autónomos el Servicio Público de Empleo Estatal y las contingencias profesionales serán cubiertas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social".

<sup>52</sup> Art. 308.3 LGSS.

bien el estudio excede del objeto del presente trabajo, no está de más señalar que, la realidad de quien trabaja por cuenta propia –especialmente, cuando se trata de personas trabajadoras autónomas que carecen de personal asalariado–, con frecuencia, supone una lucha por la supervivencia de su negocio en el mercado, del que obtiene pocos recursos económicos, contando con ese escaso el margen económico de maniobra para afrontar la cobertura de las contingencias profesionales.

La doctrina y las asociaciones profesionales vienen reclamando una reforma del sistema de cotización de las personas encuadradas en el RETA para hacerlo más acorde con las rentas obtenidas. En este sentido, se ha manifestado que la cotización adicional por accidente de trabajo y enfermedad profesional suponía un coste desproporcionado para quien trabaja por cuenta propia en relación a las prestaciones que recibe, teniendo en cuenta que posiblemente un accidente de trabajo o una enfermedad profesional pueda afectar negativamente a la continuidad del negocio, o suponer el cierre temporal<sup>53</sup>. Ello explicaría el reducido número de personas trabajadoras autónomas que, optaban por esta cobertura<sup>54</sup>. Según el informe de siniestralidad elaborado por ATA y la Mutua Universal, durante el año 2018, solo "uno de cada cinco autónomos tiene cubiertas en 2018 las contingencias profesionales"<sup>55</sup>. En esta materia, recientemente, la Ley 6/2017 de 4 de octubre flexibilizó el sistema de cotización, aunque un sector de la doctrina entiende que sigue siendo necesario ajustar la cotización a los rendimientos reales obtenidos para la sostenibilidad del sistema<sup>56</sup>.

En la actualidad, se mantiene la cotización por contingencias profesionales en los supuestos de compatibilidad de la jubilación y en trabajo autónomo de acuerdo con la previsión del art. 309 LGSS y para las personas incluidas en el RETA que tengan sesenta y cinco o más años de edad de acuerdo con lo dispuesto en el art. 311 LGSS.

Como se ha advertido, el tipo de cotización en el RETA, a partir del 1 de enero de 2019 para las contingencias profesionales es el 0,9 estableciendo el RD 28/2018 un aumento progresivo a partir del 2020, en los términos anteriormente señalados<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> LÓPEZ ANIORTE, M. C., "La enfermedad profesional del trabajador autónomo: Hacia la completa equiparación con el régimen general", *Revista de Derecho Social*, 2011, núm. 53, p. 138.

<sup>54</sup> GARCÍA JIMÉNEZ, M., y MOLINA NAVARRETE, C., *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*, Madrid, Tecnos, 2008, p. 232.

<sup>55</sup> ATA, Informe sobre siniestralidad laboral 2018, p. 2, <https://ata.es/de-los-603-411-autonomos-que-tenian-cubiertas-las-contingencias-profesionales-20-murieron-en-accidente-de-trabajo/>

<sup>56</sup> Entre otros, BALLESTER PASTOR, I, *Trabajo autónomo y protección social del autónomo. Un estudio sobre su precariedad*, Barcelona, Atelier, 2016, pp.149-150; CAVAS MARTÍNEZ, F. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "La protección social de los trabajadores autónomos: estado de la cuestión y propuestas", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 16, 2018, pp. 59-60.

<sup>57</sup> Vid. disposición transitoria segunda del RD-Ley 28/2018. Por otro lado, la disposición transitoria tercera contempla beneficios en la cotización para determinados trabajadores por cuenta propia. De esta forma señala que "Los trabajadores por cuenta propia que a 31 de diciembre de 2018 se estuvieran aplicando las bonificaciones y reducciones de cuotas previstas en los artículos 31 y 32 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, deberán cotizar obligatoriamente a partir de dicha fecha por contingencias profesionales, no así por cese de actividad ni por formación profesional.

En el caso de que se hubiese optado por la base mínima de cotización que corresponda, la cotización durante los 12 primeros meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta consistirá, a partir del 1 de enero de 2019, en una cuota única mensual de 60 euros, que comprenderá tanto las contingencias comunes como las contingencias profesionales. De esta cuota, 51,50 euros corresponden a contingencias comunes y 8,50 euros a contingencias profesionales. No obstante, lo anterior, aquellos trabajadores que a 31 de diciembre de 2018 (...)

Para las personas que trabajan por cuenta propia incluidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar durante el año 2019 se aplicarán los tipos de cotización señalados anteriormente<sup>58</sup>, no obstante, cuando a las personas que trabajen por cuenta propia incluidas en este Régimen Especial les resulte de aplicación por razón de su actividad un coeficiente reductor de la edad de jubilación, la cotización por contingencias profesionales se determinará de conformidad con el tipo más alto de los fijados en la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, en la redacción dada por el RD Ley 28/2018, siempre y cuando el establecimiento de dicho coeficiente reductor no lleve aparejada una cotización adicional por tal concepto<sup>59</sup>.

Respecto de la cotización aplicable a quienes se incluyen en el SETA en el supuesto de optar voluntariamente por la cobertura de las contingencias profesionales, se aplicarán los tipos de la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, en la redacción dada por la disposición final quinta del Real Decreto-ley 28/2018<sup>60</sup>, mientras que, en el caso de no optar por la cobertura de las contingencias profesionales, en todo caso, deben soportar una cotización adicional del 0,10% para financiar las prestaciones derivadas de las contingencias profesionales de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural<sup>61</sup>.

#### 4.2.4. Acción protectora

En cuanto a la acción protectora en materia de contingencias profesionales, si bien su estudio excede del objetivo de este trabajo, conviene señalar que, de acuerdo con lo previsto en el art. 316.1 LGSS por las contingencias indicadas, se reconocerán las prestaciones que, por las mismas, se conceden a las personas trabajadoras encuadradas en el RGSS, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan. Por su parte, la LETA 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 (art.26.5).

A los efectos de esta cobertura, el concepto de accidente de trabajo para las personas TRADE incluye toda lesión corporal que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra la persona trabajadora al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate.

---

tuviesen la cobertura de la protección por cese de actividad continuarán con la misma. En este caso deberá cotizarse obligatoriamente también por Formación Profesional.

A tales efectos, las cuotas a ingresar por estas dos contingencias, se determinarán aplicando a las bases de cotización elegidas por los interesados, o las que correspondan con carácter obligatorio, los tipos de cotización previstos en el artículo 7 de este real decreto-ley”.

<sup>58</sup> Art. 8 del RD-Ley 28/2018.

<sup>59</sup> Art. 87 del RD- Ley 28/2018 en relación con lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del RD-Ley 28/2018.

<sup>60</sup> Art. 9.2 del RD-Ley 28/2018 y el art. 325. b) segundo párrafo LGSS.

<sup>61</sup> Art. 130 Cinco de la Ley 6/2018, de 3 julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, el art. 9.3 del citado RD- Ley 28/2018

Para el resto de las personas que trabajan por cuenta propia y a efectos de la misma cobertura, se entenderá por accidente de trabajo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial.

También se entenderá como accidente de trabajo el sufrido al ir o al volver del lugar de la prestación de la actividad económica o profesional. A estos efectos se entenderá como lugar de la prestación el establecimiento en donde la persona que trabaje por cuenta propia ejerza habitualmente su actividad siempre que no coincida con su domicilio y se corresponda con el local, nave u oficina declarado como afecto a la actividad económica a efectos fiscales

El concepto de enfermedad profesional, a idénticos efectos, incluye la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia, que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas, anexa al Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

Las prestaciones a las que quien trabaja por cuenta propia tiene derecho en caso de cobertura de las contingencias profesionales se pueden resumir en (art. 4 RD 1273/2003): a) Prestaciones de asistencia sanitaria, que otorgan al accidentado el tratamiento sanitario en toda su extensión y contenidos con el fin de restablecer su salud. b) Prestaciones económicas derivadas de la IT, abonando a la persona trabajadora autónoma accidentada desde el día siguiente a la baja en el trabajo, sin necesidad de periodo previo de cotización, la cuantía equivalente al 75% de la base reguladora durante todo el tiempo en que se encuentre en situación de IT. c) Prestaciones por incapacidad permanente, por muerte y supervivencia, y prestaciones por lesiones permanentes no invalidantes.

Además de la restrictiva definición de accidente de trabajo en el RETA respecto del concepto aplicable a la persona TRADE y al concepto de accidente de trabajo en el RGSS, existen diferencias en la protección en caso de enfermedad profesional al no contemplar el RETA, los reconocimientos médicos con carácter previo al desarrollo de una actividad profesional en aquellos supuestos donde exista riesgo de contraer una enfermedad profesional. Como afirma la doctrina estas diferencias son reflejo de que la existencia de regímenes especiales se traduce en una menor protección del colectivo encuadrado<sup>62</sup>.

Tampoco será de aplicación a este colectivo el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional por falta de medidas de prevención de riesgos laborales, a que se refiere el art. 164 LGSS<sup>63</sup>. Ello ha sido criticado por la doctrina, que lo ha considerado especialmente inadecuado en los supuestos de incumplimiento del deber empresarial previsto en el art. 24.5 LPRL, de información e instrucción a las personas trabajadoras autónomas que desarrollen actividades en sus centros de trabajo<sup>64</sup>. Sin embargo,

<sup>62</sup> En este sentido, LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Sistemas y Regímenes Especiales”, AAVV. *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Monereo Pérez, J. y Rodríguez Iniesta, G., (Dir), Murcia, Laborum, 2017, p. 575.

<sup>63</sup> Art. 4.4 RD 1273/2003.

<sup>64</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., “El esperado desarrollo reglamentario de las mejoras producidas en la acción protectora de los trabajadores autónomos”, *Aranzadi Social*, 2003, p. 18.

la LETA ha establecido en su favor una responsabilidad de la empresa por incumplimiento de las actividades preventivas, condicionada a que se pruebe la relación de causalidad entre los incumplimientos empresariales y los daños y perjuicios ocasionados. De esta forma, cuando las empresas incumplan las obligaciones previstas en los apartados 3 a 5 del art. 8 LETA, asumirán las obligaciones indemnizatorias de los daños y perjuicios ocasionados, siempre y cuando haya relación causal directa entre tales incumplimientos y los perjuicios y daños causados. La responsabilidad del pago, que recaerá directamente sobre la empresa infractora, lo será con independencia de que la persona que trabaja por cuenta propia se haya acogido o no a las prestaciones por contingencias profesionales

## 5. CONCLUSIONES

La reforma llevada a cabo por el RD-Ley 28/2018 en materia de cobertura de las contingencias profesionales ha supuesto un avance en la eliminación de la diferencia de trato en la tutela de la protección social que nuestro Derecho tradicionalmente ha dispensado a quienes trabajan por cuenta propia respecto de la dispensada a las personas que trabajan por cuenta ajena. Las modificaciones introducidas respecto de la obligatoriedad de la cobertura de estas contingencias son coherentes con la necesidad impuesta por la LGSS de distinguir entre contingencias comunes y profesionales y de acuerdo con el principio de contributividad de nuestro Sistema de Seguridad Social, lo que permite la distinción entre el origen común o profesional de las mismas, evitando que sean declarados como contingencias comunes los daños de origen laboral.

El nuevo régimen de obligatoriedad en la cobertura de las contingencias profesionales al amparo del RD-Ley 28/2018 constituye un avance en materia de prevención de riesgos laborales habida cuenta que a partir de este momento se favorece la declaración de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales entre el colectivo, lo que permite el conocimiento de los datos reales de siniestralidad para diseñar una adecuada política preventiva.

Sin embargo, si bien se ha alcanzado, en buena medida, el objetivo de homogeneizar el contenido de la acción protectora en el nivel contributivo en los términos exigidos en las recomendaciones del Pacto de Toledo, dicha convergencia no es completa habida cuenta el carácter voluntario que alcanza esta protección en algunos supuestos como sucede respecto de las personas que trabajan por cuenta propia incluidas en el SETA. Tal voluntariedad en la cobertura de estas contingencias se aleja de las previsiones del art. 26.5 LETA que prevé 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”. Al mismo tiempo, contribuye a mantener una precaria e insuficiente protección social en materia de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional y favorece el ocultamiento de los datos de siniestralidad de los colectivos afectos. Procede advertir que la no cobertura de las contingencias profesionales permite la consideración de contingencias comunes de los daños en la salud de origen. Este régimen dificulta, en fin, la tarea de diseñar políticas preventivas encaminadas a eliminar o reducir los riesgos existentes en su puesto de trabajo y a evitar cualquier daño de origen laboral.

Respecto a la prestación por cese de actividad, tras la última reforma operada por el RD-Ley 28/2018, la configuración legal de la prestación se aproxima a la homónima prestación por desempleo del RGSS. En este sentido son numerosos los cambios aportados en el tipo de cotización, la obligatoriedad de la cobertura y, la duración de la protección por cese de actividad. En contrapartida, el RD-Ley no ha aclarado el concepto de ingreso o pérdida, especialmente para el subsidio IT a pesar de estar ya resuelto este asunto por jurisprudencia. Tampoco ha tomado en consideración los efectos gravosos de la cotización obligatoria en situaciones de pluriactividad. En suma, las modificaciones continúan la línea de sus predecesoras, al intentar eliminar la veda en el acceso a la prestación que parece haberse instaurado, en esta ocasión mediante la creación de comisiones paritarias para que se pronuncien sobre solicitudes desestimatorias.

## La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia

### Shared responsibility through the Social Security: new birth and breastfeeding benefits

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE HUELVA

#### Resumen

El presente estudio pretende analizar la situación generada por las reformas introducidas en la LGSS por parte del RD-Ley 6/2019, concretamente con la creación de dos nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia. Bajo el objetivo de conseguir la corresponsabilidad entre los progenitores, se ha suprimido la regulación dedicada a las prestaciones por maternidad y paternidad, siendo sustituidas por una nueva prestación por nacimiento. Hemos tratado de analizar cuáles son las principales líneas de esta nueva regulación, así como sus principales elementos críticos, centrándonos en cómo quedan las situaciones protegidas, los requisitos para acceder a la prestación, así como el contenido de la acción protectora, así como el régimen transitorio. Con el mismo espíritu crítico, hemos analizado la nueva prestación por lactancia.

#### Abstract

This study sets out to analyse the situation generated by the reforms introduced in the Social Security Law by Royal Decree-Law 6/2019, specifically with the creation of two new benefits for birth and breastfeeding. With the goal of ensuring shared responsibility between parents, the regulation on maternity and paternity benefits has been abolished, being replaced by a new benefit for birth. We analysed the main approaches of this new regulation, as well as its key critical elements, focusing on the protected situations that are the requirements to access the benefit, the content of the protection and the provisional system. With the same critical spirit, we also analysed the new breastfeeding benefit.

#### Palabras clave

Seguridad Social; protección por nacimiento; adopción; lactancia

#### Keywords

Social Security; birth protection; adoption; breastfeeding

## 1. INTRODUCCIÓN

Estamos realmente ante una reforma refleja del derecho sustantivo, de la profunda alteración que ha supuesto la nueva regulación de la suspensión por nacimiento, adopción, guarda y acogimiento en el ET y las licencias por los mismos motivos del EBEP, que ha requerido la adaptación de las prestaciones de Seguridad Social a dicha nueva regulación.

En líneas generales podemos decir que el legislador ha pretendido equiparar las antiguas prestaciones de maternidad y paternidad, por la vía de asimilar las segundas a las primeras, fusionandolas en una única prestación, la prestación por nacimiento y cuidado de hijos, que cubre ahora las diferentes situaciones protegidas, creando, además, una nueva prestación de corresponsabilidad en el cuidado del lactante.

Como antesala a esta reforma debe señalarse a las SSTC 111/2018, 117/2018, 138/2018 y 2/2019. En ellas se planteaba el problema de la distinta duración de los permisos generados por el parto para la madre y el padre y, consecuentemente de las prestaciones de Seguridad Social generadas en base a tales situaciones. Se demandaba la equiparación con la suspensión y la prestación por maternidad en base al derecho a la igualdad y no discriminación. Tal pretensión fue rechazada por el Tribunal Constitucional, lo cual era bastante previsible, pues al haberse optado por un planteamiento de violación de los principios de igualdad y no discriminación, se requería que de la comparación entre dos situaciones equiparables hubiera diferencias normativas no justificadas objetivamente; resultando que las situaciones a comparar (maternidad y paternidad) no eran idénticas, por lo que la diferencia normativa de trato no suponía discriminación. La base argumental era que la finalidad de la maternidad es la protección de la salud de la trabajadora, mientras que la finalidad de la suspensión por paternidad es facilitar y favorecer la corresponsabilidad de padres y madres del cuidado de los hijos<sup>1</sup>. Dicha corresponsabilidad es una tarea exigible a ambos progenitores, pero ello no supone que el ordenamiento deba regular instituciones jurídicas que favorezcan el cumplimiento de dicha obligación en clave de plena igualdad; así, es perfectamente posible que el contenido de los derechos de maternidad y paternidad sean diferentes sin que ello suponga ninguna violación de los principios de igualdad y no discriminación. No obstante, el TC reconocía expresamente la posibilidad de una regulación que estableciese una situación de efectiva equiparación entre ambos progenitores, pero como opción del legislador, no una consecuencia del principio constitucional de igualdad y no discriminación<sup>2</sup>.

Pues bien, el vaticinio del TC se cumple a través del RD-Ley 6/2019, regulación que pretende impulsar el principio de corresponsabilidad ante las responsabilidades familiares. Debe entenderse que la corresponsabilidad no es sino un trasunto de las exigencias de igualdad y no discriminación a favor de las madres trabajadoras. Es decir, los planteamientos de supresión de la discriminación es la base de esta regulación, pero debe rechazarse que el sujeto discriminado sea el varón respecto de la mujer trabajadora. Muy al contrario, el hecho de que socialmente se acepte que las responsabilidades familiares recaigan sobre la mujer, motiva al legislador a impulsar medidas de equiparación de los derechos laborales de conciliación de los hombres con los propios de la mujer trabajadora, para facilitar la asunción por parte de aquellos de tales responsabilidades, pues al ostentar derechos de inferior duración, el efecto era el de una limitación de la corresponsabilidad: la corresponsabilidad no era posible si los hombres disfrutaban de derechos cuantitativamente muy inferiores a los de la mujer<sup>3</sup>. La simple comparación evidenciaba que la mujer siempre asumía más responsabilidades pues, aun cuando el hombre deseara asumirlas, el ordenamiento no lo permitía<sup>4</sup>. En definitiva, la equivalencia de los derechos de mujeres y hombres trabajadores

<sup>1</sup> Vid. Fundamentos Jurídicos nº 5, 6 y 7 STC 111/2018.

<sup>2</sup> Fundamento Jurídico nº 8º de la STC 111/2018.

<sup>3</sup> Sobre esta cuestión vid. GARCIA VIÑA, J.: “La paternidad como situación protegida por la Ley Orgánica 3/2007”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 75 (2008), páginas 203 y 204; PEREZ CASTILLO, A.M.: “La prestación por paternidad en los casos de paternidad biológica, adopción y acogimiento. Análisis crítico”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* Monográfico 2008, página 185.

<sup>4</sup> Tal como señala la exposición de motivos, “En este sentido, los poderes públicos están obligados a adoptar medidas específicas a favor de las mujeres cuando existan situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres”.

en este ámbito es una cuestión de igualdad material de las primeras respecto de los segundos<sup>5</sup>.

Para lograr este objetivo se pretende equiparar la duración de los permisos por maternidad y paternidad, sustituyendo ambos por una nueva regulación sobre la suspensión por nacimiento de hijos que beneficia a ambos progenitores. Ciertamente ello supone una mejora de los derechos de los padres, pero también de las madres trabajadoras, pues se favorece una mayor implicación paternal ante las responsabilidades familiares. Dicho de otra manera, se mejora la regulación sobre conciliación de la vida familiar de los trabajadores varones, con el objetivo de incrementar la corresponsabilidad, lo que beneficia a las mujeres trabajadoras.

El principal problema que plantea esta nueva regulación es su deficiente calidad técnica: con toda seguridad se debe a la premura en la aprobación del RD-Ley, que ha impedido un proceso de elaboración más sosegado que hubiera permitido identificar los problemas interpretativos de la redacción y los suprimiese. Ello es especialmente evidente en la nueva prestación de corresponsabilidad en el cuidado del lactante (arts. 183 y ss. LGSS), normas que plantean algunos problemas importantes, pese a la poca relevancia de la prestación. También se manifiesta en la inexistencia de una nueva regulación reglamentaria que desarrolle la normativa legal, pues no se ha derogado el RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se establecen las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (RMA), lo que genera importantes dudas en cuanto a la vigencia de las reglas destinadas a la maternidad y paternidad y, sobre todo, cómo hayan de entenderse aquellas normas reglamentarias que no resultan derogadas tácitamente con claridad. Es evidente que la DD única del RD-Ley debe implicar la derogación tácita de un buen conjunto de normas del RMA, por lo que, a la espera de un nuevo desarrollo reglamentario, hay diferentes cuestiones que generan incertidumbres interpretativas e inseguridad jurídica.

## **2. LA NUEVA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR: CARACTERES GENERALES DE LA PRESTACIÓN**

A tenor de lo establecido por el art. 177 LGSS, la prestación por nacimiento se configura como el subsidio al que tienen derecho trabajadores y trabajadoras durante los períodos de descanso que regulan el Estatuto de los Trabajadores (artículo 48 apartados 4, 5 y 6) y el Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 49 letras a, b y c). A tenor de la regulación señalada los trabajadores pueden disfrutar de períodos de suspensión o licencias para atender las necesidades generadas por el nacimiento de un hijo o la incorporación a la familia de un menor adoptado, acogido o en régimen de guarda. Durante dichos períodos se cesa en el desarrollo de la prestación laboral, careciéndose como consecuencia de salario, generando una carencia de rentas que haría renunciar a muchos trabajadores del disfrute de la suspensión o de licencias. Es por ello que el legislador establece esta prestación como mecanismo de sustitución de las rentas económicas que dejan de percibirse, favoreciendo el

---

<sup>5</sup> MOLINS GARCIA-ATANCE, J.: “La reforma de las prestaciones de maternidad y paternidad por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 79 (2009), página 161.

disfrute de tales períodos de descanso, al eliminar los efectos negativos de la suspensión o de las licencias<sup>6</sup>.

Es característico de esta prestación (al igual que ocurría con las prestaciones de maternidad o paternidad) su dependencia normativa de la regulación sustantiva contenida en el ET o en el EBEP, pues se genera derecho a la prestación si los beneficiarios están disfrutando de los períodos de descanso (suspensión o permisos) por nacimiento de hijo regulador por tales normas. Consecuentemente, a la hora de determinar el alcance y contenido de las prestaciones de Seguridad Social, sigue siendo imprescindible conocer adecuadamente el régimen jurídico de tales suspensiones o permisos. En consecuencia, la prestación debe conectarse con los períodos de descanso regulados en el artículo 48, apartados 4, 5 y 6 ET; así como con el art. 49 49 a, b y c EBEP<sup>7</sup>. Esta conexión se va a manifestar sobre diferentes aspectos de la prestación, fundamentalmente sobre las situaciones protegidas, donde se produce una remisión del art. 177 LGSS a los preceptos sustantivos; pero también en cuestiones propias del contenido de la prestación, como ocurre con uno de sus aspectos esenciales: la duración de la misma.

Estructuralmente la nueva regulación introducida por el RD-Ley 6/2019 supone una importante alteración de los parámetros normativos que en materia de Seguridad Social existían sobre las antiguas prestaciones de maternidad y paternidad. Fundamentalmente se ha pretendido extender un principio de corresponsabilidad en el cuidado de los hijos, que requiere la equiparación entre los progenitores tanto en materia de acceso a la suspensión del contrato o permisos como en el disfrute de las prestaciones de Seguridad Social<sup>8</sup>. La consecuencia es la supresión del anterior sistema que distinguía entre prestaciones de maternidad y paternidad, siendo sustituido por una prestación de nacimiento y cuidado del menor, a la que (si cumplen los requisitos) pueden acceder ambos progenitores, pero no en forma compartida (una única prestación distribuida entre ellos), sino individualizada (una prestación diferente para cada uno de ellos) y equivalente en su duración y contenido. No obstante, aun cuando la regulación de la prestación nada señala expresamente, la equiparación no se aplicará con la entrada en vigor de las reformas introducidas por el RD-Ley 6/2019, sino que se establece un régimen transitorio, de manera que la equiparación se producirá en el año 2021. En realidad la regulación de la prestación nada establece al respecto, pero hemos de reiterar la dependencia normativa respecto de la regulación de los períodos de descanso establecida en el ET y en el EBEP<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Vid. MONEREO PEREZ, J.L. y LOPEZ INSUA, B.M.: “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* nº 43 (2016), páginas 11 y 12.

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión, debemos tener en cuenta que si estamos ante personal laboral de las AA.PP., la regulación del ET no es aplicable en estos casos, sino que el RD-Ley 6/2019 ha añadido una nueva Disp. Adic. 22ª al ET, norma que señala de aplicación la regulación sobre permisos establecida en el EBEP, produciéndose un trasvase subjetivo parcial del ET al EBEP. En el mismo sentido la nueva redacción del art. 7 EBEP.

<sup>8</sup> Vid. LOPEZ ANIORTE, M.C.: “Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 214 (2018), página 2 versión Smarteca.

<sup>9</sup> En este sentido el RD-Ley 6/2019 ha añadido a ET y EBEP sendas normas transitorias, por las que la nueva regulación se aplicará íntegramente a partir de 1 de enero de 2021, de manera que en los años intermedios se incrementará la duración del período de descanso para el otro progenitor con el objetivo de alcanzar la equiparación en el momento señalado. Al respecto vid. las nuevas DT 13ª ET y DT 4ª EBEP, dedicadas justamente a regular esta cuestión y que han sido incorporadas por el RD-Ley 6/2019.

### 3. LAS SITUACIONES PROTEGIDAS POR LA NUEVA REGULACIÓN

#### 3.1. El nacimiento como nueva situación protegida

A tenor de la nueva redacción del artículo 177 LGSS, parece que las alteraciones son meramente cosméticas, pues en ella se hace referencia como situaciones protegidas al “nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar”, mientras que con anterioridad se señalaban como tales situaciones a “la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar”. Sin embargo, la alteración es sustancial: sustituir maternidad (el hecho de que una mujer sea madre) por nacimiento (el acto de nacer) implica que el sujeto protegido por la prestación no tiene que ser necesariamente la madre, sino que caben otros sujetos. De otro lado, no es negativo que el legislador deje de poner el foco sobre la trabajadora, eliminando la prestación de maternidad, y la sustituya por prestación por nacimiento, permitiendo así la ampliación a sujetos que pueden también asumir las responsabilidades familiares; es decir, una visión más amplia de la situación protegida facilita que pueda alcanzarse con más facilidad el objetivo de la corresponsabilidad.

De otro lado, al mantenerse que las situaciones protegidas se producen “durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten” de acuerdo con la regulación en materia de suspensión o permisos de ET o EBEP, se produce un giro sustancial, pese a mantenerse en este punto la redacción original del art. 177 LGSS: dada la conexión entre la prestación y la regulación sustantiva, al modificarse ésta, la prestación sufre una evidente alteración. Dado que tanto ET como EBEP equiparan plenamente los derechos de madres y padres u otros progenitores al período de descanso, el resultado es que dicha alteración también se proyecta sobre la prestación, de manera que los diferentes sujetos puedan tener derecho a prestaciones de idéntico contenido, y no como en el período inmediatamente anterior, en el que las diferencias entre prestaciones por maternidad y paternidad eran evidentes.

En cuanto a las concretas situaciones protegidas, en primer lugar se menciona el nacimiento; es decir, el hecho biológico por el que surge una nueva vida. Bajo la anterior regulación de la prestación de maternidad, la situación protegida era la de la madre que daba a luz; sin embargo, con la nueva regulación, la situación protegida se refiere tanto a la madre como al padre (o como literalmente señala el art. 48.4 ET, el “progenitor distinto de la madre biológica”<sup>10</sup>), de manera que ambos puedan disfrutar de dos prestaciones distintas e individualizadas por nacimiento; una para cada progenitor (si es que cada uno de ellos cumple los requisitos del hecho causante)<sup>11</sup>. En realidad, ni el art 177 LGSS, ni el art. 178 al regular los beneficiarios, se refieren expresamente a que el nacimiento puede dar lugar a dos prestaciones distintas, pero la conexión de la regulación sustantiva evidencia esta cuestión.

Insistiendo en dicha conexión, se constata que la situación protegida comprende realmente dos situaciones: la suspensión del contrato de la madre biológica durante 16

<sup>10</sup> En caso del EBEP, el art. 49 c) se refiere al “Permiso del progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento (...)”.

<sup>11</sup> En el EBEP las normas de referencia las encontramos en las letras a), b) y c) del art. 49, que se refieren, respectivamente, a los permisos por nacimiento para la madre biológica, el permiso por adopción, guarda o acogimiento y el permiso del progenitor diferente de la madre biológica.

semanas, siendo obligatorias las seis semanas posteriores al parto, que deben disfrutarse de manera ininterrumpida y a jornada completa. Este período obligatorio tiene como objetivo la protección de la salud de la madre que acaba de dar a luz. En segundo lugar, el otro progenitor también tendrá derecho a la suspensión de su contrato durante 16 semanas, siendo también obligatorias las seis semanas posteriores al parto, que deben disfrutarse de manera ininterrumpida y a jornada completa. Según el art. 48.4 ET este período obligatorio se justifica “para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el art. 68 del Código Civil”. Desde mi punto de vista, es incoherente afirmar que estos deberes de cuidado sólo justifican las seis semanas obligatorias: es evidente justifican la totalidad del período de suspensión; más aún siguen recayendo sobre ambos progenitores mientras tales cuidados sean necesarios. Aparentemente la regulación del carácter obligatorio en este caso se justifica por el interés del legislador de establecer la mayor equiparación posible con el derecho de la madre biológica, incluso cuando, como en este caso, no sea necesario.

Cada una de estas situaciones genera derecho a una prestación diferente por nacimiento, en la que los beneficiarios deben cumplir sus específicos requisitos del hecho causante y el cálculo de las mismas se hará en función de cada una de las distintas bases reguladoras. El derecho de cada progenitor es individual e intransferible al otro progenitor, pues la suspensión por nacimiento tiene tales caracteres. No obstante, debe tenerse en cuenta que el RD-Ley 6/2019 ha añadido una nueva Disp. Trans. 13ª al ET que admite transitoriamente la cesión de parte del período de disfrute de la madre biológica al otro progenitor<sup>12</sup>, o que en caso de fallecimiento de la madre biológica, el otro progenitor pueda disfrutar del período de suspensión de la fallecida, incluso si esta no realiza ningún trabajo.

### 3.2. ¿Cómo queda la maternidad subrogada?

Uno de los principales conflictos generado en la prestación por maternidad ha sido el problema de la maternidad subrogada; es decir, los supuestos en que se acude a una tercera mujer para que sea ella la que engendre un hijo (junto con el padre, lógicamente) o bien aporte su útero en aquellos casos en los que la madre de intención no puede engendrar hijos (o no quiere, pero desea tener un hijo). Con anterioridad a las reformas introducidas por el RD-Ley 6/2019, la jurisprudencia sobre la prestación de maternidad admitía la existencia del derecho a las prestaciones de maternidad en estos casos<sup>13</sup>. En esta línea jurisprudencial se ha impuesto un planteamiento por el que se pretende favorecer a estos recién nacidos con una prestación económica a favor de los padres de intención, a pesar de que los contratos entre estos padres y la madre biológica sean totalmente contrarios a nuestro derecho, y pese a que, en el fondo, se esté favoreciendo negocios sobre seres humanos<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> En este caso, téngase en cuenta lo dispuesto por el artículo 9.1 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se establecen las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural –RMA–, que establece la posibilidad de revocar la opción en favor del padre, cuando sobrevengan hechos que hacen inviable su disfrute, tales como su ausencia, enfermedad o accidente, abandono o separación, u otras causas análogas.

<sup>13</sup> Así vid. las SSTs de 25 de octubre de 2016, Ar. 6167; 16 de noviembre de 2016, Ar. 6152; 22 de noviembre de 2017, Ar. 5401; y 14 de diciembre de 2017, Ar. 5889.

<sup>14</sup> Pueden consultarse múltiples trabajos que analizaban, más o menos críticamente, la posibilidad de otorgar prestaciones de maternidad en estos casos, pues de hecho ha sido la cuestión más debatida en los últimos años en materia de maternidad y paternidad: ALZAGA RUIZ, I.: “Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 134 (2018); ARIAS DOMINGUEZ, A.: (...)

Debemos preguntarnos ahora si la maternidad subrogada es un fenómeno que puede ser encuadrado dentro de la situación protegida por nacimiento de hijo. Pues bien, al respecto hemos de señalar que con la nueva redacción del art. 48.4 ET, que no olvidemos está directamente conectado con la delimitación de cuáles son las situaciones protegidas establecidas por el art. 177 LGSS, podemos encontrar algún problema: el art. 177 LGSS considera situación protegida el nacimiento, durante el período de descanso que por tal situación se disfruta de conformidad al art. 48.4 ET; y este último precepto se refiere al nacimiento que suspende el contrato de trabajo de la "madre biológica"<sup>15</sup>. Entendemos que una madre de intención no puede ser la madre biológica, expresión con la que claramente el legislador se está refiriendo a la mujer que da a luz un hijo. Por lo tanto, con esta denominación se está refiriendo a la persona que ha sido contratada para engendrar o facilitar el desarrollo uterino de un hijo. Con estos contratos de puesta a disposición del útero lo que se busca es, justamente, sustituir a la madre que no puede o no quiere engendrar un hijo, por una tercera mujer que es, a todos los efectos, la madre biológica.

Es evidente que esta literalidad puede complicar el reconocimiento de prestaciones por nacimiento a las madres de intención. En todo caso, tal como hemos visto con la jurisprudencia antes citada, no sería la primera vez que en este ámbito se obvia la regulación legal y se otorgan prestaciones, en este caso por nacimiento de hijo. Cuestión diferente es la suspensión y prestación para el "progenitor distinto de la madre biológica", que tiene derecho a la suspensión y a la prestación por nacimiento de hijo, sin que la nueva redacción del art. 48.4 en su segundo párrafo implique limitación alguna.

### 3.3. La adopción, guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar

Como segunda situación protegida, están los casos de adopción, guarda con fines de adopción y de acogimiento familiar (vid. para delimitar el alcance de estos mecanismos lo dispuesto por el art. 45.1.d ET). En este punto la nueva redacción del art. 177 LGSS es prácticamente idéntica a la anterior; sin embargo, nuevamente debemos señalar cómo la interpretación de este precepto depende directamente de lo establecido por el art. 48.5 ET, de

<sup>15</sup> "Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad", *Revista de Derecho de la Seguridad Social* nº 8 (2016); BASTERRA HERNANDEZ, M.: "El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la fecundación *in vitro* y la gestación subrogada", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 205 (2018); CORDERO GORDILLO, V.: "La prestación por maternidad en los supuestos de gestión por sustitución", *Trabajo y Derecho* nº 7-8 de 2015; DESDENTADO DAROCA, E.: "Nuevas perspectivas de la protección social de la maternidad subrogada", *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 7 de 2018; GARCIA VALVERDE, M.D.: "Gestación por sustitución. Necesidad de una respuesta jurídica a una realidad social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social* nº 16 (2018); GORELLI HERNANDEZ, J.: "El derecho a las prestaciones por maternidad en los supuestos de maternidad subrogada o gestación por sustitución", en AA.VV., "Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet", Atelier, Barcelona 2017; GORELLI HERNANDEZ, J.: "La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)", *Aranzadi Doctrinal* nº 1 de 2017; HIERRO HIERRO, F.J.: "Maternidad subrogada y prestación de Seguridad Social", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 190 (2016); HIERRO HIERRO, F.J.: "Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre maternidad subrogada", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 127 (2017); MORENO PUEYO, M.J.: "Maternidad subrogada y prestación de maternidad", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 116; POQUET CATALA, R.: "La prestación por maternidad en la gestación por sustitución", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 198 (2017); SIRVENT HERNANDEZ, N.: "Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 205 (2018).

<sup>15</sup> Por su parte, el art. 49 a) EBEP se refiere al permiso por nacimiento "para la madre biológica".

manera que la alteración de esta norma afecta a la situación protegida. Tal como hemos señalado anteriormente estas situaciones están protegidas en tanto se disfruta de las suspensiones o permisos allí regulados. Pues bien, al igual que ocurre con el nacimiento, se genera derecho a sendas prestaciones para cada adoptante, guardador o acogedor que disfruta de la suspensión del contrato; es decir, se supera el esquema previamente existente a tenor del cual en caso de que ambos adoptantes, acogedores o guardadores trabajasen, el único periodo de suspensión se distribuía a opción de los interesados, que en su caso lo compartirían.

Con la nueva regulación, al igual que ocurren en los casos del art. 48.4 ET, se pueden generar dos prestaciones de 16 semanas (ampliables en los supuestos de discapacidad o adopción, guarda o acogimiento múltiples)<sup>16</sup>. El art. 48.5 ET establece algunas reglas que afectan a la interpretación de la situación protegida. En primer lugar, hay que subrayar que el mismo menor no puede dar lugar a varios periodos de suspensión (y de prestación) en beneficio del mismo trabajador; es decir, no es admisible, por ejemplo, disfrutar una suspensión y prestación por guarda preadoptiva y posteriormente por adopción. Es cierto que se trata de fenómenos e instituciones jurídicas distintas, pero es evidente que la finalidad perseguida por la suspensión y la prestación se agota con el disfrute de la primera de estas situaciones. De otro lado, al igual que ocurre con la suspensión y prestaciones por nacimiento, cada una de ellas es un derecho individual de cada trabajador, sin que pueda transferirse su derecho al otro adoptante, guardador o acogedor.

Sin embargo, a la hora de regular las situaciones protegidas, ni el ET, ni la LGSS hacen referencia a un problema que se genera cuando la adopción tiene carácter internacional, pues es posible que en los países a los que se acude utilicen instituciones jurídicas distintas a las españolas. Al respecto debemos recordar lo señalado por el art. 2.2 RMA<sup>17</sup>, a tenor del cual en estos casos lo esencial es que los efectos jurídicos sean los previstos por la normativa española; de manera que si es así se consideran equiparables tales instituciones jurídicas extranjeras y, por tanto, son situación protegida a los efectos de las prestaciones.

Por último, recordemos que la jurisprudencia admite la posibilidad de disfrutar de la prestación en caso de la adopción de hijos del otro cónyuge<sup>18</sup>, incluso cuando éste ya haya disfrutado de su prestación<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> En el EBEP, art. 49 b), se reconoce en primer lugar el permiso por adopción, guarda o acogimiento; para, a continuación, la letra c) del mismo art. 49 EBEP, referirse a el permiso “del progenitor diferente (...) guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija”.

<sup>17</sup> Señala este precepto que “Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación”.

<sup>18</sup> Vid. SSTSJ de Madrid de 28 de julio de 2008, AS 2008\2491, 7 de julio de 2014, AS 2014\2274.

<sup>19</sup> STS de 15 de septiembre de 2010, RJ/2010/7428; o las SSTSJ de Madrid de 3 de octubre de 2014, AS 2014\2822 y Cataluña de 6 de julio de 2018, JUR\2018\295806.

#### 4. REQUISITOS DEL HECHO CAUSANTE: SIN NOVEDAD, SALVO ALGÚN DEFECTO TÉCNICO

En esta materia, pese a que el art. 178 LGSS ha recibido una nueva redacción por parte del RD-Ley 6/2019, no se han planteado realmente cambios, más allá de los de proceder a una adaptación terminológica al cambio de denominación de prestación, pues este precepto regulaba los requisitos del hecho causante de la maternidad, mientras que hoy se refiere a los requisitos para tener derecho a la prestación por nacimiento. Al margen de algún pequeño defecto en la técnica legislativa, poco debemos reseñar de este precepto que suponga novedad respecto de la regulación anterior.

En cuanto a los requisitos del hecho causante en sí, ninguna alteración se ha producido, manteniéndose las exigencias de afiliación, alta o asimilación al alta (sobre las situaciones asimiladas al alta vid. lo dispuesto por el 4 RMA, así como diversas situaciones de asimilación reconocidas por la jurisprudencia<sup>20</sup>) y el período de carencia concretado por el art. 178 LGSS

Si acaso, resaltar nuevamente que cada beneficiario madre, padre u otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor, tendrá derecho a su propia prestación, pues su derecho es individual respecto del otro progenitor. Ello supone dos prestaciones distintas y la necesidad de que cada uno de los progenitores cumpla sus propios requisitos para acceder a la prestación, sin que la circunstancia de que uno de ellos no tenga derecho, afecte o altere en nada el derecho del otro.

No obstante, tal como hemos señalado en el párrafo inicial de este subepígrafe, existe algún defecto técnico que ha de resaltarse. Me refiero a lo previsto por el art. 178.2 LGSS, precepto destinado a regular ciertos aspectos de la prestación por nacimiento cuando la beneficiaria es la madre biológica, en el que se puntualiza el momento en que ha de tomarse en cuenta la edad de la madre y cuándo debe cumplirse la exigencia de carencia. Con la redacción anterior era claro que la regla se refería exclusivamente a la situación protegida de maternidad biológica: “En el supuesto de parto, y con aplicación exclusiva a la madre biológica”. Sin embargo, en la redacción actual, pudiera surgir la duda pues su redacción es menos concluyente: “En el supuesto de nacimiento, la edad señalada en el apartado anterior será la que tenga cumplida la interesada (...)”. Parece claro que al referirse al “supuesto de nacimiento”, el legislador deja fuera los casos de adopción, guarda o acogimiento. No obstante, no es precisamente la redacción más adecuada, pues también podría interpretarse que no se refiere a la situación protegida, sino a la denominación de la prestación, que incluye, entre otras situaciones protegidas, a la adopción, guarda y acogimiento). De otro lado, si bien no se señala ahora expresamente a la madre biológica, si se hace referencia a la edad que tenga cumplida la “interesada”; es decir, utiliza el legislador el género femenino en clara alusión a que ha de tratarse de una trabajadora. Ello nos conduciría sin mucho esfuerzo a estimar que el legislador sigue refiriéndose a la madre biológica; ahora bien, recordemos una cuestión ya asentada desde hace tiempo en nuestro ordenamiento: es posible que dos

<sup>20</sup> Así, el período de cobro de salarios de tramitación (SSTS de 17 de enero de 1995, Ar. 356, y de 24 de junio de 1996, Ar. 5388; SSTSJ de Valencia de 28 de abril de 2010, AS 1119, y 4 de marzo de 2010, AS 1068); el período de suspensión de empleo y sueldo por motivos disciplinarios (STS de 30 de mayo de 2000, Ar. 8192); o la situación de suspensión por riesgo durante el embarazo (SSTSJ de Asturias de 16 de septiembre de 2011, JUR 2011\356455 y 1 de julio de 2010, JUR 2010\265009).

personas del mismo sexo tengan hijos. Ello hace que surja la duda de si esta norma regula exclusivamente la situación de la madre biológica, o la situación de cualquier madre trabajadora que tenga un hijo, sea o no la madre biológica del mismo. Teniendo en cuenta la interpretación histórica, parece que lo más adecuado es entender que se sigue refiriendo a las madres biológicas, sin incluir a una segunda trabajadora que también sea progenitora.

De otro lado, la regulación establecida en el art. 178 LGSS hace que nos planteemos una duda. Al margen de los requisitos de hecho causante, este precepto regula también cuál es el momento en el que se tiene en cuenta la edad y el cumplimiento del período de carencia. Recordemos que el período de carencia depende de la edad del beneficiario en la fecha de nacimiento (salvo en los casos del art. 178.2 y 3 LGSS que se toma la fecha de inicio del descanso). Pues bien, el RD-Ley 6/2019 ha aceptado la posibilidad del disfrute interrumpido o fraccionado de la suspensión (nueva redacción del art. 48.4 y 5 ET<sup>21</sup>); y a partir de ahí surge la duda: dado que la suspensión y la prestación pueden tener carácter interrumpido, pudiendo disfrutarse las 16 (o más) semanas durante el plazo de 12 meses a partir del parto, resolución administrativa o judicial, ¿podrían alterarse los requisitos de carencia por disfrutar la prestación de manera interrumpida en momentos diferentes a lo largo del período de 12 meses en el que pueden distribuirse las 16 semanas? Me refiero a beneficiarios que no han cumplido 21 años, o que no alcanzan los 26 años de edad en el momento del parto, resolución administrativa o judicial; que comienzan a disfrutar la prestación, la interrumpen y cuando retoman nuevamente la suspensión y la prestación, ya tienen 21 ó 26 años (y, por tanto, el período de carencia es diferente al tener otra edad). Entiendo que no es aceptable exigir en estos casos de disfrute de la suspensión de manera interrumpida, un incremento del período de carencia. La prestación es una y única y los requisitos y la edad de referencia deben tenerse en cuenta en el momento inicial, no en los sucesivos períodos de disfrute; así, el art. 178.1 b) y c) LGSS señala que el período de cotización exigido ha de cumplirse "al momento de inicio del descanso", refiriéndose claramente al momento en que el beneficiario comienza a disfrutar de la suspensión, con independencia de que lo haga ininterrumpidamente o no. Entendemos que la misma respuesta y por el mismo motivo ha de darse cuando inicialmente no se tiene derecho a la prestación por falta de carencia, pero en un momento posterior y dentro de los 12 meses, si se ha cotizado lo suficiente: dado que en el momento inicial en que debía cumplir con los requisitos, no pudo hacerlo, no tiene derecho a la prestación.

## **5. CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES: LA INCIDENCIA DE LAS NUEVAS REGLAS SOBRE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y DIFERENTES PROBLEMAS INTERPRETATIVOS**

### **5.1. La prestación por nacimiento: su flexibilidad a través de la distribución de los períodos de disfrute**

En principio las modificaciones de los arts. 179 a 182 LGSS son simples adaptaciones a la supresión del ordenamiento de la prestación por maternidad, y su sustitución por una nueva prestación por nacimiento y cuidado del menor. Ello implica una mera sustitución terminológica, de manera que no hay alteración del contenido de la prestación, ni de su

---

<sup>21</sup> La misma posibilidad existe en los permisos regulados por el art. 49 a), b) y c) EBEP.

cuantificación, salvo que hoy se va a denominar prestación por nacimiento en vez de prestación por maternidad (art. 179 LGSS).

No obstante, debemos resaltar nuevamente que la reforma del RD-Ley 6/2019 supone una importante alteración: la prestación por nacimiento tiene como situación protegida, el nacimiento, adopción, guarda y acogimiento mientras se disfrutan los períodos de descanso de los arts. 48 ET (apartados 4 a 6) y 49 EBEP (letras a, b y c), que están previstos para cualquiera de los dos progenitores si son trabajadores. Consecuentemente, no sólo se ha sustituido la maternidad por la prestación por nacimiento; sino que también se ha sustituido la prestación de paternidad por otra prestación por nacimiento. Esta prestación por nacimiento, destinada al otro progenitor, tiene el mismo contenido que la antigua prestación por maternidad (subsidio equivalente al 100% de la base reguladora de la IT por contingencias comunes, durante las dieciséis o más semanas de suspensión del contrato), de manera que en la práctica los “otros progenitores” van a disfrutar de un notable incremento de protección respecto del régimen jurídico garantizado por la prestación por paternidad. La diferencia, en este punto, resulta sustancial, pues estaremos ante dos posibles prestaciones con una duración básica de dieciséis semanas.

Al margen de esta importante cuestión ha de tenerse en cuenta que las principales alteraciones que se plantean en esta prestación no obedecen a la propia regulación de Seguridad Social, sino que proceden de las modificaciones operadas en materia de suspensión o de las licencias, y específicamente en materia de distribución del período de suspensión, lo que afecta también a la prestación. Recordemos que, con carácter general, la prestación por nacimiento, tendrá la misma duración que el período de suspensión del contrato o de los permisos; es decir, dieciséis semanas. No obstante, los arts. 48 ET y 49 EBEP admiten la ampliación de esta duración y, en consecuencia, de la prestación en ciertos casos: parto prematuro o con falta de peso o aquellos otros en los que el neonato precisa de hospitalización a continuación del parto por período superior a siete días (puede ampliarse hasta trece semanas adicionales *ex art. 48.4 sexto párrafo ET o 49 a en su quinto párrafo EBEP*), discapacidad del hijo (dos semanas, una para cada uno de los progenitores, *ex arts. 48.6 ET, 49 letras a, b y c EBEP*), o en caso de parto, adopción, guarda o acogimiento múltiple (dos semanas por cada hijo a partir del segundo, una para cada uno de los progenitores, *ex art. 48.6 in fine ET y 49 letras a, b y EBEP*)<sup>22</sup>. Obsérvese como en los casos de discapacidad y parto múltiple, si bien se mantiene la regla del incremento en dos semanas, sin embargo, se procede al reparto equitativo entre los dos progenitores (regla que debería entenderse siempre y cuando los dos trabajen, no operando el reparto en caso contrario).

En cuanto a la distribución de estos períodos de descanso y de la prestación, la tradicional regla que se aplicaba a la madre biológica, por la que se establece el disfrute obligatorio de las seis semanas posteriores al parto, se predica ahora también del otro progenitor, de manera que éste tendrá que disfrutarlas a inmediatamente a continuación del

---

<sup>22</sup> También como regla sobre la duración de la suspensión y de la prestación debe tenerse en cuenta que se reitera por el art. 48.4 ET que en caso de fallecimiento del hijo (o del *nasciturus*, siempre que haya permanecido en el seno materno al menos ciento ochenta días), incluyendo los casos de adopción o acogimiento, el período de suspensión del contrato no se verá reducido, salvo que finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio posteriores al parto, la madre solicite la reincorporación a su puesto de trabajo. En similares términos el art. 49 a) EBEP.

parto, de manera ininterrumpida y a jornada completa<sup>23</sup>. En cuanto al resto del período de suspensión o del permiso (diez o más semanas, si hay parto múltiple o se trata de hijos discapacitados), cada progenitor podrá distribuir a su voluntad el resto de los períodos de suspensión y, consecuentemente, la prestación ex art. 177 TRLGSS. Ahora bien, esta distribución ha de respetar ciertas reglas: en primer lugar, debe hacerse por períodos semanales (es decir, semanas completas), que podrán disfrutarse de manera acumulada (varias semanas juntas, o la totalidad del período restante de descanso), o bien de manera interrumpida o fraccionada (disfrutar una o varias semanas, volver al trabajo y posteriormente volver a disfrutar de la suspensión y de la prestación). De otro lado, la distribución puede realizarse entre la finalización de las seis semanas de disfrute obligatorio y hasta el momento en que el recién nacido cumpla los 12 meses; si bien como excepción a esta regla, se permite que la madre biológica pueda anticipar su disfrute hasta cuatro semanas antes de la fecha prevista de parto<sup>24</sup>.

Se trata de reglas que permiten una mejor adaptación a las necesidades de los trabajadores que disfrutan de estos períodos de suspensión y de prestación. No obstante, se prevé por los arts. 48.4 ET y 49 EBEP que la distribución de cada período semanal o la acumulación de los mismos debe comunicarse a la empresa con 15 días de antelación, lo que genera problemas de gestión de la prestación, pues ésta se gestiona directamente por el INSS, lo que supone que en caso de disfrute interrumpido de la prestación, cada vez que se inicie un período de disfrute, deberá solicitarse la prestación al INSS (salvo que el necesario desarrollo reglamentario de esta prestación establezca una solución diferente, como el abono completo de la prestación con la solicitud inicial, con independencia de cuáles sean las concretas fechas del fraccionamiento de la suspensión); más aún, recordemos que el art. 12.2 RMA establece que el abono de la prestación la realiza directamente la entidad gestora, sin que quepa colaboración por parte de las empresas: evidentemente estas posibilidades de distribución pueden complicar la gestión de la prestación, por lo que no es de extrañar que se busquen soluciones para simplificar esta cuestión (como el pago delegado).

El derecho a cada prestación es un derecho individual de cada uno de los progenitores que trabajan y cumplen con los requisitos para tener derecho a la prestación, y dicho derecho no puede transferirse al otro progenitor; es decir, es posible la distribución de cada prestación, pero no es factible ceder parte de la duración de la suspensión y la prestación de un progenitor a otro. La regla tiene pleno sentido desde el punto de vista del objetivo perseguido: facilitar la corresponsabilidad; pero quizás hubiera sido mejor prever la posibilidad de transferencia de la mujer trabajadora al trabajador, que implicaría el disfrute de éste de un mayor período de suspensión y de prestación, lo cual podría ser interesante para los progenitores cuando el padre tuviese derecho a una prestación de cuantía más alta que la

<sup>23</sup> Téngase en cuenta que las seis semanas obligatorias, ininterrumpidas y a jornada completa también afectan a los supuestos de adopción, guarda y acogimiento, si bien en estos casos el disfrute obligatorio se realiza a partir de la resolución administrativa o judicial.

<sup>24</sup> Obsérvese que esta última posibilidad supone una reducción de la capacidad de distribución de la madre, pues bajo el régimen jurídico anterior podía disfrutar con anterioridad al parto de la totalidad del período, excepto las seis semanas obligatorias de disfrute posterior al parto. De otro lado, también en los casos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento de los progenitores al país de origen del adoptado, podrá iniciarse la suspensión (y la prestación), hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

madre. Sin duda esto facilitaría aún más la corresponsabilidad, aunque a cambio de un mayor coste económico para la entidad gestora.

Desde el punto de vista de la distribución también debemos tener en cuenta que, tal como hemos señalado antes, en caso de parto, adopción, guarda o acogimiento múltiple, o bien en caso de discapacidad del menor, se incrementa la duración de la prestación en dos semanas; debiendo distribuirse estas semanas equitativamente entre cada progenitor (entendemos que siempre que haya más de un progenitor y siempre que los dos tengan derecho a la prestación, pues en las situaciones contrarias si podrá hacer suyo todo el incremento el único progenitor con derecho a la prestación); además, el artículo 48.4 ET prevé que en caso de parto prematuro y en aquellos casos en los que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el período de suspensión podrá computarse a instancia de la madre biológica o del otro progenitor, a partir del alta hospitalaria (art. 8.9 RMA); si bien se excluye de dicho cómputo las seis semanas obligatorias posteriores al parto. Se establece así, una posibilidad de interrupción del período de disfrute de la suspensión y de la prestación.

Por último, recordemos que excepto las semanas de disfrute obligatorio, el resto del período puede disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, para lo que se requiere acuerdo entre la empresa y el trabajador o trabajadora. Ello repercute, lógicamente, tanto en la cuantía como en la duración de la prestación.

## **5.2. La prestación no contributiva**

A tenor de los arts. 181 y 182 LGSS, cuando la trabajadora no tenga derecho a la prestación por nacimiento por no cumplir con la exigencia del período de carencia, tendrá derecho a un subsidio equivalente al IPREM (salvo cuando su base reguladora sea inferior, en cuyo caso habrá que estarse a esta cuantía) durante cuarenta y dos días naturales a computar desde el parto. También aquí las modificaciones normativas son meramente terminológicas. No obstante, debemos preguntarnos la razón por la que, en este caso, el legislador no ha optado por la equiparación entre ambos progenitores: no debemos perder de vista que esta prestación está prevista para las trabajadoras, sin que afecte al otro progenitor. Se genera así una ruptura del objetivo de equiparación que puede cuestionar, si bien de manera muy parcial, el objetivo de la reforma, pues se mantiene una prestación exclusivamente destinada a la mujer trabajadora. Puede responderse que ello está justificado por el hecho de que la prestación favorece la situación de la madre trabajadora durante las seis semanas posteriores al parto, facilitando una renta económica durante este período (los cuarenta y dos días posteriores al parto coinciden milimétricamente con las seis semanas obligatorias posteriores al parto), por lo que se estaría facilitando la recuperación física de la madre. Desde este punto de vista, la desigualdad tendría una justificación objetiva y no sería discriminatoria, tal como se deduciría directamente de la reciente jurisprudencia constitucional contenida en las SSTC 111/2018, 117/2018, 138/2018 y 2/2019<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Tal como se deduce de estas Sentencias, las situaciones de la madre que acaba de dar a luz y del otro progenitor no pueden ser consideradas equivalentes, por lo que la diferencia normativa de trato no supondría discriminación, al existir una necesidad de protección de la salud de la madre.

No obstante, aun cuando exista una justificación, constitucionalmente admisible, no debe olvidarse que el objetivo de esta nueva regulación es fomentar la corresponsabilidad; de manera que en aquellos casos en los que el padre no tenga derecho a la prestación por nacimiento, al faltar el requisito del período de carencia, no tendrá ningún aliciente para aceptar el reto de la corresponsabilidad.

De otro lado, también aquí se mantiene un defecto de técnica legislativa que procedía de la regulación previa: el art. 181 LGSS sigue afirmando que “Serán beneficiarias (...) las trabajadoras incluidas en el Régimen General”: se mantiene una fórmula que olvida que las trabajadoras, hoy no sólo pueden ser madres, sino también pueden ser el otro progenitor. La literalidad del precepto obvia esta realidad, por lo que la misma conduce a entender que cualquier trabajadora que tenga un hijo, sea madre biológica o sea el otro progenitor, podría tener derecho a la prestación. No obstante, sería factible una interpretación que reconduzca esta literalidad a la madre biológica, pues el precepto establece esta prestación para la trabajadora “que, en caso de parto” no cumpla con el requisito carencia exigido. Pero desde mi punto de vista no es suficiente, pues con esta alusión se reconduce la situación a una maternidad biológica, lo que elude aplicar esta prestación a los supuestos de adopción, guarda o acogimiento; pero no cuestiona la posibilidad de que la otra progenitora también pretenda tener derecho a la prestación. Sin lugar a dudas hubiese sido más adecuado referirse a la “madre biológica” y no a la “trabajadora”.

### **5.3. La prestación por parto, adopción, guarda o acogimiento múltiple**

Por otra parte debemos también tener en cuenta la problemática que se genera en la prestación por parto, adopción, guarda o acogimiento múltiple. A tenor del art. 6.2 RMA, en estos casos se concederá un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo. Consistirá en una cantidad igual a la que corresponde percibir de subsidio por nacimiento (debe aplicarse lo dispuesto por la DA única del RD-Ley 6/2019, pues el precepto se refiere a la prestación por maternidad) durante el período de seis semanas, inmediatamente posteriores al parto, o a partir de la resolución administrativa o judicial en casos de adopción, guarda o acogimiento.

El problema que plantea esta regulación es que se trata de una prestación regulada reglamentariamente, que no tiene un referente legal. Concretamente, el RMA regula esta prestación en su Capítulo II, dedicado a la prestación por maternidad, de manera que no existía una prestación paralela por parto múltiple en caso de paternidad. Sin embargo, al sustituir las prestaciones por maternidad y paternidad por una prestación por cuidado de hijos, surge la pregunta: ¿cabe en la actualidad que ambos progenitores disfruten de sendas prestaciones por parto, adopción o acogimiento múltiples, o sólo es posible una única prestación?

Para responder a esta cuestión podemos acudir a lo dispuesto por el art. 3.9 RMA, a tenor del cual resulta beneficiario de esta prestación quien a su vez lo sea de la prestación económica de maternidad (hoy nacimiento); más aún, en caso de disfrute conjunto de la prestación por maternidad (con la nueva regulación no es posible, excepto durante el período transitorio que veremos posteriormente), sólo uno de los dos progenitores podrá percibir esta prestación; tal sujeto será elegido por los interesados en caso de adopción o acogimiento; mientras que en el caso de maternidad, habrá que estar a la opción de la madre. A tenor de esta regulación es evidente que la normativa reglamentaria se refiere a una única prestación. Sin embargo, al haberse sustituido maternidad y paternidad por la prestación por nacimiento

para cada progenitor y al establecer la Disp. Adic. única del RD-Ley una regla de adaptación normativa, por la que las referencias en los textos normativos a las prestaciones de maternidad y paternidad han de entenderse realizadas a la prestación por nacimiento, que disfruta cada progenitor, puede defenderse perfectamente que cada uno de los progenitores tiene derecho a su propia prestación por parto, adopción, guarda o acogimiento múltiples.

En definitiva, hay elementos para dar respuestas favorables a ambos planteamientos, por lo que habrá de estarse a la opinión jurisprudencial, o a un más que deseable nuevo desarrollo reglamentario.

## 6. RÉGIMEN TRANSITORIO

### 6.1. Régimen transitorio en caso de nacimiento

El RD-Ley 6/2019 ha añadido una nueva Disposición Transitoria 13ª al ET, a tenor de la cual, la nueva regulación del art. 48.4 y sus ET ha de aplicarse de manera gradual durante un período de dos años. Sólo a partir del 2021 será de aplicación íntegra la reforma del régimen jurídico de la suspensión por nacimiento, adopción, acogimiento y guarda. Por otra parte, debemos distinguir el período transitorio en función de que estemos ante un caso de nacimiento, o bien ante un supuesto de adopción, guarda o acogimiento<sup>26</sup>.

En caso de nacimiento, los efectos prácticos de este régimen transitorio son, de un lado, que el otro progenitor no va a ver incrementado el plazo de suspensión a dieciséis semanas de manera directa, sino que va a pasar de las cinco semanas (Ley 6/2018), a ocho en 2019 y doce semanas en 2020. Además, el legislador ha decidido mantener transitoriamente la posibilidad de cesión de parte del período por la madre biológica al otro progenitor<sup>27</sup>: así se establece por la citada nueva DT 13ª que durante 2019 el otro progenitor tendrá derecho a una suspensión de ocho semanas (las dos primeras de disfrute obligatorio tras el parto), pudiendo ceder la madre biológica al otro progenitor hasta cuatro semanas. Durante el año 2020, el otro progenitor tendrá derecho a una suspensión de doce semanas (las cuatro primeras de disfrute obligatorio tras el parto) y la madre biológica podrá ceder hasta dos semanas al otro progenitor<sup>28</sup>.

Es evidente que un planteamiento de estas características afecta de manera directa a la prestación por nacimiento, y más concretamente a la duración de las posibles prestaciones que puedan generarse, pues la prestación se abona mientras se mantiene el período de suspensión regulado en el ET: si bien, en principio, la madre puede tener derecho a las dieciséis semanas, el otro progenitor accede a una prestación de sólo ocho o doce semanas según el año; y en caso de cesión, la madre verá disminuida su prestación, en función de las semanas cedidas, mientras que el otro progenitor la verá incrementada.

<sup>26</sup> De igual manera, el RD-Ley 6/2019 introduce una nueva DT 9ª al EBEP para regular la duración del permiso del progenitor diferente a la madre biológica durante un período transitorio que comprende 2019 y 2020.

<sup>27</sup> Recordemos que esta posibilidad que ha sido eliminada del nuevo régimen jurídico que considera el derecho a la suspensión como un derecho individual de cada trabajador y sin que pueda transferirse al otro progenitor.

<sup>28</sup> Esto supone que, en el mejor de los casos, durante 2019, el otro progenitor podrá acceder a una suspensión de una duración de doce semanas (ocho más cuatro) y en 2020 podrá tener derecho a una suspensión de catorce semanas (doce más dos).

Esta regulación transitoria supone para el otro progenitor una situación comparativamente peor que bajo el régimen jurídico anterior, lo cual es, cuanto menos sorprendente, pues si bien el objetivo de la reforma legal es incrementar el derecho a la suspensión y a la prestación del otro progenitor, para lograr la corresponsabilidad, sin embargo, el período transitorio nos conduce justo en dirección contraria. Recordemos que con la regulación previa la madre podía ceder al padre hasta la totalidad del período no obligatorio; es decir, diez semanas. Ello suponía que el padre podía tener derecho a una suspensión del contrato por paternidad de hasta quince semanas (las cinco semanas propias a las que tenía derecho según la redacción anterior del art. 48.7 ET, más las hasta diez semanas que podía cederle la madre). Con la regulación transitoria encontramos que durante 2019 se pueden ceder cuatro semanas y el otro progenitor tiene derecho a ocho semanas propias, total doce; es decir, se han perdido tres semanas. Durante 2020, el otro progenitor podrá disfrutar de un máximo de catorce semanas (doce propias, más dos cedidas por la madre), con lo cual se habrá perdido una semana de prestación, en la mejor de las situaciones, respecto del régimen jurídico anterior.

Estimo que no es este el mejor procedimiento para alcanzar la corresponsabilidad durante el período transitorio; desde mi punto de vista hubiese sido aconsejable garantizar durante este período las quince semanas que cómo máximo podría disfrutar el otro progenitor y que se regulaban en la normativa precedente<sup>29</sup>.

Debe, por último, tenerse en cuenta que para los trabajadores a quienes resulta de aplicación el EBEP, si bien durante el período transitorio se incrementa la duración en 2019 y 2020 en la misma cuantía que en la regulación del ET (ocho y doce semanas respectivamente), no se prevé la posibilidad de cesión de semanas de disfrute de la madre al otro progenitor (vid. DT 9ª EBEP).

## **6.2. Régimen transitorio en caso de adopción, guarda o acogimiento**

En cuanto al régimen transitorio en los casos de adopción, guarda o acogimiento, vamos a encontrarnos, al igual que en el supuesto anterior, que la regulación de la suspensión afecta a la duración de la prestación. Así, la DT 13ª ha establecido como regla general, el derecho de cada uno de los adoptantes, guardadores o acogedores, a un período individual propio (que se incrementa durante el período transitorio), más un período a distribuir entre los dos, si bien sujeto a límites en dicha distribución; para, a partir de 2021, serles de aplicación íntegra la nueva regulación. Así, durante 2019 y desde la entrada en vigor del RD-Ley 6/2019, cada progenitor dispondrá de un período de suspensión de seis semanas, que deben disfrutarse obligatoriamente tras la resolución judicial o administrativa. A ello se suma un período de doce semanas que deben repartirse entre ambos progenitores, debiendo disfrutarse ininterrumpidamente dentro del plazo de doce meses posteriores a la resolución administrativa o judicial. El reparto entre los progenitores de estas doce semanas se realiza en función del acuerdo que ellos alcancen, de modo que no es necesario que haya un reparto equitativo de las mismas; ahora bien, existen ciertos límites a tener en cuenta: uno de los dos podrá disfrutar, como máximo, diez semanas sobre esas doce, quedando las otras dos a

<sup>29</sup> Es decir, durante 2019, debería haber tenido derecho a ocho semanas propias, más siete que pudieran cederse por la madre y durante 2020, doce semanas propias más tres que pudieran ser cedidas por la madre. En ambos casos el total sería quince semanas, las mismas que con el régimen jurídico anterior.

disposición del otro progenitor; es decir, se establece un máximo y un mínimo en la distribución. El disfrute de estas semanas puede ser simultáneo o sucesivo (si bien, la empresa puede limitar el disfrute simultáneo si ambos progenitores trabajan para la misma empresa y sólo por razones fundadas y objetivas).

Durante el año 2020 se reitera el mismo esquema: cada progenitor dispondrá de un período de suspensión de seis semanas, que deben disfrutarse obligatoriamente tras la resolución judicial o administrativa, sumándose dieciséis semanas a distribuir entre los dos progenitores, que podrán disfrutarlas ininterrumpidamente dentro del plazo de doce meses posteriores a la resolución administrativa o judicial. Un progenitor podrá disfrutar como máximo de diez semanas sobre esas dieciséis, quedando las otras seis a disposición del otro progenitor, pudiendo ser un disfrute simultáneo o sucesivo (si bien, la empresa puede limitar el disfrute simultáneo si ambos progenitores trabajan para la misma empresa y sólo por razones fundadas y objetivas).

La normativa transitoria establece, por tanto, tanto en caso de nacimiento, como de adopción, guarda y acogimiento, unos límites a la duración de la suspensión y prestación, pero en ambos casos ha olvidado regular qué ocurre en los supuestos o situaciones en los que se establecen incrementos a la duración legal; me refiero a los casos de discapacidad, parto, adopción, guarda o acogimiento múltiples, o los casos de hospitalización con posterioridad al parto. Desde mi punto de vista, al no recogerse expresamente las normas transitorias estos fenómenos, estimo que a la duración específicamente regulada para el período transitorio, deben sumarse tales incrementos.

En cuanto a los trabajadores afectados por el EBEP, el régimen transitorio es el mismo que se aplica al otro progenitor en caso de parto y se contiene en la nueva DT 9º EBEP.

### **6.3. Otras reglas transitorias que afectan a la prestación por nacimiento**

Además de lo anterior, la nueva DT 13ª ET establece en su apartado segundo ciertas particularidades sobre el disfrute de la suspensión, que también afectan a la prestación y que resultan aplicables hasta la plena equiparación de los períodos de suspensión de ambos progenitores en 2021.

En primer lugar se establece una regla específica para los supuestos de maternidad biológica. Dado que durante el período transitorio se mantiene una prestación para el otro progenitor de duración inferior a la prestación de la madre biológica, se reitera una norma procedente del régimen jurídico anterior: que en caso de fallecimiento de la madre biológica, con independencia de que ella realizara o no trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de las dieciséis semanas de suspensión y de prestación (si cumple los requisitos para acceder a la misma). Esta norma no puntualiza, tal como si hacía la anterior redacción del art. 48.4 ET en su primer párrafo, que el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de las dieciséis semanas, o la parte restante si es que la madre llegó a disfrutar una parte del período. Entendemos, no obstante, que pese a la ausencia de referencia a esta cuestión, ha de entenderse que al otro progenitor le corresponde el período no disfrutado por la madre.

En segundo lugar, se establece que en caso de nacimiento, el otro progenitor mantiene el derecho al período cedido por la madre, incluso si esta se encuentra en situación de incapacidad temporal al reincorporarse al trabajo. Se trata de otra norma que procede del régimen jurídico anterior (el art. 48.4 ET segundo párrafo en su redacción anterior).

La tercera de las reglas del apartado segundo de la DT 13ª mantiene transitoriamente otra regla procedente del anterior régimen jurídico de la prestación de maternidad (art. 48.4 ET tercer párrafo), a tenor de la cual si un progenitor no tuviese derecho a la suspensión de su actividad profesional con derecho a prestaciones de conformidad a las reglas que regulan dicha actividad, el otro progenitor tiene derecho a la suspensión de su contrato de trabajo (debe ser, por tanto, trabajador) por la totalidad de 16 semanas sin que le afecten ninguna de las limitaciones del régimen transitorio (es decir, sin entrar a diferenciar si es madre u otro progenitor, pues durante el período transitorio tienen derecho a suspensiones y prestaciones de diferente duración). En este mismo sentido, el artículo 3.4 RMA establece que en caso de prestaciones de maternidad causadas por parto, si la madre resulta ser trabajadora por cuenta propia, incorporada a una mutualidad de previsión social establecida por su colegio profesional y no tuviese derecho a la protección por maternidad «por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad», el otro progenitor (si reúne los requisitos y disfruta de la suspensión del contrato), tendrá derecho a la prestación<sup>30</sup>. Este mismo artículo 3.4 RMA señala que se otorgará el mismo tratamiento (el disfrutado por el otro progenitor) cuando la interesada, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad<sup>31</sup>.

La regla que analizamos genera importantes dudas interpretativas. De entrada, la norma incorporada a la DT 13ª tiene una importante diferencia respecto de lo establecido por el ET en su redacción anterior y lo establecido por el art. 3.4 RMA: si bien estas dos últimas normas se referían a una situación de maternidad biológica en que la madre no tenía derecho al cese de actividad con prestación, sin embargo, la letra c) de la DA 13ª en su segundo párrafo regula la situación en que “un progenitor” suspende la actividad sin derecho a prestaciones. Es decir, respecto de la regulación anterior, esta normativa parece suponer una ampliación del ámbito de aplicación de la norma, pues abarcaría no sólo a los casos de maternidad biológica, sino también los casos de adopción, guarda o acogimiento; más aún, se está refiriendo a una situación en la que cualquiera de los dos progenitores no tiene derecho al cese de actividad con prestación y no en concreto la madre biológica. De otro lado, la redacción del anterior art. 48.4 ET, en su tercer párrafo *in fine*, admitía la compatibilidad o acumulación del período propio del otro progenitor, más las dieciséis semanas que procedían de la madre con derecho a suspensión de su actividad profesional, pero sin prestación; sin embargo, la nueva regulación transitoria no hace referencia a esta cuestión, por lo que debemos plantearnos si es factible o no esta acumulación en la actualidad. Desde mi punto de

<sup>30</sup> Sobre esta cuestión vid. LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.: “La protección por maternidad de las abogadas en el ejercicio libre de la profesión y el disfrute por el padre”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 17 (2018), páginas 142 y ss.

<sup>31</sup> Si bien esta regla supone una extensión de la protección, la jurisprudencia menor realizó una interpretación que negaba al otro progenitor el disfrute de la prestación cuando estando establecida la protección por maternidad (hoy nacimiento) en la mutualidad, su cobertura es voluntaria y la trabajadora autónoma decide no incluirla (así las SSTSJ de Madrid de 15 de junio de 2011, AS 2011\1926; Andalucía de 1 de marzo de 2012, AS 2012\2063; Andalucía de 2 de julio de 2014, JUR 2014\238613).

vista, debemos negar tanto que se haya producido una ampliación del ámbito de aplicación de esta norma, como la posibilidad de acumulación.

Comenzando por lo segundo, si admitimos la acumulación, podríamos encontrarnos ante situaciones en las que el otro progenitor pudiera alcanzar durante el período transitorio un derecho a las 16 semanas de la madre, más las ocho o doce propias (en total 24 o 28 semanas de suspensión y de prestación)<sup>32</sup>. Sin embargo, creo que debemos rechazar la posibilidad de la acumulación, pues la DA 13<sup>a</sup>.2 c) ET señala que en estos supuestos el otro progenitor “tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por la **totalidad** de 16 semanas” (la negrita es nuestra), sin que le afecten las limitaciones propias del período transitorio. Es decir, se está fijando una ampliación, pero con un máximo: eso es lo que indica el uso del término “totalidad”. Recordemos que durante el período transitorio el otro progenitor tiene derecho a una suspensión y una prestación de duración inferior a las dieciséis semanas. De esta manera, ante situaciones de desprotección generada por una suspensión de actividad sin derecho a prestación por parte de un progenitor, si el otro beneficiario tiene derecho a la suspensión, pero por período inferior, se garantiza como compensación el disfrute de un total de dieciséis semanas. Más aún, dicho acrecimiento del derecho se otorga pese a que estemos dentro del período transitorio, que como hemos visto retrasa la aplicación de la regla del art. 48.4 y 5 ET por la que ambos progenitores deben tener una suspensión de dieciséis semanas: durante este período transitorio sólo la madre biológica y uno de los dos progenitores en la adopción, guarda o acogimiento pueden tener un derecho de suspensión de dieciséis semanas; el otro (progenitor diferente a la madre biológica o el otro progenitor en adopción, guarda o acogimiento) no alcanzará esa duración hasta que termine el período transitorio; de ahí que la DT 13<sup>a</sup>.2 señale que no resultarán de aplicación ninguna de las limitaciones del régimen transitorio del apartado primero.

De otro lado, en cuanto a la posible ampliación del ámbito de aplicación de esta norma, de manera que la persona que tenga derecho a la suspensión de la actividad, pero sin derecho a prestación no sólo sea la madre biológica, sino cualquier otro progenitor, estimo que tampoco es posible. De entrada, la letra c) de la DA 13<sup>a</sup>.2 hace referencia al derecho del otro progenitor a suspender el contrato por la totalidad de dieciséis semanas: recordemos que durante el período transitorio (durante el que se debe aplicar esta norma) en caso de nacimiento, el único progenitor que tiene una suspensión y una prestación de dieciséis semanas es la madre biológica. El otro progenitor tiene un derecho de duración inferior (ocho o doce semanas). Por lo tanto, si es el otro progenitor quien no tiene derecho a la suspensión con prestación, no puede entenderse que pueda trasladar a la madre biológica el derecho a disfrutar las dieciséis semanas, pues este otro progenitor nunca tendrá derecho durante el período transitorio a una suspensión de tal duración.

De otro lado, en caso de adopción, guarda o acogimiento, durante el período transitorio ya se establece la posibilidad de que uno de los progenitores pueda alcanzar una suspensión y prestación de dieciséis semanas (seis propias, más hasta diez que como máximo puede atribuirse a uno de los progenitores), por lo que, realmente, no habría lugar a la aplicación de la

---

<sup>32</sup> No nos planteamos el supuesto en que sea el otro progenitor quien no tiene derecho a la prestación, de manera que la madre sumase a sus 16 semanas otras 16 en virtud de lo dispuesto por esta letra c) de la DT 13<sup>a</sup>.2, pues como vamos a ver a continuación, rechazamos que se haya producido una ampliación del ámbito de aplicación de esta norma.

norma que analizamos dado que el otro progenitor ya tendría aseguradas las dieciséis semanas: si uno de los progenitores puede suspender su actividad, pero no tiene derecho a prestación, por el propio mecanismo de reparto de la DT 13ª.1 ya se garantiza alcanzar las dieciséis semanas sin necesidad de que intervenga lo previsto por la DT 13ª.2 ET.

Por lo tanto, aun cuando la redacción parece abrir el ámbito de posibilidades de aplicación de la regla sobre adjudicación de las dieciséis semanas cuando un progenitor no tiene derecho a la suspensión con prestación; lo cierto es que el supuesto donde seguirá actuando la norma es cuando el sujeto afectado es la madre biológica que no tiene derecho a suspensión con prestación.

Otra duda que nos plantea esta regulación transitoria es su relación con los supuestos de partos, adopciones acogimientos o guardas múltiples; o bien hospitalización a continuación del parto, supuestos en los que se superan las dieciséis semanas. Entiendo que debemos hacer una interpretación flexible, de manera que en estos casos pueda superarse la totalidad de dieciséis semanas, que deben incrementarse como consecuencia de estas otras normas.

En cuarto lugar, se afirma que en los supuestos de adopción, guarda o acogimiento, si ambos progenitores trabajan, la suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que pueden disfrutarlo de manera sucesiva o simultánea, dentro de los límites de disfrute compartido regulados en los distintos períodos que regula el primer apartado de esta DT 13ª; pudiendo disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial. Por lo tanto, esta norma añade al régimen transitorio la posibilidad de que la suspensión pueda disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial; lo cual repercute sobre la prestación de Seguridad Social, dado que es necesario alterar la cuantía y la duración de la misma<sup>33</sup>. Entendemos que, por el contrario, esta última norma no introduce una novedad al referirse al disfrute de la suspensión y de la prestación de manera simultánea o sucesiva, pues ya indirectamente la DA 13ª.1 admite la posibilidad de optar entre disfrute simultáneo o sucesivo, al referirse expresamente en las letras c) y e) a la posibilidad de que el empresario limite el disfrute simultáneo, si los progenitores trabajan en la misma empresa y optan por este tipo de disfrute.

## **7. LA NUEVA PRESTACIÓN POR LACTANCIA (O PRESTACIÓN POR CORRESPONSABILIDAD EN EL CUIDADO DEL LACTANTE**

### **7.1. Situación protegida**

El RD-Ley 6/2019 ha introducido una nueva prestación a la acción protectora de la Seguridad Social, regulada en los arts. 183 a 185 LGSS.

A tenor de lo dispuesto por el art. 183 LGSS se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo en media hora que, de acuerdo con lo previsto en el

<sup>33</sup> Respecto a esta norma transitoria debemos realizar una aclaración: la posibilidad de disfrute a tiempo parcial o a jornada completa no se reduce a los casos en que ambos progenitores trabajan, como podría deducirse de la literalidad de la letra d) DT 13ª.2. En realidad el legislador se está refiriendo a la situación de que ambos trabajen sólo para la posibilidad de disfrute simultáneo o sucesivo; lo cual es lógico, pues tales modalidades sólo resultan de aplicación cuando hay dos beneficiarios de la suspensión.

párrafo cuarto del artículo 37.4 ET, lleven a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores de carácter, cuando ambos trabajen, desde que el menor cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad.

Para entender adecuadamente esta situación protegida debemos remontarnos a lo establecido por el art. 37.4 ET y su regulación de los derechos laborales en caso de lactancia de un menor establece que en los casos de nacimiento, adopción, guarda o acogimiento, los trabajadores tienen derecho a una hora de ausencia del trabajo, que puede ser dividido en dos fracciones, con el objetivo de otorgar los necesarios cuidados al lactante y hasta que cumpla nueve meses. Este derecho de ausencia es retribuido, de manera que el trabajador no pierde su salario.

Consciente el legislador de que el derecho a ausentarse es tremendamente limitado, ha establecido mecanismos alternativos a tales ausencias: ésta puede sustituirse, bien por una reducción de la jornada en media hora, o bien por la acumulación en jornadas completas (esta última posibilidad resulta condicionada a lo previsto por la negociación colectiva o el acuerdo al que se llegue con la empresa individualmente); en ambos casos se mantiene el derecho a la retribución. Pero la nueva redacción del precepto dada por el RD-Ley 6/2019 ha supuesto importantes modificaciones. De entrada, se suprime la regla por la que este derecho sólo podía ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajasen, admitiendo que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores puedan disfrutarlo. Además, se prevé una ampliación de los derechos de lactancia cuando ambos progenitores disfrutaran de este derecho, señalando el art. 37.4 ET en su cuarto párrafo, que cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el período de disfrute podrá ampliarse hasta que el lactante cumpla doce meses. Se amplía así la duración del derecho de nueve a doce meses; no obstante, durante el período de incremento comprendido entre los nueve y los doce meses, los trabajadores sufrirán una reducción proporcional del salario.

Pues bien, la situación protegida se refiere justamente a esta situación de aumento de la duración de los derechos de lactancia, pero sin derecho a retribución. Concretamente se considera situación protegida, la reducción de jornada en media hora, que es uno de los mecanismos alternativos a las ausencias por lactancia, siempre que se lleve a cabo por los dos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores y con la misma duración y régimen, cuando ambos trabajan y durante el período que va desde los nueve meses hasta los doce meses de edad del menor. Es decir, durante el período en que la reducción de la jornada implica la reducción proporcional del salario; por lo tanto, la prestación viene a sustituir la pérdida de rentas que durante esos meses puede generar la reducción de la jornada.

Obsérvese, además, que la prestación se otorga no ante cualquier situación de reducción de la jornada en media hora, sino exclusivamente en aquellos casos en los que ambos progenitores, adoptantes, acogedores o guardadores se corresponsabilizan de igual manera en facilitar los cuidados al menor, pues la prestación se condiciona al hecho de que ambos ejerzan este derecho con la misma duración y con el mismo régimen. Se trata, por tanto, de una prestación dirigida a favorecer la corresponsabilidad. Otra cuestión es que el supuesto en sí (la reducción de la jornada durante media hora) no tenga un excesivo impacto en el objetivo general de una corresponsabilidad plena por la limitación que supone que se facilite sólo media hora para los cuidados del menor.

La situación protegida se refiere expresamente a la reducción de jornada entre el momento en que el neonato cumpla nueve meses y hasta que cumpla los doce. No hay prestación, por tanto, durante el período anterior (desde el nacimiento hasta los nueve meses), lo cual se justifica por una sencilla razón: no debe perderse de vista que durante el período de reducción comprendido entre el nacimiento y los primeros nueve meses de vida del neonato, el trabajador tiene derecho a su retribución; por lo que no es necesaria prestación alguna en dicho período, pues las rentas económicas están cubiertas. Es durante el período posterior, entre los nueve y los doce meses, cuando se abona la prestación, pues en dicho período el trabajador ve reducido su salario.

De otro lado debemos destacar que si bien la situación protegida es perfectamente factible en caso de maternidad biológica, es mucho más complejo en los supuestos de adopción, guarda o acogimiento, pues es habitual que cuando se produce la resolución judicial o administrativa, el menor tenga ya una edad superior. En definitiva, en estos casos es extraño que se pueda generar derecho a la reducción de la jornada y a la prestación que analizamos.

Para terminar, debemos referirnos a una cuestión que juzgamos de enorme relevancia: la restricción del ámbito subjetivo de esta prestación, pues a tenor de la actual regulación, el personal laboral al servicio de las AAPP no tiene derecho a estas prestaciones. Debemos recordar que la DA 22ª ET (introducida por el RD-Ley 6/2019) y el art. 7 EBEP (cuya redacción actual también es obra del RD-Ley 6/2019), señalan que al personal laboral de las AAPP les resulta de aplicación los permisos por lactancia regulados en el EBEP, no la regulación prevista por el ET (el EBEP regula tales permisos por lactancia en la letra f) de su art. 48). Debemos, además, tener en cuenta que el art. 37.4 ET es el único precepto que regula el contenido concreto de la situación protegida (la reducción de la jornada durante media hora entre el noveno y el decimosegundo mes), cuestión a la que no hace referencia el art. 48 f) EBEP.

Por lo tanto, si el art. 183 LGSS se remite al art. 37.4 ET, ha de entenderse que esta prestación no se extiende a un colectivo de trabajadores como el que presta sus servicios para las AAPP. Desde mi punto de vista, la exclusión a tales trabajadores de esta prestación no puede ser sino absolutamente criticable, generando una diferenciación de trato absolutamente injustificable. Probablemente tan lamentable situación sea obra de la improvisación con la que ha actuado el legislador al aprobar el RD-Ley 6/2019, y es necesaria una inmediata corrección.

## **7.2. Beneficiario de la prestación**

En cuanto a los beneficiarios de la prestación, serán aquellos sujetos que puedan disfrutar de la reducción de jornada regulada por el art. 37.4 ET. El artículo 184 LGSS regula los requisitos del hecho causante, que son idénticos a los establecidos para la prestación por nacimiento y cuidado de menores; por lo tanto, habrá de cumplirse con las exigencias de afiliación, alta o alta asimilada y el período de carencia que regula el art. 178 LGSS. Además de lo anterior debemos tener en cuenta que el artículo 183 LGSS, al configurar la situación protegida, requiere que se trate de una reducción de jornada en media hora que sea llevada a cabo por ambos progenitores y con la misma duración y régimen; consecuentemente, a los requisitos anteriores ha de añadirse que la reducción sea disfrutada por los dos progenitores y con la misma duración y régimen. Lo anterior supone que no se genera derecho a la prestación, pese al cumplimiento de los requisitos de afiliación, alta y período de carencia, si uno de los progenitores disfruta de un período inferior (por ejemplo, sólo del décimo mes), o

si uno de los progenitores decide no disfrutar de la reducción de la jornada durante los meses que van desde que el neonato cumple los 9 meses en adelante (aun cuando haya disfrutado de dicha reducción en el período anterior).

Ahora bien, aun cuando se exige que ambos progenitores disfruten de la reducción de la jornada por lactancia, hemos de tener en cuenta que se establece una importante limitación a los beneficiarios, pues el art. 184.2 LGSS señala que en caso de que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores se cumplan los requisitos para tener derecho a esta prestación, sólo podrá reconocerse el derecho a la prestación a uno de ellos. Esta regla tiene interesantes consecuencias. De entrada, que aun cuando la situación protegida involucra a los dos progenitores, en realidad se prevé que sólo uno de los dos va a disfrutar de la prestación; es decir, no hay dos prestaciones sino sólo una. De otro lado, al existir una única prestación, en realidad los requisitos del hecho causante y específicamente el período de carencia sólo va a exigirse a uno de los progenitores: a aquél que va a disfrutar de la prestación. En cuanto a cuál de los dos progenitores sea el beneficiario, la normativa no especifica cuál debe ser, por lo que entendemos que será a opción de los mismos.

En todo caso esta limitación que supone que sólo uno de los progenitores disfrute de la prestación nos parece totalmente criticable por contraria a la finalidad que se persigue con esta prestación: la corresponsabilidad en el cuidado del lactante. Es evidente que al poder disfrutarlo sólo uno de los progenitores, no se favorece una efectiva y real corresponsabilidad.

### **7.3. Cuantía y duración de la prestación**

La cuantía de la prestación se regula en el art. 185 LGSS. Recordemos que con esta prestación se pretende cubrir la disminución de rentas que se genera por dejar de percibir parte del salario como consecuencia de disfrutar de una reducción de jornada por lactancia. Es por ello lógico que la cuantía de la prestación equivalga a la reducción salarial que sufre el beneficiario de la prestación durante esta reducción de la jornada. Concretamente, el mencionado art. señala que consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora de la incapacidad temporal por contingencias comunes (la misma que en la prestación por nacimiento). Dicha cuantía deberá ser disminuida en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo (es decir, el resultado de aplicar a la base reguladora el porcentaje del 100% da como resultado una prestación que equivaldría a una reducción de la totalidad de la jornada de trabajo, pero la prestación sólo abona la reducción de media hora, por lo que debe aplicarse una regla de proporcionalidad).

La duración de la prestación será, como máximo, de tres meses, pues se abona la prestación durante el período comprendido entre el momento en que el menor cumple los nueve meses y los doce meses. Así, el art. 185.2 LGSS señala que la prestación se extinguirá cuando el menor cumpla los doce meses de edad. No obstante, entendemos que es perfectamente posible que los progenitores disfruten de una reducción de jornada de duración inferior a esos tres meses y, consecuentemente de una prestación de duración inferior a tales tres meses; será la que fijen los progenitores, siempre que ambos la disfruten de la reducción al mismo tiempo.

## 8. CONCLUSIONES

Diversas conclusiones pueden extraerse del análisis que hemos planteado. La primera y principal es que la reforma legal obedece fundamentalmente a la necesidad de favorecer la conciliación entre responsabilidades familiares y laborales, facilitando que las mismas se asuman, no sólo por las mujeres trabajadoras (tradicionales adjudicatarias de tales responsabilidades), sino también por los trabajadores varones; es decir, se avanza hacia la corresponsabilidad. Para ello se pretende eliminar la ausencia de incentivos de los trabajadores hombres por la vía de equiparación de derechos en materia de suspensión motivada por el nacimiento, adopción, acogimiento o guarda; se resuelve, por tanto la situación que dificultaba el acceso a la conciliación masculina por el hecho de tener unos derechos cuantitativamente inferiores. Desde la perspectiva de Seguridad Social es esencial la sustitución del esquema hasta ahora imperante, dos prestaciones distintas (maternidad y paternidad) en la que el trabajador tenía derechos inferiores respecto de la trabajadora. Este esquema se sustituye por una prestación por nacimiento, que no es compartida (una única prestación distribuida entre los progenitores), sino individual (una prestación idéntica en su duración para cada progenitor).

Al margen de la sustitución del esquema normativo (prestaciones de maternidad y paternidad frente a prestaciones por nacimiento), existe otras novedades interesantes en esta regulación, como la flexibilización de la prestación (reflejo de la flexibilización de la suspensión del contrato) con la ruptura de la exigencia de disfrute ininterrumpido de la misma. Se favorece con ello una mejor adaptación a las necesidades de los trabajadores.

Otra importante novedad es la prestación por corresponsabilidad en el cuidado del lactante. Al margen del análisis de la nueva regulación, este trabajo evidencia la irrelevancia de la misma, tanto desde la perspectiva económica como de su repercusión en el objetivo de la corresponsabilidad.

No obstante, esta regulación se caracteriza por múltiples interrogantes interpretativos, si bien esta es una cuestión que afecta a la totalidad del RD-Ley 6/2019. Parecería que en la elaboración de esta norma ha pesado mucho más las urgencias políticas, que la necesidad de elaborar una norma bajo los cánones más estrictos de la técnica legislativa.

De otro lado la reforma ha supuesto la introducción de un régimen transitorio para las prestaciones por nacimiento, adopción, acogimiento o guarda. Desde nuestro punto de vista este régimen es excesivamente complejo; probablemente es innecesariamente complejo, más aún si tenemos en cuenta la corta duración de este régimen (finalizará –en principio– en 2020, de manera que en 2021 resulte de aplicación la reforma en su totalidad). Este régimen supone limitar temporalmente dos aspectos de la nueva regulación: que no es posible ceder el derecho de uno al otro progenitor (supuesto de maternidad biológica) y que estemos ante dos prestaciones totalmente independiente (supuestos de adopción, guarda o acogimiento, en los que ha de irse necesariamente a compartir una parte del período de prestación).

En definitiva, esta regulación supone un avance en los derechos de conciliación pretendiendo ir más allá e intentar alcanzar la corresponsabilidad (de hecho es en buena medida respuesta a la jurisprudencia del TC sobre constitucionalidad de la regulación que duraba distinta duración a los permisos generados por el parto para madre y padre), pero presenta importantes problemas técnicos.

## Concepto legal y concepto doctrinal de enfermedad profesional. Interpretación jurisprudencial de la lista de enfermedades profesionales del RD 1299/2006

### Legal concept and doctrinal concept of occupational disease. Jurisprudential interpretation of the list of occupational diseases in Royal Decree 1299/2006

MARÍA CARMEN LEGUA RODRIGO

*PROFESORA ASOCIADA. ABOGADO EN EJERCICIO. TÉCNICO SUPERIOR EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES  
DOCTORANDA EN EL DEPARTAMENTO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD VALENCIA*

#### Resumen

Se analiza el concepto de enfermedad profesional, desde la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 hasta la vigente Ley General de la Seguridad Social (LGSS), que en el artículo 157 define la enfermedad profesional, remitiéndonos a una lista de enfermedades, basándose en este concepto tanto la doctrina como la jurisprudencia realizan una interpretación de la enfermedad profesional de forma prolija. La doctrina mayoritaria considera que la LGSS define la enfermedad profesional partiendo de dos conceptos y una relación causal. La configuración del concepto de enfermedad profesional puede responder a la implantación del sistema lista, del sistema abierto o judicial y del sistema mixto, en el ordenamiento jurídico español el sistema reconocido es el sistema de lista cerrada. La lista vigente está regulada en el RD 1299/2006, de 10 noviembre, en esta norma hay imprecisiones, ambigüedades, referencias generales, expresiones de carácter enunciativo, utilización de adverbios y términos, que puede llevar a la consideración de no calificar la lista como cerrada. La jurisprudencia considera, en relación a estos términos generales que contiene el RD 1299/2006, que hay supuestos donde se podría calificar como sistema de lista abierto, por lo que se dejaría un amplio margen a la interpretación judicial.

#### Abstract

The concept of occupational disease is analysed from the Workplace Accident Act of 1900 up to the current Social Security Law, which in Article 157 defines occupational diseases, referring to a list of diseases based on both doctrine and jurisprudence and making a detailed interpretation of occupational diseases. The most widely accepted doctrine considers that the Social Security Law defines occupational diseases based on two concepts and a causal relationship. The structure of the concept of occupational disease can respond to the implementation of the list-based system, the open or judicial system and the mixed system, while in the Spanish legal system the recognised system is the closed-list system. The current list is regulated in Royal Decree 1299/2006 of 10 November, in which there are inaccuracies, ambiguities, general references, vague expressions and the use of adverbs and terms which may lead to the list not being classified as closed. Meanwhile, jurisprudence considers, in relation to these general terms contained in Royal Decree 1299/2006, that there are situations where it could be classified as an open-list system, so a broad margin would be left to judicial interpretation.

#### Palabras clave

Riesgos profesionales; enfermedad profesional; accidente de trabajo; sistema de lista; contingencias profesionales

#### Keywords

Occupational hazards; occupational disease; workplace accident; list-based system; occupational incidents

## 1. INTRODUCCIÓN. EVOLUCIÓN HISTÓRICA LEGISLATIVA

Tanto el accidente de trabajo como la enfermedad profesional, como manifiesta PEREZ ALONSO<sup>1</sup>, están protegidos de una manera bastante espléndida y completa por el ordenamiento jurídico. Y ésta protección comprende los diferentes tratamientos tanto desde el punto de vista laboral, de la Seguridad Social, como desde el ámbito penal, al igual que desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales<sup>2</sup>, por cuanto el incumplimiento de las medidas de prevención también conlleva la imposición de sanciones administrativas, además de la responsabilidad empresarial que pueda originar. Y en este sentido, como expresa SALCEDO BELTRAN<sup>3</sup>, cuando se incumplen las obligaciones legales en materia de prevención de riesgos laborales se activan los mecanismos establecidos en el RD legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y sanciones en el orden social.

Históricamente, según el profesor BLASCO LAHOZ<sup>4</sup>, desde la Ley de accidentes de trabajo de 1900, el concepto de riesgo profesional englobaba tanto el accidente de trabajo como la enfermedad profesional, por cuanto ésta no tenía una regulación específica, de manera que la cobertura específica de la misma es posterior a la de accidente de trabajo, del que, en cierta medida se fue independizando en base a razones técnicas, financieras y del tratamiento preventivo, ampliando así la identidad inicial entre accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Cuando se aprueba la Ley de Accidentes de Trabajo el 30 de enero 1900, denominada “Ley Dato”, la finalidad de esta ley era proteger a los trabajadores frente al riesgo de accidentes de trabajo, y no mencionaba a la enfermedad profesional<sup>5</sup>, al no tener las enfermedades profesionales un tratamiento específico, determinó de manera prematura y al amparo de esta ley, que se protegieran determinadas patologías por parte de la jurisprudencia como accidentes de trabajo procediendo a equiparar la enfermedad profesional al accidente de trabajo.

De la propia lectura de la Ley de Accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900 se fomentaba la asimilación del concepto de enfermedad profesional al accidente de trabajo; así en el artículo 1 se consideraba que no sólo era accidente la acción súbita y violenta por razón de una causa externa, y de otro lado, en el artículo 3 apartado 5º, se establecían entre las responsabilidades del empresario las ocasionadas en los establecimientos donde se produzcan o empleen materias explosivas o inflamables, insalubres o tóxicas situándose las dos últimas en un cuadro clínico de enfermedad profesional. Esta fue la interpretación, como

<sup>1</sup> PEREZ ALONSO, M.A.: “Las distintas formas de accidente de trabajo”. En AA.VV. *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*. (Directora Perez Alonso M.A.) Valencia 2015. Editorial Tirant lo Blanch. Pág. 17.

<sup>2</sup> Vid. En el sector de la construcción a SALCEDO BELTRAN, M.C.: *La coordinación de las actividades preventivas en el sector de la construcción*. Valencia 2013. Editorial Tirant lo Blanch.

<sup>3</sup> SALCEDO BELTRAN, M.C.: “La investigación del accidente de trabajo” en “Las distintas formas de accidente de trabajo”, en AA.VV. *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*. ob. cit. pág. 214.

<sup>4</sup> BLASCO LAHOZ, J.F.: *Enfermedades profesionales. Legislación, doctrina y jurisprudencia*. Valencia 2009. Tirant lo Blanch. Páginas 44-46. En el mismo sentido LOPEZ GANDIA, J. y AGUDO DIAZ, J. “Nueva regulación de las enfermedades profesionales”. Albacete 2007. Editorial Bormazo. pág. 23

<sup>5</sup> RODRIGUEZ SANTOS, E.: “El cuadro de enfermedades profesionales” en AAVV (Investigadores responsables Barcelon Cobedo, S.; Gonzalez Ortigas, S.) *Las Enfermedades Profesionales*. Valencia, 2017, Editorial Tirant lo Blanch. págs. 110-111.

expresa GARCIA ORTEGA<sup>6</sup>, que dio el Tribunal Supremo (Sala Civil) de 17 de junio 1903<sup>7</sup>; en esta sentencia y en muchas posteriores, pusieron de relevancia que en la defunción del trabajador por accidente de trabajo el elemento de la lesión corporal comprendía no solo los sucesos repentinos y violentos, sino también las dolencias de evolución lenta derivadas de una enfermedad conectada con el trabajo. De esta manera la jurisprudencia prolongó el concepto de accidente de trabajo tanto a las enfermedades específicas del mundo laboral, que son las propiamente profesionales, como a las enfermedades comunes, pero que se han contraído en el trabajo, estas son las denominadas “enfermedades del trabajo<sup>8</sup>”, y cuya protección aparece recogido en el art. 156.2.e) LGSS, como menciona PEREZ ALONSO<sup>9</sup>.

Por tanto, en la primera legislación en materia de riesgos profesionales no había diferencias entre accidente de trabajo y enfermedad profesional, si bien se regulaba el accidente de trabajo pero no se contemplaba la enfermedad profesional, de manera expresa, pero si se asimilaba al accidente de trabajo<sup>10</sup>.

El artículo 157 de la LGSS define, según MORENO CALIZ<sup>11</sup>, la enfermedad profesional, y lo realiza siguiendo con la tradición histórica-legislativa, que se inicia con la Ley de Bases de 1936, de 13 de julio<sup>12</sup>, la define a partir de la concurrencia de tres elementos que son el trabajo por cuenta ajena y asimilados<sup>13</sup>, la formalización en una lista de las actividades y sustancias peligrosas y una doble relación de causalidad estricta entre el trabajo actividad y la enfermedad así como entre la acción de los elementos nocivos y la dolencia padecida.

Caracterizada, tal y como establece la Sentencia Tribunal Supremo 11 de junio de 1987. (RJ 1987/4337), la enfermedad profesional como un agente lesivo que origina un detrimento corporal que se manifiesta de forma lenta, larvada y disimulada a través de un proceso patológico, frente al accidente de trabajo que se diferencia del carácter traumático e inmediato.

---

<sup>6</sup> GARCIA ORTEGA, J.: “La enfermedad profesional”. AA.VV. *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*. op.cit. pág. 280

<sup>7</sup> Califico como accidente de trabajo la intoxicación saturnina de un obrero que le produjo la pérdida total de visión a causa de intoxicación por plomo. (Intoxicación saturnina derivada de la actividad profesional desarrollada por el trabajador)

<sup>8</sup> RODRIGUEZ SANTOS, E.: “El cuadro de enfermedades profesionales”, en *Las Enfermedades Profesionales*. op. cit. pág. 111.

<sup>9</sup> PEREZ ALONSO, M.A.: “Las distintas formas de accidente de trabajo”. en *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*. op. cit. pág. 33.

<sup>10</sup> GARCIA ORTEGA, J.: “La enfermedad profesional”. en *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*. op. cit. pág. 280.

<sup>11</sup> MORENO CALIZ, S. “Aproximación al concepto de Enfermedad Profesional”. *Revista del Ministerio de trabajo e inmigración*, núm. 22- 2000. pág. 48.

<sup>12</sup> Esta Ley fue la primera que regulo las enfermedades profesionales, pero no fue aplicada por las circunstancias políticas del momento.

<sup>13</sup> Los trabajadores por cuenta propia, autónomos, régimen especial de la minería del carbón, régimen especial de trabajadores del mar, personal investigador... Para GARCIA ORTEGA, J.: “La enfermedad profesional”, *op. cit.* pág. 293, la inclusión como asimilados a trabajadores por cuenta ajena puede requerir la adaptación específica del concepto de enfermedad profesional, para adaptarla a la actividad de que se trate.

### 1.1. Riesgos profesionales, riesgos comunes

Desde sus orígenes nuestro ordenamiento de la Seguridad Social se estructura en función de que los riesgos protegidos deriven del trabajo, es decir que sean riesgos profesionales, o por el contrario no tuvieren relación con el mismo, son los riesgos comunes<sup>14</sup>.

Por lo tanto, la diferencia entre riesgos profesionales y riesgos comunes condiciona casi todos los aspectos de la estructura de la Seguridad Social, como expresa LOPEZ GANDIA<sup>15</sup>, pero se han ido manifestando argumentos en contra de un régimen específico para los riesgos profesionales<sup>16</sup>, por cuanto esto supone un trato privilegiado, y consideran que este trato preferencial resulta lesivo para las víctimas de otro género de riesgos, y por consiguiente contrario a los principios de igualdad y justicia. En este sentido como establece GONZALEZ MARTINEZ<sup>17</sup>, se prevé que entre los principios políticos y sociales de los que partía la Ley de Bases de 1963 destaca la conjunta consideración de las contingencias protegidas y prestar mayor atención al infortunio padecido, mayor atención a la situación de necesidad sobrevenida que a las causas que lo hubieran provocado.

En cambio, para MARTINEZ BARROSO<sup>18</sup>, son varias razones las que defienden una mayor amplitud y unos tipos más favorables a las prestaciones que se derivan de accidente de trabajo y enfermedad profesional, hay razones de orden moral, jurídico e incluso razones sociales, incluso partiendo del principio de igualdad, principio que es básico en el sistema de la Seguridad Social.

Por su parte, la Ley de Bases de seguridad Social de 1963, para MONEREO PEREZ y FERNANDEZ AVILES<sup>19</sup>, establecía “el principio de consideración conjunta de las contingencias”, pero el texto articulado de la Ley bases de Seguridad Social de 1966; el texto refundido de Ley General de Seguridad Social 1974; el texto refundido de la Ley General de Seguridad social de 1994; y el texto refundido la actual Ley General de la Seguridad Social 8/2015 de 30 de octubre sigue manteniendo el enfoque diferenciador entre contingencias comunes y profesionales. Precisamente la subsistencia del régimen diferenciador y privilegiado para las contingencias profesionales lo que ha generado es una serie de modificaciones legislativas y doctrinas jurisprudenciales que tienden a atraer supuestos de accidentes o enfermedades bajo la cobertura de accidente de trabajo.

<sup>14</sup> LOPEZ GANDIA, J.: “Acción protectora. Las contingencias protegidas”. BLASCO LAHOZ, J. F. y LOPEZ GANDIA, J.: *Curso de Seguridad Social*. Valencia 2016 EDITORIAL Tirant lo Blanch. pág. 272.

<sup>15</sup> LOPEZ GANDIA, J., y AGUDO DIAZ, J.: *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*. op. cit. pág. 10.

<sup>16</sup> MONEREO PEREZ, J.L. y FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Determinación de las contingencias de la Seguridad Social”. *Aranzadi Social*, 2008-núm. 19. BIB2008/3064.

<sup>17</sup> GONZALEZ MARTINEZ, J.A.: *El Trato Privilegiado de las Prestaciones de Origen Profesional. Un intento de que las contingencias profesionales pierdan su especialidad*. Navarra, 2017. Editorial Aranzadi. pág.29.

<sup>18</sup> MARTINEZ BARROSO, M.R.: *Las enfermedades del trabajo*. Valencia 2002. Editorial Tirant lo Blanch. pág. 205.

<sup>19</sup> MONEREO PEREZ, J.L. y FERNANDEZ AVILES, J.A.: “El sistema jurídico-positivo vigente. Análisis del modelo normativo”, en AA.VV. *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*. Granada, 2006. Editorial comares. pág. 31.

## 2. PECULIARIDADES EN LA PROTECCIÓN DE LAS CONTINGENCIAS PROFESIONALES

Dentro de las contingencias profesionales encontramos el accidente de trabajo y la enfermedad profesional y ambos<sup>20</sup>, en cuanto que son contingencias profesionales comparten un mundo de privilegiadas diferencias con las contingencias comunes, como expresa LOPEZ GANDIA<sup>21</sup>. Así, en materia de cotización, se cotiza en las contingencias profesionales sobre una base de cotización distinta a la de contingencias comunes, con tarifas de primas especiales en función de la peligrosidad de la actividad; se contemplan posibles recargos de cotización, en el artículo 164.1 LGSS, como establece PEREZ ALONSO<sup>22</sup>, o de prestaciones por inobservancia de medidas de seguridad e higiene por aumentar el riesgo profesional; especialidades en el régimen jurídico del alta, a través del alta de pleno derecho, en el artículo 166.4 LGSS.

La protección por contingencias profesionales no está condicionada a periodos de carencia y la responsabilidad en materia de prestaciones es automática, lo que ha llevado a la no aplicación de la teoría del daño, que se aplica en contingencias comunes; se contemplan prestaciones específicas y una mayor proyección en orden a ciertas prestaciones como lesiones permanentes, fijadas en el artículo 201 LGSS, indemnizaciones en caso de muerte recogidos en los artículos 216.2 y 227 LGSS, asistencia sanitaria especificada en el artículo 80.2.a) y en el artículo 109.3.b) LGSS. Las prestaciones por contingencias profesionales se calculan de un modo diverso a las contingencias comunes; en éste sentido, entre otros, destacan los periodos de observación durante el proceso de incapacidad temporal, recogidas en el artículo 169.1.b) LGSS, y de otro lado las obligaciones especiales o el traslado de puesto de trabajo en el artículo 176 LGSS, las cuales están actualmente conectadas con las previsiones de protección contempladas en la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Por otra parte, para MORENO CALIZ<sup>23</sup>, tradicionalmente ha estado ligada la enfermedad profesional a la reparación de sus efectos sobre la salud del trabajador, desde la Ley de accidentes de trabajo de 1900 ha prevalecido la dimensión reparadora del daño por encima de la prevención, y también ha destacado tradicionalmente en la tutela jurídica de la enfermedad profesional su carácter restringido y riguroso, frente al carácter elástico y amplio de la noción de accidente de trabajo<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> FERNANDEZ ORRICO, F.J.: "Prologo". En GONZALEZ MARTINEZ, J.A., *El Trato Privilegiado de las Prestaciones de Origen Profesional. Un intento de que las contingencias profesionales pierdan su especialidad*. Navarra, 2017. Editorial Aranzadi. Página 25.

<sup>21</sup> LOPEZ GANDIA, J. y AGUDO DIAZ J.: *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*. op. cit. pág. 15. BLASCO LAHOZ, J.F y LOPEZ GANDIA, J.: *Curso de Seguridad Social*. Valencia 2018. Editorial Tirant lo Blanch, 10 edición. pág.272.

<sup>22</sup> PEREZ ALONSO, M.A.: "El derecho a la Seguridad y Salud de los trabajadores: aspectos prácticos del recargo de prestaciones", en *Revista jurídica de los Derechos Sociales Lex Social*. vol. 5 núm. 1/2015. GARCIA ORTEGA, J.: "Acción protectora: las contingencias protegidas", en AA.VV. (Directores Roqueta Buj, R. y Garcia Ortega, J.) *Derecho de la Seguridad Social*. Valencia 2018. Editorial Tirant lo Blanch pág. 153.

<sup>23</sup> MORENO CALIZ, S. "Aproximación al concepto de Enfermedad Profesional". op. cit. pág. 48.

<sup>24</sup> En el mismo sentido LOPEZ GANDIA, J. y AGUDO DIAZ J.: *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*. op. cit. pág. 15.

Por otra parte, como menciona GARCIA ORTEGA<sup>25</sup>, se produce un cuantioso número de infradeclaración de enfermedad profesional, y que puede ser a causa de factores como la formación del personal sanitario, también puede ser debido a desconocimiento por parte del trabajador interesado que no asocia la enfermedad con la continuidad en un medio ambiente laboral durante muchos años. En este sentido se expresa LOPEZ GANDIA<sup>26</sup>, considerando que en la práctica, y ya desde los años setenta se produce una infravaloración de las enfermedades profesionales, y lo acusa en primer lugar al defectuoso sistema de lista cerrada y en segundo lugar debido al sistema de notificación, solo se declaran, las enfermedades profesionales listadas y presentes en los puestos de riesgos, y mientras se está en la empresa. Desde el punto de vista de la prevención lo importante no es que la enfermedad profesional se encuentre en el listado, sino que estén presentes en el ambiente de trabajo, por lo que deberían declararse no solo las enfermedades profesionales sino también las que puede presumirse su origen profesional aunque no estén listadas.

No obstante, en esta línea, actualmente como medida correctora, y de conformidad con el artículo 5 del RD 1299/2006 cuando los facultativos del Sistema Nacional de Salud tenga conocimiento de la existencia de una enfermedad, no solo de las incluidas en el anexo I que podría ser calificada como profesional, sino también de las incluidas en el anexo II las enfermedades cuyo origen profesional se sospecha, tienen que comunicarlo a la entidad colaboradora de la Seguridad Social que asuma la protección de las contingencias profesionales, la finalidad de la comunicación de las enfermedades de lista de sospecha, no solo es la de proporcionarles la protección adecuada, sino también la de elaborar un listado de otros supuestos lo que se pueden estimar relacionados con la enfermedad profesional y el medio laboral, a través de las denominadas enfermedades del trabajo.

### 3. CONCEPTO LEGAL Y CONCEPTO DOCTRINAL DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL

El artículo 157 de la LGSS define la enfermedad profesional del siguiente modo “Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que este provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”

Para que una enfermedad sea profesional, se requiere que ésta esté contraída a consecuencia del trabajo ejecutado, se especifique en el cuadro correspondiente y esté provocada por los elementos o sustancias que se indiquen para cada una de ellas, requisitos cuya concurrencia es precisa, dándose nexo de causalidad suficiente entre los productos manipulados y enfermedad padecida, de esta forma se expresa la STS de 24 de abril de 1985<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> GARCIA ORTEGA, J.: “La enfermedad profesional”, en *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*. op. cit. pág. 283.

<sup>26</sup> LOPEZ GANDIA, J., y AGUDO DIAZ, J.: *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*. op. cit. págs. 26-27.

<sup>27</sup> En el mismo sentido la STS de 13 de noviembre de 2006 (Recurso núm. 2539/2005), reitera que *para saber entonces si estamos ante una enfermedad profesional, habrá que analizar si el causante reúne los tres requisitos que el trabajo sea realizado por cuenta ajena, que se trate de alguna de las actividades que* (...)

Delimitar el concepto de enfermedad profesional ha sido históricamente una de las cuestiones con más debate doctrinal.

Desde el punto de vista médico, para CAVAS MARTINEZ y FERNANDEZ ORRICO<sup>28</sup>, la enfermedad profesional medicamente se define como el daño, la patología médica o traumática, producida por la presencia, en el medio ambiente laboral de factores o agentes físicos, químicos o biológicos que merman la salud del trabajador.

Por su parte, ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA<sup>29</sup>, consideran que la enfermedad profesional se caracteriza, frente a la enfermedad común, porque trae su causa del trabajo, de las materias que maneja el trabajador, de las máquinas o herramientas que utiliza, de la singularidad del medio ambiente en el que trabaja, y frente al accidente de trabajo, porque mientras este surge de la acción súbita de un agente exterior, la enfermedad profesional aparece como agente no manifestante externo que suele actuar lenta y progresivamente.

En éste sentido, la enfermedad profesional puede ser definida desde un punto de vista de las consecuencias que provoca, según expresa MORENO CALIZ<sup>30</sup>, como son las prestaciones otorgadas por el sistema de la Seguridad Social, pero también constituye una de las cuestiones que más preocupan a quienes se interesan por la mejora del ambiente laboral, partiendo de la base de que la enfermedad suele ser consecuencia de las sustancias o elementos presentes en determinadas actividades o industrias.

De otro lado ORDEIG FOS<sup>31</sup> considera, que el concepto de enfermedad profesional es un concepto autónomo, no subordinado al accidente de trabajo, con una autonomía mixta, formal y material. En este sentido contrario, se expresa GARCIA ORTEGA<sup>32</sup>, para quien la definición que da la LGSS no nos ofrece ningún dato definidor de la enfermedad profesional como agente etiológico de la contingencia protegida.

---

*reglamentariamente se determinan, y que esté provocada por la acción de elementos y sustancias que se determinen para cada enfermedad.* STS 26 de junio 2008 (Recurso núm. 3406/2006), STSJ Asturias de 27 marzo 2009 (Recurso núm. 2652/2008), STSJ Cataluña 29 septiembre 2016 (Recurso núm. 3513/2016), STSJ Galicia de 29 de septiembre 2017 (Recurso núm. 1208/2017).

<sup>28</sup> CAVAS MARTINEZ, F. y FERNANDEZ ORRICO, F.J.: “La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social”, en cuadernos de *Aranzadi Social* núm. 24-2005. BIB-2005/2652

<sup>29</sup> ALONSO OLEA, M.J. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*. Pamplona 2000. Editorial Aranzadi, Edición 17. pág. 181.

<sup>30</sup> MORENO CALIZ, S.: “Aproximación al concepto de Enfermedad Profesional”. op. cit. pág. 46.

<sup>31</sup> ORDEIG FOS, J.M.: *El sistema español de Seguridad Social (y de la Comunidad Europea*, Madrid. (Edersa), 1993, 5ª edición. pág. 195.

<sup>32</sup> GARCIA ORTEGA, J.: “La enfermedad profesional, en *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*. op. cit. pág. 289.

### 3.1. Sistemas de implantación. Sistema lista, sistema abierto o sistema judicial

La definición que nos ofrece el artículo 157 de la LGSS de enfermedad profesional, como expresa MORENO CALIZ<sup>33</sup>, si remite a una lista oficial de patologías para calificar la dolencia padecida como enfermedad profesional<sup>34</sup>.

La configuración, elaboración y regulación del concepto de enfermedad profesional puede responder a la implantación de los siguientes sistemas o modelos: el sistema “de lista”, el sistema “abierto” o “de determinación judicial” y el sistema “mixto”<sup>35</sup>.

En el ordenamiento jurídico español el sistema de reconocimiento de enfermedades profesionales se configura como un “sistema lista”, tal y como se deduce de la propia definición legal de enfermedad profesional establecida en el artículo 157 de LGSS. En este sentido, como expresa RODRIGUEZ SANTOS<sup>36</sup>, junto a este sistema de lista existen otros modelos de reconocimiento de las enfermedades profesionales, “el sistema abierto o de determinación judicial y el sistema mixto”, introducidos por el artículo 8 del Convenio 121 de la Organización Internacional del Trabajo de 1964, modificado en 1980<sup>37</sup>, relativo a las prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, como son el sistema abierto y el sistema mixto.

En el sistema de lista destaca la existencia de una presunción “iuris et de iure” de que su etiología es laboral, como describe BARCELON COBEDO<sup>38</sup>, de manera que las enfermedades profesionales listadas se deben al trabajo que se realiza y a las sustancias indicadas y no necesita ser probado el nexo causal<sup>39</sup>, lo que simplifica y facilita el diagnóstico y disminuye el margen de error<sup>40</sup>. También llama la atención y facilita la detección de riesgos en orden a su prevención y a las obligaciones de la empresa de realizar reconocimientos médicos, permitiendo al trabajador relacionar su enfermedad actual con el trabajo que pudo realizar muchos años antes. Asimismo, garantiza la uniformidad de las prestaciones<sup>41</sup> y, por último, permite la confección de estadísticas de sectores con riesgos de

<sup>33</sup> MORENO CALIZ, S.: “Aproximación al concepto de Enfermedad Profesional”. op. cit. pág. 52. En el mismo sentido BLASCO LAHOZ, J.F. *ENFERMEDADES PROFESIONALES*. op. cit. págs. 19-20. LOPEZ GANDIA, J. y AGUDO DIAZ, J.: “Nueva regulación de las enfermedades profesionales”. pág. 17.

<sup>34</sup> En el mismo sentido BLASCO LAHOZ, J.F.: *Enfermedades profesionales. Legislación, doctrina y jurisprudencia*. op. cit. págs. 19-22. LOPEZ GANDIA, J. y AGUDO DIAZ, J.: “Nueva regulación de las enfermedades profesionales”. op. cit. pág. 16. En el mismo sentido GARCIA ORTEGA, J.: “La enfermedad profesional, en *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*. op. cit. pág. 283.

<sup>35</sup> BLASCO LAHOZ, J.F.: *Enfermedades Profesionales. Legislación Doctrina y Jurisprudencia*. op. cit. pág. 19.

<sup>36</sup> RODRIGUEZ SANTOS, E.: “El cuadro de enfermedades profesionales” en *Las Enfermedades profesionales*. op.cit. págs. 97-100.

<sup>37</sup> GARCIA ORTEGA, J.: “La enfermedad profesional, en *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional* op. cit. pág. 285.

<sup>38</sup> BARCELON COBEDO, S.: “El valor de la presunción del artículo 116(actual 157) de la LGSS” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 19/2011. BIB 2010/3050; BLASCO LA HOZ, J.F. *Enfermedades Profesionales*. op. cit. págs. 20; LOPEZ GANDIA, J. y AGUDO DIAZ, J. *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*. op. cit. pág. 16.

<sup>39</sup> BLASCO LA HOZ, J.F.: *Enfermedades Profesionales*. op. cit. pág. 20; MORENO CALIZ, S. “La tutela de la enfermedad profesional: aspectos controvertidos”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2001, BIB 2001/990.

<sup>40</sup> IGARTUA MIRO, M.T.: “La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamovilidad respecto de las dolencias derivadas de riesgos psicosociales”. *Actualidad Laboral*, núm. 22, 2007, BIB 2007/2718

<sup>41</sup> LEZUAN M.: “Legislación sobre enfermedades profesionales respiratorias”, *Anales del sistema sanitario de Navarra*, 2005, vol. 28, suplemento 1. pág. 125.

enfermedad profesional.<sup>42</sup> Pero tiene el inconveniente de que puede quedar desfasada e incompleta con el paso del tiempo, y de que a menudo transcurre mucho tiempo hasta que se incorporen las nuevas enfermedades profesionales que han ido apareciendo<sup>43</sup>. Asimismo, plantea el problema de impedir que se califiquen como enfermedades profesionales patologías con un origen causal en el trabajo, que presenten la misma conexión causa efecto que las primeras, pero de las que no se presume su etiología laboral, trasladando al trabajador la carga de probar la relación de causalidad entre enfermedad y trabajo<sup>44</sup>, así sucede con toda la problemática de las denominadas enfermedades del trabajo según expresa FERNANDEZ COLLADOS<sup>45</sup>, enfermedades admitidas por la jurisprudencia, según MONEREO PEREZ<sup>46</sup>, “como concepto sui generis”, o como expresa TOSCANI GIMENEZ y FERNANDEZ PRATS<sup>47</sup>, enfermedades que sufra el trabajador siempre que tengan su causa en el trabajo.

Por su parte, la utilización del “sistema abierto”, o de determinación judicial, tiene como consecuencia que las enfermedades profesionales no están determinadas previamente, sino que, en cada caso concreto, se calificará, o no, una enfermedad como profesional a través de decisiones judiciales, siempre que se pruebe que tiene su origen en el trabajo que se realiza. Como ventajas de este sistema, como expresa LOPEZ GANDIA<sup>48</sup>, se apunta el hecho de que permite tener en cuenta las insuficiencias del sistema de lista, e incorporar nuevas enfermedades profesionales de acuerdo con la evolución de la medicina, teniendo el médico un papel activo al estudiar y diagnosticar la enfermedad. Como inconvenientes puede mencionarse que genera cierta inseguridad jurídica, pues es difícil averiguar el origen de las enfermedades, aumenta el número de peticiones de calificación de la enfermedad como profesional, el informe médico puede ser contradicho por otro informe médico, y no facilita medidas preventivas ni estadísticas nacionales o internacionales.<sup>49</sup>

Por último, el “sistema mixto” se caracteriza porque combina aspectos de los dos sistemas anteriores, como expresa LÓPEZ GANDÍA y AGUDO DÍAZ,<sup>50</sup> pues establece que por vía legislativa haya una lista de enfermedades profesionales, pero con la existencia de una cláusula abierta para que, mediante analogía o valoración judicial, puedan añadirse nuevas enfermedades profesionales surgidas con la evolución de la producción, de las

<sup>42</sup> LOPEZ GANDIA, J.: “Acción protectora” en AA.VV.: *Curso de Seguridad Social*. Editorial Tirant lo Blanch, 6ª edición, Valencia 2014, pág. 284.; BLASCO LA HOZ, J.F. *Enfermedades Profesionales*. op. cit. págs. 22; LOPEZ GANDIA, J. y AGUDO DIAZ, J.: *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*. op. cit. pág. 17.

<sup>43</sup> LOPEZ GANDIA, J.: “Acción protectora” en AA.VV.: *Curso de Seguridad Social*. Editorial Tirant lo Blanch, op. cit. pág. 284.; BLASCO LA HOZ, J.F.: *Enfermedades Profesionales*. op. cit. págs. 22; LOPEZ GANDIA, J. y AGUDO DIAZ, J. *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*. op. cit. pág. 17.

<sup>44</sup> MORENO CALIZ, S.: “La tutela de la enfermedad profesional: aspectos controvertidos: aspectos controvertidos”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2001, BIB 2001/990s.

<sup>45</sup> FERNANDEZ COLLADOS, M.B.: “Las enfermedades del trabajo”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 146-2010. BIB 2010/585.

<sup>46</sup> MONEREO PEREZ, J.L.: “Determinación de contingencias de la Seguridad Social”, op. cit.

<sup>47</sup> TOSCANI GIMENEZ, D y FERNANDEZ PRATS, C.: “La presunción del artículo 115.3 de la LGSS y las llamadas enfermedades del trabajo”, en *Tribuna Social* núm. 78/1997.

<sup>48</sup> LOPEZ GANDIA, J.: “Acción protectora” en *Curso de Seguridad Social*. op. cit. pág. 284.; BLASCO LA HOZ, J.F. *Enfermedades Profesionales*. op. cit. págs. 22; LOPEZ GANDIA, J. y AGUDO DIAZ, J. *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*. op. cit. pág. 17.

<sup>49</sup> LOPEZ GANDIA, J.: “Acción protectora” en *Curso de Seguridad Social*. op. cit. pág. 284.; BLASCO LA HOZ, J.F. *Enfermedades Profesionales*. op. cit. págs. 22; LOPEZ GANDIA, J. y AGUDO DIAZ, J. *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*. op. cit. pág. 17.

<sup>50</sup> LOPEZ GANDIA, J. y AGUDO DIAZ, J.: en *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*. op. cit. pág. 17.

tecnologías y de los conocimientos médicos y científicos<sup>51</sup> y puede describirse como aquel que opera con una lista como referencia, pero al mismo tiempo se le da la oportunidad a la víctima de ofrecer pruebas más difíciles del hecho de su enfermedad, que no aparece incluida en la lista, y que ha sido causada realmente por la exposición a condiciones de trabajo que son dañinas para la salud<sup>52</sup>; y que, como expresa MORENO CALIZ<sup>53</sup>, se acepta la posibilidad de probar la conexión causal del trabajo con la enfermedad que padece el trabajador, dando lugar a consideración y calificación de la patología sufrida como enfermedad profesional, aunque no esté contemplada en el cuadro o lista.

Este sistema mixto, como expresa MORENO CALIZ<sup>54</sup>, integra las ventajas de los dos anteriores modelos y permite resolver los posibles inconvenientes que surgen de la aplicación de aquellos sistemas, tanto el del sistema lista cerrada como el de lista abierta o de determinación judicial.

#### 4. DUALIDAD DE CONCEPTOS: ETIOLÓGICO Y ENUMERATIVO DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL

En opinión de la doctrina como LOPEZ GANDIA<sup>55</sup> y BLASCO LAHOZ<sup>56</sup>, la LGSS utiliza para la enfermedad profesional dos conceptos y una relación directa entre ellos, siendo estos los siguientes:

1º *un concepto etiológico*, que la enfermedad derive del trabajo por cuenta ajena o asimilado,

2º *un concepto enumerativo* de enfermedades, actividades y elementos que las provocan, sistema lista;

3º *una relación de causalidad* directa entre el trabajo elemento enfermante y la enfermedad causada o adquirida por el trabajador.

En España, desde que se empezó a regular separadamente las enfermedades profesionales de los accidentes de trabajo, se siguió el sistema de lista cerrada. La lista fue regulada por RD 1995/1978 de 12 de mayo, pero esta lista para SEMPERE NAVARRO<sup>57</sup> y LOPEZ GANDIA<sup>58</sup>, adolecía de varios defectos como la falta de actualización, ésta apenas fue modificada<sup>59</sup>, y falta de adaptación a los cambios tecnológicos, a las nuevas formas de

<sup>51</sup> LOPEZ GANDIA, J.: “Acción protectora” en *Curso de Seguridad Social*. op. cit. pág. 284.; BLASCO LA HOZ, J.F. *Enfermedades Profesionales*. op. cit. págs. 22; LOPEZ GANDIA, J. y AGUDO DIAZ, J. “Nueva regulación de las op. cit. pág. 17.

<sup>52</sup> FERNANDEZ AVILES, J. A.: “Concepto de accidente de trabajo”. op. cit. pág.88.

<sup>53</sup> MORENO CALIZ, S.: “La lista española de enfermedades profesionales a la luz de recientes textos internacionales”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 52, 2004. pág. 120.

<sup>54</sup> MORENO CALIZ, S.: “La lista española de enfermedades”. op. cit. pág. 121.

<sup>55</sup> LOPEZ GANDIA, J.: “Acción protectora” en *Curso de Seguridad Social*. op. cit. pág. 286.

<sup>56</sup> BLASCO LAHOZ, J.F.: *Enfermedades profesionales*. op. cit. págs. 63-71.

<sup>57</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La protección de la enfermedad profesional: planteamiento para su modificación”, en *Aranzadi Social*, núm. 5-2001. BIB2001/731.

<sup>58</sup> LOPEZ GANDIA, J.: “Acción protectora” en *Curso de Seguridad Social*. op. cit. pág. 287-288.

<sup>59</sup> Solo se modificó mediante RD 2821/1981 en cumplimiento del Convenio 42 de la OIT, incorporando una nueva enfermedad –carbunco en las actividades de carga y descarga y transporte de mercancías– y mediante la Resolución de 30 de diciembre, de la Seguridad General de la Seguridad Social, considerando provisionalmente (...)

trabajar y nuevas sustancias utilizadas en los procesos productivos, por lo que se hacía necesario proceder a una nueva regulación de la lista ante la necesidad de adaptar la normativa española a la Recomendación europea 2003/670 en orden a avanzar a un sistema más abierto y debido también al acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social estipulado entre los agentes sociales en 12 de julio de 2003.

Así la reforma se produce por el RD 1299/2006 de 10 noviembre, y actualmente el sistema español es un sistema de lista cerrada pero la lista no se configura de una manera estática o petrificada en el tiempo, por cuanto contiene amplios apartados que permiten deducir de ciertas actividades posibles enfermedades, y contempla lo que podría parecer una especie de estipulación de actualización automática, conteniendo el procedimiento de modificación del cuadro de enfermedades profesionales y cuando se establezcan nuevas enfermedades en la lista europea de enfermedades profesionales que estas se incluyan en la lista española<sup>60</sup>.

En el RD1299/2006 se establece una lista complementaria, en el Anexo II, de enfermedades que se sospecha el origen profesional, y que se prevé su inclusión en un futuro, en el cuadro de enfermedades profesionales. La introducción de esta lista complementaria supone una manifestación de elasticidad normativa para hacer innecesarias reformas inmediatas del RD1299/2006<sup>61</sup>.

Para IGARTUA MIRO<sup>62</sup>, el nuevo cuadro, acorde con la lista europea muestra una exagerada solidaridad con la industria, con los procesos industriales, a los elementos y sustancia que son importantes en este ámbito, y omite otros procesos productivos, de muchas actividades en el ámbito de los servicios y de las dolencias relacionadas con la organización y la carga de trabajo, y nada dice en relación a las enfermedades de tipo psicológico o psicosomático<sup>63</sup>, un olvido, como expresa RODRIGUEZ INIESTA<sup>64</sup> estos supuestos plantean peculiares dificultades.

#### 4.1. Un concepto etiológico de la enfermedad profesional

En un sentido legal del término enfermedad profesional, para MORENO CALIZ<sup>65</sup>, tiene un origen uncausal, el trabajo es la única causa de la dolencia, por lo tanto la declaración de las patologías que padece el trabajador como enfermedad profesional es muy

---

como enfermedad profesional la detectada en industrias del sector aerografía textil de la Comunidad Valenciana y denominada "síndrome Ardystil".

<sup>60</sup> LOPEZ GANDIA, J.: "Acción protectora" en *Curso de Seguridad Social*. op. cit. pág. 284.; BLASCO LA HOZ, J.F. *Enfermedades Profesionales*. op. cit. págs. 55-56.

<sup>61</sup> BARCELON COBEDO, S., GONZALEZ ORTEGA, S. y QUINTERO LIMA, M.G.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*. Valencia 2007. Editorial Tirant lo Blanch. pág. 187.

<sup>62</sup> IGARTUA MIRO, M.T.: "La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamovilidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales". op. cit.

<sup>63</sup> Actualmente los riesgos psicosociales son de especial estudios al considerarse como posible enfermedad de trabajo, como expresa SANCHEZ PEREZ, J. en *Accidentes de trabajo. Análisis jurisprudencial y acción de responsabilidad por daños*. Los Tribunales consideran que existe accidente de trabajo en estas situaciones cuando exista un nexo causal entre el desarrollo de la enfermedad y la actividad laboral.

<sup>64</sup> RODRIGUEZ INIESTA, G.: "Evolución y concreción legal de la noción de enfermedad profesional", en AA.VV. (Director Cavas Martínez, F.) en *Las enfermedades profesionales desde la perspectiva de la Seguridad Social*. Investigación financiada al amparo de lo previsto en la Orden TAS/940/2007, de 28 marzo 2007 págs. 101-113.

<sup>65</sup> MORENO CALIZ, S.: "Aproximación al concepto de Enfermedad Profesional". op. cit. pág. 47.

limitada. Las enfermedades relacionadas con el trabajo engloban a un grupo más amplio de patologías al abarcar las enfermedades no específicamente de origen laboral por tener un origen multicausal.

En opinión de BLASCO LAHOZ<sup>66</sup> la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido señalando, a partir de la Sentencia de 19 mayo 1986, que en el accidente de trabajo es necesario la prueba del nexo causal lesión-trabajo para calificar de laboralidad el mismo, en cambio, para calificar la enfermedad profesional, en virtud de la presunción de laboralidad contenida en el artículo 157 de la LGSS esta prueba no se requiere al trabajador en los supuestos de las enfermedades que figuran en la lista del RD 1299/2006. En este sentido Sentencia Tribunal Supremo 25 de septiembre 1991 (Recurso núm. 460/1991)<sup>67</sup>, y por otra parte en sentencias más contemporáneas, donde no se describe en la lista la profesión ha calificado la enfermedad como profesional, en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 18 mayo 2015 (Recurso núm. 1643/2014)<sup>68</sup>.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo ha matizado cuál es el alcance de la presunción legal de laboralidad, en la Sentencia de 14 de febrero 2006 (Recurso núm. 2990/2004) estableciendo que las enfermedades profesionales que están incluidas en la lista reglamentaria, en materia de Seguridad Social, la finalidad es meramente instrumental de facilitar la acreditación de la protección reforzada de los riesgos profesionales, “y no la finalidad sustantiva de diferenciar de manera significativa la intensidad de la protección dispensada”<sup>69</sup>.

#### 4.1.1. Alcance de la presunción del artículo 157 LGSS

Se podría entender que el artículo 157 LGSS prevé dos tipos de presunciones, en opinión de TORRENT GARI<sup>70</sup>, si se califica como “iuris et de iure”, si se prueba el trabajo, la patología y el agente o sustancia contaminante, se presume la calificación de profesional de manera automática, y sin posibilidad de prueba en contrario. De ser calificada “iuris tantum” se podría destruir la última relación de forma que se demuestre que es un

<sup>66</sup> BLASCO LAHOZ, J.F.: *Enfermedades profesionales*. op.cit. págs. 65-70.

<sup>67</sup> En el mismo sentido Sentencias del Tribunal Supremo 28 de enero 1992 (Recurso núm. 1333/1900), 4 de junio 1992 (Recurso núm. 336/1991), 9 y 21 de octubre 1992 (Recurso núm. 2032/1991) (Recurso núm. 1720/1991), 5 y 25 de noviembre 1992 (Recurso núm. 462/1991) (Recurso núm. 2669/1991), 14 de febrero 2006 (Recurso núm. 2990/2004), de 20 de diciembre 2007 (Recurso núm. 2579/2006)

<sup>68</sup> En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 5 de noviembre 2014 (Recurso núm. 1515/2013) que establece *la profesión de limpiadora no está expresamente incluida en la enumeración de actividades capaces de producir la enfermedad profesional pero ello no excluye, en modo alguno, que el síndrome del túnel carpiano asociado a las tareas que componen el haz profesional de una limpiadora pueda conllevar la calificación de enfermedad profesional, como en su caso podrían tener encaje otras profesiones o actividades*.

<sup>69</sup> En el mismo sentido Sentencia Tribunal Supremo 25 enero 2006 (Recurso núm. 2840/2004, STSJ Andalucía-Sevilla 30 noviembre 2016 (Recurso núm. 3258/2015), STSJ País Vasco 20 de octubre 2015 (Recurso núm. 1702/2015).

<sup>70</sup> TORRENT GARI, S.: “Algunas enfermedades profesionales del personal sanitario y el RD 1299/2006 de 10 noviembre”, en *Aranzadi Social*, núm. 6/2009. BIB 2009/699.

padecimiento común. En el mismo sentido BARCELON COBEDO<sup>71</sup>, esta opción ha generado una línea jurisprudencial<sup>72</sup>.

La estructura jurídica del concepto de enfermedad profesional, según expresa BARCELON COBEDO<sup>73</sup>, conforme al artículo 157 de la LGSS, permite atenuar la carga de la prueba que, de otro modo, correspondería al trabajador según los criterios ordinarios del proceso civil, y así configurando una presunción de laboralidad de las enfermedades de determinadas tipologías que afectan a trabajadores que han desempeñado determinados tipos de trabajo. La Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 23 marzo 2015 (recurso 117/2015), establece “como pone de relieve la profesora BARCELON COBEDO<sup>74</sup>, que cuando se analiza el valor de la presunción contemplada en el artículo 157 LGSS, se ha considerado que una vez diagnosticada la enfermedad, constatada la existencia del agente listado y acreditada la realización de la actividad para la que aquella esta prevista, su calificación en términos de profesional es prácticamente automático, y por tanto es doctrina mayoritaria la que sostiene que se está en presencia de una presunción *iuris et de iure*, no siendo preciso probar la relación causal entre la patología padecida y el trabajo<sup>75</sup>. No obstante no siempre los encadenamientos entre la actividad y el riesgo, y entre riesgo y enfermedad, resultan posibles a partir del cuadro de enfermedades reglamentario, llevando a cuestionarse el alcance de la presunción. En estas situaciones la presunción de laboralidad del artículo 157 no debe interpretarse *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*, admitiendo prueba en contrario, dada la sintomatología múltiple de muchas de las patologías profesionales pueden darse los dos tipos de presunciones”. Se podría concretar la polémica en el sentido de que, si aplicamos con mayor rigurosidad el listado del RD 1299/2006 procederá la presunción “*iuris et de iure*”, en cambio si se realiza una interpretación amplia del mismo supone una admisión de prueba en contrario, y por tanto procederá la aplicación de la presunción “*iuris tantum*”, así cuando resulte difícil concretar el origen profesional del agente que desencadeno la patología y su posible vinculación con la actividad desarrollada, no funcionara la presunción *iuris et de iure*, sino que actuara la presunción *iuris tantum*”.

#### 4.2. Un concepto enumerativo de la enfermedad profesional

Un concepto enumerativo de la enfermedad profesional, como expresa BLASCO LAHOZ<sup>76</sup>, conlleva que la enfermedad debe ser consecuencia de las actividades que se especifican en el cuadro que se aprueba reglamentariamente, en el RD 1299/2006. La Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de octubre 2007 (Recurso núm. 881/2007), indica que para disponer si nos encontramos o no ante una enfermedad profesional será necesario resolver dos cuestiones, por una parte si se trata de una de las patologías incluidas en el listado, y por otra, si el trabajador ha venido desarrollando la actividad que la norma asocia al riesgo. En este caso, no será necesario acreditar que la ejecución del trabajo ha sido la causa única de la enfermedad, como ocurre en el supuesto del

<sup>71</sup> BARCELON COBEDO, S.: “El valor de la presunción del art. 116 (actual 157) de la LGSS”. op. cit.

<sup>72</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 14 de febrero 2006 (Recurso núm. 2999/2004); STSJ Andalucía, Sevilla de 30 de noviembre 2016 (Recurso núm. 3258/2015)

<sup>73</sup> BARCELON COBEDO, S.: “El valor de la presunción del art. 116 (actual 157) de la LGSS”. op. cit.

<sup>74</sup> BARCELON COBEDO, S.: “El valor de la presunción del art. 116 (actual 157) de la LGSS”. op. cit.

<sup>75</sup> DESDENTADO BONETE, A.: *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*. Granada 1999. Editorial Comares. pág. 1122.

<sup>76</sup> BLASCO LA HOZ, J.F.: *Enfermedades Profesionales*. op. cit. pág. 71.

art.156.2.e) LGSS, que se refiere a enfermedades del trabajo, sino que cuando se trate de determinar la contingencia de una enfermedad que aparezca en el listado aprobado por el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, habrá de determinarse cuando el trabajador ha desarrollado el tipo de tareas contempladas en el cuadro de enfermedades profesionales. *La solución a dicha imposibilidad de obtener una certeza suficiente es el establecimiento normativo de una presunción, puesto que aplicando las reglas probatorias ordinarias sería casi siempre imposible calificar como profesional la enfermedad. Y la presunción en este caso es que la enfermedad tiene naturaleza profesional cuando se trate de una listada y el beneficiario haya prestado sus servicios o realizado su actividad en las tareas o profesiones descritas en el cuadro*<sup>77</sup>.

El concepto de enfermedad profesional en el marco de la normativa de Seguridad Social es reduccionista<sup>78</sup> y, contrasta con la noción amplia prevista en la legislación de prevención de riesgos, como expresan TOSCANI GIMENEZ y ALEGRE NUENO<sup>79</sup>, en la que rige el concepto de riesgo laboral y daño relacionado con la actividad laboral. En este sentido, el artículo 4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales define lo que se entiende por riesgo laboral como la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño del trabajo. La idea sobre la que gira la prevención de riesgos es la de evitar los daños derivados del trabajo, término en el que se incluyen los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, entendidos desde un punto de vista extenso como todas aquellas enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo, según art. 4.3 LPRL.

Como dice MORENO CALIZ<sup>80</sup>, la enfermedad profesional presenta algunas particularidades en la protección con respecto al accidente de trabajo. La tutela preventiva de la enfermedad profesional es mayor que la del accidente de trabajo porque, debido, en esencia, a que las enfermedades profesionales son patologías que se pueden prever, que están asociadas o vinculadas de manera directa tanto con el trabajo, como con las sustancias que se manejan en el mismo, es decir que hay una probabilidad muy alta de que las personas que trabajen en determinados ambientes laborales y empleando determinadas sustancias terminen manifestando una enfermedad profesional.

La desvinculación del concepto de enfermedad profesional del concepto más amplio de accidente de trabajo ha sido un proceso lento, iniciado por la doctrina y la normativa de Seguridad Social pero, a pesar del esfuerzo que se ha realizado tanto desde el punto de vista

<sup>77</sup> En el mismo sentido STSJ Aragón 15 de mayo 2000, (Recurso núm. 282/1999), STSJ de Aragón de 3 diciembre 2001, (Recurso núm. 290/2001); STSJ de Aragón 26 noviembre 2001 (Recurso núm. 281/2001), ), STSJ de Andalucía-Málaga 22 de marzo 2003.

<sup>78</sup> MORENO CALIZ, S., “Aproximación al concepto de Enfermedad Profesional”. op. cit. págs. 47-48. En el mismo sentido MORENO MARQUEZ, A.: “El tratamiento jurisprudencial de la enfermedad profesional” en *Las Enfermedades Profesionales*. op. cit. pág. 412.

<sup>79</sup> TOSCANI GIMENEZ, D. y ALEGRE NUONO, M.: “Análisis Práctico de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en *Lex nova Comentarios a leyes*. BIB 2016/4293. TOSCANI GIMENEZ, D.: “Luces y sombras en regulación de las enfermedades profesionales”, en *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*. Núm. 30-2008. págs.20-27.

<sup>80</sup> MORENO CALIZ, S.: *Las enfermedades profesionales en la dimensión preventiva*. Granada 2008. Editorial Comares. pág. 3.

doctrinal como normativo, según BARCELON COBEDO,<sup>81</sup> todavía sigue existiendo cierto grado de indeterminación. Existe doctrina judicial que sigue manteniendo que el concepto legal no desvincula la enfermedad profesional del accidente de trabajo, sino que simplemente da una presunción a favor de su existencia cuando la enfermedad está catalogada y se contrajo en una de las actividades previstas como causantes del riesgo, un ejemplo de ello son las SSTSJ de Cantabria de 27 de julio de 2000 (Recurso núm. 1734/1998), de 5 marzo de 2001 (Recurso núm. 823/1999)<sup>82</sup>; Sentencia de 18 de abril de 2002 (Recurso 446/2000)<sup>83</sup>.

## 5. EL RD 1299/2006. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LISTA DE ENFERMEDADES PROFESIONALES

La actual lista de enfermedades profesionales regulada en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la seguridad social y se establecen criterios de notificación y registro, según MORENO MARQUEZ<sup>84</sup>, incluye nuevos agentes, nuevas enfermedades y actividades, que no se incluían en el anterior RD 1995/1978, esto podría suponer que ya no era necesario que los tribunales interpretaran la norma y, por tanto, esto proporcionaba una mayor seguridad jurídica, pero no obstante, en el actual RD 1299/2006, sigue existiendo imprecisiones, ambigüedades y referencias genéricas al utilizar adverbios o términos que indican un valor ejemplificativo, por lo que se determina que la norma se caracteriza por su incoherencia debido a su imprecisión<sup>85</sup>. Por lo que estas generalidades nos conduce a considerar que el RD 1299/2006 no puede calificarse como lista cerrada, hay supuestos que podríamos calificar como abiertos, por lo que de esta forma se deja un amplio margen a la interpretación judicial en cuanto a la enfermedad, el agente causante o la actividad, propiciando una jurisprudencia de carácter flexible, o como ha dicho BLASCO LAHOZ<sup>86</sup>, ante situaciones semejantes se puede llegar a soluciones diferentes. Así, la Sentencia Tribunal Supremo 12 de febrero 2009 (Recurso núm. 1098/2008) ha venido integrando en la norma enfermedades que no se hacía referencia de manera específica, sino existía una inclusión de manera explícita se ha optado por “una calificación a fortiori”<sup>87</sup>; y la Sentencia Tribunal Supremo de 8 de octubre 2009 (Recurso núm.1904/2008) establece que “no siempre nos encontramos ante un número

<sup>81</sup> BARCELON COBEDO, S.: “El valor de la presunción del art. 116 (art. 157 de la vigente LGSS) de la Ley General de la Seguridad Social”. op. cit.

<sup>82</sup> “el accidente de trabajo y la enfermedad profesional constituyen una unidad diferenciada”.

<sup>83</sup> “su identidad se deriva de que uno y otra son lesiones o detrimentos corporales que el trabajador sufre por razón de su trabajo. La diferencia conceptual procede de que el accidente laboral produce la lesión súbitamente y la enfermedad profesional ocasiona el detrimento corporal a través de un proceso patológico. Esta diferencia no existe legalmente, ya que el art. 115 de la LGSS comprende en su apartado 2 e) como accidente de trabajo “las enfermedades, no incluidas en el artículo anterior, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo. Por su parte el art. 116 de la LGSS, en su párrafo primero define la enfermedad profesional como la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación de desarrollo de esta ley, y que este provocado por la acción y los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”.

<sup>84</sup> MORENO VAZQUEZ, A.: “El tratamiento jurisprudencial de la Enfermedad Profesional” en *Las Enfermedades profesionales*. op. cit. pág. 417.

<sup>85</sup> DE SOTO RIOJA, S.: “Virtualidad del sistema de listas de enfermedades profesionales en función de la patología, en especial, aquellas que afectan a la piel”, en *Aranzadi Social*, núm. 4-2011. BIB 2011/1033.

<sup>86</sup> BLASCO LAHOZ, J.F.: *Enfermedades profesionales*. op. cit. pág. 51.

<sup>87</sup> STS 23 de octubre de 2008 (Recurso núm. 3168/2007) considera que las enfermedades incluidas en el RD constituyen “número clausus”.

clausus, existen supuestos en los que el RD no se enumeran enfermedades concretas, sino agentes productores, con lo que cualquier enfermedad producida por estos habría que calificarla como enfermedad profesional”.

### 5.1. Interpretación jurisprudencial no cerrada de la lista de enfermedades profesionales

Con independencia de lo afirmado en el epígrafe anterior, en el RD 1299/2006, el legislador sigue utilizando expresiones que ponen de manifiesto su voluntad de mantener un *numerus apertus* tanto en la enumeración de la profesión como de la enfermedad, de este modo esta interpretación abierta en la redacción se observa al utilizar expresiones de carácter enunciativo *como, etc., por ejemplo* y que aparecen en diferentes apartados del cuadro de enfermedades del RD<sup>88</sup>.

En este sentido, encontramos distintas Sentencias Tribunal Supremo que considera que el RD al utilizar expresiones *como*, entre otras, la lista tiene carácter ejemplificativo y no cerrado, en este sentido las Sentencias de 5 de noviembre 2014 (Recurso núm. 1515/2013), de 18 de mayo 2015 ((Recurso núm. 1643/2014) establecen “puesto que el adverbio *como* indica, sin lugar a dudas que se trata de una lista abierta”. Si bien es cierto que los tribunales están limitados en la interpretación por el sistema lista pero, no es menos cierto, que el legislador confiere a los mismos un amplio margen de actuación para interpretar el contenido de la lista<sup>89</sup>.

El Tribunal Supremo en Autos de fecha 27 de septiembre 2018, 12 de diciembre 2018 y 21 de marzo 2019, al inadmitir recurso de casación para la unificación de doctrina, se están validando las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, y por tanto, se está reconociendo el origen laboral en la patología que padece el trabajador, se reconoce una enfermedad, el cáncer de esófago, por contacto con el amianto, que no se encuentra listada

<sup>88</sup> En el grupo 1, agente A, subagente 03, preparación y empleo de industrias de cadmio, y “especialmente”, 1A0301.

En el grupo 2, agente A, subagente 01, actividad 02: 2A0102, trabajos que exponen a ruidos continuos cuyo nivel sonoro diario equivalente (según legislación vigente) sea igual o superior a 8º decibelios, “especialmente”: trabajos de calderería. En el grupo 2, agente D, subagente 02, actividad 01: 2D0201, trabajos “como” carniceros, pescaderos, curtidores, deportistas, mecánicos, chapistas, caldereros, albañiles.

En el grupo 4, el agente H, en todos los subagentes establece trabajos en los que exista exposición a los agentes mencionados “relacionados con”.

En el grupo 6, agente A, subagente 01, actividad 01: 6A0101, industrias en las que se utiliza amianto (por ejemplo minas de rocas, industrias de producción de amianto, trabajos en garajes, etc). Trabajos expuestos a la inhalación de polvos de amianto (asbestos), y “especialmente” 6A0102, 6A0103, 6A0104, 6A0105.

En el grupo 6, agente A, subagente 03, actividad 01: 6A0301.

En el grupo 6, agente A, subagente 04, actividad 01: 6A0401.

En el grupo 6, agente A, subagente 05, actividad 01: 6A0501.

En el grupo 6, agente A, subagente 06, actividad 01: 6A0601.

<sup>89</sup> En el mismo sentido, igualmente en el grupo 6, agente A, subagente 01 donde se describen las enfermedades neoplasia maligna de bronquio y pulmón, mesotelioma, mesotelioma de pleura, mesotelioma de peritoneo, mesotelioma de peritoneo, mesotelioma de otras localizaciones y cáncer de laringe, encontramos que en el apartado donde se describen las actividades que pueden producir la enfermedad se establecen expresiones tales como “etc.” “por ejemplo”, es el caso de las industrias en las que se utiliza amianto (por ejemplo minas de rocas amiantíferas, industrias de producción de amianto, trabajos de aislamientos, trabajos de construcción, construcción naval, trabajos en garajes, y al final de la enumeración se establece etc. lo que significa que son enumeraciones incompletas, dando la posibilidad de ampliar dicha lista, por cuanto son actividades ejemplificadoras, y no cerradas, lo que da un mayor margen para la protección del trabajador.

en el RD 1299/2006; también se reconoce el carácter profesional de la enfermedad aun cuando no describe la actividad en el RD 1299/2006, y por último, también se reconoce el carácter profesional de la enfermedad a pesar de no describir cual es la profesión habitual del trabajador.

El Tribunal Supremo, en el Auto de 27 de septiembre 2018, se inadmite el recurso de casación núm. 1131/2018 interpuesto por Uralita S.A. La inadmisión del recurso trae como consecuencia que adquiera firmeza la Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña de 26 de octubre 2016, en el recurso de suplicación núm. 4245/2017 interpuesto por el INSS y la empresa Uralita S.A. frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona 6 de julio 2016 donde reconoce que el cáncer de esófago causante del fallecimiento del trabajador es originado por la exposición repetida e inhalación de polvo de amianto. Así el Tribunal Supremo esta acreditando el origen laboral por la exposición al amianto con el cáncer de esófago. Y ello precisamente determina una importante novedad en el ámbito protector para el trabajador, dado que el cáncer de esófago, por contacto con el amianto, no aparece recogido en la lista de enfermedades profesionales, y aun así los tribunales lo han considerado, entendiendo que dicha patología es ocasionada por el amianto y, en consecuencia debe ser considerada enfermedad profesional.

De este modo, esta primera vinculación entre cáncer de esófago y amianto, significa un avance para que otros trabajadores, que se expongan o se expusieron al amianto y, que puedan sufrir patologías que hasta el momento no se han vinculado en la relación de causalidad con el asbesto o amianto, puedan reclamar la declaración de profesional. El Tribunal Supremo está corroborando el criterio según el cual aunque no se encuentre listada la enfermedad, cáncer de esófago, de manera explícita en el RD 1299/2006, no es suficiente para desestimar el origen laboral de la enfermedad, porque existe indudable ciencia que vincula el amianto con diferentes canceres, incluyendo el de esófago.

De igual manera se podría considerar un avance, desde el punto de vista protector de los trabajadores, el Auto del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2018 (Recurso de casación para unificación de doctrina núm. 3651/2017), en este Auto al inadmitir el recurso se confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, 19 de julio 2017, en el recurso de suplicación núm. 2280/2016, en este caso el trabajador es operario de mantenimiento de instalaciones sanitarias, trabajando para la empresa VEOLIA SERVICIOS LECAM S.A., en el hospital Reina Sofía de Córdoba, siendo la principal actividad económica de la empresa la gestión de las instalaciones energéticas, equipos de calefacción y climatización, y “la actividad del trabajador en dicho puesto tiene lugar sobre la central térmica para la producción de vapor y agua caliente y calefacción, que consta de calderas, bombas de trasiego, tuberías de conducción, etc.”, y en una jornada de trabajo su tareas se realizaba en sala de calderas un 3,4%, en sala de subcentrales un 4,1%, en sala de climatizadores un 41,3%, en salas asistenciales un 24,8%, y las mediciones acústicas en cualquiera de estas salas superaba el 81% DB. Se declara que la incapacidad temporal iniciada el 10 de enero 2011, derivaba de enfermedad profesional, conforme el RD 1299/2006 el anexo I, grupo 2, dentro de las enfermedades profesionales causadas por agentes físicos, se incluye la Hipoacusia o sordera provocada por el ruido; y dentro de ésta la sordera profesional de tipo neurosensorial, frecuencias de 3 a 6 kHz, bilateral, simétrica e irreversible, por trabajos que se exponen a ruidos continuos cuyo nivel sonoro diario equivalente sea igual o superior a 80 decibelios, *especialmente* trabajos en calderería, código

01 2A0101. Concluye el Tribunal que aun cuando no está incluida en la lista, la profesión de operario de mantenimiento de instalaciones sanitarias, ello no implica en modo alguno que la sordera neurosensorial que padece el trabajador, asociado a las tareas de operario de mantenimiento de instalaciones sanitarias, con la exposición a un nivel sonoro continuo de 81 dB, pueda conllevar la no calificación de enfermedad profesional, como podrían tener encaje otras profesiones o actividades, puesto que el adverbio especialmente, refiriéndose a los trabajos de calderería, indica que se trata de una lista abierta. Esta sentencia es recurrida en casación para la unificación de doctrina por la Mutua Patronal Ibermutuamur y por la empresa Dalkia Energía y Servicios, S.A., pero por Auto de fecha 12 de diciembre de 2018 el Tribunal Supremo inadmite el recurso, con esta inadmisión se está reconociendo la protección más cualificada, derivada de contingencia profesional al trabajador, aun cuando la actividad no está expresamente reconocida en el RD 1299/2006, por tanto podría interpretarse en el sentido que la lista de enfermedades profesionales vigente en nuestro ordenamiento jurídico no es cerrada.

Y por último, también por Auto de Tribunal Supremo 21 de marzo 2019 en (Recurso casación núm. 3741/2018), en este caso, el Juzgado de lo Social núm. 12 de Valencia confirma la declaración de invalidez permanente total, por enfermedad profesional, declarado por INSS de la trabajadora que prestaba servicios con la categoría de ayudante de lacado de muebles, esta resolución es recurrida en suplicación por la Fremap Mutua Colaboradora, confirmada por Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Autónoma de Valencia de 5 de junio 2018 en (Recurso núm. 2233/2017), es interesante esta sentencia porque no delimita el concepto de profesión habitual, simplemente desarrolla cuales son las funciones de la trabajadora, en la categoría de ayudante de lacado de muebles, “consistían en el lijado de piezas de madera fondeadas situado en una plataforma de aspiración y utilizando mascarillas auto filtrantes, con una lijadora orbital, para el posterior lijado de piezas; proceso de secado en cabina, recogiendo las piezas ya lacadas de la cabina de lacado automático, donde un robot con cuatro pistolas hacen el lacado, con máscara de protección, mono de trabajo de nylon y guantes de latex, limpieza de materiales e instalaciones incluida la cabina de lacado, con cepillo y pincel para la limpieza de pistolas de robot, en contacto con los tintes y pinturas de lacado y utilizando disolventes y limpieza mensual de los filtros”, según dictamen del EVI la trabajadora padece una dermatitis profesional por contacto de lacas y pintura. Concluye la Sala “que la profesión de la trabajadora es ayudante de lacado de muebles”. Por lo que las funciones de la profesión habitual desempeñada por la trabajadora son más específicas que las de ayudantes.

Tanto en el recurso de suplicación como en casación de unificación de doctrina alegaba la Mutua que se determinara el concepto de profesión habitual a los efectos de reconocer la situación de incapacidad permanente total. Al inadmitir el Tribunal Supremo el recurso se está reconociendo que no es necesario determinar la profesión habitual del trabajador para determinar el carácter profesional de la enfermedad que origina la situación de incapacidad permanente total, por cuanto considera que es determinante describir las funciones de lacado de muebles que realiza la trabajadora, considerando de gran avance porque se está protegiendo al trabajador.

La Sentencia del Tribunal Supremo 9 de mayo 2018, recurso núm. 114/2018, establece que al interpretar el artículo 157 LGSS la Sala Cuarta del Tribunal Supremo establece los requisitos necesarios para que una enfermedad sea calificada como profesional,

requisitos que se establecen por la jurisprudencia desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril 1985: *a) tres son los requisitos precisos para que una enfermedad sea calificada de etiología profesional: que la enfermedad se haya contraído a consecuencia del trabajo realizado por cuenta ajena, que se trate de alguna de las enfermedades que reglamentariamente se determinan, y que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias que se establecen para cada enfermedad*<sup>90</sup>; *b) las enfermedades profesionales previstas en la norma reglamentaria constituyen un “numerus clausus”, que no admite criterio extensivo, aunque el número de profesiones previstas es enunciativo, por lo que es posible incluir otras*<sup>91</sup>; *c) la norma legal insta una presunción “iuris et de iure” sobre la etiología laboral de las enfermedades catalogadas reglamentariamente, además dispone unas reglas, en materia de la interpretación rígida o amplia del RD 1299/2006 y en cuanto a la consideración de la presunción de las enfermedades catalogadas en la norma reglamentaria*

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de 10 de enero 2019, recurso núm. 229/2018, en el caso del trabajador, con categoría profesional de peón agropecuario, en empresa dedicada al cultivo de setas, según se desprende del informe de valoración médica los departamentos de neumología y alergología determina que la clínica presentada por el trabajador sugiere que esta afecto de neumonitis por hipersensibilidad en relación a la exposición a esporas de “Shitake”, el criterio de EVI establece que, habría que valorar el profesiograma, para comprobar si cumple los criterios de enfermedad profesional que corresponde al código del RD 1299/2006 del anexo I, 4H0312, enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidas en otros apartados, la alveolitis alérgica extrínseca, o neumonitis de hipersensibilidad, en los trabajos de agricultura. El INSS declara que derivan de contingencia común los procesos de incapacidad temporal iniciados por el actor el 18 de octubre y 7 de noviembre de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Logroño confirma la resolución del INSS en sentencia 11 de febrero 2018, contra la sentencia desestimatoria de la pretensión del trabajador se interpone recurso de suplicación que argumenta, entre otros motivos, indebida aplicación del artículo 157 LGSS y del RD 1299/2006, resolviendo el caso la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de 10 de enero 2019, recurso núm. 229/2018, se remite a la Sentencia del Tribunal Supremo 9 de mayo 2018, recurso núm. 114/2018, pero en el presente caso no puede prosperar el recurso porque si bien la enfermedad diagnosticada de neumonitis por hipersensibilidad aparece listada en el grupo 4, agente H, subagente 03, actividad 12, del anexo I del RD 1299/2006, se cumple uno de los requisitos pero faltan los otros dos acumulativamente exigibles: 1) ni ha acreditado que en su específico trabajo del sector agrario concurren los elementos y agentes susceptibles de provocarlo, 2) ni tampoco que la enfermedad haya surgido durante el periodo de actividad laboral en la empresa, puesto que el trabajador ya presentaba antecedentes de asma e hipersensibilidad a gramíneas, presentes en el ambiente fuera del ambiente laboral y ajenos al trabajo del actor”. En este caso la enfermedad se encuentra listada pero no se acredita que la patología del trabajador se causara por la exposición a las esporas de setas y que el trabajador ya presentaba antecedentes de la patología, hipersensibilidad a gramíneas, que se encuentra también fuera del ambiente de trabajo.

<sup>90</sup> Según STS 13 de noviembre 2006 recurso núm. 2539-05.

<sup>91</sup> Según STS 23 de octubre 2008 recurso núm. 3168/2007.



# La problemática derivada del descanso obligatorio por nacimiento y cuidado de menor en el deporte profesional

## The problem derived from compulsory parental leave and childcare in professional sport

VÍCTOR RIBES MORENO

DOCTOR EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

### Resumen

Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, ha introducido importantes cambios respecto a la protección por maternidad y paternidad, al unificar los descansos para ambos progenitores. En consecuencia, se ha incrementado el descanso del antiguo permiso de paternidad para igualarlo a la maternidad. Uno de los cambios más relevantes de esta unificación, es que el antiguo permiso de paternidad se transforma en una suspensión del contrato de trabajo, obligando a ambos progenitores a disfrutar una parte del descanso simultáneamente una vez acontecido el nacimiento del menor, la acogida o adopción. Si bien nos encontramos ante un evidente paso para lograr una igualdad efectiva, la normativa puede tener graves consecuencias cuando la trasladamos al ámbito del deporte profesional.

### Abstract

Royal Decree-Law 6/2019 of 1 March introduced important changes regarding maternity and paternity protection by unifying leave for both parents. Consequently, the duration of the former paternity leave has been increased to match maternity leave. One of the most important changes regarding this unification is that the former paternity leave becomes a suspension of employment contract, forcing both parents to enjoy a part of the leave simultaneously after the birth, fostering or adoption of the child. Although we are facing an obvious step towards actual equality, the regulations may have serious consequences in the field of professional sport.

### Palabras clave

deportistas profesionales; nacimiento y cuidado de menor; maternidad y paternidad

### Keywords

Professional athletes; birth and childcare; maternity and paternity

## 1. INTRODUCCIÓN

El art. 23 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE respecto a la igualdad entre hombres y mujeres establece que “*la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución*” mientras que art. 3.2 del Tratado de la Unión Europea indica que “*la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño*”. Por una parte, es cierto que poco a poco se van dando pasos para lograr tales objetivos en las relaciones comunes, pero, por otra parte, el deporte profesional sigue siendo un escollo de difícil abordaje para cumplir el mandato de la UE.

La desprotección y discriminación de la mujer en el deporte no es una novedad, debido a la escasa repercusión y visibilidad en los medios de comunicación<sup>1</sup> de los

<sup>1</sup> ANGULO, M., *Las imágenes de los deportistas en los medios de comunicación*, Consejo Superior de Deportes, Madrid, 2017.

problemas que han tenido afrontar las mujeres deportistas. Históricamente el colectivo ha estado a la sombra de sus homólogos masculinos en cuanto a popularidad, a lo que había que añadir: el rechazo social de una sociedad más conservadora, las diferencias culturales entre el deporte de la clase bajas y los aristócratas, la falta de instalaciones y recursos para practicar deporte. Lo que ha condicionado a su vez el acceso a los derechos laborales y de protección social<sup>2</sup>.

La Declaración de Brighthon<sup>3</sup> fue un punto de inflexión a nivel internacional, donde los países firmantes acordaron promover el desarrollo de políticas, estructuras y mecanismos que aseguren a todas las mujeres la oportunidad de participar en el deporte en un ambiente seguro, que les apoye y que conserve los derechos de dignidad y respeto. No obstante, si bien se han ido solventando parte de los problemas del pasado<sup>4</sup>, con los nuevos tiempos han aparecido otros aspectos que han impedido la plena igualdad entre el deporte masculino y el femenino y que, desgraciadamente, se han normalizado en nuestro sistema de relaciones laborales y de protección social.

La maternidad en el deporte profesional, supone en uno de los casos de estudio más complejos y anecdóticos de nuestro sistema de protección social. Esta particularidad, deriva principalmente de la adaptación de las normas laborales comunes a una profesión en la que la capacidad física y psicológica es llevada al extremo que exige la competición profesional, donde un parón para disfrutar del descanso correspondiente, implica que la deportista tarde un tiempo determinado en recuperar la capacidad física, viendo comprometido su futuro laboral.

En primer lugar, es innegable el impacto físico de la maternidad y de las consecuencias para deportista, que resumimos en dos problemas principales.

— El parón de la competición derivado de la maternidad.

Este no solamente afectará al periodo de descanso y posterior recuperación, sino también, a la más que previsible situación de riesgo durante el embarazo<sup>5</sup> que empezará a tramitarse en el momento en el que el club tenga constancia de que la trabajadora está en estado de gestación. Es decir, durante el tiempo de gestación y posterior descanso obligatorio, la jugadora se tendrá que apartar del terreno de juego y de los entrenamientos. Tiempo que puede durar meses.

<sup>2</sup> Sobre la desigualdad entre géneros en el deporte véase RIVAS VALLEJO, M. P., «Perspectiva de género», en Rivas Vallejo, M. P. (Dir), Toledo Oms, A. (Coor.), *La relación del trabajo en el deporte profesional*, Difusión Jurídica, Madrid, 2011, pág. 161 y ss.

<sup>3</sup> Conferencia organizada por el *British Sports Council* (Consejo Británico de Deportes) con el apoyo del COI, del 5 al 8 de mayo de 1994.

<sup>4</sup> Pioneras en conseguir el reconocimiento como deportistas profesionales en los años 70 fueron las llamadas “Las Pelotari”. Un grupo de mujeres que hicieron de su afición al deporte su trabajo. Aunque no fue un camino nada fácil, ya que tuvieron que soportar multitud de obstáculos, insultos y comportamientos que hoy serían objeto de sanción para cualquier club o entidad deportiva. Véase BURUI IGUZKIZA, D, SALABERRI PELAYO, A., *Las Pelotari*, Documental, 2015, España.

<sup>5</sup> Resulta evidente que en cumplimiento del art. 26 de la LRPL el cambio de puesto de trabajo es técnica y objetivamente imposible por la naturaleza de la relación laboral, por lo que entrará en marcha el apartado 3 del mismo artículo y, por tanto, protección ofertada en el art. 186 de la LGSS respecto a la suspensión de contrato por riesgo durante el embarazo.

— La protección de la salud de la trabajadora.

Nos referimos tanto a la salud física como psicológica. Por una parte, la recuperación física tras el embarazo y, por otro lado, las posibles consecuencias psicológicas derivadas por la presión de volver a competir y de auto exigencia para recuperar el nivel de competitividad previa a la maternidad<sup>6</sup>.

Los clubes deportivos, en vista de proteger sus intereses optaron por introducir una cláusula antiembarazo en el contrato de las deportistas<sup>7</sup>, opción a nuestro juicio, totalmente aberrante y que vulnera el art. 14 de la CE. Estas cláusulas, son la consecuencia de encontrarse las deportistas profesionales en «tierra de nadie»<sup>8</sup> y que desde nuestro punto de vista, reflejan una evidente falta de control e inspección de la administración laboral en el deporte profesional, cuya falta de eficacia está vulnerando los derechos fundamentales de las mujeres deportistas<sup>9</sup>.

En cuanto al descanso por paternidad, también ha supuesto un complejo objeto de estudio, principalmente motivado por la escasa aceptación de este. Un claro ejemplo ha sido el colectivo de los futbolistas profesionales, donde el disfrute del descanso era simplemente anecdótico<sup>10</sup>. Entre los motivos de la escasa aceptación, destaca la nula protección del puesto de trabajo tras el descanso derivado del parón en la competición, por ende, el deportista veía comprometida su continuidad en el club. Es decir, presentan un problema similar al de las mujeres, pero con la diferencia de que su salud no se ve expuesta.

Sin embargo, donde verdaderamente radicaba la diferencia entre ambos colectivos, era en la opcionalidad y la libertad de decisión del deportista para acogerse a tal permiso. Además, para el club deportivo, la paternidad tampoco suponía un “riesgo” a cubrir como el riesgo durante el embarazo de las mujeres deportistas.

<sup>6</sup> En general los riesgos psicosociales son los grandes olvidados en cuanto a la prevención y vigilancia de la salud de las mujeres deportistas. Véase RIVAS VALLEJO, M. P., «Perspectiva de género», en Rivas Vallejo, M. P. (Dir), Toledo Oms, A. (Coor.), *La relación del trabajo en el deporte profesional*, Difusión Jurídica, Madrid, 2011, pág. 189 - 190.

<sup>7</sup> Cláusulas que harían saltar las alarmas en el año 2014 en el X Congreso de la Asociación Española de Derecho Deportivo, donde tuvo lugar la conferencia *Embarazo como cláusula de penalización* en la que ya se informaba de la aplicación y normalización de las cláusulas en los contratos individuales de las deportistas profesionales. Cláusulas que estaban totalmente asumidas y normalizadas dentro del ámbito deportivo y sin duda alguna, han interferido en la vida privada de las deportistas, pues según denunciaba en 2018 la Asociación para Mujeres en el Deporte Profesional (AMDP), no hay ninguna jugadora de fútbol de la primera división que sea madre.

<sup>8</sup> Véase el reciente artículo donde se estudia la problemática de tales cláusulas RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “Las cláusulas antiembarazo en las relaciones laborales de los deportistas”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, nº 62, 2019.

<sup>9</sup> Recordemos que los contratos de trabajo deben ser registrados en los servicios públicos de empleo, incluidas las cláusulas anexas. Además, dependiendo del deporte practicado, también deben contar con el visto bueno de la federación correspondiente, por ejemplo, los Estatutos de la Real Federación de Fútbol Español indica en el art. 122. 2. que para inscribir a un jugador con licencia tipo “P” - aquellos que perciban una retribución y, por tanto, profesionales - deberán ir acompañados de la copia del contrato.

<sup>10</sup> Como en el caso de Gerard Piqué, que tan solo un día después de ser padre viajó a Málaga para enfrentarse contra el equipo de dicha localidad. Mismo caso que Leo Messi que un día después del nacimiento de su hijo Thiago, disputó un partido contra el Celta de Vigo o el ejemplo de Joaquín Caparrós, cuando siendo entrenador del Mallorca renunció al descanso para seguir entrenando a su equipo. Otro ejemplo fue el de Andrés Iniesta que tres días después del nacimiento de su hija disputó un partido de cuartos de final de la Champions League.

Esta libertad de decisión presentaba dos problemas que chocaba con la igualdad entre los hombres y las mujeres en el deporte.

— Ventaja competitiva de los hombres sobre las mujeres.

La libertad de acogerse al permiso de paternidad suponía ventaja competitiva sobre las mujeres. Esta ventaja radica en que podían seguir entrenando y compitiendo, por lo que las características físicas del deportista no se ven mermaidas. De este modo, los hombres no presentan el problema de tener que recuperar la condición física tras el descanso y se elimina cualquier problema de salud derivado de tal condición<sup>11</sup>.

— Aumentar la diferencia en popularidad entre el deporte masculino y el femenino.

A consecuencia de que las ligas deportivas y en general los equipos, mantienen los jugadores clave durante la temporada, aumentando en consecuencia el espectáculo y la popularidad del deporte. Igualmente, tampoco se verá afectada la planificación de la temporada, con el consiguiente ahorro económico para el club deportivo.

— La imagen sobre la paternidad en la sociedad.

El deporte profesional es un escaparate del que multitud de personas, especialmente adolescentes toman ejemplo. Casos como el del jugador de fútbol Lucas Vázquez, cuya paternidad coincidió con la convocatoria a la selección española para el Mundial de Rusia de 2018<sup>12</sup>, a la que acudió, con la posterior alabanza de la prensa deportiva en general.

Identificados los principales problemas de desigualdad, cabe mencionar que en el presente artículo nos centraremos en el estudio del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Concretamente nos centraremos en investigar el impacto para el deporte profesional de la unificación de la maternidad y la paternidad en una misma prestación llamada “nacimiento y cuidado de menor” de las que veremos en primer lugar las novedades introducidas y, en segundo lugar, la problemática derivada de la obligación del descanso inmediatamente tras el parto, acogimiento o adopción.

## 2. NOVEDADES DEL RDL 6/2019 EN EL DEPORTE PROFESIONAL

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres no tuvo el efecto esperado respecto a la eliminación de cualquier forma de discriminación hacia la mujer y en garantizar la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia laboral<sup>13</sup>. La explicación de RIVAS VALLEJO<sup>14</sup> apunta a que la LO 3/2017 no abordó debidamente la perspectiva de género al

<sup>11</sup> Incluso psicológicamente suponía un aliciente para el deportista por la motivación de ganar un partido o “marcar un gol” para dedicárselo al recién nacido.

<sup>12</sup> La cronología del suceso, es que el trabajador fue padre un miércoles, el viernes ya estaba concentrado con la selección, el domingo jugando un partido amistoso y al jueves siguiente, viajando a Rusia para disputar el mundial.

<sup>13</sup> Preámbulo del RDL 6/2019.

<sup>14</sup> RIVAS VALLEJO, M. P., “Salud y discriminación de género”, *Judicatus*, nº 5, 2015, pág. 97.

no considerar un riesgo para la salud aspectos como la “doble jornada” de la mujer en el trabajo<sup>15</sup>, la mayor precariedad laboral, la devaluación de valor de su trabajo, las diferencias salariales. Diferencias que indudablemente podemos encontrar en el deporte profesional.

El RDL 6/2019 intenta paliar estas desigualdades en cumplimiento del art. 9. 2 y 14 de la Constitución Española. Al mismo tiempo, supone una modernización y ampliación de las políticas de igualdad establecidas en la LO 3/2007 en los siguientes aspectos:

- Exigir planes de igualdad en empresas de más de cincuenta trabajadores<sup>16</sup>.
- Remarcar el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
- Destacar el derecho del trabajador a la remuneración correspondiente a su trabajo, en igualdad de condiciones y sin discriminación.
- Equiparar los permisos descanso en las situaciones protegidas de ambos progenitores.
- Crear una nueva prestación para el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante.

Entrando ya de pleno en el análisis de la prestación por cuidado y nacimiento de menor y como afecta al deporte profesional. Mencionaremos primeramente las situaciones protegidas de acuerdo con las modificaciones introducidas por el RDL 6/2019, y que podemos encontrarlas en el art. 177 de la LGSS y clasificarlas en las siguientes:

- a) La maternidad biológica.
- b) La gestación por sustitución.
- c) La adopción.
- d) La guarda con fines de adopción.
- e) El acogimiento familiar siempre que la duración sea superior a un año y el menor acogido sea menor de seis años<sup>17</sup>. No obstante, encontramos dos excepciones al límite de la edad en las siguientes condiciones:
  - En caso de discapacidad, siempre que el acogido sea menor de edad.
  - Que debido a circunstancias y experiencias personales del menor o por provenir del extranjero, tenga especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

<sup>15</sup> Nos referimos como “doble jornada” primeramente, a cumplir con la jornada propia de una relación laboral y, en segundo lugar, a las tareas que han recaído históricamente en las mujeres como es el cuidado de hijos, así como las tareas derivadas, que con la incorporación de la mujer al trabajo han pasado a realizarse una vez terminada la jornada laboral.

<sup>16</sup> También se incluyen las sanciones correspondientes de no cumplirse tal exigencia.

<sup>17</sup> De acuerdo con las indicaciones del Art. 45. 1. d) del ET.

f) La tutela sobre menor por designación de persona física<sup>18</sup>.

Mientras que entre las principales novedades que afecten al deporte profesional, encontramos las siguientes.

a) Equiparación del descanso obligatorio para ambos progenitores.

Tal medida tiene la finalidad de cumplir con el mandato del art. 68 del Código Civil<sup>19</sup>. La redacción del citado artículo, concretamente la parte de “*compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo*” es uno de los argumentos sobre los que se sustenta el RDL 6/2019 para buscar la efectiva igualdad entre hombre y mujeres.

Para garantizar el efectivo mandato del CC, se ha optado por modificar el art. 48. 4 del ET para igualar el descanso de paternidad al de maternidad e unificarlos bajo la misma prestación, por lo que transitoriamente, el descanso queda configurado del siguiente modo<sup>20</sup>.

NACIMIENTO				
	MADRE BIOLÓGICA	OTRO PROGENITOR		
		2019	2020	2021
DURACION TOTAL	16 semanas.	8 semanas.	12 semanas.	16 semanas.
PARTE OBLIGATORIA	6 semanas ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatas al parto.	2 semanas ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatas al parto.	4 semanas ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatas al parto.	6 semanas ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatas al parto.
PARTE VOLUNTARIA	10 semanas de libre distribución en periodos semanales, a jornada completa o parcial.	6 semanas de libre distribución en periodos semanales, a jornada completa o parcial.	8 semanas de libre distribución en periodos semanales, a jornada completa o parcial.	10 semanas de libre distribución en periodos semanales, a jornada completa o parcial.

En cuanto a la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

<sup>18</sup> Cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor, siempre que conlleve la convivencia entre el tutor y el tutelado, en los mismos términos de edad que el adoptado o acogido.

<sup>19</sup> Art. 68 CC - Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

<sup>20</sup> El descanso se podrá ampliar en los siguientes casos:

En una semana para cada progenitor por cada nacimiento, adopción o acogimiento múltiple a partir del segundo. Una semana para cada progenitor en caso de discapacidad.

El descanso se podrá ampliar por parto prematuro y hospitalización por un periodo superior a 7 días, a continuación del parto hasta un máximo de 13 semanas.

ADOPCIÓN, GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO			
	2019	2020	2021
DURACION TOTAL	Para cada progenitor 6 semanas + 12 semanas a distribuir entre los dos progenitores	Para cada progenitor 6 semanas + 16 semanas a distribuir entre los dos progenitores	16 semanas para cada progenitor.
PARTE OBLIGATORIA	Para cada progenitor 6 semanas ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatamente después a la resolución judicial o decisión administrativa	Para cada progenitor 6 semanas ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatamente después a la resolución judicial o decisión administrativa	Para cada progenitor 6 semanas ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatamente después a la resolución judicial o decisión administrativa
PARTE VOLUNTARIA	12 semanas voluntarias a distribuir entre los dos progenitores	16 semanas voluntarias a distribuir entre los dos progenitores	10 semanas libre distribución en periodos semanales, a jornada completa o parcial para ambos progenitores.

\* Elaboración propia.

Curiosamente, esta medida contradice la exposición de motivos del RDL 6/2019 que especifica que *“los poderes públicos están obligados a adoptar medidas específicas a favor de las mujeres cuando existan situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres”* pues en esta ocasión, no hay duda alguna que el colectivo beneficiario es el masculino. Por lo que a nuestra opinión respecta, el Gobierno ha buscado trasladar los problemas de la maternidad al colectivo masculino, e indirectamente, beneficiar a las mujeres trabajadoras.

- b) Obligación de disfrutar el descanso por nacimiento y cuidado de menor para ambos progenitores.

Como hemos comentado, esta obligación recaía en la madre biológica en caso de parto natural que debía de disfrutar seis semanas ininterrumpidas, quedando el otro progenitor excluido de esta obligación. Mientras que, en caso de adopción, guarda con fines de acogimiento o acogimiento la obligación recaía en uno de los progenitores a elección de los interesados, de los cuales, mayoritariamente volvía a recaer en la mujer.

El origen de esta obligación, lo encontramos por una parte en el art. 39. 2 de la CE por el cual *“los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”* por otra parte, el art. 39. 3 de la CE que establece que *“los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”* y también en el cumplimiento de la Sentencia del TC, 17/2003, de 30 de enero de 2003 que expresaba: *“la*

*protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado*". No obstante, la realidad social y cultural de España, es que el cuidado de los hijos recae sobre un sólo progenitor, principalmente la mujer trabajadora, y en pocas ocasiones sobre el padre, de manera que este deber se estaba claramente omitiendo.

Para paliar esta situación, la reforma del RDL 6/2019 modifica el art. 48. 4 y 5 del ET obligando a ambos progenitores a disfrutar del descanso simultáneamente e inmediatamente al nacimiento o después a la resolución judicial o decisión administrativa en el supuesto de adopción, guarda o acogimiento. La finalidad principal es que puedan dedicarle el tiempo a asistir al recién nacido o menor adoptado o acogido.

c) **Modificación del permiso de paternidad a suspensión del contrato de trabajo.**

Hasta la entrada en vigor del RDL 6/2019 el descanso por paternidad era un permiso. Razón por la cual el deportista no tenía la obligación de disfrutarlo. Con la nueva normativa, se ha modificado el art. 45. 1. d) del ET dejando de ser un permiso para ser una suspensión del contrato de trabajo eliminando la libertad de elección de si disfrutar o no del descanso.

La suspensión del contrato es además una herramienta para garantizar el disfrute por parte del otro progenitor, ya que debido al principio de irrenunciabilidad de derechos, no podrá renunciar o no hacer uso del derecho que le concede el cuidado y nacimiento de menor.

d) **El descanso por nacimiento y cuidado de menor se solicita conjuntamente para ambos progenitores.**

Una de las principales incógnitas era saber cómo la Seguridad Social iba a controlar el efectivo cumplimiento de las obligaciones de descanso del progenitor distinto a la madre biológica. Antiguamente el padre podía no presentar la solicitud de paternidad, por lo que era de esperar que una forma de evitar la obligación del descanso era igualmente no presentar solicitud alguna.

Para solventar este inconveniente, la SS ha habilitado unos nuevos formularios de manera que ambos descansos se solicitan conjuntamente. De esta forma destacamos un mayor control por parte de la Seguridad Social para garantizar el cumplimiento de la suspensión del contrato.

### **3. PROBLEMÁTICA DEL DESCANSO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE HIJOS DERIVADOS DEL RDL 6/2019**

Visto los cambios propuestos por el RDL 6/2019, analizaremos los inconvenientes que se plantean tanto para el club como para el deportista derivados del descanso obligatorio. Por otra parte, y como hemos mencionado anteriormente, quién en esta ocasión se verán

perjudicados son los deportistas masculinos, pues el deporte femenino ya venía sufriendo estos problemas.

a) El impacto para el club de perder el jugador seis semanas<sup>21</sup>.

Evidentemente también dependerá de la relevancia del jugador para el equipo. Pero sin duda, será un gran inconveniente en cuanto a la planificación del equipo e incluso de la temporada, pudiéndose comprometer los resultados del club con el respectivo impacto económico que ello supone.

Por otra parte, el jugador no está obligado a informar al club de la futura paternidad<sup>22</sup> lo que agrava el problema si tenemos en cuenta a los posibles jugadores lesionados propios que de la competición profesional. Por lo que en cualquier momento el club puede encontrarse con que de repente un jugador disfrute el descanso obligatorio y además haya compañeros con una posición similar que estén lesionados.

Este puede suponer un gran inconveniente si nos atenemos a deportes y categorías donde hay pocos jugadores para cubrir una posición en concreto. Por ejemplo, la mayoría de equipos que disputa la Segunda División B e incluso algunos equipos de Segunda División, cuentan con tan solo dos porteros. Ejemplo que se puede extrapolar al waterpolo o al baloncesto, donde las plantillas son aún más reducidas. Por no mencionar la imposibilidad del club de poder integrar a un jugador una vez iniciada la temporada o fuera del mercado de fichajes para cubrir posibles bajas, dejando prácticamente como única solución la entrada de jugadores del equipo filial. Solución a la que no todos los equipos pueden acogerse por su tamaño o recursos.

b) El impacto para la carrera del deportista.

Otro de los problemas del descanso obligatorio, es que el deportista no podrá participar en ninguna actividad que se considere como tiempo de trabajo efectivo en base al art. 9 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales que dispone “*la jornada del deportista profesional comprenderá la prestación efectiva de sus servicios ante el público y el tiempo en que esté bajo las órdenes directas del club o entidad deportiva a efectos de entrenamiento o preparación física y técnica para la misma*” y excluye del cómputo de la jornada máxima “*los tiempos de concentración previos a la celebración de competiciones o actuaciones deportivas, ni los empleados en los desplazamientos hasta el lugar de la celebración de las mismas*”.

Sobre este último aspecto, sería lógico pensar que el trabajador podría al menos participar en los desplazamientos del club. No obstante, aclara DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN<sup>23</sup> que por extrapolación de la STS, de 16 de diciembre de 2008<sup>24</sup> y en

<sup>21</sup> Recordemos que la obligación de las seis semanas entrará en vigor a partir de 1 de enero de 2021.

<sup>22</sup> La norma solamente obliga a avisar al club deportivo con quince días de antelación en relación a disfrutar el descanso no obligatorio. No obstante, en el caso de las mujeres deportistas, se recomienda hacerlo lo antes posible para evitar cualquier riesgo.

<sup>23</sup> DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R., «La relación individual de trabajo», En Rivas Vallejo, M. P. (Dir), Toledo Oms, A. (Coor.), *La relación del trabajo en el deporte profesional*, Difusión Jurídica, Madrid, 2011, pág. 62-64

cumplimiento del art. 2 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, deja sin efectos la redacción del art. 9. 3 del RD 1006/1985 en relación a la exclusión del cómputo como tiempo de trabajo de los deportistas durante los desplazamientos, debido a las pocas dudas que ofrece el planteamiento de que un deportista no está a las órdenes del club incluso durante los desplazamientos, pues son estos los que permiten la prestación efectiva de los servicios<sup>25</sup>.

Teniendo en consideración el pronunciamiento anterior y la normativa europea. Podemos afirmar que durante la suspensión del contrato de trabajo el deportista no podrá competir, entrenar<sup>26</sup>, asistir a las charlas de equipo, tampoco acudir a eventos ni actos de promoción organizados por el club, ni tampoco a aquellos tiempos que el convenio colectivo considere como tal, y por supuesto, tampoco podrá participar en los desplazamientos con el equipo. A pesar de ello, no parece que este último precepto se cumpla cuando vemos en el fútbol profesional como trabajadores con una suspensión de contrato por incapacidad temporal, viajan con el equipo, por ejemplo, a la final de una competición<sup>27</sup>.

En consecuencia, podríamos pensar que, para hacer frente a la pérdida de capacidades físicas, el deportista podría ejercitarse por su cuenta. Sin embargo, este supuesto también plantea una problemática de especial relevancia en caso de que el jugador sufra una lesión debido al entrenamiento realizado por su cuenta. Concretamente, nos referimos a la calificación que merecería este tipo de accidente, del que estaríamos sin duda ante un caso de accidente no laboral<sup>28</sup>.

En resumen, la nueva normativa puede ocasionar que un jugador pierda los partidos de especial relevancia según la fecha de nacimiento. Por lo que a nuestro parecer respecta, si estamos ante un caso de un deportista con grandes aspiraciones o relevantes para el equipo, en cierta manera puede verse “obligado” a planificar su paternidad o bien para hacerla coincidir en periodos en los que no se acumulen muchos partidos o incluso en las vacaciones de este. Lo que nos introduce al siguiente problema.

c) En el supuesto de descanso obligatorio durante las vacaciones del jugador.

En el supuesto de que el descanso por nacimiento y cuidado de hijo coincida con las vacaciones del jugador, las vacaciones quedarán suspendidas para poder disfrutarse una vez terminado el descanso obligatorio tal y como indica el art. 38. 3 del ET.

Este aspecto que, bien podría “salvaguardar” la carrera del deportista, también aguarda otro inconveniente en cuanto al derecho del disfrute de estas. En nuestra opinión,

<sup>24</sup> Roj: STS 7004/2008, nº de recurso 4/2007 de la Sala Contencioso – Administrativo. En este caso se trataba de una relación laboral especial de abogados y el efecto sobre la duración de la jornada máxima del art. 14. 1 del RD 1331/2006. Fallo que dejaba sin efectos el citado artículo que consideraba no computar a efectos de la jornada máxima de la jornada de trabajo, el tiempo que empleen los abogados en los desplazamientos o esperas.

<sup>25</sup> *Ibid.* pág. 64.

<sup>26</sup> Tampoco acudir a las relacionadas con sauna y masaje si está a las órdenes del club.

<sup>27</sup> Caso de la final de la Copa del Rey de 2019, donde el Valencia CF desplazó al jugador Cheryshev lesionado y en muletas, mientras que el FC Barcelona también llevaba en la convocatoria varios jugadores lesionados.

<sup>28</sup> RIBES MORENO, V., “Síntoma de infarto y deporte. Relevancia en la consideración como accidente de trabajo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº 17, 2018, pág. 223.

tenemos ciertas dudas de que un deportista profesional que ha tomado el descanso por cuidado y nacimiento de hijo coincidente con su periodo vacacional, posteriormente hiciera uso de su derecho a disfrutar de las vacaciones que le correspondan.

En definitiva, estamos ante un caso en el que se obliga a disfrutar del descanso por cuidado y nacimiento de hijo – con un control más estricto por parte de la Seguridad Social – pero se plantea una problemática similar si posteriormente el trabajador tiene que disfrutar del periodo completo de vacaciones, a diferencia de que este derecho apenas tiene control por parte de la autoridad laboral.

- d) En el supuesto de descanso obligatorio durante su incorporación a la Selección Nacional.

Otro de los problemas que plantea el descanso obligatorio por cuidado y nacimiento de menor es el supuesto de que el deportista sea llamado a jugar a la Selección Nacional. El objeto de debate surge raíz del art. 1. 6 del RD 1006/1985 que indica no será de aplicación tal normativa a las relaciones entre los deportistas profesionales y las Federaciones Nacionales cuando se integren en equipos, concentraciones, representaciones o selecciones organizadas por la misma.

Recordemos que los deportistas están obligados a acudir a las convocatorias y los clubs, como entidades federadas que son, a poner a sus deportistas al servicio de sus respectivas federaciones nacionales según el art. 29 de la Ley 10/1990<sup>29</sup>. Añadimos también el art. 47 de la misma ley, que dice que durante el tiempo que sea requerido el deportista por su selección nacional, el empresario seguirá conservando tal carácter frente al deportista, pero quedando suspendidas las facultades de dirección y control de la actividad laboral y las obligaciones relacionadas con dicha facultad.

Por lo tanto, de un modo inexplicable, el deportista deja de ser profesional cuando esté concentrado con la selección nacional sin esclarecer que condición adquiere cuando pasa a depender de la correspondiente Federación Nacional<sup>30</sup>. Incluso podría existir un principio de cesión de jugadores y de suspensión de contrato de trabajo ya que se desnaturaliza por esta norma los principios de ajenidad y dependencia propias de las relaciones laborales entre el deportista y su club. Por lo que podríamos deducir que automáticamente estaría excluido del ámbito de protección de la SS, abriendo la oportunidad para que el deportista se integre en la convocatoria si se encuentra durante el descanso obligatorio.

Para resolver esta complicada situación cabe determinar primero qué relación existe entre el deportista y el club durante su estancia en la Selección Nacional. En primer lugar, no hay cesión<sup>31</sup> debido a que el club forma parte de una federación y debe contribuir a poner a disposición los jugadores cuando ésta los requiera, además, el club deportivo sigue manteniendo el alta del deportista y abonando la cuota a la Seguridad Social. Por otra parte,

<sup>29</sup> Artículo 29. 1 - Las Sociedades Anónimas Deportivas y el resto de los Clubs deportivos, al objeto de formar la selección nacional, deberán poner a disposición de la Federación Española que corresponda, los miembros de su plantilla deportiva, en las condiciones que se determine.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los deportistas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 69, 2007, pág. 160-163.

<sup>31</sup> Cesión en los términos establecidos en el art. 11 del RD 1006/1985.

tampoco se da una situación de suspensión de contrato de trabajo porque es el club quien envía al deportista y éste, tampoco puede negarse. Por último, la relación entre el deportista y la federación no es de carácter laboral sino administrativa, al depender las federaciones de la Administración Pública, de este modo, los actos recurridos por deportista se realizarán ante el CSD y las revisiones de la misma corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>32</sup>.

Si tomamos el ejemplo de los estatutos de la RFEF respecto a las excepciones por parte del jugador para no acudir a la convocatoria de la selección. El art. 263 establece que tal obligación no será necesaria si es debido a enfermedad o lesión del deportista, por lo que no se contemplan otras causas de suspensión del contrato<sup>33</sup> como el cuidado y nacimiento de hijo.

Especialmente polémico fue el caso de Sergio Ramos, cuando en marzo de 2018 tuvo su tercer hijo y coincidió con una concentración de la Selección Española para preparar un amistoso contra Argentina. Tras una rápida visita al hospital volvió fue directo a la concentración renunciando al permiso de paternidad. La prensa deportiva alabó el gesto del jugador, incluso el seleccionador Julen Lopetegui declaraba: *“ha hecho un esfuerzo extraordinario por venir a entrenar, cosa que lógicamente él podía haberse saltado. Pero no lo ha hecho, demostrando claramente la mentalidad que tiene y que, además, nos encanta”* aunque si bien el entrenador hacía referencia a que podría saltarse el entrenamiento no quedaba claro si es debido a los dos días que le daba el ET o si fue más un gesto “humanitario” con el jugador.

De este modo, entendemos que el cuidado y nacimiento de menor, como causa de exclusión no es equiparable a la enfermedad o lesión. Por lo que el jugador quedará obligado a asistir a la convocatoria de la Selección Nacional desnaturalizándose el fin principal del RDL 6/2019. Aunque trato aparte sería la posible negociación el seleccionador para poder no asistir en casos especiales como el nacimiento.

No obstante, este problema no se plantea en el caso de las mujeres deportistas ya que el descanso es inmediatamente al parto y, por lo tanto, la finalidad de tal, es la recuperación de la salud.

Por caso contrario, los estatutos de la FEB establecen como un deber de los jugadores el de acudir a la convocatoria de la selección. Respecto a los clubes, indica que estos facilitarán la incorporación a la convocatoria, no encontrándose excepción –a diferencia de la RFEF– respecto a las situaciones de enfermedad o lesión. En consecuencia, podríamos argumentar que si el deportista se encuentra con el contrato suspendido por cuidado y nacimiento tanto el club podría no facilitar su incorporación, e incluso, el jugador decidir no acudir a la convocatoria.

En resumen, se crea una situación jurídica compleja debido al difuso régimen jurídico que adquiere del jugador cuando es convocado por la selección nacional, de la cual intuimos

<sup>32</sup> ROQUETA BUJ, R., “Deportistas, entrenadores y técnicos: régimen jurídico aplicable”, *Revista española de derecho deportivo*, nº 9, 1998, pág. 56.

<sup>33</sup> Excepcionalmente se han tenido en consideración circunstancias establecidas en el art. 37. 3 del ET o los casos pactados de no convocatoria que afectaron a Oleguer Presas o Nacho Fernández.

que los estatutos deberán adaptarse para contemplar el cuidado y nacimiento como una causa que excluya al jugador a integrarse a la selección nacional si se pretende alcanzar la igualdad que pretende el RDL 6/2019.

e) Perjuicio económico para el deportista.

Otro de los problemas que ocasionaba los antiguos descansos de maternidad y paternidad, era respecto a la desigualdad derivada de la prestación económica. Esto es debido a que el importe de la base reguladora de la prestación durante el descanso era acorde a la base de cotización del trabajador, con el límite de la base máxima de cotización vigente. De este modo, si el deportista tiene unos ingresos que superen la base máxima de cotización verá su salario reducido drásticamente a tal importe.

En consecuencia, al ser el descanso de paternidad una opción y el de maternidad una obligación, la mujer deportista de nuevo se veía discriminada económicamente, al margen de la ya evidente brecha salarial.

Con la reforma, este problema se traslada a todos los deportistas<sup>34</sup>. En las relaciones laborales comunes esta problemática se suele solventar mediante la negociación colectiva –generalmente extra estatutaria– complementando las prestaciones económicas por cuidado y nacimiento de menor al 100% del salario real, ya que los supuestos de cuidado de nacimiento de menor no están complementados a la totalidad del salario como suele ocurrir en las situaciones de IT. Solución que aún no ha llegado a la negociación colectiva en el deporte<sup>35</sup> sin perjuicio aplicar esta opción mediante pacto individual entre el deportista y el club.

#### 4. CONCLUSIONES

No cabe duda de que el RDL 6/2019 es un proyecto ambicioso que supone una auténtica revolución en cuanto al tratamiento de la maternidad y la paternidad en las relaciones del deporte profesional, abordándose uno de los temas más espinosos como es la igualdad de la deportistas<sup>36</sup> para cumplir el mando de la UE y de la CE. Aunque como crítica, la norma parece que ha obviado tomar medidas más concretas respecto al resto de problemas que deben afrontar las mujeres en el trabajo.

Destaca RIVAS VALLEJO<sup>37</sup> que en términos generales, la protección de la deportista se diluye cuando vemos la realidad que atañe a los clubes deportivos “*poniendo de manifiesto la existencia de ciertos instrumentos de actuación que no han sido debidamente utilizados para garantizar la transversalidad de género en el tratamiento de la salud reservado siempre su análisis diferencial para los factores puramente biológicos, especialmente los relativos a la procreación*”. Y recalca que los distintos problemas de

<sup>34</sup> Especialmente se verán afectados aquellos deportistas que cobren salarios astronómicos como los del fútbol o baloncesto profesional.

<sup>35</sup> Tras analizar los principales convenios colectivos que afectan al deporte.

<sup>36</sup> BAUSALI HERRERO, E., “La incierta igualdad de los deportistas profesionales. ¿Es posible el despido nulo y en concreto por causas de discriminación? Incidencia de los convenios colectivos y las posibles vías de solución de los conflictos generados por la relación entre los clubes y los deportistas profesionales”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, nº 39, 2013 pág. 173-176.

<sup>37</sup> RIVAS VALLEJO, M. P., “Salud y discriminación de género”, *Judicatus*, nº 5, 2015, pág. 106.

desigualdad que ya planteaba la LO 3/2017<sup>38</sup> podrían haberse incluido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales como un riesgo específico para la salud de la trabajadora<sup>39</sup>.

Si nos atenemos a la discriminación como un riesgo laboral, podríamos afirmar de hecho estaríamos ante un caso punible el art. 8 de la LISOS, pues destacamos “*los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores*” y “*el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma*” y “*el acoso [...] por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo*”.

Con la integración propuesta por RIVAS VALLEJO se garantizaría un marco legal sólido que permita el desarrollo e integración de la no discriminación en los planes de prevención del club deportivo. Sin embargo, a día de hoy no se ha conseguido incorporar esta materia en las políticas de salud laboral, siendo una oportunidad de integración que de nuevo se ha perdido en el RDL 6/2019.

Por último y respecto al descanso obligatorio. Aún es pronto para apreciar los efectos de la norma, sobre todo cuando aún no ha entrado en vigor el descanso obligatorio de las seis semanas. Pero la experiencia del pasado ya nos ha advertido de las consecuencias que suponen la extrapolación de la normativa común al colectivo de deportistas<sup>40</sup> por lo que deberemos de esperar a ver la aceptación de los deportistas y de los clubes deportivos, de la que intuimos no compartirán en la totalidad las exigencias de la reforma.

---

<sup>38</sup> Como es la salarial, la doble jornada laboral, de condiciones de trabajo, de acoso laboral o prevención de los riesgos psicosociales, y en general, las situaciones de discriminación que afectan a la salud de la trabajadora

<sup>39</sup> *Ibid.* pág. 97.

<sup>40</sup> Hablamos principalmente de la incapacidad permanente parcial y total. Véase la obra de BAUSALI HERRERO, E., *La invalidez permanente de los deportistas profesionales*, Bosch, Barcelona, 2005.

La aplicación de los reglamentos comunitarios y los convenios bilaterales de Seguridad Social. En torno a la prestación por jubilación del trabajador migrante en el territorio de la Unión Europea

El nuevo criterio interpretativo en la materia generado por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 146/2018, de 14 de febrero

The application of EU regulations and bilateral Social Security agreements regarding the retirement benefit of migrant workers in the European Union.

The new interpretative criteria in the matter generated by Supreme Court Ruling (Social Chamber, Section 1) No 146/2018 of 14 February

JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ

*CATEDRÁTICO EU (INTEGRADO TU) DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE LEÓN*

**Resumen**

El auge de los movimientos migratorios laborales a escala europea también se proyecta sobre el ámbito de la Seguridad Social. Los trabajadores que se desplazan ven interrumpida su carrera de cotización en el país que abandonan. La solicitud de la prestación por jubilación de un trabajador que ha prestado servicios en España y Bélgica genera un conflicto respecto a las bases reguladoras de la misma y la aplicación de los Reglamentos Comunitarios o el Convenio bilateral suscrito entre ambos países en esta materia. Este artículo analiza los mecanismos creados por los Reglamentos Comunitarios y otras normas como los Convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España para evitar que los trabajadores migrantes se vean perjudicados por esta situación.

**Abstract**

The rise in labour migration flows on a European level also affects the field of Social Security. The contribution record of migrant workers is interrupted in the country they leave. Applying for the retirement benefit of an employee who has worked in Spain and Belgium creates a conflict with respect to the regulatory bases of retirement and the application of EU regulations or the bilateral agreement signed between both countries in this matter. This article analyses the tools created by EU regulations and other regulations, such as bilateral social security agreements signed by Spain, to prevent migrant workers from being jeopardised by this situation.

**Palabras clave**

Seguridad Social; Reglamentos; Convenios bilaterales; movilidad internacional; trabajadores; migraciones

**Keywords**

Social Security; Regulations; bilateral agreements; international mobility; workers; migrations

## 1. LA REPERCUSIÓN DE LA MOVILIDAD INTERNACIONAL DEL TRABAJADOR EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

El análisis de las implicaciones que cuestiones como la inmigración y la globalización tienen en el campo de las relaciones laborales resulta una tarea compleja en virtud de la cantidad de variables, problemas y situaciones específicas que pueden llegar a plantearse, siendo uno de sus efectos más particulares la multiplicación de los fenómenos de movilidad geográfica internacional de trabajadores. Este auge de los movimientos migratorios laborales también se proyecta lógicamente sobre el ámbito de la Seguridad Social, lo que ha desembocado en un proceso de internacionalización de esta disciplina.

De tal forma, cabe destacar cómo la movilidad internacional en la sociedad contemporánea plantea numerosos problemas, siendo para el trabajador uno de los principales el relativo a la conservación, en caso de desplazamiento a un tercer Estado, de los derechos de Seguridad Social adquiridos o en curso de adquisición en el país de origen o en el Estado en el cual hubiera estado residiendo<sup>1</sup>.

El hecho de que el trabajador migrante acceda al mercado de trabajo del país de destino “conecta de forma inmediata con la problemática cuestión de su protección social y la de sus familiares, habida cuenta de las diferencias existentes entre los sistemas nacionales de Seguridad Social a los que el empleado se podría vincular en función de la movilidad de su lugar de trabajo. De ahí, que se haya impulsado en las últimas décadas una política intergubernamental de armonización y coordinación del Derecho de la Seguridad Social dirigida al amparo de los derechos sociales adquiridos por el migrante en cada uno de los Estados en los que ha desarrollado una actividad a lo largo de su vida laboral”<sup>2</sup>.

Tanto el Derecho originario como el Derecho derivado de la Unión Europea han dedicado tradicionalmente una especial atención a la materia de Seguridad Social, no en vano los Estados inicialmente impulsores de la Comunidad Económica Europea fueron perfectamente conscientes desde un primer momento de la necesidad de proceder al establecimiento de medidas cuyo objetivo último estuviera marcado por superar la diversidad de regímenes jurídicos existentes en materia de Seguridad Social en los Estados Miembros y los países que a la organización se fueran incorporando.

Todo ello traía como causa, en la línea habitual de primacía y atención prioritaria de lo económico sobre lo social de las instituciones de la Unión Europea, evitar que se vieran perjudicadas la libre competencia y el mercado único, pues la pluralidad y diferencias entre los regímenes supondrían, sin ningún género de dudas la aparición de elementos negativos frente a ellos. En este sentido, el papel de la Seguridad Social resulta, por tanto, secundario y dependiente de otros objetivos<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> LOZANO ARES, F.: *La protección social de las personas migrantes*, Bomarzo, Albacete, 2019, pág. 7.

<sup>2</sup> ZARZALEJO CARBAJO, M.: “La protección social a nivel extracomunitario: los Convenios bilaterales de Seguridad Social e incidencia del Derecho Comunitario”, en AA.VV. (Correa Carrasco, M., Coord.): *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, MTAS, Madrid, 2005, pág. 73.

<sup>3</sup> “Para tratar de garantizar el protagonismo de una de las estrellas: la libertad de circulación de los trabajadores”, DE VAL ARNAL, J. J.: “El derecho de la Seguridad Social en la Unión Europea como instrumento al servicio de la libre circulación de los trabajadores comunitarios: una visión de los Reglamentos 1408/71 y 574/72 desde la (...)”

Eso sí, en cualquier caso, resulta menester señalar, desde un punto de vista de su ámbito aplicativo, que la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social “ha traspasado los límites de lo estrictamente requerido por la finalidad económica de facilitar la libre circulación de trabajadores, y desde un punto de vista de su contenido no ha pasado de ser un mecanismo de coordinación de los diversos sistemas nacionales de Seguridad Social, los cuales siguen subsistiendo”<sup>4</sup>.

Las normas internacionales de Seguridad Social pueden clasificarse en dos grupos en virtud del carácter ejecutivo de sus disposiciones<sup>5</sup>, de forma tal que pueden destacarse las de carácter armonizador, cuya característica viene determinada por contener disposiciones que necesitan una norma interna que las desarrolle, y las de carácter coordinador, cuyas previsiones resultan de aplicación directa y vinculantes desde el momento de su publicación en los boletines oficiales de los diferentes Estados.

La Unión europea no ha establecido un régimen común de Seguridad Social para los Estados miembros y los ciudadanos que prestan servicios en su territorio, y no pretende crear un sistema único que sustituya a los nacionales<sup>6</sup>, sino que ha optado por limitarse a la aprobación de una serie de normas cuya única y estricta función está constituida por la coordinación de la aplicación de las numerosas legislaciones nacionales, y en ningún caso por la armonización.

En este sentido, los problemas que ha de solventar este Derecho de coordinación, y de los que ya se venía ocupando el propio Derecho Internacional de la Seguridad Social, conectan con la tendencia territorialista de los diferentes sistemas internos, los cuales “erróneamente consideran que sus destinatarios necesariamente han nacido, residen con sus familias y trabajan en el territorio nacional; obviando a quienes se desplazan internacionalmente”<sup>7</sup>. No obstante, y aun cuando no puede negarse un cierto avance en esta vía frente a los derechos en este campo, resulta “muy leve e incluso en muchos casos opera como mero mecanismo para la consecución de otros fines”<sup>8</sup>.

Esta falta de armonización a escala comunitaria trae como primera consecuencia el hecho de que los Estados miembros conserven “su competencia para organizar sus sistemas de Seguridad Social”<sup>9</sup>, correspondiéndoles determinar, de un lado, “los requisitos del

---

jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Noticias UE*, núm. 147, 1997, pág. 90.

<sup>4</sup> COLINA ROBLEDO, M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T.: *Derecho Social Comunitario*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 192.

<sup>5</sup> En torno a la materia, LOZANO ARES, F.: *La protección social de las personas migrantes*, cit., pág. 17.

<sup>6</sup> ARETA MARTÍNEZ, M.: Coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social y exportación de la prestación por desempleo tras la aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004”, en AA.VV.: *El futuro Europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010, pág. 167.

<sup>7</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, en AA.VV. (Nogueira Guastavino, M., Fotinopoulo Basurko, O. y Miranda Boto, J. Mª., Dirs.): *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 191.

<sup>8</sup> VALDUEZA BLANCO, Mª. D.: “La protección social de los ciudadanos en el Derecho Comunitario”, en AA.VV. (González Ortega, S., Dir.): *La protección social de los extranjeros en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 57.

<sup>9</sup> Entre muchas, SSTJUE 227/03, 7 julio 2005, Asunto *Van Pommeren-Boiugondiën*; 212/06, 1 abril 2008, Asunto *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon/Gouvernement flamand*; o 282/11, 21 febrero 2013, Asunto *Salgado González*.

derecho o de la obligación de afiliarse a un régimen de Seguridad Social y, [de otro], los requisitos que confieren derecho a las prestaciones”<sup>10</sup>. Son, por tanto, normas que sirven para complementar y no para sustituir las normativas de los Estados miembros en la materia, a las cuales se añadirán o sobrepondrán para garantizar los derechos de los trabajadores migrantes.

En virtud de tal circunstancia, existen numerosos y muy diferentes sistemas de Seguridad Social en el territorio comunitario, los cuales “obedecen a diversas tradiciones, se estructuran históricamente de manera diversa y se encuentran muy condicionados por las disponibilidades económicas de cada Estado. En todo caso, el establecimiento de un único tipo de Convenio suprimiría las diferencias y desequilibrios actuales, evitando así la dispersión existente en materia de Seguridad Social, siendo una garantía social para los trabajadores españoles que trasladen su domicilio a alguno de los países [miembros] por motivos profesionales”<sup>11</sup>.

Aun cuando implica una enorme dificultad (prácticamente imposible en la actualidad), la aspiración a una unificación del Derecho de la Seguridad Social no resulta cuestión trivial en tanto los sistemas de protección social, y la Seguridad Social como el subsistema más importante, son piedra angular del modelo social de la Unión Europea y de un buen funcionamiento de la economía social de mercado. “Unos sistemas de protección social bien contruidos pueden también facilitar la participación en el mercado de trabajo apoyando la transición en el mercado de trabajo de las personas”<sup>12</sup>.

Así, aquellos ciudadanos que ejercen su derecho fundamental a la libre circulación en el territorio de la Unión, además de tener reconocidos derechos como la igualdad de trato o la no discriminación, disfrutan también del reconocimiento de una serie de medidas protectoras específicas en el campo de la Seguridad Social, concretadas básicamente en la garantía de que prestar servicios en diferentes países comunitarios no afectará negativamente a su futuro derecho, en su caso, a percibir pensiones y prestaciones. Se pretende, en definitiva, asegurar que “la tan preconizada movilidad en el espacio comunitario no suponga perjuicios en la carrera de seguro, de forma que el trabajador no pierda cotizaciones ni se le pongan obstáculos para el acceso a las prestaciones”<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> STJUE 503/09, 21 julio 2011, Asunto *Stewart*.

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “¿Qué tutela jurídico social para los trabajadores emigrantes?”, en AA.VV. (Fernández Avilés, J. A., Dir.; Durán Bernardino, M., Coord.): *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pág. 63.

<sup>12</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “Pilar europeo de derechos sociales y sistemas de Seguridad Social”, *Lex Social RJDS*, núm. 2, 2018, pág. 251-252, quien “apuesta por ir más allá de una simple convergencia de objetivos de los sistemas nacionales de protección social enmarcada en el enfoque del ‘Pilar de Derechos Sociales’ formalizado en un instrumento jurídico sin fuerza normativa vinculante (típica manifestación del *soft law* comunitario), para pasar a un modelo de regulación jurídica basada en la incorporación de los derechos sociales en el Sistema de los Tratados fundacionales y en el Derecho comunitario derivado; y en particular se aportan fundamentos sobre la necesidad y viabilidad técnica y político jurídica de crear un auténtico Derecho Europeo de la Seguridad Social que efectivamente garantice un estándar mínimo comunitario de derechos a las prestaciones sociales”.

<sup>13</sup> MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. y PÉREZ CAMPOS, A. I.: *Materiales de Derecho Social Comunitario*, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 52.

## 2. LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS Y LOS CONVENIOS BILATERALES DE SEGURIDAD SOCIAL

La Seguridad Social implica “la configuración de un sistema o conjunto de elementos conexos orientados hacia un resultado de protección social integral del individuo”<sup>14</sup>. Desde el plano internacional, esta idea de la Seguridad Social comenzó a fraguarse con la Recomendación número 67 de 1944 de la OIT, si bien no es hasta el Convenio número 102 de 1952 cuando puede decirse que se instaura la configuración actual<sup>15</sup>, plasmándose desde entonces en diversas normas internacionales, normas marco o de mínimos que han ido desarrollando los principios generales en la materia, aplicados luego, además de en el Derecho Comunitario, en los Convenios bilaterales suscritos con terceros países.

### 2.1. Los Reglamentos comunitarios y sus principios de aplicación

Para alcanzar los objetivos a los cuales antes se ha hecho referencia y desarrollar el sistema de coordinación previsto por el Tratado Fundacional, se aprobaron inicialmente los Reglamentos CEE 1408/71, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el CEE 574/1972, de 21 de marzo, que desarrolla el anterior. El primero recogía los principios fundamentales de coordinación de sistemas y el segundo las reglas para su aplicación.

La complejidad de estos reglamentos ha generado miles de sentencias a todos los niveles, más de quinientas emanadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en buena medida como consecuencia de cuestiones prejudiciales interpretativas solicitadas por las jurisdicciones de los diferentes Estados miembros.

Los Reglamentos de coordinación en materia de Seguridad Social cumplieron sesenta años en 2018, por lo que resulta lógico que desde su aprobación hayan sufrido distintas modificaciones y adaptaciones como consecuencia de las adhesiones de los nuevos Estados miembros y de la evolución que ha tenido lugar en materia de Seguridad Social<sup>16</sup>. Así, ambos se han visto evolucionados a través del Reglamento CE/883/2004, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y el Reglamento CE/987/2009, de 16 de septiembre, que entraron en vigor en el año 2010 y ejercen la misma función que los anteriores.

Con el objetivo de garantizar la libre circulación de las personas y para que la Seguridad Social continúe ejerciendo de pilar de los Estados miembros y de la propia Unión Europea, se han adoptado ciertos principios básicos de actuación en la materia, como son el

<sup>14</sup> SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L.: “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario”, *RMTAS*, núm. 47, 2003, pág. 17.

<sup>15</sup> ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: *La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 128.

<sup>16</sup> Sobre la evolución de la materia a lo largo del tiempo, PIETERS, D.: “La Seguridad Social en Europa: entre la conservación del pasado y la construcción del futuro”, en AA.VV.: *El futuro Europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010, pág. 265 y ss.

principio de igualdad de trato, la exportación de las prestaciones, la conservación de derechos en curso de adquisición y la coordinación administrativa<sup>17</sup>.

El Reglamento 883/2004 ha conservado y mantenido inalterados los principios tradicionales que inspiraron la coordinación de sistemas<sup>18</sup>, ayudando las disposiciones de esta normativa a determinar la ley aplicable cuando un trabajador desarrolla o ha desarrollado una prestación de servicios en varios Estados miembros, buscando, con carácter general, la aplicación de una única regulación a la relación de Seguridad Social<sup>19</sup>. Ya lo indica el propio Reglamento en su Considerando 3 cuando señala que nació “con la finalidad de modernizar y simplificar las normas de coordinación de las legislaciones nacionales de seguridad social”. Ahora bien, conserva y mantiene los mismos objetivos que figuraban en el Reglamento 1408/71, circunstancia que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recalcado en su jurisprudencia<sup>20</sup>, de forma tal que cualquier pronunciamiento, aun cuando se refiera al Reglamento 1408/71, se puede considerar que sea de aplicación e interpretación del 883/2004<sup>21</sup>.

El Reglamento 883/2004 refuerza las obligaciones de cooperación en materia de Seguridad Social entre las administraciones y asume gran parte de los postulados que a lo largo del tiempo ha ido elaborando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de sus pronunciamientos y, aunque en lo esencial mantiene los tradicionales criterios y principios, ha establecido ciertos cambios<sup>22</sup>.

Así, la renovación legislativa en la materia ha tenido motivos de peso y ha supuesto un nuevo intento de “simplificación de las normas y procedimientos aplicables, a un esfuerzo especial de recepción de la jurisprudencia comunitaria, a la mayor precisión en las reglas

<sup>17</sup> Al respecto, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., TASCÓN LÓPEZ, R., ÁLVAREZ CUESTA, H. y QUIRÓS HIDALGO, J. G.: “Traslados o desplazamientos a un país miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo”, en AA.VV.: *Trabajadores en el extranjero (Desplazados y expatriados). Aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social*, Francis Lefevre, Madrid, 2002, pág. 105 y ss. También, ORTEGA LOZANO, P. G.: “Las prestaciones por desempleo y cese de actividad en España y su coordinación en la Unión Europea: el reglamento (CE) núm. 883/2004. Análisis comparativo con el régimen jurídico general de seguridad social del trabajador asalariado”, *NREDT*, núm. 209, 2018, pág. 82.

<sup>18</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D.: *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, CES, Madrid, 2004, pág. 82.

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Desplazamientos y traslado de trabajadores al extranjero. Régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pág. 122.

<sup>20</sup> STJUE 255/13, 5 de junio 2014, Asunto *Saffjan*.

<sup>21</sup> ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pág. 91.

<sup>22</sup> En este punto, MUÑOZ MOLINA, J.: “La Seguridad Social de los trabajadores comunitarios”, en AA.VV. (NAVARRO NIETO, F., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. y GÓMEZ MUÑOZ, J. M.): *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 130, quien señala algunos ejemplos: la mejora de los derechos de los asegurados con la ampliación de los campos de aplicación personal y material; la aplicación de las disposiciones a todos los nacionales de los Estados miembros cubiertos por la legislación de Seguridad Social de un país integrante de la Unión y no solamente a las personas que forman parte de la población activa; el aumento de las ramas de Seguridad Social dependientes del régimen de coordinación para incluir las legislaciones relativas a la prejubilación; la modificación de algunas disposiciones relativas al desempleo como puede ser el mantenimiento durante un tiempo determinado (tres meses ampliables hasta un máximo de seis) del derecho a prestaciones para el desempleado que se traslada a otro Estado miembro con el fin de buscar empleo; el reforzamiento del principio general de igualdad de trato, de especial importancia para los trabajadores transfronterizos, especialmente mediante la inserción de una disposición que estipula la asimilación de los hechos; el fortalecimiento del principio de exportación de prestaciones; o, en fin, la introducción del principio de buena administración.

sobre asimilación o acumulación de prestaciones, a la inclusión o precisión de algunas contingencias, a la mejora del trato concedido a buena parte de las que tradicionalmente se habían contemplado, al perfeccionamiento de los mecanismos de coordinación y colaboración entre los Estados miembros, a la previsión de ciertas cautelas en relación con la información y documentación afectada, o a la introducción de nuevas reservas o particularidades de carácter nacional. Pero esta nueva operación normativa, siendo muy importante por muchas razones, no ha entrañado en realidad transformación alguna en el método o manera de actuar de la Unión Europea en este terreno”<sup>23</sup>.

Como todos los Reglamentos europeos, los de Seguridad Social tienen carácter obligatorio y aplicación directa en todos sus elementos, sin necesidad de ser transpuestos y disfrutando de primacía sobre las normas internas de los Estados miembros.

## 2.2. **Ámbito personal, territorial y material de aplicación de los Reglamentos en materia de Seguridad Social**

El ámbito personal de la norma establece su aplicación<sup>24</sup> “a las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites. Asimismo, se aplicará a los supérstites de las personas que hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de tales personas, cuando dichos supérstites sean nacionales de uno de los Estados miembros o apátridas o refugiados que residan en uno de los Estados miembros” (art. 2 Reglamento 883/2004)<sup>25</sup>.

Como cabe apreciar, el dato utilizado para identificar a los sujetos protegidos es la nacionalidad<sup>26</sup>, ya sea del causante, ya del supérstite, así como el de residencia en alguno de los países que conforman la Unión, extendiéndose a familiares del titular y quienes gocen del estatuto jurídico de apátrida o refugiado, dando por hecho “que ha de tratarse de personas que ejerzan el derecho a la libre circulación o se desplacen a través del espacio de la UE”<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> GARCÍA MURCIA, J.: “Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y el Tratado de Lisboa”, en AA.VV.: *El futuro Europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010, págs. 25-26.

<sup>24</sup> En torno a los problemas que generaba el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria de Seguridad Social, SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Problemas aplicativos de los Reglamentos Comunitario: Perspectiva doctrinal”, en AA.VV. (Fernández De Mata, E., Dir.): *Seguridad Social Internacional*, CGPJ, Madrid, 1998, pág. 142 y ss.

<sup>25</sup> Por su parte, el Reglamento 1231/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) 883/2004 y el Reglamento (CE) 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos, amplió el ámbito subjetivo de aplicación “a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén aún cubiertos por los mismos, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro y siempre que su situación no esté circunscrita, en todos sus aspectos, al interior de un solo Estado miembro”.

<sup>26</sup> Sobre esta cuestión, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “La aplicación de las normas comunitarias sobre Seguridad Social a los nacionales de terceros países: reflexiones al hilo del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril”, *RDME*, núm. 6, 2004, pág. 321 y ss.

<sup>27</sup> MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. y PÉREZ CAMPOS, A. I.: *Materiales de Derecho Social Comunitario*, cit., págs. 53-54.

Por otra parte, cabe destacar como la norma ya no hace referencia de forma directa a trabajadores y estudiantes, sino que el término utilizado es mucho más genérico, al hablar de “personas”, lo que supone deslaboralizar totalmente el ámbito de aplicación de la legislación<sup>28</sup>.

La ciudadanía europea y su importancia se sitúan, en este sentido, por encima de la condición de trabajador, pues aquella se conservará aun cuando se produzca la pérdida de la segunda, y con ella el derecho de residencia<sup>29</sup>. Ahora bien, las disposiciones de Derecho Comunitario reguladoras de la libre circulación de trabajadores no tienen porqué resultar un impedimento para que la legislación interna de un Estado miembro pueda obligar a un nacional de otro Estado que hubiera entrado en busca de trabajo a abandonar su territorio “si transcurridos seis meses no ha encontrado empleo, a no ser que el interesado pruebe que continúa [buscándolo] y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado”<sup>29,30</sup>.

El derecho fundamental a la Seguridad Social, íntimamente conectado con la solidaridad del artículo 34 CDFUE, protege también a quien resida o se desplace de manera legal a otro Estado miembro en virtud de lo regulado por el Derecho Comunitario y las diferentes prácticas nacionales, constituyendo los Reglamentos “la principal intervención normativa del legislador de la UE en materia de Seguridad Social en situaciones de transnacionalidad”<sup>31</sup>.

En todo caso, y al margen de tales consideraciones, en materia de Seguridad Social cada ordenamiento nacional seguirá siendo el único competente para especificar la vía mediante la cual se accede al sistema correspondiente<sup>32</sup>.

Aun cuando el contenido de los Reglamentos Comunitarios no establecen nada al respecto, el ámbito territorial de aplicación de la normativa de Seguridad Social será,

<sup>28</sup> MUÑOZ MOLINA, J.: “La Seguridad Social de los trabajadores comunitarios”, en AA.VV. (Navarro Nieto, F., Rodríguez-Piñero Royo, M. C. y Gómez Muñoz, J. M.): *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*, cit., pág. 133.

<sup>29</sup> ROJO TORRECILLA, E.: “Libertad de circulación de trabajadores, de prestación de servicio y de establecimiento”, en AA.VV.: *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, Lefevre, 2018, pág. 491.

<sup>30</sup> STJUE 292/89, 26 febrero 1991, Asunto *The Queen/Immigration Appeal Tribunal, ex parte: Gustaff Desiderius Antonissen*, que señala cómo “al no existir ninguna disposición comunitaria que fije un plazo para la residencia de los nacionales comunitarios en busca de empleo en otro Estado miembro, un plazo de seis meses como el establecido por la legislación nacional a que se refiere el litigio principal no resulta insuficiente, en principio, para permitir a los interesados llegar a conocer, en el Estado miembro de acogida, las ofertas de empleo que correspondan a sus calificaciones y a adoptar, en su caso, las medidas necesarias para ser contratados, de manera que tal plazo no menoscaba la eficacia del principio de libre circulación”.

En cualquier caso, las limitaciones a la entrada y residencia por razones de orden, seguridad o salud pública, nunca podrán alegarse con fines económicos, sino que deben ajustarse al principio de proporcionalidad y aparecer fundadas únicamente en la conducta personal del interesado, constituyendo “una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés de la sociedad”, ROJO TORRECILLA, E.: “Libertad de circulación de trabajadores, de prestación de servicio y de establecimiento”, en AA.VV.: *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, cit., pág. 491.

<sup>31</sup> “Junto a ellos tan sólo existe cierta armonización menos relevante y ajena al ejercicio de la libre circulación”, CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social”, en AA.VV.: *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, Lefevre, 2018, pág. 511.

<sup>32</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Coordenadas de la Seguridad Social comunitaria: el Reglamento 883/2004”, *AS*, núm. 9, 2004, pág. 123 y ss.

evidentemente, el territorio de la Unión Europea en virtud de la legislación básica y el de los países pertenecientes al Espacio Económico Europeo dado el Acuerdo de 1992, aun cuando éste puede verse ampliado a terceros países a través de la firma de acuerdos al respecto, tal y como ha ocurrido en distintas ocasiones, al margen de la precisión por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de cuestiones específicas relativas a determinados territorios, o a los territorios asociados a la Unión por su vinculación con algún miembro<sup>33</sup>.

En cuanto al ámbito material, el Reglamento recoge las prestaciones habituales, señalando que será de aplicación a toda la legislación relativa a las ramas de Seguridad social relacionadas con las prestaciones de enfermedad, maternidad y paternidad asimiladas, invalidez, vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y enfermedad profesional, subsidios de defunción, prestaciones de desempleo, prejubilación y las familiares. Por supuesto, la norma incluye también las oportunas exclusiones respecto a su aplicación<sup>34</sup>.

La regulación será de aplicación, salvo disposición en contrario del propio Reglamento, a los regímenes de seguridad social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador<sup>35</sup>, así como a las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en la legislación<sup>36</sup> que, por su alcance personal, objetivos y condiciones para su concesión presenten características tanto de legislación de Seguridad Social como de asistencia social<sup>37</sup>.

### 2.2.1. Los principios de coordinación en materia de Seguridad Social

El principio del cual se parte es el de unicidad de la legislación aplicable recogido en el artículo 11 del Reglamento 883/2003 respecto de personas sujetas a esta normativa protectora, la cuales se encontrarán “sometidas a la legislación de un único Estado

<sup>33</sup> Como pueden ser los departamentos franceses de ultramar (STJCE 148/77, 10 octubre 1978, Asunto *Hansen*); Argelia (entre otras, SSTJCE 11/73, 10 octubre 1973, Asunto *Fiege*; 6/75, 26 junio 1975, Asunto *Horst*); Guadalupe, Reunión, Martinica u otros, o Suiza por acuerdo particular. En situación particular se encuentran los países con un Acuerdo de Cooperación o Asociación con la Unión Europea que reconozca la igualdad de trato en esta materia a sus nacionales respecto a los ciudadanos europeos, Túnez, Marruecos, Turquía y los países de África, Caribe y Pacífico (ACP).

<sup>34</sup> El Reglamento no se aplicará “a la asistencia social y sanitaria, ni a las prestaciones respecto a las cuales un Estado miembro asuma la responsabilidad de los daños causados a las personas y prevea una compensación, tales como las concedidas a las víctimas de guerra y de acciones militares o de sus consecuencias; las víctimas de delitos, asesinato o actos terroristas; las víctimas de daños ocasionados por agentes del Estado miembro en el ejercicio de sus funciones, o las víctimas que se hayan visto perjudicadas por razones políticas o religiosas o debido a su origen”.

<sup>35</sup> No obstante, las disposiciones del título III disposiciones particulares para las distintas categorías de prestaciones no afectarán a las disposiciones de la legislación de los Estados miembros relativas a las obligaciones del armador.

<sup>36</sup> Sobre la materia, GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBRED, C.: “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *RMTAS*, núm. 64, 2006, pág. 64

<sup>37</sup> La distinción entre prestaciones de Seguridad Social y prestaciones de asistencia social resulta, en muchos casos, difícil de precisar, básicamente porque, por una parte, aparecen incluidos los sistemas protectores incluso no contributivos y, por otra, en numerosos supuestos existe un verdadero derecho subjetivo a las prestaciones de asistencia social, de manera tal que se hace “extremadamente ardua la distinción, al no poder apoyarse en los dos criterios tradicionalmente más utilizados para diferenciar el campo de la Seguridad Social del de la asistencia social”, COLINA ROBLEDO, M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T.: *Derecho Social Comunitario*, cit., pág. 202.

miembro”. En este sentido, será el propio Reglamento en su Título II el que determine la legislación a la cual quedará sujeta la relación, estableciendo una serie de reglas generales para definirla, normas particulares en caso de conflicto (art. 12), o frente a las prestaciones desarrolladas en más de un Estado al mismo tiempo (art. 13) o como excepciones a lo previsto (art. 16).

En cuanto a las normas particulares, la persona que ejerza una ocupación asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que desarrolla normalmente en él sus actividades y a la que este empleador le envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro<sup>38</sup>, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona previamente enviada<sup>39</sup> (art. 12 Reglamento 883/2004).

No existe, en realidad, una definición comunitaria del término coordinación, aunque, en síntesis, a través de ella se establecen los criterios de conexión “entre las diferentes legislaciones nacionales así como de distribución de las cargas entre los distintos regímenes nacionales, sin que los derechos en materia de Seguridad Social de los migrantes se vean afectados por su lugar de empleo o residencia”<sup>40</sup>.

Como cabe apreciar en el supuesto ahora analizado, la técnica de coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la actualidad posee un serio componente de complejidad “debido a su amplio ámbito territorial, subjetivo y objetivo”<sup>41</sup>, actuando, además, en un terreno en el que se producen diversidad de situaciones con múltiples versiones<sup>42</sup> que, eso sí, comparten el elemento común de los movimientos transfronterizos de trabajadores. Se presenta, por tanto, difícil al operar entre sistemas dispares por naturaleza, actuando como un “puente jurídico” que permite el paso de uno a otro, de modo que los derechos adquiridos o en vías de adquisición en un Estado miembro puedan invocarse en otro Estado como si se hubieran producido en el primero<sup>43</sup>.

**A.- Igualdad de trato.** En el ámbito europeo queda prohibida cualquier discriminación por razón de nacionalidad, siendo la igualdad de trato un principio capaz de vincular a toda persona o institución que se encuentre bajo el manto de aplicación de las disposiciones de la legislación comunitaria.

<sup>38</sup> Sobre esta materia, STJUE 527/2016, 6 septiembre 2018.

<sup>39</sup> Al respecto, GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas”, en AA.VV. (Correa Carrasco, M., Coord.): *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, MTAS, Madrid, 2005, págs. 467 y ss. o MANEIRO VÁZQUEZ, Y. y MIRANDA BOTO, J. M.: “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados en el Reglamento (CE) nº 883/2004”, en AA.VV.: *El futuro Europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010, pág. 226 y ss.

<sup>40</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Modernización y simplificación de la coordinación de los regímenes de protección social en la Unión Europea”, en AA.VV.: *El futuro Europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010, pág. 119.

<sup>41</sup> VALDUEZA BLANCO, M<sup>a</sup>. D.: “La protección social de los ciudadanos en el Derecho Comunitario”, en AA.VV. (González Ortega, S., Dir.): *La protección social de los extranjeros en España*, cit., pág. 57.

<sup>42</sup> GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C.: “La coordinación de regímenes de Seguridad Social. El Reglamento CEE 1408/71. Simplificación y extensión a nacionales de terceros países”, *RMTAS*, núm. 42, 2003, pág. 72.

<sup>43</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Comares, Granada, 1997, pág. 2.

En este sentido, el artículo 4 del Reglamento 883/2004, incorpora tal principio al acervo de Seguridad Social, principio que entraña, a un tiempo una regla de reciprocidad<sup>44</sup>, pues “las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento”. La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en esta disciplina ha de observarse desde dos puntos de vista diferentes, aunque íntimamente relacionados, uno atiende al Derecho Internacional y otro al Derecho interno de cada Estado. Desde la perspectiva del Derecho Internacional, España debe “respetar la igualdad de trato en materia de Seguridad Social según lo dispongan los Tratados y Convenios internacionales, tanto bilaterales como multilaterales, que se haya ratificado”<sup>45</sup>.

En esta materia, el principio de igualdad se ve complementado por las reglas establecidas en los artículos 5 y 7 del Reglamento. Por un lado, se suprimen las cláusulas de residencia, habida cuenta de que, siempre y cuando no exista disposición en contrario en la propia norma, “las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora” (art. 7 Reglamento 883/2004).

Por otro, la asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos implica que, salvo disposición en contra, cuando “en virtud de la legislación del Estado miembro competente, el disfrute de prestaciones de seguridad social o de otros ingresos produce determinados efectos jurídicos, las disposiciones de que se trate de dicha legislación serán igualmente aplicables en caso de disfrute de prestaciones equivalentes adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de ingresos adquiridos en el territorio de otro Estado miembro”. Además, si, “en virtud de la legislación del Estado miembro competente, se atribuyen efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado tendrá en cuenta hechos o acontecimientos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio” (art. 5 Reglamento 883/2004).

**B.- Exportación de las prestaciones.** El principio de conservación de los derechos adquiridos o de exportación de las prestaciones surge para “paliar los efectos negativos de aquellas normas nacionales que condicionan el disfrute de los beneficios de la Seguridad Social a la residencia y permanencia del interesado en el Estado obligado a pagar la prestación”<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. y PÉREZ CAMPOS, A. I.: *Materiales de Derecho Social Comunitario*, cit., pág. 55.

<sup>45</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “¿Qué tutela jurídico social para los trabajadores emigrantes?”, en AA.VV. (Fernández Avilés, J. A., Dir.; Durán Bernardino, M., Coord.): *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, cit., pág. 61.

<sup>46</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., TASCÓN LÓPEZ, R., ÁLVAREZ CUESTA, H. y QUIRÓS HIDALGO, J. G.: “Traslados o desplazamientos a un país miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo”, en AA.VV.: *Trabajadores en el extranjero (Desplazados y expatriados). Aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social*, cit., pág. 107.

El propósito y finalidad del principio es mantener y preservar los derechos adquiridos por el trabajador, circunstancia que supone la posibilidad de disfrutar de la prestación en un Estado miembro diferente de aquel en el cual se generó, reforzado por la regla antes descrita de supresión de residencia, aunque tal afirmación pueda ser matizada respecto de algunas prestaciones especiales. Así, se intenta eliminar cualquier obstáculo a la libre circulación de manera tal que, al abandonar el territorio del país de desplazamiento para trasladarse a otro dentro del ámbito de la infraestructura supranacional comunitaria, conserve las prestaciones que hubiera generado en el primero.

De tal forma, la legislación prevé la imposibilidad de reducir, modificar, suspender, suprimir o confiscar las prestaciones en metálico por no ser residente en el Estado obligado al abono de estas. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha extendido la aplicación del principio no solo al mantenimiento de las prestaciones, sino también a su adquisición, en tanto considera que no resulta posible denegar la adquisición del derecho a prestaciones, rentas y subsidios por la única razón de que el interesado no resida en el Estado deudor<sup>47</sup>.

**C.- Conservación de los derechos en curso de adquisición. Totalización, prorrateo y no acumulación.** Nuevamente, y con el objetivo de evitar serios perjuicios para los trabajadores expatriados en el acceso a prestaciones, habida cuenta de que con el cambio de país y legislación se está obligado a comenzar a cotizar otra vez en el nuevo destino sin que en ello tenga influencia alguna la acción de haberlo ya hecho en otros u otros Estados frente a las mismas contingencias y con la consiguiente dificultad que puede entrañar para cumplir con los períodos de carencia exigidos, se crea el principio de conservación de los derechos en curso de adquisición, que obliga a tener en consideración la totalidad de los tiempos útiles de cotización, aun cuando esta haya sido realizada en diferentes Estados miembros.

Así, y salvo disposición en contrario del Reglamento, la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones, la admisión a una legislación o el acceso o la exención del seguro obligatorio, voluntario o facultativo continuado al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica” (art. 6 Reglamento 883/2004).

<sup>47</sup> Por citar alguna, SSTJCE 51/73, 7 noviembre 1973, Asunto *Smieja* o 293/88, 2 mayo 1990, Asunto *Winter-Lutzins*.

A pesar de la regla general, este principio se encuentra alcanzado también por ciertas excepciones únicamente cuando así lo contemple la normativa comunitaria (STJUE 90/97, 4 noviembre 1997, Asunto *Snares*). Así, el artículo 3 del Reglamento 883/2004 excluye “la asistencia social y sanitaria, ni a las prestaciones respecto a las cuales un Estado miembro asuma la responsabilidad de los daños causados a las personas y prevea una compensación, tales como las concedidas a las víctimas de guerra y de acciones militares o de sus consecuencias; las víctimas de delitos, asesinato o actos terroristas; las víctimas de daños ocasionados por agentes del Estado miembro en el ejercicio de sus funciones, o las víctimas que se hayan visto perjudicadas por razones políticas o religiosas o debido a su origen”.

Para evitar las dificultades que la situación genera y otorgar capacidad operativa al principio se prevén tres técnicas para llevarlo a cabo: la totalización de los períodos de seguro; el prorrateo de las prestaciones y la no acumulación de prestaciones.

La totalización es, sin duda, el más importante de los procedimientos, “pues sin ella no pueden tener lugar las otras dos”<sup>48</sup>. Supone que el trabajador migrante verá computadas sus cotizaciones en diferentes territorios como si hubiera tenido un único seguro a lo largo de toda su carrera profesional, lo que implica que la institución competente del Estado miembro en el cual se produce la solicitud de la prestación habrá de computar todos los períodos de seguro, empleo o residencia cumplidos en otro país miembro, siempre y cuando ello resulte imprescindible para adquirir el derecho a pensión.

Este principio se matiza con la introducción de cierta proporcionalidad<sup>49</sup> para algunas prestaciones en relación al tiempo de seguro en cada país para determinar la cuantía de la prestación que a cada país corresponderá asumir.

Los períodos a totalizar de acuerdo con la normativa serían los siguientes: los períodos de seguro (considerando como tales “los períodos de cotización, o de actividad por cuenta ajena o propia, tal como se definen o admiten como períodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos o se consideran cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de seguro”, art. 1.t Reglamento 882/2004); los períodos de empleo o períodos de actividad por cuenta propia (que no son otros que los “definidos o admitidos como tales por la legislación bajo la cual hayan sido cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de empleo o a los períodos de actividad por cuenta propia”, art. 1.u Reglamento 882/2004); y los períodos de residencia (entendiendo por estos los “definidos o admitidos como tales por la legislación bajo la cual hayan sido cubiertos o sean considerados como cubiertos”, art. 1.v Reglamento 882/2004).

Los períodos de seguro cubiertos en otros Estados miembros deben ser tomados en consideración a todos los efectos, pues el cálculo de la prorratea se atendrá al total de las cotizaciones, sin posibilidad de excluir las ficticias<sup>50</sup>, pudiendo llegar a realizarse una triple conexión entre territorios al considerar obligatorio computar simultáneamente no solo las cotizaciones realizadas en países comunitarios, sino también las cubiertas con un tercero con Convenio bilateral suscrito si tal resultare necesario para obtener acceso a las prestaciones<sup>51</sup>.

La totalización es una técnica que únicamente cabe entender excepcionada cuando exista una disposición en contrario en el propio Reglamento, lo que viene a impedir que por

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., TASCÓN LÓPEZ, R., ÁLVAREZ CUESTA, H. y QUIRÓS HIDALGO, J. G.: “Traslados o desplazamientos a un país miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo”, en AA.VV.: *Trabajadores en el extranjero (Desplazados y expatriados). Aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social*, cit., pág. 108.

<sup>49</sup> RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Desplazamientos y traslado de trabajadores al extranjero. Régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial*, cit., pág. 123.

<sup>50</sup> STS 26 junio 2001 (RJ 5965).

<sup>51</sup> STSJ Galicia 25 octubre 2001 (AS 3562).

vía de desarrollo reglamentario o de interpretación se excepciones la virtualidad del principio<sup>52</sup>.

Por su parte, el principio de prorrateo implica que, una vez realizada la totalización y como consecuencia de ello, surge la cuestión de a quién debe hacerse responsable del pago de la prestación, circunstancia que conduce a que cada Estado miembro con obligaciones al respecto asuma la parte de la distribución que le corresponda en atención al período cubierto bajo el amparo de su normativa.

En cualquier caso, no se tratará de una pensión única dividida entre los distintos deudores, sino más bien un conjunto de prestaciones independientes de las cuales se harán cargo diferentes obligados, en tanto en cuanto cada uno de ellos la reconoce en virtud de su propia legislación y no de las otras a pesar de aceptar los períodos totalizados<sup>53</sup>, aunque ello no ha dejado de generar problemas en torno a diferentes cuestiones como la asunción de los pagos<sup>54</sup>.

En fin, la no acumulación de prestaciones, salvo disposición en contrario, implica que la normativa “no podrá conferir ni mantener el derecho a disfrutar de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo período de seguro obligatorio”, debiendo determinarse caso por caso si dos prestaciones son de la misma naturaleza, con independencia de los caracteres específicos de cada legislación deben considerarse como tales aquellas cuyo objetivo, finalidad, base de cálculo y requisitos de concesión resulten idénticos<sup>55</sup>.

Una interpretación en sentido contrario permitiría considerar perfectamente acumulables prestaciones de distinta naturaleza; de la misma naturaleza si se trata de un período distinto y de la misma naturaleza y del mismo período si son pensiones liquidadas por instituciones de dos o más Estados<sup>56</sup>.

El Reglamento 883/2004 fija una serie de pautas para evitar la acumulación<sup>57</sup>. Por otra parte, en caso de acumulación de prestaciones de la misma naturaleza con arreglo a la

<sup>52</sup> MUÑOZ MOLINA, J.: “La Seguridad Social de los trabajadores comunitarios”, en AA.VV. (Navarro Nieto, F., Rodríguez-Piñero Royo, M. C. y Gómez Muñoz, J. M.: *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*, cit., pág. 137.

<sup>53</sup> STS 27 noviembre 1987 (RJ 8081).

<sup>54</sup> Por citar alguna entre muchas SSTS 13 octubre 1993 (RJ 7594), 16 febrero 1994 (RJ 1054) o 5 mayo 1997 (RJ 3650).

<sup>55</sup> STJUE 366/96, 12 febrero 1998, Asunto *Cordelle*.

<sup>56</sup> En tal sentido, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., TASCÓN LÓPEZ, R., ÁLVAREZ CUESTA, H. y QUIRÓS HIDALGO, J. G.: “Traslados o desplazamientos a un país miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo”, en AA.VV.: *Trabajadores en el extranjero (Desplazados y expatriados). Aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social*, cit., pág. 110.

<sup>57</sup> Señalando cómo, respecto a las prestaciones de invalidez, de vejez y de supervivencia, “calculadas o concedidas con arreglo a los períodos de seguro y/o de residencia cumplidos por una misma persona se considerarán acumulaciones de prestaciones de la misma naturaleza”, y en caso de que no puedan considerarse de la misma naturaleza con arreglo a lo señalado se considerarán acumulaciones de prestaciones de distinta naturaleza. A los efectos de las normas establecidas por las legislaciones de los Estados miembros para impedir la acumulación en los casos en que se acumule una prestación de invalidez, de vejez o de supervivencia con una prestación de la misma o de distinta naturaleza o con otros ingresos, se aplicarán las siguientes normas (art. 53 Reglamento 883/2004): a) la institución competente tendrá en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en otro Estado miembro sólo cuando la legislación que aplique establezca que se tengan en cuenta las prestaciones o los (...)

legislación de dos o más Estados miembros, las normas para impedir la acumulación establecidas por la legislación de un Estado miembro no serán aplicables a una prestación prorrateada, y se aplicarán a una prestación independiente únicamente cuando la prestación de que se trate constituya una prestación cuyo importe sea independiente de la duración de los períodos de seguro o residencia o una prestación cuyo importe se determine en función de un período acreditado que se considera cumplido entre la fecha de la materialización del riesgo y una fecha posterior, en caso de acumulación con una prestación del mismo tipo, salvo si entre dos o más Estados miembros se ha firmado un acuerdo para evitar que se computen más de una vez en el mismo período acreditado, circunstancia recogida con detalle en virtud del país en el anexo IX del Reglamento 883/2004.

Respecto al pago de las prestaciones el artículo 52 del Reglamento 883/2004, establece que la institución competente calculará el importe de la prestación potencialmente adeudada:

a) en virtud de la legislación que aplique, únicamente si las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones se han cumplido exclusivamente con arreglo a la legislación nacional (prestación nacional);

b) calculando un importe teórico y posteriormente un importe real (prestación prorrateada), de la siguiente manera:

De un lado, el importe teórico de la prestación será igual a la prestación que el interesado habría causado en el supuesto de que todos los períodos 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. En caso de que, con arreglo a dicha legislación, el importe no dependa de la duración de los períodos cumplidos, se considerará que dicho importe constituye el importe teórico.

De otro, la institución competente establecerá a continuación el importe real de la prestación prorrateada, aplicando al importe teórico la proporción entre la duración de los períodos cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo de acuerdo con la legislación que la institución aplique y la duración total de los períodos cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados.

---

ingresos adquiridos en el extranjero; b) la institución competente tendrá en cuenta el importe de las prestaciones que ha de abonar otro Estado miembro antes de la deducción de los impuestos, cotizaciones a la seguridad social y otras retenciones o deducciones individuales, salvo que la legislación aplicada por dicha institución establezca normas para impedir la acumulación tras las citadas deducciones, con arreglo a las condiciones y los procedimientos que se establecen en el Reglamento de aplicación; c) la institución competente no tendrá en cuenta el importe de las prestaciones adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro en virtud de un seguro voluntario u optativo continuado; d) si un único Estado miembro aplica cláusulas antiacumulación debido a que el interesado disfruta de prestaciones de la misma naturaleza o de naturaleza diferente en virtud de la legislación de otros Estados miembros, o bien disfruta de ingresos adquiridos en otros Estados miembros, la prestación debida podrá reducirse solamente en el importe de dichas prestaciones o de dichos ingresos.

### 2.3. Los Convenios bilaterales en materia de Seguridad Social y su relación con los Reglamentos Comunitarios

La Seguridad Social convencional está conformada por un conjunto de normas pactadas entre dos o más Estados, dirigidas a evitar que el individuo vea suprimidos o reducidos sus derechos en materia de prestaciones sociales al cambiar su residencia de uno a otro país, pero sin que ello afecte a la legislación de tales Estados<sup>58</sup>.

La incorporación de España a las Comunidades europeas supuso unos efectos jurídicos trascendentales en el desarrollo de la política exterior, afectando a la absoluta autonomía de que gozaba el Estado para suscribir Convenios bilaterales con terceros países<sup>59</sup>, aun cuando algunos hayan sido incluidos en el Anexo II del Reglamento en virtud de su carácter más favorable.

Eso sí, cabe destacar que no es esta la única vía de aplicación de los Convenios bilaterales, en tanto los Estados pueden celebrar, a pesar de la obligatoriedad del Reglamento, Convenios de Seguridad Social entre ellos, si bien dentro de los principios y el espíritu de aquel, ya que lo que los Reglamentos comunitarios marcan son unas normas mínimas de cobertura para los trabajadores migrantes de los Estados miembros, pero pudiendo estos ampliar tales coberturas a través de su legislación interna, pues, tal y como la jurisprudencia comunitaria ha señalado la legislación europea no se opone a que un Derecho interno pueda establecer normas más favorables que el propio Derecho comunitario si las normas así impuestas resultan compatibles con este<sup>60</sup>.

Es decir, en algunas ocasiones su aplicación podría resultar incluso preferente<sup>61</sup>. Ahora bien, se debe tener en cuenta, por otra parte, que tal posibilidad queda supeditada al hecho de que se hubieran generado derechos en curso de adquisición en el seno de tales convenios antes de la entrada en vigor de los Reglamentos en los dos Estados firmantes<sup>62</sup>, vía jurisprudencial relevante frente a las pensiones de los trabajadores migrantes<sup>63</sup>, pues en no pocos casos se alcanza mayor cobertura al amparo de los Convenios que al de los Reglamentos comunitarios.

En el ámbito de esta posibilidad se produce el litigio que a este estudio interesa, en tanto se dirime la aplicación e interpretación de un convenio bilateral suscrito por España con otro Estado en materia de Seguridad Social frente a las previsiones del Reglamento comunitario.

<sup>58</sup> DE LA CASA QUESADA, S.: “Los Convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España. Especial referencia a la protección por desempleo”, en AA.VV. (Correa Carrasco, M., Coord.): *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, MTAS, Madrid, 2005, págs. 116-117.

<sup>59</sup> SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L.: “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario”, cit., pág. 19.

<sup>60</sup> Entre otras, STJCE 370/90, 7 julio 1992, Asunto *Singh*.

<sup>61</sup> STJUE 227/89, 7 febrero 1991, Asunto *Rönfeldt*.

<sup>62</sup> Entre otras, SSTJUE 113/96, 5 julio 1998, Asunto *Gómez Rodríguez* o 277/99, 5 febrero 2002, Asunto *Kaske*.

<sup>63</sup> Sobre la cuestión, en tal sentido, CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social”, en AA.VV.: *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, cit., pág. 517.

En concreto, se produce el supuesto de un trabajador emigrante español que acredita a lo largo de su vida laboral cotizaciones en dos Estados comunitarios, como son España y Bélgica, y reclama contra la pensión de jubilación concedida al no estar de acuerdo con diferentes aspectos que se han tenido en cuenta para el cálculo de su cuantía final. El Instituto Social de la Marina reconoció pensión de jubilación al trabajador en virtud de una serie de datos de cálculo respecto a la base reguladora, porcentaje por cotización, coeficiente reductor, porcentaje final, *prorrata temporis* a cargo de España, pensión inicial prorrateada y fecha de efectos. Este interpuso demanda en el Juzgado de lo Social respecto al reconocimiento de su pensión de jubilación y, en concreto, discrepando del cálculo de la bonificación por edad, del porcentaje aplicable de la pensión de jubilación, de la *prorrata temporis*, de la base reguladora e interesando una determinada fecha de efectos de la revisión correspondiente al hecho causante de la prestación.

La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda presentada reconociendo el derecho del actor a percibir la pensión de jubilación con una base reguladora, *prorrata temporis* a cargo de España y fecha de efectos distintas a las otorgadas por el Instituto Social de la Marina, condenando a estar y pasar por esta declaración, así como al abono de los atrasos por las diferencias con la pensión reconocida, más las mejoras y revalorizaciones que en su caso procedieran.

Contra la misma se alzan tanto el actor como el Instituto Social de la Marina formulando recursos de suplicación, dictando la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia fallo que desestimaba sustancialmente el recurso del trabajador y totalmente el del Instituto, confirmando la sentencia de instancia, excepto en lo que respecta a la cuantía de la *prorrata temporis* a cargo de España, que se ve aumentada.

En fin, contra la misma, el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Social de la Marina, interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, planteando cuál ha de ser el sistema de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación (Régimen Especial del Mar) de un trabajador migrante que tiene acreditadas cotizaciones en España y en Bélgica, al que se le ha reconocido la prestación en aplicación de las normas sobre totalización de períodos de seguro y prorrateo de la prestación contenidas en los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social. En concreto se trata de dirimir si para la fijación de la base reguladora se han de tomar como referencia las “bases ficticias” o “bases medias” de un asegurado que hubiese trabajado en España en el período previo al hecho causante de la prestación, en el que el interesado prestó servicios en Bélgica, o las “bases reales” o “bases remotas” por las que cotizó en España antes de desvincularse de su sistema de Seguridad Social.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones en torno a la cuestión y, especialmente, por lo que aquí interesa, en relación a la normativa aplicable para determinar la base reguladora de la pensión de jubilación de trabajadores que han prestado servicios en España y en países de la Unión Europea con los que nuestro país ha suscrito un Convenio de Seguridad Social.

Así, el Tribunal Supremo ha venido afirmando tradicionalmente que la regla de cálculo prevista en el Reglamento 1408/1971 debe ceder ante la establecida en el Acuerdo bilateral de que se trate si de la misma deriva un trato más favorable para el asegurado que el

procurado por la normativa comunitaria, puntualizando el hecho de que la fórmula más ventajosa entre ambos debe ser respetada incluso tras la adhesión de España a la Unión Europea<sup>64</sup>.

De tal forma, y en virtud de tal doctrina, dependerá del supuesto concreto planteado ante los tribunales un fallo dando prioridad a la aplicación del Reglamento Comunitario o al correspondiente Acuerdo bilateral entre Estados. Así, en determinados casos se ha declarado aplicable la norma comunitaria después de verificar que un determinado Convenio de Seguridad Social no contenía una disposición más ventajosa para los asegurados<sup>65</sup>. En otros, sin embargo, se llegó a la conclusión contraria al tener en cuenta que el sistema de cálculo de la base reguladora de la prestación establecida en estos era el de las bases medias de cotización, más beneficioso para los trabajadores<sup>66</sup>.

Este mismo criterio interpretativo había sido defendido por el Tribunal Supremo en relación con el Acuerdo de Seguridad Social entre España y Bélgica en su primer pronunciamiento al respecto<sup>67</sup> al tomar como base de apoyo el artículo 19 del Convenio, que se interpretó considerando que realiza una remisión “las ‘bases medias’ cumplidas con arreglo al período designado del país que acoge ese sistema de cómputo”<sup>68</sup>.

En este punto se encuentra la peculiaridad de esta Sentencia del Tribunal Supremo sobre la materia, en tanto en cuanto determina un cambio de criterio interpretativo de la doctrina establecida frente al contenido de este Acuerdo, señalando que en estos supuestos debe aplicarse lo regulado por el Reglamento Europeo, acudiendo de nuevo al artículo 19 del Convenio, pero en esta ocasión para darle una interpretación distinta, efectuando una corrección respecto a la anterior doctrina y considerando que “dicho precepto no remite a las bases medias del período previo al hecho causante, sino a las ‘bases reales’ o ‘bases remotas’ cotizadas en España”<sup>69</sup>.

El contenido del mencionado artículo 19 del Convenio<sup>70</sup>, bajo la rúbrica “Disposición común a los seguros de enfermedad, maternidad, invalidez y vejez (muerte)”, establece que “si de acuerdo con la legislación de uno de los dos países contratantes, para la liquidación de las prestaciones, se tiene en cuenta el salario medio de todo el período de seguro o de una

<sup>64</sup> Así lo destacan, entre otras, las SSTS 15 septiembre 2010 (RJ 7427), 31 enero 2011 (RJ 2448), o el pronunciamiento comentado, STS 14 febrero 2018 (RJ 1067).

<sup>65</sup> Sirva como ejemplo la STS 25 marzo 2009 (RJ 2209) respecto al Convenio con Suecia de 4 de febrero de 1983.

<sup>66</sup> SSTS 30 septiembre 2003 (RJ 7454) y 6 octubre 2004 (RJ 2005/1581), respecto a los Convenios de Seguridad Social suscritos con Alemania el 4 de diciembre de 1973; SSTS 30 septiembre 2008 (RJ 2009/114) y 29 septiembre 2009 (RJ 4961) para el caso de los Países Bajos, con el Acuerdo firmado el 5 de febrero de 1974; STS 31 enero 2011 (RJ 2448), respecto a Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el pacto firmado el 13 de septiembre de 1974; SSTS 20 abril y 15 septiembre 2010 (RJ 2601 y 7427, respectivamente), frente al Convenio de 31 octubre de 1974 firmado con Francia.

<sup>67</sup> Aun cuando ya había habido pronunciamientos respecto a la fijación de la base reguladora de trabajadores migrantes en Bélgica, como son las SSTS 28 septiembre 1999 (RJ 7869) y 19 diciembre 2003 (RJ 9381), en estos casos los beneficiarios en ningún momento invocaron el Acuerdo Hispano-Belga en orden a la fijación de la base reguladora, de forma tal que el litigio se resolvió atendiendo exclusivamente al contenido de los Reglamentos Comunitarios.

<sup>68</sup> STS 27 octubre 2017 (RJ 5209).

<sup>69</sup> STS 14 febrero 2018 (RJ 1067).

<sup>70</sup> Convenio sobre Seguridad Social entre España y Bélgica, de 28 de noviembre de 1956 (Instrumento de ratificación, BOE 13 mayo 1958), revisado el 10 de octubre de 1967 (BOE 30 agosto 1969).

parte de dicho período, el salario medio tomado en consideración para calcular las prestaciones a cargo de tal país se determinará según los salarios comprobados durante el período de seguro cumplido en dicho país”.

El pronunciamiento entiende que en España es esto lo que sucede, habida cuenta de que, con arreglo a la legislación aplicable por razones cronológicas (art. 162.1 LGSS), “la base reguladora de la pensión de jubilación se calcula a partir de las bases de cotización correspondientes a los 180 meses inmediatamente anteriores a aquél en que se produce el hecho causante, que están determinadas por los salarios reales. Así pues, existiendo una regla específica al respecto en el Convenio bilateral objeto de análisis, a ella hemos de estar careciendo de fundamento la pretensión de acudir a otros preceptos del mismo Convenio”.

En este sentido, parece claro que de acuerdo con el artículo 19 del Convenio, a efectos de determinar el salario medio hay que tomar como referencia “los salarios comprobados durante el período de seguro cumplido en dicho país”. Es decir, que para efectuar el cálculo del importe de la prestación se debe tener en cuenta el salario medio de todo o parte del período y asumir la prestación a su cargo, de forma tal que resulta preciso colegir que “en casos como el enjuiciado en que el asegurado cotiza primero en España y después en Bélgica donde lo hace en el período inmediatamente anterior al hecho causante, las bases de cotización que se han de tomar en consideración para calcular la base reguladora de la pensión de jubilación que debe abonar la Seguridad Social española, son las correspondientes al período de seguro acreditado en nuestro país, es decir las ‘bases reales’, o ‘bases remotas’, pues el inciso transcrito no puede merecer otra interpretación que la indicada”<sup>71</sup>.

En definitiva, tales argumentos evidencian que el Convenio de Seguridad Social con Bélgica no dispensa al asegurado un trato más favorable que el derivado de la normativa comunitaria en lo que respecta a la determinación de la base reguladora, en virtud de lo cual esta ha de ser calculada computando las bases de cotización durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización en España, debidamente actualizadas, atendiendo a lo establecido en el propio Reglamento 1408/1971.

---

<sup>71</sup> STS 14 febrero 2018 (RJ 1067), que refuerza este argumento señalando cómo la sentencia impugnada afirma “que la conclusión a la que llega resulta ratificada por lo previsto en el artículo 4 del Acuerdo Provisional Europeo sobre los Regímenes de Seguridad Social relativos a la vejez, invalidez y los sobrevivientes y su Protocolo Adicional hecho en París el 14 de diciembre de 1953 (BOE 21/03/1984), referencia que debe entenderse hecha al artículo 3 de ese mismo Instrumento, en tanto dispone que «Cualquier acuerdo relativo a las leyes y reglamentos a que se refiere el artículo 1, que se haya concluido o pueda concluirse entre dos o más partes contratantes, se aplicará, sin perjuicio de las disposiciones del artículo 9, a un nacional de cualquier otra parte contratante como si fuera nacional de una de las primeras partes, en la medida en que dicho acuerdo prevea, en lo que respecta a dichas leyes y reglamentos: (...) b) la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición, y concretamente las disposiciones relativas a la totalización de los períodos de seguro y de los períodos equivalentes para el nacimiento y mantenimiento del derecho, así como para el cálculo de las prestaciones». Para la sentencia recurrida este precepto debe ser interpretado en el sentido de que los trabajadores españoles que hubieran prestado servicios en Bélgica tienen derecho a beneficiarse de las condiciones más favorables *“en relación –entre otras cuestiones– al cálculo de las prestaciones que estuvieran contenidas en otros convenios bilaterales suscritos por España con otros países adheridos al Acuerdo Provisional Europeo (...) entre los cuales, además de Holanda, se encuentran Alemania, Francia o Reino Unido, cuyos convenios con España han sido interpretados de manera uniforme por el Tribunal Supremo como amparadores de la tesis de las bases medias”*.

### 3. A MODO DE CONCLUSIÓN

El auge de los movimientos migratorios laborales se ha proyectado también sobre el ámbito de la Seguridad Social, lo que ha supuesto un proceso de internacionalización de esta disciplina, pues en esta materia se plantean numerosos problemas, siendo para el trabajador uno de los principales el relativo a la conservación de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en el país de origen o en el Estado en el cual hubiera estado residiendo.

Tanto el Derecho originario como el Derecho derivado de la Unión Europea han dedicado tradicionalmente una especial atención a la materia de Seguridad Social, protegiendo el derecho fundamental a la misma a quien resida o se desplace de manera legal a otro Estado miembro en virtud de lo regulado por el Derecho de la Unión y las diferentes prácticas nacionales, constituyendo en estas situaciones los Reglamentos Comunitarios la principal intervención normativa europea en cuanto a la Seguridad Social hace.

Eso sí, en todo caso, en esta disciplina cada ordenamiento nacional seguirá siendo el único competente para especificar la vía mediante la cual se accede al sistema correspondiente, en tanto la normativa comunitaria es de coordinación y no de armonización, lo que genera la consecuencia de que los Estados miembros conserven la competencia para organizar sus sistemas de Seguridad Social, correspondiéndoles determinar los requisitos del derecho o de la obligación de afiliarse a un régimen y las condiciones que confieren derecho a las prestaciones.

En cualquier caso, quien ejerce su derecho a la libre circulación disfruta del reconocimiento de una serie de medidas protectoras específicas en el campo de la Seguridad Social, concretadas básicamente en la garantía de que prestar servicios en diferentes países comunitarios no afectará negativamente a su futuro derecho a percibir pensiones y prestaciones.

En este punto, además de los Reglamentos comunitarios, la Seguridad Social convencional está conformada por un conjunto de normas pactadas entre dos o más Estados, dirigidas a evitar que el individuo vea suprimidos o reducidos sus derechos en materia de prestaciones sociales al cambiar su residencia de uno a otro país.

La incorporación de España a la Unión Europea afectó a la autonomía de que gozaba el Estado para suscribir Convenios bilaterales con terceros países, a pesar de que algunos fueron incluidos en el Reglamento dado su carácter más favorable. Aun así, y a pesar de la obligatoriedad de los Reglamentos, los Estados miembros pueden celebrar Convenios de Seguridad Social entre ellos, manteniéndose en el ámbito y con respeto a los principios y espíritu de aquellos, pues marcan unas normas mínimas de cobertura para los trabajadores migrantes de los Estados miembros, pero pudiendo los países ampliar tales coberturas en su legislación interna, siempre y cuando resulten compatibles.

Ello implica que en ocasiones su aplicación podrá resultar preferente, aunque tal posibilidad quedará supeditada al hecho de que se hubieran generado derechos en curso de adquisición en el seno de tales convenios antes de la entrada en vigor de los Reglamentos en los dos Estados firmantes, lo que de cara a las pensiones de los trabajadores migrantes es

destacado, habida cuenta de que en muchos casos se alcanzarán mayores coberturas al amparo de esos Convenios bilaterales.

En el caso de la Sentencia que aquí se referencia, y aun cuando ya existían pronunciamientos y una base judicial asentada frente a estas situaciones y al Convenio con Bélgica que primaba su aplicación, se produce un cambio de criterio interpretativo de la doctrina establecida frente al contenido de este Acuerdo, señalando que en supuestos como el abordado en este trabajo debe aplicarse lo regulado por el Reglamento Europeo, ofreciendo una interpretación distinta de su artículo 19 y efectuando una corrección respecto a la anterior línea jurisprudencial, considerando que a efectos de determinar el salario medio hay que tomar como referencia los salarios comprobados durante el período de seguro cumplido en dicho país, evidenciando con sus argumentos que el Convenio de Seguridad Social con Bélgica no dispensa al asegurado un trato más favorable que el derivado de la normativa comunitaria en lo que respecta a la determinación de la base reguladora.



Estudios de  
Doctrina  
Judicial

LABORUM



## De la tutela diferenciada de la maternidad y la paternidad a la protección por nacimiento y cuidado de menor desde una perspectiva constitucional

### From differentiated maternity and paternity protection to shared parental protection and childcare from a constitutional perspective

SALVADOR PERÁN QUESADA

*PROFESOR AYUDANTE DOCTOR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
COORDINADOR DEL OBSERVATORIO JURÍDICO LABORAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO*

#### Resumen

Las últimas sentencias del Tribunal Constitucional sobre si constituye discriminación la diferente extensión de los permisos de maternidad y paternidad derivados de parto, alimentó un cierto debate social sobre el necesario impulso de la corresponsabilidad. El Tribunal Constitucional ratificó su doctrina consolidada al respecto, y el legislador cerró el debate por la vía de la equiparación en derechos –y deberes– para ambos progenitores. La virtualidad adquirida por el mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 CE a través de la LO 3/2007, nos invita a reflexionar sobre esta doctrina constitucional, bajo la premisa de que, todo tratamiento diferenciado basado en la maternidad deberá someterse al juicio de legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad, pero también al de su conexión o su contribución con el fin de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, debiendo descartarse cuando constituya el fundamento para las menores oportunidades de empleo de las mujeres.

#### Abstract

The latest rulings of the Constitutional Court on whether the different length of maternity and paternity leave was discriminatory fuelled a social debate about the need to foster shared responsibility. The Constitutional Court ratified its established doctrine in this regard and the lawmaker closed the debate by equalising rights - and duties - for both parents. The virtual nature acquired by the constitutional mandate contained in Article 9.2 EC of Organic Law 3/2007 invites us to reflect on this constitutional doctrine, under the premise that all differentiated treatment based on maternity should be submitted to legitimacy, reasonableness and proportionality. However, it should also be submitted to their connection or their contribution in order to achieve real and effective equality between women and men in the labour market, and should be discarded when it forms the basis for fewer employment opportunities for women.

#### Palabras clave

Corresponsabilidad; discriminación; igualdad; maternidad; paternidad

#### Keywords

Shared responsibility; discrimination; equality; maternity; paternity

### 1. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DISTINTO ALCANCE DE LOS PERMISOS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD

Las recientes sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de enero y 17 de diciembre (STC 2/2019 y 138/2018 respectivamente) vienen a ratificar una doctrina consolidada (STC 75/2011) respecto a la ausencia de discriminación en el diferente tratamiento dado normativamente a la maternidad y la paternidad, y por tanto no representan una novedad sustancial, máxime cuando, tal y como en ellas mismas remarcan, las normas legales aplicables son claras y no presentan ninguna duda interpretativa (STC 2/2019). Sin duda parece un debate cerrado en espacial tras la trascendente reforma operada vía Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de

oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, por la que los permisos de paternidad y maternidad van a reinventarse de forma profunda. Rasgos como la equiparación temporal entre los permisos de ambos progenitores, su carácter de intransferibilidad y obligatoriedad durante las primeras seis semanas –para ambos–, o la quiebra del disfrute ininterrumpido de los mismos, representan la mayor de las esperanzas –aunque no sean las únicas<sup>1</sup>– para reducir las evidentes diferencias de género en el mercado laboral español. Esta norma cambia paradigmáticamente el modo de entender la protección por nacimiento y cuidado del menor, y condena a un cierto ostracismo histórico una doctrina constitucional envejecida repentinamente, no tanto por que el constitucional debiese asumir tareas cercanas a las del legislador que no le corresponden, sino porque debió tener más presente el mandato al que la propia Constitución le somete vía artículo 9.2 CE, reformulando las acciones de conciliación de la vida personal y laboral desde el punto de vista de sus efectos hacia la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, lo que hubiese implicado situar la acción en el ámbito de la corresponsabilidad.

El principio de Igualdad se configura a través de un doble mandato constitucional, tanto general como específico, que obliga a activar las garantías antidiscriminatorias incorporando el análisis de sus efectos sociales, económicos, políticos o culturales en el acceso al conjunto de bienes sociales relevantes, esto es, el contenido y alcance del artículo 14 CE debe tamizarse bajo el mandato expreso del 9.2 CE. De este modo, la decisión administrativa del INSS de no equiparar la prestación de paternidad con la de maternidad, tanto en lo que se refiere a sus condiciones de disfrute como su duración, debe ser valorada a través de las clásicas cláusulas antidiscriminatorias, pero también debe ser valorada desde la perspectiva de la corresponsabilidad. Incorporar la perspectiva de la corresponsabilidad va a forzar a entender que el disfrute de estos derechos debe posibilitar la necesaria compatibilidad entre cargas familiares y laborales, sin olvidar que estas medidas deberán adoptar aquella forma que favorezcan de un modo más eficaz la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.

El radio de acción del artículo 9.2 CE a juicio del propio Constitucional no vincula o se circunscribe exclusivamente a la acción de aquellas Administraciones públicas con competencias formales en asistencia social que pueden adoptar medidas sociales o beneficiosas de colectivos desfavorecidos, sino que debe proyectarse en todos los ámbitos de la sociedad y del ordenamiento jurídico por voluntad del constituyente, dada su naturaleza transversal y de cláusula del Estado social (STC 18/2017, de 2 de febrero).

Estas sentencias han hecho pivotar su resolución en torno a un concreto bien jurídico protegido, el delimitado por la posible afectación del derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo, derivado del artículo 14 CE, así como del mandato de protección de la familia, consecuencia del artículo 39 CE, del que deduce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, quedando al margen el oportuno escrutinio del modo en que esta medida, sin ser discriminatoria pueda acercar o alejar el objeto último de la igualdad real y efectiva mandatado en el artículo 9.2 CE. Ciertamente, la configuración constitucional del sistema de seguridad social, otorga un legítimo ejercicio de

<sup>1</sup> En este sentido ver: MOLINA NAVARRETE, C. (2018). “El «fin» de la «reconciliación» trabajo/familia como derecho social fundamental ¿«sexuado»? sin «corresponsabilidad» no hay «paraíso» de igualdad”. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, nº 47, 16-34.

libertad al legislador para que en base a su singular apreciación de las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento o en función de los recursos disponibles para atender las necesidades sociales (STC 197/2003, de 30 de octubre; STC 41/2013, de 14 de febrero), pueda atribuir concretas formas de protección social, sin que ello signifique que la opción legislativa sea inconstitucional por el hecho de contemplar una atribución singular de este derecho al padre trabajador (STC 75/2011).

Desde el punto de vista Constitucional, el diferente régimen jurídico de los permisos de maternidad y paternidad no contradice las exigencias del principio de igualdad y de no discriminación (STC 2/2019), dado que se trata de situaciones jurídicas distintas que justifican el trato desigual en base a razones objetivas que pretenden, de una parte la protección de la condición biológica de la mujer y, de otro lado, la salvaguarda de las particulares relaciones entre madre e hijo tras el parto (STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto *Roca Álvarez*). Pero el permiso de maternidad no solo pretende la protección concreta de la salud de la madre y el neonato, además, se manifiesta como una cláusula garantista hacia aquellas circunstancias desfavorables derivadas del hecho biológico de la maternidad, así como de la incidencia que tal hecho tiene sobre la situación laboral de la trabajadora que es madre. Ello significa, que el singular instrumento de protección de la maternidad pretende compensar, además, *las desventajas reales que, para la conservación de su puesto de trabajo, soporta la mujer, a diferencia del hombre* (STC 75/2011).

El permiso de maternidad, singular, de mayor duración y diferenciado del permiso de paternidad, tiene como doble finalidad, garantizar la necesaria recuperación física de la trabajadora después de alumbrar una nueva vida y proteger la salud del neonato y la madre, y a su vez, reforzar a la trabajadora en sus derechos como tal, y en especial, en el mantenimiento del empleo. Desde este punto de vista, cabría preguntarse si el mandato contenido en el artículo 9.2 CE hubiese sido un sustento sólido para un replanteamiento en su doctrina, como consecuencia de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental (STC 155/2009), dado que la propia Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombre, establece el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres como la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil, especialmente por la vía de la discriminación indirecta, esto es, aquella forma discriminatoria de resultado, donde no resulta suficiente la cláusula tradicional de igualdad formalista y no discriminación, sino que es necesario incorporar los efectos o resultados de una medida aparentemente neutral desde el punto de vista discriminatorio.

Contemplar el conjunto de derechos relativos a la conciliación de la vida laboral y familiar, exige hoy más que nunca, un planteamiento desde dos aspectos jurídicos esenciales: como derecho social –y, por tanto, de carácter prestacional–, y desde la perspectiva de género –y, por tanto, de carácter socialmente transformador–, lo que implica, que deberán atenderse no solo al principio de igualdad derivado del artículo 14 CE, sino especialmente a su contribución para la igualdad real y efectiva.

## 2. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA FEMINIZACIÓN DEL PERMISO DE MATERNIDAD POR PARTO

El Tribunal Constitucional había rechazado la inconstitucionalidad del precepto del Estatuto de los Trabajadores en su redacción dada por la Ley 39/1999, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral, por la que, en el supuesto de parto, el padre trabajador sólo podría disfrutar del periodo de descanso “voluntario” de maternidad, y percibir el correspondiente subsidio durante ese periodo, si la madre le cediese el derecho a disfrutar ese periodo, lo que sólo era posible si se trataba de una trabajadora incluida en algún régimen de la Seguridad Social, circunstancia que, como comentaremos, fue modificada vía LO 3/2007. Este hecho tenía una consecuencia de mayor alcance, ya que en caso de adopción el progenitor sí tendría derecho al subsidio por maternidad, en el supuesto de que la madre no tuviera derecho a ello, mientras que en el supuesto de parto, este subsidio al ser originario de la trabajadora embarazada solo podría ser cedido en el caso de que ella misma tuviera derecho al mismo, lo que significa que el permiso de maternidad por parto se configuraba como un derecho originario de la trabajadora embarazada, con un régimen y naturaleza jurídica distinta que el supuesto de adopción y acogimiento.

De este modo, a criterio del TC, el derecho a suspender el contrato de trabajo, y a percibir la prestación de maternidad, siempre que se reuniesen los requisitos específicos exigidos por la normativa de Seguridad Social, se dispone como un derecho de la mujer trabajadora. Ciertamente, la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y de la Ley 39/1999 transpusieron las dos primeras Directivas europeas, si bien de forma incompleta e insuficiente. Y ya, atendiendo de mejor manera al contenido y finalidad de las normas europeas, la LO 3/2007, mejoró la transposición inicial, sobre todo en lo que respecta al reconocimiento de nuevos riesgos –la lactancia materna–, dotando de un mejor sistema de protección –el subsidio por maternidad<sup>2</sup>– y, especialmente, dando entrada al permiso parental, como un derecho exclusivo, individual e intransferible del trabajador en los casos de nacimiento o adopción del menor<sup>3</sup>. No obstante, ni siquiera en esta Ley, que se quería integral y completa, se llegó a cambiar el tratamiento normativo de los derechos reconocidos. Así, el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad –pero también en los derechos por lactancia del menor– continuaban siendo derechos referidos a la mujer trabajadora, como derecho originario, que podía –o no– ceder al padre en el caso en que ambos trabajasen. En ambos casos, el tratamiento legislativo perpetuaba los roles sociales de género al primar la titularidad de los derechos de la mujer y otorgar al hombre un papel secundario en todas las tareas de cuidado de personas dependientes<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> PERAN QUESADA, S. (2014) *Derecho Social y Género*, Aranzadi.: En las situaciones de parto, adopción o acogimiento se tendrá derecho a la prestación por maternidad de la Seguridad Social si se acreditan los requisitos de cotización previa necesarios. Ley de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres flexibilizó los requisitos de cotización previa para el acceso a la prestación de maternidad, y, lo importante, reconoció un nuevo subsidio para las trabajadoras jóvenes que no pudieran acreditar dichos requisitos.

<sup>3</sup> GARCÍA VIÑA, J. (2008) *La paternidad como nueva situación protegida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº extra 74.

<sup>4</sup> CONDE-PUMPIDO, T. (2007) *Maternidad y la conciliación dentro de la tutela de igualdad. Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida laboral y protección contra la violencia de género*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p.44. MOLINA HERMOSILLA, O. (2012) *Crisis económica, derechos sociales y contención del gasto. ¿Queda espacio para el derecho a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres?*, XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas: *el mantenimiento de esta regla confirma (...)*

Como se ha señalado, el propio Tribunal Constitucional rechazó que la atribución del descanso en su integridad a la mujer trabajadora en el supuesto de parto significase una discriminación al hombre, ya que *maternidad, embarazo y parto, son realidades biológicas exclusivas de la mujer y no son objeto de protección derivada directamente del art. 39.2 CE o una sobreprotección injusta a la mujer embarazada susceptible igualmente de ser discriminatoria* (STC 75/2011; STC 117/2018). Y, en igual sentido, otra resolución del Tribunal Constitucional había mantenido la legalidad de la norma ya que la finalidad histórica de dicho permiso era la protección de la salud de la mujer y las *especiales relaciones de la madre con el hijo en el periodo que sigue al embarazo* (STC 78/2011, de 6 de junio<sup>5</sup>) y al parto, *sin que, necesariamente cualquier ventaja legal otorgada a la mujer sea discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle participe de la misma* (STC 109/1993, de 25 de marzo, STC 162/2016, de 3 de octubre).

Por otra parte, la Ley 39/1999, había introducido también, la opción a favor de la madre trabajadora para ceder parte o todo el periodo de duración del mismo de dieciséis semanas –salvo las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre de acuerdo al Convenio núm. 103 OIT–, al otro progenitor siempre que ambos fueran trabajadores, o bien la posibilidad de compartir con el mismo de forma sucesiva o complementaria. Lo importante en este caso fue que la Ley 39/1999 abrió la posibilidad a la asunción compartida de las responsabilidades familiares de cuidado<sup>6</sup>, en este caso, del recién nacido. Como hemos remarcado, la cuestión criticable es que no pudo –o supo– hacerlo de manera más completa en el sentido de considerar la suspensión por nacimiento de hijo como un derecho que pudiera ser ejercido indistintamente por uno u otro de los padres cuando ambos trabajasen, en lugar de establecerlo como un derecho prevalente de la mujer trabajadora que podía cederlo o reservárselo por su voluntad.

Aún manteniendo una redacción similar, la LO 3/2007 estableció una regla importante, que avanza en la idea de la corresponsabilidad. En el supuesto de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones por no tener cubierto el periodo de carencia correspondiente, el otro progenitor tendría derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre<sup>7</sup>. Esta previsión normativa deja sin efecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo que negaba que una trabajadora autónoma o una abogada no incluida en el sistema de la Seguridad Social pudieran ceder este derecho a favor del otro progenitor, trabajador por cuenta ajena o

---

*el derecho prevalente de la madre a este permiso y con ello, el modelo familiar tradicional en el que la mujer ha venido durante siglos asumiendo, en exclusiva, las responsabilidades derivadas del ámbito familiar.*

<sup>5</sup> Cabe preguntarse cual es la naturaleza jurídica de la relación materno filial como bien jurídico singular y diferenciado del que pueda establecerse en la relación de apego entre el hijo y el otro progenitor, en este sentido ver: GARCÍA CAMPÁ, S. (2019) *Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre*, Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 433, 1-22.

<sup>6</sup> Lo que implicaba una ampliación del concepto de licencia maternal – LÓPEZ CUMBRE, L., DE LA VILLA GIL, L. E. (1999) *Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34/CE sobre permiso parental*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, N° Extra 1, págs. 41-70.

<sup>7</sup> Debe destacarse ciertamente la doble naturaleza jurídica del permiso de maternidad - paternidad como supuesto de suspensión del contrato de trabajo y a su vez como prestación económica de la Seguridad Social sometida a las reglas oportunas de cotización previa, en este sentido ver: GARCÍA VIÑA, J. (2009) *El permiso de paternidad, cuestiones laborales y de Seguridad Social*, Revista Actualidad Laboral, nº16.

funcionario, basándose en que la normativa correspondiente no reconocía, en estos casos, el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad<sup>8</sup>.

Cabe remarcar un supuesto cercano e importante resuelto por la Sentencia TJUE de 16 de julio de 2015 en el asunto C-222/14<sup>9</sup>, al declarar que el permiso parental es un derecho individual que no puede depender de la situación del cónyuge: *con arreglo a la Directiva sobre el permiso parental, cada uno de los progenitores es titular, individualmente, del derecho al permiso parental*. Recuerda, que, además, la Directiva es *una disposición mínima que los Estados miembros no pueden abstenerse de aplicar en su legislación o en sus convenios colectivos*. De ello resulta que un progenitor no puede ser privado del derecho a disfrutar de un permiso parental como consecuencia de la situación laboral del cónyuge. Y cabe traerlo a colación porque la argumentación del TJUE, se fundamenta, no solo el objetivo de conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres trabajadores, sino también al cumplimiento de un derecho social fundamental que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea otorga al permiso parental.

Sin embargo, el debate más intenso y trascendente en torno al posible tratamiento diferenciado en el reconocimiento de derechos relativos a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar se produjo en torno al permiso de lactancia contenido en el artículo 37.4 ET, cuya titularidad se reconocía únicamente a la madre trabajadora y de forma secundaria y condicionada al padre. Con criterio diferente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>10</sup> corregía la norma del derecho laboral español, entendiendo que *la promoción del disfrute femenino de este permiso produce un efecto adverso en los derechos laborales de la mujer y contradice el concepto de corresponsabilidad que debe estar ligado a la igualdad efectiva*. Y es que, de acuerdo con esta resolución, el permiso por lactancia ha perdido en nuestros días la vinculación que en otra época presentaba con la lactancia natural, y por tanto, con la condición biológica de la maternidad, para pasar ahora a ser configurado como un periodo de tiempo dedicado al cuidado del recién nacido, por lo que resultaba irrelevante entonces quien fuera titular del mismo, y quedaba sin justificación el reconocimiento de este derecho con carácter originario a favor de la madre. De este modo, el permiso de maternidad por parto, paternidad y lactancia, podrán tener un tratamiento diferenciado y singular en base a diferentes razones, cabiendo exclusivamente la feminización en el supuesto de parto.

<sup>8</sup> STS 28-12-2000, y 20-11-2001.

<sup>9</sup> En esta resolución el Tribunal de Justicia denuncia la legislación griega que reconoce solo a funcionarias el permiso parental, mientras que los padres que tienen la misma condición solo pueden disfrutar de dicho permiso en caso de que la madre ejerza una actividad laboral o profesional.

<sup>10</sup> STJEU de 30 de septiembre de 2010, asunto Roca Álvarez: *la disposición que excluye el permiso de lactancia a los padres trabajadores por cuenta ajena cuando la madre del niño no tiene a su vez la condición de trabajadora por cuenta ajena constituye una diferencia de trato por razón de sexo contraria a la Directiva 76/2007/CEE... al haberse desvinculado el referido permiso del hecho biológico de la lactancia natural no puede entenderse que este permiso asegure la protección biológica de la mujer después de su embarazo y parto, sino que debe considerarse actualmente como un mero tiempo de cuidado en favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute del permiso de maternidad*.

### 3. NUEVO MARCO NORMATIVO, DEL DIFERENTE TRATO DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD AL CUIDADO DE MENOR COMO FUNDAMENTO NECESARIO PARA LA CORRESPONSABILIDAD

A la Ley Orgánica 3/2007 se debe un importante avance al introducir, por primera vez en nuestro ordenamiento, el permiso por paternidad, transponiendo la Directiva 96/34/CE, como derecho individual e intransferible del progenitor al cuidado del recién nacido, independiente del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad. No obstante, el legislador no fue capaz –debe pensarse que es una prestación cubierta por la Seguridad Social– de implantar desde un principio al menos el periodo de cuatro semanas de duración del permiso parental, de acuerdo con la Directiva europea, fijando una duración –de forma transitoria– únicamente por un periodo de trece días ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. La norma diferenciaba el contenido del derecho, al distinguir entre el supuesto de parto –en donde la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor– y los supuestos de adopción o acogimiento –en cuyo caso el derecho corresponderá sólo a uno de los padres, a elección de los interesados–; no obstante, cuando el permiso de maternidad era disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podría ser ejercido por el otro, sin que, obviamente cupiese una acumulación genérica de los permisos. Sin duda fue un avance considerable en apoyo a la nueva concepción de los derechos de corresponsabilidad el atribuir este derecho de forma intransferible e independiente al padre trabajador.

Pero sin duda, el refuerzo actual del principio de corresponsabilidad, se está sedimentando en la equiparación e intransferibilidad<sup>11</sup> de los permisos de los progenitores por parto y cuidado de menor –según una nueva denominación que supera las clásicas de maternidad y paternidad–. Si se identifica como principal factor de la desigualdad de género en el mercado de trabajo las diferencias en la asunción de cargas familiares, los permisos igualitarios deberán evitar estos tratamientos diferenciados, al *penalizar* por igual a mujeres y hombres –al menos desde un punto de vista teórico<sup>12</sup>–.

La duración del periodo prevista inicialmente fue mejorada considerablemente vía Ley 9/2009, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida. No obstante, la norma quedó *congelada* en un largo periodo de *vacatio legis*<sup>13</sup> en la que se mantuvo la aplicación de la regla anterior, circunstancia que fue corregida en un primer momento por la Disposición final 38 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 que establecía –e incrementaba–

<sup>11</sup> En línea con la propuesta de Directiva comunitaria relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se derogaría la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

<sup>12</sup> Ya que influirán diversos factores sociales, culturales y económicos. En el Informe sobre los permisos de paternidad y maternidad en el mundo, realizado por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2017) se señala como *con la crisis se estableció de forma generalizada un techo máximo para los salarios, lo que supuso que menos padres quieran o puedan permitirse renunciar a una parte de su salario para estar con sus hijos*, pese a, como también se destaca en este Informe: *en los países donde existen permisos de maternidad y paternidad prolongados se ha demostrado el impacto positivo en las relaciones sociales y en la mejora de la salud psicológica y la autoestima del menor*.

<sup>13</sup> Mantenido en el tiempo a través de la disposición final vigésima segunda de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 y de la disposición final décima de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.

el permiso por paternidad hasta las cinco semanas de duración, produciéndose la definitiva equiparación a través del Real Decreto-ley 6/2019, por el que se establece un permiso parental de 16 semanas, con el escenario de 2021 para su definitiva y completa materialización. Esta norma va a significar una auténtica reinversión de la protección de la maternidad y la paternidad en nuestro país.

En primer lugar, quiebra un principio nuclear del antiguo régimen de maternidad y paternidad al suprimir el disfrute ininterrumpido de los permisos. Es una novedad de profundo calado, ya que incorpora una definición de nacimiento que no comprende o se agota exclusivamente el hecho biológico del parto, sino que incluye el cuidado del menor a lo largo de su primer año de vida, lo que significa asumir un principio rector fundamental en la crianza y la construcción del apego que excede de la protección de la salud de la trabajadora y el neonato vinculado exclusivamente al hecho biológico del parto. De este modo, el ámbito de protección –que no su extensión material– del permiso de cuidados derivado de la maternidad y paternidad va a incorporar o extenderse a los doce primeros meses de vida del menor.

Ciertamente, el permiso de la trabajadora madre sigue teniendo una estructura compleja y flexible en la que caben diferenciar distintas fases y fines del mismo. Por una parte, se mantiene un tratamiento especial para las seis semanas posteriores al parto, dirigidas funcionalmente a la recuperación y protección de la salud de la trabajadora y el neonato, y normativamente obligatorias en virtud de tratados internacionales ya citados. Estas seis semanas deberán ser disfrutadas de modo ininterrumpido y a jornada completa obligatoriamente. Por otra parte, el resto del permiso hasta completar las 16 semanas podrá ser disfrutado a voluntad de la trabajadora, en periodos semanales, permitiendo su ejercicio desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto, hasta que el menor cumpla los doce meses. Se mantiene cierta flexibilidad en el disfrute anticipado, concretando que podrá anticiparse el disfrute del permiso hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. De este modo, se reformula el concepto de permiso de maternidad –y paternidad– ya que permite un régimen ciertamente flexible a lo largo del primer año de vida del menor. Estamos ante un auténtico derecho subjetivo de los trabajadores que les faculta a disponer de los tiempos necesarios para el ejercicio de la maternidad y paternidad, en la que, como única carga, se exige un preaviso de 15 días para delimitar el disfrute de cada una de estas semanas, que podrán ser, siempre ininterrumpidas en el cómputo semanal, acumulables en base a la liberalidad de la interesada.

En segundo lugar, reconfigura el permiso de paternidad en torno al necesario cumplimiento del deber de compartir responsabilidades, cuidado y atención de los descendientes –con similar obligación para los ascendientes y demás personas dependientes a su cargo– contenido en el artículo 68 del Código Civil. De este modo, incorpora igualmente un régimen flexible y diverso, similar al de la maternidad, por el que de modo obligatorio deberán disfrutarse seis semanas posteriores al parto en régimen de jornada completa, pudiendo las diez semanas restantes distribuirse en los mismos términos anteriormente descritos.

En tercer lugar, se vinculan al principio de corresponsabilidad, al desaparecer la transferibilidad de periodos de disfrute entre progenitores. Esto significa que la extensión material del ámbito de protección de la maternidad y la paternidad ha optado por la vía

igualitaria, suprimiendo cualquier marco de liberalidad a los progenitores. Este rasgo nos diferencia claramente de otras estrategias de países europeos, que optan por alargar los periodos de disfrute de la madre, en consonancia con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud de reforzar la lactancia natural y el vínculo materno-filial. En dudas la opción del legislador español es legítima, y se complementa –de un modo más o menos intenso– con el conjunto de derechos a los que haremos mención en el siguiente apartado. En todo caso, la opción por los permisos igualitarios e intransferibles es contundente, ya que alcanza todos los rincones y ámbitos de estos permisos, así debemos destacar, que, en caso de discapacidad del hijo o la hija en el nacimiento o la adopción o nacimiento o adopción múltiples, los permisos se ampliarán en dos semanas –en el segundo de los supuestos por cada menor distinto al primero– una para cada una de los progenitores.

#### 4. CONCLUSIÓN

##### 4.1. PREMISA: LA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA CONCILIACIÓN COMO CLAUSULA DE GARANTÍA INTERPRETATIVA

La relevancia constitucional del derecho a la conciliación ha sido puesta de manifiesto por nuestro propio Tribunal Constitucional, a través de la importante y trascendente STC 3/2007<sup>14</sup>, que realizó una lectura ponderada del derecho a la reducción de la jornada de trabajo por guarda legal de menor de una trabajadora, en atención a los fines de relevancia constitucional que la propia norma persigue, como son el mandato de protección a la familia y la infancia –vía artículo 39 CE– pero especialmente, la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo –artículo 14 CE– de las mujeres trabajadoras, en la que declara que *la dimensión constitucional de las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida familiar y laboral de los trabajadores, ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.*

Sentencia importante que reconoce al conjunto de derechos de conciliación aquella relevancia constitucional que justifica su tutela preferente frente a los intereses organizativos empresariales, no siempre aplicada por la jurisdicción social de nuestro país. Ejemplo de ello, la STC 24/2011, de 14 de marzo<sup>15</sup>, en donde no se aplica ponderación alguna, al entender el Tribunal –con apoyo legal– que, en este caso, los supuestos son distintos. Aquí la trabajadora no solicitó a la empresa una reducción de su jornada al amparo del artículo 37.5 ET –tal y como así ocurrió en el supuesto enjuiciado por la STC 3/2007– sino que, estando sujeta a un régimen de turnos rotativos, su solicitud se dirigió exclusivamente a obtener su adscripción permanente al turno de mañana para poder cuidar mejor a su hija recién nacida.

<sup>14</sup> En síntesis los hechos son: una cajera-dependienta de Alcampo S.A. que tenía establecida como jornada turnos rotativos de mañana y tarde, solicitó a la empresa la reducción de su jornada de trabajo por guarda legal de un hijo menor de seis años, eligiendo como horario reducido el de tarde, de 16:00 a 21:15 horas, de lunes a miércoles exclusivamente.

<sup>15</sup> Resumidamente: una trabajadora de Telefónica de España que venía prestando sus servicios en régimen de trabajo a turnos, solicita su adscripción permanente al turno de mañana por considerarlo más idóneo para el cuidado de su hija recién nacida. La empresa le niega su petición y ésta la recurre judicialmente. Esta decisión es confirmada en diversas instancias y es recurrida ante el Tribunal Constitucional, pues según la recurrente, vulnera su derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) por entender que ha sido privada, por su condición de mujer, del disfrute de un derecho íntimamente ligado a la conciliación de la vida familiar y laboral.

El razonamiento que contiene la sentencia constitucional para descartar la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo es claro y literal –cerrando toda posibilidad a una interpretación ponderada en función de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación–: el artículo 34.8 ET a diferencia del artículo 37.5 ET, condiciona los cambios pretendidos en la jornada a la existencia de un pacto colectivo o individual, y a falta de dicho acuerdo, dicha reducción no puede ejercitarse. O, dicho de otra forma, si por cuidado de personas dependientes quieres tener derecho a adaptar la jornada de trabajo concretando los momentos en que se cumple, debes sacrificar también parte de tu salario. En caso contrario, tu derecho –tan reconocido– se limita a la posibilidad del pacto individual con el empresario o a la existencia de un convenio colectivo que lo haya previsto. Dos posibilidades que, como otras muchas, siempre han estado abiertas sin necesidad de que lo establezca una norma legal, si bien el redactado dado por el RD 6/2019 incorpora mayores certidumbres en el ejercicio de este derecho, al designar a la negociación colectiva como el ámbito apropiado donde se pacten los términos de su ejercicio, y en su ausencia, mandata una negociación entre empresa y trabajador, en la que deberán valorarse de una parte las necesidades de conciliación de la persona trabajadora y de otra la competitividad de la empresa, cabiendo la revisión judicial vía procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social. Ello asegura una activa acción de los tribunales de lo social en determinar el modo en que se debe desarrollar la conciliación, sin duda, no recomendable, pero en lo que aquí interesa, dicho control judicial no podrá limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de la decisión empresarial (STC 30/2000 de 31 de enero), sino que será preciso analizar si la misma resulta o no vulneradora del ejercicio de los derechos fundamentales alegados, esto es, no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego, atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde (STC 3/2007).

La conciliación no se conecta con un mero ejercicio de tiempo de trabajo, sino que invoca y fundamenta la posibilidad concreta del principio de igualdad, de este modo, se incorpora dentro de la cláusula de igualdad un nuevo elemento delimitador, dado que, todo elemento valorativo del ejercicio concreto de los derechos de conciliación deberán contener un juicio ponderado sobre las consecuencias que para el disfrute del principio de igualdad tenga la posible medida delimitadora o limitadora de su ejercicio.

#### **4.2. PREMISA: LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES COMO FUNDAMENTO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN**

La prohibición de discriminación por razón de sexo tiene como fundamento *la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer* (STC 17/2003, de 30 de enero). El principio de igualdad como fin instrumental, impedir el trato peyorativo o menos favorable hacia las mujeres para remover así los obstáculos que impiden la igualdad real y efectiva con los hombres, máxima expresión de la fuerza transversal del mandato constitucional del artículo 9.2 CE, fundamento del Estado social (STC 18/2017).

La doctrina constitucional ha ido concretando el modo en que tratamientos diferenciados deben ser analizados con el objeto de determinar su carácter discriminatorio o

su legitimidad, de este modo, *el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas* (STC 22/1981, de 2 de julio).

Cláusula de igualdad que prohíbe las desigualdades, –y en especial aquellas que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (STC 173/1994 de 7 junio)–, que resulten injustificadas bajo criterios objetivos y razonables. Este ejercicio de ponderación deberá ser completado bajo dos premisas, en primer lugar, el término de comparación no podrá ser arbitrario o caprichoso (STC 148/1986, de 25 de noviembre), y, en segundo lugar, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deberán ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos (STC 200/2001, de 4 de octubre; STC 88/2005, de 18 de abril).

Desde un punto de vista del TC se contempla la maternidad como aquella medida que debe contener un doble objetivo, de una parte, la protección de la salud de la trabajadora embarazada que hubiese dado a luz –con todas las implicaciones debidas a la propia salud del neonato y a la especial relación de apego entre ambos–, de otra, la salvaguarda de sus derechos laborales. Desde una tutela clásica, su consecuencia lógica era el deber de asegurar un periodo de descanso para la madre durante el cual el contrato de trabajo quedase suspendido, con reserva de puesto, y garantías frente al despido<sup>16</sup>, y a su vez, se asegurase una prestación económica de la Seguridad Social dirigida a satisfacer la pérdida de rentas laborales de la mujer trabajadora durante ese periodo de descanso.

De modo coherente, se ha rechazado el carácter discriminatorio hacia el hombre de la atribución del derecho al descanso por maternidad en su integridad a la mujer trabajadora en el supuesto de parto y ello en base a una aplastante lógica, *la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre* (STC 109/1993, de 25 de marzo). Pero cabe resaltar que la protección de la mujer *no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también persigue evitar en el marco del contrato de trabajo las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzar, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora, al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado* (STC 161/2004 de 4 de octubre).

<sup>16</sup> En este sentido ver: PERAN QUESADA, S. (2019) *La protección de la trabajadora embarazada frente al despido*, en GÓMEZ SALADO, M.A. (Dir.) *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum.

De este modo, el TC ha entendido que la protección especial, singular y diferenciada de la trabajadora embarazada adquiriría fuerza como instrumento garantista frente a *la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)* (STC 109/1993).

### **4.3. LA TRANSVERSALIDAD DEL MANDATO CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 9.2 CE**

El Tribunal Constitucional ha defendido de modo coherente la legitimidad del singular régimen jurídico del antiguo permiso de maternidad por parto, bajo una doctrina sólidamente elaborada desde sus primeros pronunciamientos. Debemos celebrar, en todo caso, que el legislador haya decidido superar un marco normativo que establecía un trato diferenciado en torno a los periodos de disfrute de cada progenitor, y en especial por que la maternidad sigue penalizando las carreras profesionales de las mujeres de un modo claro, grave y directo. Lo que aquí se pretende es introducir la siguiente cuestión, ¿qué sucede cuando un trato diferenciado –en apariencia– legítimo se manifiesta como el principal obstáculo de la mujer en el mercado de trabajo? A nuestro Tribunal constitucional se le planteaba una pregunta concreta en la STC 2/2019, ¿representa una discriminación hacia el hombre la diferente extensión de los permisos de maternidad y paternidad?, la respuesta ha sido la clásica, ¿cabía alguna otra? La existencia de un voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer en la STC 138/2018, nos invita a pensar que sí.

Sabemos que la ratio de acción del TC se haya limitado bajo diferentes circunstancias. Por una parte, deberá abstenerse en interferir en el equilibrio económico financiero del sistema de Seguridad Social, ya que nadie con mayor legitimidad que el legislador podrá determinar el modo concreto en que el sistema debe configurarse, lo que no es óbice para desactivar su vigilancia antidiscriminatoria (STC 184/1993, de 31 de mayo), por otra parte, deberá resolver, no sobre la aplicación o interpretación del derecho ordinario, sino sobre el modo que este pueda afectar a alguno de los Derechos Fundamentales o Libertades públicas.

El singular régimen jurídico del antiguo permiso de maternidad no discrimina al varón, por las razones que se han esgrimido a lo largo de este texto, pero debería haberse valorado el factor legitimador de esta diferencia en base a las nuevas circunstancias derivadas de la LO 3/2007. Esta norma viene a proscribir cualquier efecto negativo –aun indirecto– que el embarazo pueda producir a la mujer. Si en un primer momento eran necesarias normas que protegiesen de modo singular la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora, a la vez que la conservación de sus derechos profesionales (STC 182/2005, de 4 de julio), ahora, estas medidas necesarias, deben completarse, con la evaluación de los efectos globales que la feminización de los permisos tiene para el empleo de las mujeres respecto al de los hombres, para evitar el efecto contrario que se pretende, ya que si la justificación de tal diferencia podría hallarse en una situación de desventaja de la mujer que se trata de compensar (STC 109/1993), deberá valorarse necesariamente, si esta medida contribuye efectivamente a compensar dicha desventaja o si por el contrario la acentúa.

El principio igualitario se ve afectado, no solo cuando las normas jurídicas ignoran a las mujeres en la consecución de derechos y deberes, sino también, cuando se otorga derechos a las mujeres que las sitúa en una posición diferenciada respecto de la conciliación familiar y laboral, reforzando el nexo de unión *discriminatorio* entre mujer y cargas familiares. El bien jurídico afectado en estos casos es la igualdad real –o *material*– entre mujeres y hombres, derivado o condicionado por la existencia de normas sociales de género, y materializado en una atribución diferenciada de las responsabilidades ligadas al cuidado del hogar y de la familia y al acceso o mantenimiento de la actividad profesional<sup>17</sup>. De este modo, la equiparación de los permisos de ambos progenitores deberá ser una consecuencia lógica, no tanto del refuerzo del derecho del varón –que también–, sino como fundamento material para la igualdad real y efectiva en el mercado de trabajo, por la tanto, cuando se valora el elemento legitimador del trato diferenciado deberá tenerse en cuenta, en contrario, cuantas mujeres son expulsadas del mercado de trabajo a consecuencia de la maternidad, dado que el tratamiento discriminatorio persigue también aquellas situaciones cuya finalidad sea plenamente legítima desde el punto de vista del artículo 14 CE, pero sus efectos no lo sean (STC 181/2000, de 29 de junio).

El TC ha tenido la oportunidad de dar una virtualidad renovada al alcance del artículo 14 CE en línea con el mandato del artículo 9.2 CE, en cuanto exigen a los poderes públicos una acción eficaz, real y efectiva en la protección del principio de igualdad, al artículo 39 CE en cuanto declara, como principio inspirador de las políticas públicas, la protección de la familia y de los hijos menores, y al artículo 41CE, en cuanto establece la obligación de mantener un régimen público de Seguridad Social, con carácter universal, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. De este modo, las medidas de conciliación deberán constituirse en un instrumento clave para alcanzar la igualdad de oportunidades. Esto significa, que todo tratamiento diferenciado por causa del embarazo de una trabajadora deberá someterse a un escrutinio de legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad, así como de su conexión o su contribución con el fin de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, debiendo descartarse cuando constituya el fundamento para las menores tasas de empleo de las mujeres.

---

<sup>17</sup> PERAN QUESADA, S. (2014) *La necesaria configuración jurídica de la discriminación por razón de género desde la perspectiva constitucional*, Revista de Derecho Social, nº66.



## Excedencia voluntaria, despido improcedente y reconocimiento de prestaciones: a propósito de la STS 14 marzo 2019

### Voluntary leave, unfair dismissal and recognition of benefits (regarding the High Court Ruling of 14 March 2019)

MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ

TU ACREDITADA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE JAÉN

#### Resumen

La sentencia que aquí nos ocupa, establece el reconocimiento de prestación por desempleo ante una situación en la que el trabajador, excedente voluntario, solicita el reingreso y se le es denegado alegando falta de vacante. Las consecuencias de esta negativa pasan por la consideración del despido improcedente por conciliación y las obligaciones y derechos que tal situación comporta tanto para el trabajador como para el empresario en materia de alta en Seguridad Social. Los diferentes elementos que la Sala tiene en cuenta, se analizan a través de un recorrido doctrinal y jurisprudencial.

#### Abstract

The ruling in question lays down the recognition of unemployment benefits in a situation in which the worker on voluntary leave asks to re-join the company and is refused due to an alleged lack of a vacancy. The consequences of this refusal include the consideration of unfair dismissal due to conciliation and the obligations and rights which said situation entails for both the worker and the employer in terms of Social Security registration. The various elements that the court takes into account are analysed on a doctrinal and jurisprudential journey.

#### Palabras clave

excedencia voluntaria; negativa de reingreso; despido improcedente; prestación por desempleo

#### Keywords

voluntary leave; refused request to re-join; unfair dismissal; unemployment benefit

## 1. INTRODUCCIÓN

La excedencia voluntaria es una institución jurídica trasplantada del Derecho Administrativo, regulándose los primeros supuestos de esta naturaleza en la Ley de Relaciones Laborales de 1976. La vigente regulación jurídica de la excedencia voluntaria, contenida en el artículo 46 del ET, permanece prácticamente inalterada desde que su primera versión vio la luz con ocasión de la aprobación de la Ley 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores, y a salvo de la modificación operada en su duración por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>1</sup>. Pese a su antigua regulación, son muchos y diversos los interrogantes que plantea dicha regulación legal, críptica en exceso, y, por ende, propicia a suscitar una acusada litigiosidad.

Su regulación establece que todo trabajador, con al menos un año de antigüedad en la empresa, tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de solicitar el paso a esta situación durante un periodo de entre cuatro meses y cinco años, pudiendo ejercitarse el

<sup>1</sup> SALA FRANCO, T.: “La excedencia voluntaria”, en AA.VV.: *Libro homenaje a Abdón Pedrajas Moreno*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 495-504

derecho de nuevo una vez que hayan transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia.

En el caso del trabajador por cuenta ajena que solicita una excedencia, sea cual sea el grado de la misma, la principal consecuencia radica en la exoneración total y absoluta de obligaciones, entendiendo éstas como la no existencia de prestación de servicios por parte del trabajador y la no obligación de remuneración al excedente por parte del empresario<sup>2</sup>.

Nuestro aparato legislativo laboral no ha conseguido dar con la tecla adecuada que ajuste y estructure el modelo jurídico de la excedencia en general, y de la excedencia voluntaria en particular<sup>3</sup>. No se ha conseguido situar a la institución en un encuadramiento jurídico definitivo. Los considerables esfuerzos que se han hecho, tanto por parte de la doctrina científica, la doctrina judicial y la jurisprudencia, han sido loables y, en ocasiones, bastante eficientes a la hora de dotar de un verdadero posicionamiento contextual a esta figura jurídica, aunque, no obstante, ello no es óbice para poder afirmar que la confusión que rodea al precepto es considerablemente amplia, de ahí que corresponda a la jurisprudencia sentar bases de determinados preceptos como, en el caso que nos ocupa en este trabajo, el reconocimiento de prestación por desempleo tras la negativa de la empresa a la readmisión tras la excedencia voluntaria, alegando falta de vacante, y el acuerdo subsiguiente de situación de despido improcedente con indemnización pactada.

A grandes rasgos y de manera introductoria, conviene ijar las variantes que existen para definir la naturaleza jurídica de la institución:

- a) la adscripción de la excedencia voluntaria común a la figura más genérica de la suspensión del contrato,
- b) la equiparación a la interrupción de la prestación de servicios,
- c) su identificación con la extinción del contrato y,
- d) una última posibilidad que consistiría en otorgar a la excedencia voluntaria una posición autónoma en atención a los caracteres singulares que la componen, justificando el rechazo de su eventual equiparación con cualquiera de las instituciones laborales enumeradas en las opciones precedentes<sup>4</sup>.

En otro orden de cosas, la exigibilidad por el trabajador de este derecho frente a la empresa y las propias opciones de reacción jurídica de esta frente a la pretensión del trabajador de reincorporarse dependen, entre otros posibles factores, de qué deba entenderse por puesto de trabajo vacante en la empresa. Pese a lo escueto de la dicción legal en torno al ejercicio de este derecho, parece evidente que dicho ejercicio presupone, por una parte, la facultad del trabajador, al término de la excedencia, de comunicar a la empresa su voluntad

<sup>2</sup> ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia Laboral Voluntaria*, Aranzadi, 1997, p. 33.

<sup>3</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: *Las Excedencias: en torno al artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores*, Documentación Laboral, 2000

<sup>4</sup> GARCÍA QUIÑONES, J.C.: "Excedencia voluntaria común y derecho a indemnización derivada de expediente de regulación de empleo", *Relaciones Laborales*. Núm. 1, 2001, p. 1100.

de reincorporarse a su puesto de trabajo, o a cualquier otro de su grupo profesional que se encontrase vacante; por otra parte, el ejercicio del derecho al reingreso implica, asimismo, la obligación del empresario de contestar motivadamente la solicitud del trabajador, ya sea para posibilitar su efectivo reingreso en la empresa, ya para comunicarle que debe continuar a la expectativa de la existencia de una vacante adecuada que permita su reincorporación.

Con este escenario, la cuestión de la conformidad a Derecho de las diferentes cuestiones que rodean la situación de excedencia voluntaria cuando se produce la negativa a la reincorporación por parte de la empresa, alegando inexistencia de vacante, sigue siendo debatida tanto en la doctrina en suplicación como en la unificadora del Tribunal Supremo. La sentencia que aquí nos ocupa, pretende clarificar el interrogante de en que casos la negativa del empresario a reingresar al trabajador excedente, alegando falta de vacante, aun manteniendo incólume el derecho al reingreso, provoca reclamación del trabajador y cuáles son las consecuencias derivadas de esta negativa. Además de la consideración del despido improcedente por conciliación y las obligaciones y derechos que tal situación comporta tanto para el trabajador como para el empresario en materia de alta en Seguridad Social y reconocimiento de prestaciones.

## **2. EL CASO CONCRETO. RELATO FÁCTICO DE LA SENTENCIA**

El demandante ha prestado servicios para la empresa “Indra Sistemas SA”, con antigüedad de 12 años y solicita una excedencia voluntaria, por un periodo de cinco meses, pasando a la situación de baja en Seguridad Social, trámite que realiza la empresa. El trabajador solicita su reingreso en plazo, solicitud que fue denegada por la empresa, alegando la inexistencia de vacante.

Ante tal situación, el actor interpone demanda por despido, alcanzando en conciliación en el Juzgado de lo Social un acuerdo, por el que la empresa reconoció la improcedencia del despido. Alcanzada esta negociación, el demandante solicitó a la Tesorería General de la Seguridad Social la modificación de su vida laboral con resultado de resolución denegatoria de dicha modificación.

El demandante, ante la resolución de despido improcedente, presentó solicitud de prestación por desempleo, que le fue denegada por el Servicio Público de Empleo Estatal, alegando que el actor no estaba afiliado a la Seguridad Social ni en situación de alta o asimilada al alta. Agotado el trámite de reclamación previa y siendo esta desestimada se presenta demanda contra el Servicio Público de Empleo Estatal e Indra Sistemas SA en la que se solicita se le reconozca el derecho a una prestación por desempleo contributivo. El juzgado de lo social desestimó la demanda interpuesta, entendiendo que el actor no estaba en situación de alta o de asimilada al alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida

Contra dicha sentencia, se formuló recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del tribunal Superior de Justicia de Madrid que fue desestimado, confirmando la resolución de instancia.

Interpuesto recurso de casación para unificación de doctrina, que fue admitido a trámite, fue recurrido con el resultado de improcedente, por informe del Ministerio Fiscal. En el recurso de casación unificadora se determina si tiene derecho a prestación por desempleo

contributiva, el trabajador que, finalizado un periodo de excedencia voluntaria, pide el reingreso en la empresa que, no readmitiéndole y procediendo a su despido y conciliado este judicialmente como improcedente, en concreto, si tal situación puede considerarse como de alta en Seguridad Social, al sobrevenir la contingencia o situación protegida. A juicio del Alto Tribunal procede estimar el recurso de casación de doctrina unificadora interpuesto por el trabajador demandante, así como casar y anular la sentencia de suplicación impugnada, resolviendo, por tanto, el debate y declarando el derecho del demandante de percibir prestaciones contributivas por desempleo con efectos desde el día en que finaliza el periodo de excedencia voluntaria solicitado, cuantificando tanto la duración como la base reguladora, reconociendo el derecho a estar en alta en el Régimen General de la Seguridad Social al sobrevenir la situación protegida.

### **2.1. La sentencia de contraste invocada**

La STSJ de Madrid de 3 de mayo de 2016, recurso 49/2016 establece como hechos probados la presentación de una solicitud de prestación por desempleo a partir de la aportación de un acta de conciliación de despido celebrada ante el juzgado de lo social y con reconocimiento por parte de la empresa de la improcedencia del despido y una cantidad indemnizatoria. La prestación fue concedida inicialmente si bien, después denegada por parte del SPEE con justificación en que la demandante no se encontraba afiliada a la Seguridad Social ni en situación asimilada al alta. La demandante partía de una situación de excedencia voluntaria pactada con la empresa, recogiendo en el acuerdo la duración de la excedencia, la reincorporación automática finalizada esta, aunque estableciendo la obligación de preaviso con una antelación mínima de un mes. Una vez que la demandante solicita por escrito su reincorporación a la empresa, esta le comunica la existencia de una vacante que la actora no acepta, interponiendo demanda por despido que dio lugar al acta de conciliación referida.

La conclusión estimatoria se argumenta la vulneración de los artículos 266 a 270 del TRLGSS, entendiéndose que al haberse producido un despido, la actora es acreedora de la prestación solicitada, además “no se encontraba, por los términos peculiares del acuerdo con la empresa, en una situación meramente expectante de reincorporación tras la excedencia, condicionado a la existencia de vacantes, censura jurídica que, debe tener favorable acogida porque la empresa aceptó en conciliación de la acción por despido, reconocer su procedencia indemnizada...ello tras no acceder a la petición de reincorporación de la trabajadora en los términos que se interesaban en función del acuerdo alcanzado con la empresa...dándose, por tanto, el supuesto contemplado en el artículo 267 TRLGSS y ello, aun cuando el acuerdo sobre excedencia voluntaria indique en la estipulación 2ª que “al vencimiento del periodo de excedencia el trabajador deberá incorporarse automáticamente a la empresa”...lo que solo puede entenderse en el sentido de que se incorporará automáticamente si hubiese vacantes”.

A la vista de estos hechos probados queda clara la similitud entre ambos casos, esto es, trabajadores que solicitan una excedencia voluntaria y la correspondiente reincorporación una vez concluido el periodo pactado, sin que la empresa proceda a ello, interposición de demanda de despido y conciliada en sede judicial con reconocimiento de la improcedencia del despido con abono de la indemnización correspondiente, solicitud de prestación por desempleo, llegando ambos casos a soluciones diferentes en las demandas objeto de comparación.

### 3. LA DOCTRINA JUDICIAL SENTADA: RAZONES PARA EL FALLO

La sentencia analiza las siguientes cuestiones:

1. La consideración de la situación de excedencia voluntaria y las obligaciones del empresario ante la solicitud de readmisión
2. La calificación de la improcedencia del despido cuando el trabajador se encuentra en situación de excedencia voluntaria
3. Los supuestos de indemnización en el caso de la improcedencia del despido de un trabajador excedente
4. La situación del trabajador en relación al régimen de Seguridad Social y el consiguiente reconocimiento de prestaciones

Como veremos en el análisis, el nuevo pronunciamiento judicial de 2011, invocado en el procedimiento de casación, reformula la postura de la jurisprudencia sobre estas cuestiones en términos ostensiblemente más matizados y previsiblemente, estables o definitivos, pues se trata de una interpretación equilibrada del derecho al reingreso y respetuosa con los intereses y derechos del trabajador ante el incumplimiento de la obligación de reingreso del empresario y la posterior declaración de la improcedencia del despido.

#### **3.1. La consideración de la situación de excedencia voluntaria y las obligaciones del empresario ante la solicitud de readmisión**

En supuestos similares a los que se enjuician, se parte de la consideración de que, quien se halle en una situación de excedencia voluntaria, no tiene el derecho a reingresar en la misma en tanto no haya transcurrido el período por el que dicha excedencia fue concedida, condicionando el derecho al reingreso a la existencia de vacante de igual o similar categoría, tal y como se prevé en el artículo 46.5 del ET<sup>5</sup>. Ante estas circunstancias, el trabajador tan solo conserva una mera expectativa de poder ser readmitido y en realidad, no pierde su puesto de trabajo cuando la empresa extingue la relación laboral<sup>6</sup>.

Una vez que el trabajador solicita, en tiempo y forma, su reingreso a la empresa, y dicha petición se ajusta de manera adecuada a los criterios y condiciones que hayan podido regir el pacto por el cual la empresa procedió en su día a reconocer al trabajador su situación de excedencia voluntaria, se produce la activación del efecto esencial de la figura jurídica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores: el ejercicio del derecho preferente de reingreso. La cuestión no encuentra dificultad en el supuesto de que la empresa, ante la solicitud de reingreso formulada por el trabajador, considere que existe una vacante de igual o similar categoría profesional que se coherente con las necesidades y expectativas profesionales del empleado. En este caso, la empresa responde a la solicitud de reincorporación de manera positiva y comunica al empleado la vacante disponible, indicándole de manera expresa la fecha en la cual tiene que presentarse en las dependencias

<sup>5</sup> FOLGOSO OLMO, A.: “Excedencia voluntaria”, en AA.VV. *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*, Sanchez Trigueros, C. (dir). Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 323-344.

<sup>6</sup> STS de 24 de junio de 2008

de la empresa a fin de reiniciar su prestación de servicios efectiva. Ahora bien, cabe la posibilidad de que no exista ninguna vacante, ya sea de igual o similar categoría profesional, que se pueda ajustar al puesto de trabajo del empleado. Este es el supuesto por el que, el empresario, se dirige al empleado y le deniega el ejercicio de su derecho de reingreso, alegando inexistencia de vacantes, sin perjuicio de que, en un futuro, y en el momento en que surgiese alguna vacante o se produjese la creación de un puesto de trabajo de igual o similar categoría profesional, se materializase la reincorporación efectiva del empleado.

En este caso concreto, la opción de la empresa es la de contestar a la solicitud de reingreso realizada por el trabajador en el sentido de negar, de manera expresa, la existencia de vacante y, por ende, de cualquier tipo de vínculo contractual entre éste y la empresa y la acción legal del empleado se traduce en una demanda de despido. En relación con la forma de negación, por parte de la empresa, respecto de la existencia del vínculo contractual entre ésta y el empleado, nos encontramos ante la posibilidad de un despido tácito y, consiguientemente, una conducta inequívoca de actos claros e indubitados.

El artículo 278 de la LRJS establece dos obligaciones para el empresario que haya optado por la readmisión del trabajador. Por un lado, habrá de comunicar a este, por escrito, la fecha de su reincorporación al trabajo y, por otro, tendrá de abonar al trabajador los salarios devengados desde la fecha de notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta aquella en la que tenga lugar la readmisión, salvo que, por causa imputable al trabajador, no se hubiera podido realizar en el plazo señalado.

En este aspecto, en el caso de que el trabajador excedente voluntario interpusiese acción declarativa de derechos, debe quedar claro que no se está negando la subsistencia del contrato de trabajo, sino solamente la procedencia de poner término a la suspensión que le afecta y, por tanto, la acción que asiste al trabajador para combatir la postura empresarial es la tendente a obtener de los Tribunales el reconocimiento del derecho que injustificadamente es negado por el empresario. En este sentido, la satisfacción del derecho no podría limitarse a la reincorporación a la empresa sin más, puesto que la demora injustificada respecto a dicho reingreso ha producido al trabajador excedente voluntario una serie de perjuicios, traducidos en los salarios que indebidamente dejó de percibir el trabajador excedente voluntario, en cuanto ganancia dejada de obtener<sup>7</sup>.

La doctrina del Tribunal Supremo (TS)<sup>8</sup> ha venido entendiendo en este sentido en el debate sobre el régimen jurídico aplicable en cuanto a los efectos del despido improcedente de trabajadores que, en el momento de la extinción del contrato, se encontraban en situación de excedencia voluntaria. Así, con relación a las características jurídicas de la situación del trabajador excedente voluntario una vez concluida el período acordado, no habiendo sido readmitido y habiéndose procedido a su despido con declaración de este de improcedencia por sentencia o conciliación, y siempre que se haya solicitado la reincorporación en la empresa, la sala cuarta del TS modificó, por STS pleno 19 de noviembre de 2011 (rcud

<sup>7</sup> STSJ de Cataluña de fecha 8 de enero de 1998 (AS 1998/157). En materia de incongruencia, cabe hacer referencia a la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 30 de enero de 2007 (JUR 2007/121397), STSJ de Galicia de fecha 16 de julio de 2009 (AS 2009/2354) y STSJ de Andalucía (Granada) de fecha 10 de diciembre de 2008 (AS 2009/924).

<sup>8</sup> FOLGOSO OLMO, A.: "Excedencia voluntaria", en AA.VV. *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*, op.cit, pp. 323-344

218/2007), la doctrina invocada en la sentencia de suplicación que se impugna, estableciendo que cuando la empresa incumple con la obligación de readmisión del trabajador excedente, la consecuencia es la de que la situación de este trabajador no readmitido injustamente desde la fecha en que debería haberse cumplido la obligación del readmitir, es análoga a la del trabajador injustamente despedido a partir de la fecha del despido. Esta doctrina ha sido seguida también por la STS de 11 de noviembre de 2012 (rcud 3860/2011).

### **3.2. La calificación de la improcedencia del despido cuando el trabajador se encuentra en situación de excedencia voluntaria**

En lo que a los efectos del despido improcedente cuando el trabajador se encuentra en situación de excedencia voluntaria, se han de tener presentes una serie de cuestiones que contribuyen a fijar las consecuencias que se derivan de la declaración de improcedencia del despido. Entre ellas:

- que cuando se produjo el despido, el trabajador se encontraba en situación de excedencia voluntaria, situación en la que no se lleva a cabo ninguna prestación efectiva de servicios, ni se ocupa ningún puesto de trabajo en la compañía demandada, ni se recibe remuneración alguna
- que la situación de cese o despido no puede colocar al trabajador en una situación más favorable que la que supone la propia de la excedencia voluntaria de la que disfruta

A la vista de estas dos condiciones, la jurisprudencia del TS ha venido recogiendo que cuando el despido se produce estando el actor en situación de excedencia, únicamente procede en caso de su improcedencia, la reposición del trabajador a la situación de excedente en la que se encontraba en el momento del cese, o bien al abono de indemnización sin que proceda condenar al pago de salarios de tramitación, habida cuenta que el cese o despido del actor se produjo estando en excedencia y en esta situación no se devenga retribución.

Una vez firme la sentencia de despido, ante la imposibilidad de readmisión del trabajador, el artículo 281.2 de la LRJS ordena que se declare extinguida la relación laboral, que se abonen al trabajador las percepciones económicas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 56 ET y que se compute como tiempo de servicio el transcurrido hasta la fecha del auto de extinción.

### **3.3. Los supuestos de indemnización en el caso de la improcedencia del despido de un trabajador excedente**

Una de las circunstancias más controvertidas es aquella referente a la posibilidad de que el trabajador excedente voluntario pueda reclamar cantidades en concepto de salarios de tramitación derivados de una acción declarativa de reingreso, y ello, tomando como referencia el período de inactividad laboral en el que se haya encontrado como consecuencia de la decisión de la empresa de denegar su reincorporación por falta o inexistencia de vacantes.

Si nos atenemos a los detalles de la cuestión, resulta evidente que el trabajador, durante el período de tiempo transcurrido desde el inicio del procedimiento traducido en la

presentación de la papeleta de conciliación ante el órgano competente hasta la fecha en la cual el Juzgador de instancia dicte la correspondiente sentencia, estimando, en su caso, la pretensión inicial del empleado, no busca conseguir la extinción de su vínculo contractual con la empresa, más bien todo lo contrario, es decir, pretende conseguir el mantenimiento de dicho vínculo contractual por medio de un objetivo: su reincorporación inmediata en la empresa. Por tanto, a lo largo de dicho período temporal, la relación laboral entre ambas partes habría permanecido interrumpida hasta el momento en el que el trabajador excedente voluntario hubiera logrado su reincorporación definitiva. Así pues, durante ese margen temporal, el empleado no habría generado derecho a percibir cantidad alguna en concepto de salarios de tramitación, y ello a pesar de ese período en el cual se ha visto imposibilitado para prestar servicios debido a la actitud adoptada por la empresa en el sentido de obstaculizar su reincorporación en tiempo y forma, alegando falta o inexistencia de vacante de igual o similar categoría profesional, independientemente de que la existencia de dicha vacante fuese posteriormente acreditada. Ahora bien, resulta obvio que los intereses del trabajador han sufrido un evidente perjuicio que debe ser resarcido de alguna manera. El mecanismo que nuestros tribunales han escogido a la hora de proceder a compensar el daño y los perjuicios ocasionados al trabajador excedente voluntario que no reingresa en la empresa adecuadamente, ha sido relegado en el abono de una cantidad en concepto de indemnización, precisamente para equilibrar y minimizar en la medida de lo posible esos daños y perjuicios causados. Por tanto, la fijación de los salarios de tramitación sería procedente de haberse producido la efectiva readmisión en la empresa.

Tal y como se ha expresado con anterioridad, el TS modifica doctrina a partir de la sentencia de 2011, estableciendo las condiciones en las que se asimila la situación de no readmisión por parte de la empresa tras un periodo pactado de excedencia voluntaria con acuerdo en la calificación de despido improcedente, con la situación general de nulidad o improcedencia del despido. Esta cuestión se argumenta con el siguiente tenor literal de la sentencia modificadora de doctrina “se llega a la conclusión de que si bien durante el período durante el que el trabajador permanece en situación de excedencia voluntaria no tiene derecho a salarios pero que, cuando la empresa incumple la obligación de readmisión, la consecuencia es la de que la situación del trabajador excedente no readmitido injustamente desde la fecha en la que debería haberse cumplido la obligación de readmitir es análoga a la del trabajador injustamente despedido a partir de la fecha del despido, con obligación indemnizatoria de perjuicios en ambos casos –bajo la forma de salarios de tramitación o de indemnización compensatoria–. La Sala entiende que, (...) debe fijarse como doctrina unificada que la declaración judicial de improcedencia del despido de un trabajador en situación de excedencia voluntaria por negativa, expresa o tácita, empresarial al reingreso conlleva el abono de salarios de tramitación desde la fecha en que se fije como la de despido y en aplicación de las normas generales sobre nulidad o improcedencia del despido”.

### 3.4. La situación del trabajador en relación al régimen de Seguridad Social y la responsabilidad empresarial

En multitud de ocasiones, también son reconducidas y aceptadas dentro del ámbito de aplicación de la acción de despido, situaciones que van más allá de una simple negativa empresarial a aceptar el mero reingreso solicitado por el trabajador excedente voluntario<sup>9</sup>.

Nos referimos a aquellos casos en los que el trabajador excedente voluntario, una vez ha conseguido el reconocimiento y efectividad de su derecho preferente de reingreso, reclame que el período temporal en el cual se ha encontrado en situación de inactividad laboral –como consecuencia de la denegación, por parte de la empresa, de aceptar su petición de reingreso a la misma–, obtenga el tratamiento de ocupación cotizada a efectos de acreditar que en los seis años precedentes a la situación legal de desempleo ha existido un período mínimo de carencia de seis meses, sin perder de vista que nos encontramos ante un proceso de carácter ordinario, que impediría subsumir la situación contemplada en la norma legal como si se tratase de un período temporal de ocupación cotizada en relación a los salarios dejados de percibir como consecuencia del despido.

Para que un empleado se encuentre protegido por el sistema español de Seguridad Social, debe encontrarse en situación de alta o, en su defecto, en una situación asimilada al alta en el momento se produce el hecho causante. En el caso del trabajador excedente voluntario, no se da ninguna de las variables requeridas puesto que la situación de su contrato de trabajo es de suspensión a todos los efectos.

El hecho de que un trabajador se coloque en una situación de excedencia voluntaria comporta un efecto básico, cual es la obligación de la empresa de cursar la baja de aquél en Seguridad Social con efectos desde la fecha de inicio de la excedencia. Por lo tanto, no existe obligación de cotizar durante dicha situación. Como es lógico, en el ámbito de la Seguridad Social, la obligación de cotizar va unida a una efectiva prestación de servicios, así como a una percepción de salarios, de manera que en el momento quedan suspendidas ambas obligaciones principales, y sin perjuicio de la subsistencia de las obligaciones secundarias, se produce el cese de dicha obligación<sup>10</sup>.

En el asunto que nos ocupa, el Tribunal entiende que, denegado el reingreso tras la finalización del periodo de excedencia voluntaria, al alegar la empresa la inexistencia de vacantes, se entiende que no consta la obligación de reincorporación, por lo que habiéndose producido el cese del trabajador en dicho escenario jurídico-laboral, el despido conciliado con reconocimiento de su improcedencia y correspondiente indemnización sin fijación de salarios de tramitación, no determina, por sí solo, la obligación de la empresa de dar de alta al trabajador en el Régimen General de Seguridad Social, puesto que ello supondría conceder al demandante una posición más ventajosa de la que es propia de la excedencia voluntaria en la que se encontraba y, por tanto, no existe obligación empresarial alguna por su omisión.

<sup>9</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, Comares, 1998, p. 139

<sup>10</sup> Tal y como establece el artículo 106.2 LGSS, cuando afirma que “la obligación de cotizar se mantendrá por todo el período en que el trabajador esté de alta en el Régimen General o preste sus servicios, aunque estos revistan carácter discontinuo”.

Sobre las condiciones generales del derecho a las prestaciones de Seguridad Social, con base en el artículo 165 TRLGSS/2015, “las personas incluidas en el campo de aplicación de este Régimen General causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este régimen o en situación de asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario”.

En este sentido, y para el nacimiento del derecho, han de concurrir los siguientes requisitos: estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta en los casos que reglamentariamente se determinen, tener cubierto el periodo mínimo de cotización y encontrarse en situación de desempleo. En relación a las situaciones asimiladas al alta se consideran a estos efectos la situación de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia y los casos de excedencia forzosa, otros supuestos expresamente tipificados que no entran dentro de nuestro análisis y, a modo de cláusula de cierre, “los demás que señale el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para determinadas contingencias” (artículo 166 TRLGSS/2015).

En cuanto al reconocimiento de la situación legal de desempleo, el trabajador ha de estar incluido en alguno de los siguientes supuestos, de los previstos en el artículo 267 TRLGSS/2015: extinción de la relación laboral o despido procedente o improcedente. Sin embargo, no se considerará situación legal de desempleo el cese voluntario en el trabajo, cuando habiendo sido despedido no se reclame en tiempo y forma contra la decisión empresarial, cuando, declarado improcedente o nulo el despido por sentencia firme y comunicada por el empleador la fecha de reincorporación al trabajo, no se ejerza tal derecho por parte del trabajador o no se hiciera uso, en su caso, de las acciones previstas en el artículo 276 de la Ley de Procedimiento Laboral; y cuando no se haya solicitado el reintegro al puesto de trabajo en los casos y plazos establecidos en la legislación vigente.

Pero además ha de cumplirse el requisito de obligación de afiliación, alta y cotización, siendo así automático el derecho al reconocimiento de la prestación.

Siguiendo el hilo argumental expuesto, y en aplicación de la jurisprudencia, y concluida la analogía entre el trabajador injustamente despedido y aquel sobre el que se ha incumplido la obligación empresarial de readmisión tras un periodo de excedencia voluntaria pactada, se acuerda que durante dicho periodo temporal la empresa debía de haber mantenido al trabajador en alta en la Seguridad Social desde la fecha de incumplimiento de la obligación de readmitir y hasta la fecha de efectos del despido y, consecuentemente, el demandante despedido tiene derecho a estar en alta en el Régimen General de la Seguridad Social al sobrevenir la contingencia o situación protegida.

#### **4. LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA, LA DECLARACION DE IMPROCEDENCIA Y EL RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES**

Tal y como ya hemos comentado, la norma establece que todo trabajador, con al menos una antigüedad de un año en la empresa, tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años. Este derecho solo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurridos cuatro años desde el final de la anterior excedencia. El ET reconoce esta

excedencia *ad nutum*, sin la necesidad de concurrencia de causa específica de tal manera que se respeta la intimidad del trabajador, ignorando el interés o causa que se encuentra en el origen de su solicitud.

#### **4.1. Del ejercicio del derecho preferente de reingreso a la extinción del contrato de trabajo**

La particularidad especial de esta excedencia reside en el derecho preferente al reingreso en vacantes de igual o similar categoría a la suya, que hubiera en la empresa o que se produjeran y, con esta base, el trabajador no se beneficia de la norma, que entiende como tiempo de servicio a la empresa, el transcurrido en esta situación. Por tanto, el derecho que tiene un trabajador que acuerda una excedencia voluntaria con el empresario, es solamente un derecho abstracto y de preferencia en la reincorporación, en el caso en el que se produzca una vacante.

Al contemplar este tipo de excedencia únicamente un derecho preferente al reingreso establecido en torno a una vacante, una vez concluido el tiempo de la excedencia, puede darse el caso de que ésta no existiera por haberse cubierto o, en su caso, amortizado el puesto de trabajo. Es en este caso cuando la suspensión se convertiría en pura ficción y, consecuentemente, sería desplazada, pues sería en ese preciso momento, cuando estaríamos hablando de una extinción del contrato de trabajo ya que ese derecho preferente únicamente garantizaría una expectativa meramente ilusoria de reincorporarse a la empresa<sup>11</sup>.

Su concepción y naturaleza ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina, en razón a su naturaleza. Así, una parte de esta entiende que la excedencia voluntaria no es más que un supuesto de extinción del contrato de trabajo, aunque pueda estar en el origen de una nueva relación laboral, si se ejecuta el derecho de preferencia en el reingreso. Siguiendo este criterio doctrinal, este derecho de reingreso tras un periodo de excedencia voluntaria no sería un mecanismo jurídico a través del cual se genere una situación de estabilidad en el empleo<sup>12</sup>. Así se considera que la excedencia voluntaria no encaja en ninguno de los supuestos de extinción regulados en el ET. Lo dispuesto –artículo 46.5– respecto de que el trabajador solo conserva un derecho preferente al reingreso, no debe ser interpretado en el sentido de que desaparezcan el resto de derechos del trabajador. Y esto es así porque los trabajadores en situación de excedencia voluntaria pueden verse afectados por causa de extinción de las reguladas en el artículo 49 ET –como ocurre en el caso de la sentencia que analizamos– lo que significa que hay determinados derechos y obligaciones que permanecen y, por lo tanto, la relación laboral durante el periodo de disfrute no se considera extinguida.

Al no existir ni obligación principal ni accesoria entre trabajador y empresario, no habría vínculo alguno entre partes, salvo ese tenue derecho al reingreso al cual se refiere el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, el contrato de trabajo no existiría ya que sólo restaría un posible derecho equiparable a alguna de las preferencias de empleo que existen en nuestro derecho positivo y, por consiguiente, el trabajador podría realizar

<sup>11</sup> MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 437

<sup>12</sup> GORELLI HERNANDEZ, J., “Las excedencias en Derecho del Trabajo”, o. cit. Págs. 26 y 27

cualquier actividad sin preocuparse si es o no competitiva, ya que ninguna relación le uniría con el empresario<sup>13</sup>.

Parece obvio, por tanto, que la excedencia voluntaria no puede interpretarse como un supuesto de extinción de contrato de trabajo. A lo largo del tiempo que dure la situación de excedencia el trabajador conserva un vínculo que le une a la empresa, traducido en un derecho preferente al reingreso otorgado por el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Una vez que el trabajador solicita, en tiempo y forma, su reingreso a la empresa, y dicha petición se ajusta de manera adecuada a los criterios y condiciones que hayan podido regir el pacto por el cual la empresa procedió en su día a reconocer al trabajador su situación de excedencia voluntaria, se produce la activación del efecto esencial de la figura jurídica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores: el ejercicio del derecho preferente de reingreso.

Esta ausencia de extinción de la relación laboral da lugar a circunstancias en las que la no admisión se considera equivalente a un despido. Igualmente, la ausencia de solicitud de reingreso puede equipararse a los supuestos de abandono del trabajador, en los que nunca ha sido exigible que el empresario exprese formalmente que considera extinguido el contrato.

La doctrina dominante considera que se trata de un supuesto de suspensión especial referido principalmente al reingreso o reincorporación al puesto de trabajo y a la falta de cómputo de este período a efectos de antigüedad del trabajador en la empresa. Por tanto, podría considerarse una figura “a caballo” entre la suspensión y la extinción del contrato de trabajo<sup>14</sup>. Por tanto, el derecho a la excedencia se configura como un derecho subjetivo “real” del trabajador no quedando a la discrecionalidad del empresario el reconocerla o no, sino que está obligado a ello. El trabajador debe ser consciente de que en el momento en que se extinga el plazo concedido de excedencia no tiene asegurado su puesto de trabajo, sino que solamente puede ejercitar un “derecho preferente” en el caso de que hubiera puestos vacantes en la empresa.

Pero cabría la posibilidad de que la empresa contestase a la solicitud de reingreso realizada por el trabajador en el sentido de negar, de manera expresa, la existencia de cualquier tipo de vínculo contractual entre éste y la empresa y, por ende, la existencia tanto de la situación de excedencia voluntaria del empleado, así como de su derecho preferente de reingreso a ocupar una vacante de igual o similar categoría profesional.

Dicha negativa<sup>15</sup> supondría que la acción legal que debiera utilizar el empleado se traduciría en una demanda de despido, sujeta al plazo de caducidad establecido en el artículo

<sup>13</sup> AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, 1983, t. IX, volumen 1, p. 105, VIDA SORIA, J.: *Suspensión del contrato de trabajo*, manifiesta que “no queda más remedio que aceptar que en la situación de excedencia estamos ante un claro supuesto de extinción de la relación contractual y su sustitución por una relación jurídica diferente. Se trataría de un supuesto atípico de extinción del contrato, por cuanto conlleva como resultado el nacimiento de esa otra relación jurídica ulterior, que obliga al empresario a volver a contratar al que fue trabajador con él, cuando se dan unos determinados supuestos o condiciones”.

<sup>14</sup> PEREZ ALONSO, M.A., *La excedencia laboral*, Tirant lo Blanch, 1995, p. 17

<sup>15</sup> Siguiendo lo establecido en la STS de fecha 29 de noviembre de 2006 (Rec. nº 4464/2005), “no es lo mismo la pérdida de un puesto de trabajo que se está desempeñando y que constituye normalmente el medio de vida del (...)”

59.3 del Estatuto de los Trabajadores, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en los cuales se afirma que la acción para impugnar el despido debe plantearse dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquel en que el despido se hubiese producido, de tal forma que el plazo de caducidad comenzaría el día siguiente a aquel en que el cese se hiciera efectivo y finalizaría cuando acabase el día vigésimo, en el caso de que el empleado hubiera presentado demanda de despido<sup>16</sup>.

En este aspecto, cabe destacar que dicho plazo es de caducidad, a todos los efectos, por lo que su cómputo se suspendería –en ningún caso se interrumpiría– por la presentación de la preceptiva solicitud de conciliación ante el Órgano público competente, de tal forma que, una vez transcurrido el periodo de suspensión, se reanudaría el cómputo del plazo restante para el ejercicio de la acción.

#### 4.2. La acción declarativa de reingreso

No es una cuestión en la que la sentencia se pronuncie directamente, pero consideramos necesaria una breve referencia en el entero del proceso para redondear los elementos que llevan a la resolución. Así, la acción declarativa de reingreso únicamente puede ejercitarse en aquellos casos en los que la empresa deniega el reingreso al trabajador excedente voluntario alegando falta o inexistencia de vacantes que se puedan ajustar a su misma o similar categoría profesional, pero siempre partiendo de la base de un necesario reconocimiento empresarial, ya sea expreso o tácito, respecto de la existencia del vínculo contractual entre ambas partes y, en consecuencia, del derecho preferente de reingreso ostentado y ejercitado por el trabajador excedente voluntario<sup>17</sup>.

Es decir, si la empresa aduce que no hay vacante adecuada, como en el análisis de la sentencia que nos ocupa –o esgrime otros argumentos para descartar la reincorporación– no está negando la existencia del contrato sino discutiendo los términos del derecho al reingreso, de modo que la acción a ejercer debe ir enfocada de manera a que se reconozca el derecho al reingreso<sup>18</sup>, ya que, en definitiva, sólo a partir de datos inequívocos y concluyentes que pongan de manifiesto de una manera palpable la voluntad empresarial de extinguir el vínculo contractual del trabajador excedente voluntario, podrá interpretarse la existencia de un verdadero despido, con lo que ello supondría a efectos del cómputo del

---

trabajador, que el desvanecimiento del derecho expectante a ocupar una vacante en la empresa en la que se prestaron servicios, y de la que el trabajador se apartó, en el caso típico para el desempeño de otro puesto de trabajo o de otra actividad profesional”.

<sup>16</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Reforma laboral 2012. Análisis Práctico*, Lex Nova, 2012.

<sup>17</sup> ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., páginas 382 y 383; PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, Tirant lo Blanch, 1995 página 40; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., páginas 117 y 118; PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral. Aspectos laborales y de Seguridad Social. A propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi Social, núm.10, 2007.; SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Despido Colectivo del excedente voluntario sin indemnización*, Aranzadi Social, 2006.

<sup>18</sup> PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, op. cit., página 40, igualmente procedería la acción de reingreso cuando la contestación empresarial recogiera la expresión de “se toma nota de la petición de reingreso y será avisada en el momento en que fuesen necesarios sus servicios”, afirmando que este tipo de acciones se han venido interpretando como respetuosas con la pervivencia y reconocimiento del vínculo laboral.

plazo de caducidad, el tipo de acción a ejercitar, las consecuencias indemnizatorias, y demás cuestiones implicadas<sup>19</sup>.

Es absolutamente necesario que el empresario demuestre, a lo largo del procedimiento que marca la acción declarativa de reingreso, la inexistencia de plaza vacante de igual o similar categoría profesional pues, de lo contrario, prevalecerá la pretensión del trabajador excedente voluntario.

### 4.3. La calificación de la improcedencia del despido

El silencio ante una solicitud de reincorporación no puede considerarse por sí sola como una voluntad tácita de extinguir el vínculo contractual entre ambas partes, sino que su significación en el contexto que crea la solicitud, se reduce al propósito de mantener la propia situación existente no dando lugar a reincorporación, pero sin añadir a ello una declaración que pueda ser interpretada como una voluntad de romper el vínculo laboral que todavía une a la empresa con el trabajador excedente voluntario porque, aunque la consideración objetiva de las circunstancias lleve a la conclusión de que pudiera estar aquí implícita una negativa a la petición del trabajador, tal negativa queda limitada a esa solicitud concreta y no puede ser interpretada como una manifestación de voluntad de extinguir aquel vínculo<sup>20</sup>.

Ajustándonos a la actual regulación en materia de despido y, más concretamente, en relación a la calificación que éste debe recibir en aquellos casos en los que el trabajador se encuentre en situación de excedencia voluntaria y presente demanda de despido contra la empresa, se viene entendiendo que la situación de excedencia voluntaria, por la propia naturaleza inherente a la esfera jurídica del trabajador excedente voluntario, no conlleva una prestación efectiva de servicio y, por ende, el empleado no recibe remuneración de ningún tipo, razón por la cual el cese o despido no podría colocarle en una situación más favorable o ventajosa que la propia de la excedencia en que se encontraba y, además, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 108, 109 y 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, existe el imperativo legal de ofrecer a la empresa la alternativa jurídica prevista en este tipo de situaciones, como es la de, o bien reponer al trabajador excedente voluntario en la situación de excedente en la que se encontraba en su momento del cese, o bien abonarle la indemnización reconocida para los casos de despido improcedente.

<sup>19</sup> Cabe resaltar la corriente doctrinal mantenida en este sentido, representada fundamentalmente por la STS de fecha 21 de diciembre de 2000 (Rec. nº 141/1999) y la STSJ de Andalucía (Málaga) de fecha 14 de abril de 2005 (Rec. nº 470/2005), STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de fecha 25 de enero de 2006 (Rec. nº 839/2003), STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 30 de enero de 2006 (Rec. nº 5094/2005) y la STSJ de Cataluña de fecha 16 de enero de 2006 (Rec. nº 7100/200). Todas ellas siguen una corriente uniforme al afirmar que el trabajador excedente voluntario podrá ejercitar la acción declarativa de reingreso “cuando el trabajador solicita el reingreso y la empresa no contesta su petición o la rechaza pretextando falta de vacantes o circunstancias análogas que no suponen el desconocimiento del vínculo existente entre las partes”.

<sup>20</sup> SSTs de fecha 3 de julio de 1998 y 22 de noviembre de 2007 (Rec. nº 467/2007). La línea jurisprudencial mantenida por el Alto Tribunal distingue, claramente, entre las situaciones de negativa rotunda e irrevocable de la empresa al reingreso solicitado por el trabajador excedente voluntario, lo que viene suponer la voluntad de ruptura del vínculo jurídico-laboral que mantiene con el mismo y las de simple omisión de respuesta a la solicitud de reingreso o de aplazamiento de este último para el momento en que se produzca vacante adecuada para la categoría y puesto de trabajo a desempeñar por el trabajador excedente.

Es conveniente recordar que una de las consecuencias esenciales en materia de despido en situaciones de excedencia voluntaria es precisamente la calificación de improcedencia que se otorga a aquél, así como el tratamiento jurídico que se debe llevar a cabo sobre la indemnización a percibir por el trabajador excedente voluntario y todo ello observando las diferentes peculiaridades y circunstancias originadas por la especial situación en la que se encuentra el trabajador. Una de las más relevantes, es la relativa al salario regulador que debe tomar en cuenta el empresario a la hora de calcular la indemnización que le correspondería percibir al empleado. Nos hallamos ante el ejercicio de una acción de despido originada en una relación laboral que se ha mantenido en suspenso hasta el momento en que la situación de excedencia voluntaria finaliza y desemboca en una declaración de despido improcedente y ello, pese a las múltiples peculiaridades que presenta una relación que se ha visto interrumpida tanto en la prestación de servicios, el pago de salarios o el cómputo de la antigüedad, características todas ellas que encierran en un paréntesis la propia historia laboral del trabajador, que finaliza al término de la situación de excedencia voluntaria. No existiría, por tanto, ningún tipo de diferencia entre un trabajador excedente voluntario y el trabajador activo que ya se encontrase en plantilla, y de ahí que las consecuencias debieran ser idénticas entre ambos.

En este sentido<sup>21</sup>, cuando el artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores hace mención a la indemnización derivada de despido improcedente en realidad está refiriéndose al daño ilícito producido en la esfera jurídica del trabajador excedente voluntario por la conducta empresarial de privación del puesto de trabajo que venía desempeñando o, dicho en otras palabras, por la privación del derecho expectante ostentado por el trabajador excedente voluntario al reingreso en plaza vacante equivalente, concluyendo que el cálculo de la indemnización resarcitoria del acto ilícito de despido improcedente debe referirse a la fecha de producción de tal daño, que obviamente es la del cese en la empresa derivado de tal despido, y no la fecha del paso a la excedencia voluntaria, situación en la que la relación individual de trabajo sigue estando viva, aunque en estado latente<sup>22</sup>.

#### **4.4. Los requisitos para el acceso a la prestación por desempleo**

La protección contra el desempleo se ha convertido en una de las piedras angulares del Sistema de Seguridad Social, toda vez que el incremento del desempleo se ha situado en niveles de exceso. Es una de las políticas de garantía de rentas más importantes por la potencialidad para acrecentar las desigualdades y la exclusión social, además de por sus repercusiones sociales, políticas y económicas<sup>23</sup>. Sin embargo, es una prestación no exenta de polémica, sobre todo en lo que hace referencia a los efectos desincentivadores que se le suponen, de manera que algunos autores consideran que el sistema de prestaciones por

<sup>21</sup> STS de fecha 30 de mayo de 2003 (RJ 2005/5689). Dicha resolución judicial destaca fundamentalmente por su claridad y sencillez a la hora de explicar el caso concreto y ajustarlo a la realidad práctica de la figura jurídica de la excedencia en el día a día de los conflictos creados entre empresas y trabajadores.

<sup>22</sup> SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 16 de julio de 2010 (AS 2010/1775) y 22 de febrero de 2010 (AS 2010/1026); y la STSJ de Galicia de fecha 14 de octubre de 2008 (JUR 2008/359812).

<sup>23</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, 2018.

desempleo incide notablemente en la duración del desempleo, tanto por el lado de la oferta de empleo como por el lado de la demanda, en el mercado de trabajo<sup>24</sup>.

A pesar del tono economicista de estas afirmaciones, el ámbito jurídico tampoco está exento de polémica. El concepto de desempleo refleja este aspecto limitando el acceso a las prestaciones para los que realmente quieren trabajar. La protección pública de la situación de desempleo, ampara a quienes pudiendo y queriendo trabajar, pierden su empleo o ven reducida su jornada de trabajo y, en base a ello, la Seguridad Social les reconoce un posible derecho a percibir una garantía de rentas en forma de prestación o subsidio, para la compensación de la pérdida del salario o de su reducción, respectivamente, hasta tanto el individuo acceda de nuevo al mercado de trabajo aunque, por supuesto, el periodo de percepción es limitado y está sujeto a las cotizaciones previas.

En el supuesto de que durante el tiempo de excedencia voluntaria perdiera su puesto de trabajo, no tendría derecho a las prestaciones por desempleo, ya que se consideraría que no se encuentra realmente en una situación de desempleo ordinaria, puesto que aún conservaría un derecho preferente al reingreso en la empresa de origen, derecho que únicamente podría ser ejercitado a la finalización de su situación de excedencia, lo que ocasiona la consiguiente desprotección económica para el trabajador<sup>25</sup>.

En el caso que nos ocupa, la cuestión que se plantea es si sería de aplicación la doctrina del paréntesis, respecto del requisito de voluntariedad –querer trabajar–, puesto que la prestación solo se concede en los supuestos de paro involuntario o forzoso.

#### 4.4.1. La doctrina del paréntesis

Durante el tiempo que se prolongue la situación de excedencia voluntaria, no existe situación asimilada al alta ni, por tanto, obligación de cotizar; por lo que, si no hay cotización durante ese periodo, ni tampoco posibilidad legal de que la hubiera, no cabe entender que ese impás temporal, que procede de la voluntad personal del beneficiario, deba obviarse en el sentido de que no altere el periodo legal de ocupación cotizada mínimo para generar el derecho a la prestación, según lo establecido en los artículos 266 b) y 269, en relación con los artículos 145 y 166 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y el artículo 13 del Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre, por el que se Aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.

Por tanto, *la doctrina del paréntesis*<sup>26</sup> se aplicaría cuando la falta de cotización durante la situación de excedencia voluntaria hubiera sido derivada de una imposibilidad real y manifiesta de trabajar por causas ajenas a la voluntad del beneficiario. En el momento en el que quedase acreditada dicha voluntad por parte del empleado de continuar vinculado al

<sup>24</sup> REBOLLO SANZ, Y., *La influencia de la contratación temporal y las prestaciones por desempleo en el mercado laboral*. Centro de Estudios Andaluces, Consejería de la Presidencia, Junta de Andalucía, 2008.

<sup>25</sup> PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral. Aspectos laborales y de seguridad social. A propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, op. cit., 2007.

<sup>26</sup> ALVAREZ CORTÉS, J.C., GUIX GONZÁLEZ, M.J.: “Excedencia voluntaria y situación legal de desempleo. Inaplicación de teoría del paréntesis”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 114, 2012, pp. 227-240.

mercado laboral, la aplicación de la *doctrina del paréntesis* sería viable<sup>27</sup>, con lo que se retrotraería el periodo computable de ocupación cotizada a los seis años anteriores al inicio de la situación de excedencia voluntaria. Por el contrario, y en el caso de que no acreditase de manera conveniente tal extremo traducido en una voluntad por parte del empleado de acceder al trabajo, solamente habría de tenerse en cuenta para la duración de su devengo el tiempo en que, efectivamente, se prestó la actividad laboral<sup>28</sup>.

La jurisprudencia es prolija en esta cuestión, tanto en el sentido de su aplicación como en el contrario. La sentencia STS de fecha 4 de abril de 2011 (RJ 2011/3697) excluye la posibilidad de aplicar la *doctrina del paréntesis* en un supuesto de excedencia voluntaria a efectos de percibir las correspondientes cantidades en concepto de prestación por desempleo. El argumento principal que esgrime dicha resolución judicial se basa en afirmar una ausencia total de voluntad continuada por parte de la trabajadora a la hora de permanecer vinculada al mercado de trabajo, valorando que la situación de excedencia voluntaria obedece única y exclusivamente a la voluntad exclusiva de aquélla, concluyendo que “al no aplicar a dicho periodo la *doctrina del paréntesis* no procede retrotraer el periodo computable de ocupación cotizada a los seis años anteriores al inicio de la situación de excedencia voluntaria, sino que tal periodo será el inmediatamente anterior al inicio de la situación de desempleo”.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia recoge una serie de supuestos en los que sí sería aplicable esta doctrina, quedando desglosados de la siguiente manera: (i) la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo, porque esta situación acredita el "animus laborandi", o lo que es igual, la voluntad de no apartarse del mundo laboral<sup>29</sup>; (ii) la antigua situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar; (iii) la percepción de una prestación no contributiva de invalidez en que tampoco se cotiza<sup>30</sup>; (iv) el periodo de internamiento en establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento del mercado laboral, cuando el recluso ha mostrado durante él, su disponibilidad para el trabajo mediante la realización de servicios personales; y, (v), la existencia comprobada de una grave enfermedad que conduzca al hecho causante, por la que pueda ser fundadamente explicable que se hubiesen descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta<sup>31</sup>. En este sentido, y por igual razón, cabría también excluir del periodo computable a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y carencia, un interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo que no fuera revelador de esa supuesta voluntad por parte del trabajador excedente voluntario de apartarse del mundo laboral<sup>32</sup>.

Una breve referencia también en relación con los casos en los que el trabajador se encuentra en situación de excedencia voluntaria en una relación de prestación de servicios anterior y, a lo largo de dicha situación, trabaja para otra u otras empresas durante un lapso temporal suficiente para poder obtener, en base a este nuevo nexo contractual, el derecho a

<sup>27</sup> SSTS 24 de noviembre de 2010 (RJ 2011/1211) y de fecha 23 de diciembre de 2005 (RJ 2006/595).

<sup>28</sup> STS de fecha 12 de julio de 2004 (RJ 2004/5585).

<sup>29</sup> SSTS de fecha 29 de mayo de 1992 (RJ 1992/3619), 1 de julio de 1993 (RJ 1993/6879), 26 de mayo de 2003 (RJ 2003/5090) y 12 de julio de 2004 (RJ 2004/5585).

<sup>30</sup> SSTS de fecha 9 de diciembre de 1999 (RJ 2000/517), 2 de octubre de 2001 (RJ 2001/8978) y 20 de diciembre de 2005 (RJ 2006/585).

<sup>31</sup> SSTS de fecha 26 de enero de 1998 (RJ 1998/1056) y 17 de septiembre de 2004 (RJ2004/6320).

<sup>32</sup> SSTS de fecha 29 de mayo de 1992 (RJ 1992/3619) y 10 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2975).

percibir la prestación contributiva de desempleo, cabe plantearse si una vez extinguido ese nuevo nexo contractual en contra de su voluntad, el trabajador puede o no considerarse en situación legal de desempleo. Y ello, a pesar de hallarse en situación de excedencia voluntaria en lo que concierne a la primera relación jurídica de prestación de servicios.

Teniendo en cuenta las diversas teorías expuestas en torno a este punto en materia de desempleo, es conveniente partir de la base jurídica que nos ofrece el artículo 267.2.d) del TRLGSS, cuando sostiene que “no se considerará en situación legal de desempleo a los trabajadores que no hayan solicitado el reingreso al puesto de trabajo en los casos y plazos establecidos en la legislación vigente”. La mayoría de autores se apoyaron en lo dispuesto en tal precepto para considerar la conveniencia de denegar dicho derecho de prestación por desempleo a aquellos trabajadores que, habiendo cotizado en la segunda empresa el tiempo suficiente para tener derecho a dicha prestación, no hubieran solicitado el reingreso en la empresa en tiempo y forma adecuados. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la persona que se encuentra en excedencia voluntaria no siempre puede solicitar, de forma válida y eficaz, su reingreso al servicio activo, puesto que tal clase de solicitud sólo puede formularse con respecto al momento en que termine el plazo por el que se le concedió dicha excedencia o, en aquellos casos –muy poco frecuentes por otra parte– en que se pacta explícitamente la posibilidad de que el empleado solicite, en cualquier momento, el reingreso al servicio activo, sin restricción temporal en tal sentido. Pero ahora, hay que tener presente que, si el plazo de la excedencia voluntaria convenido no está próximo a su fin, la solicitud de reingreso del trabajador carecería por completo de efectividad, pues la empresa no está obligada a tomar en consideración tal clase de peticiones hasta el momento en que ese plazo no hubiera concluido<sup>33</sup>. Siendo interesante este planteamiento, no es el del caso que nos ocupa, puesto que el trabajador solicita su reincorporación a la finalización del plazo de excedencia voluntaria concedido.

#### 4.4.2. El acceso a la prestación por desempleo

Junto a la situación de alta o asimilada al alta y los periodos de carencia que exigen todas las contingencias comunes, incluida la protección por desempleo, uno de los elementos esenciales de la noción de desempleo protegido es la voluntad para trabajar. Y ya no solo porque el artículo 262 TRLGSS indique que el desempleo protegido es el de aquellos que “pudiendo y queriendo trabajar” han perdido un empleo, o han visto reducida su jornada de trabajo, porque uno de los requisitos para el acceso a las prestaciones es ser demandante de empleo y haber suscrito el compromiso de actividad, sino porque en el catálogo de situaciones legales de desempleo lo que se protege son suspensiones, extinciones o modificaciones de contrato no imputables al trabajador. La combinación de los criterios positivos y negativos del artículo 267 TRLGSS “muestra la vigencia de la involuntariedad como requisito de acceso a la protección...se excluyen, con limitadas excepciones...las causas de pérdida o reducción del empleo que pueden atribuirse a la voluntad del trabajador...”. De hecho, se afirma tajantemente en la norma, que no se considerará situación legal de desempleo la de los trabajadores que “cesen voluntariamente en el trabajo”, extendiendo luego esta exclusión a los supuestos de falta de reclamación frente al despido, no ejercicio de acciones para la reincorporación en el caso de despido nulo o improcedente

<sup>33</sup> BOTANA LÓPEZ, J.M.: “Tendencias actuales de la Jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002, p. 256.

—como el caso que nos ocupa— o no solicitud del reingreso en el caso de suspensiones con derecho a reserva del puesto de trabajo<sup>34</sup>.

De hecho, en el catálogo de situaciones legales de desempleo, no se encuentra la extinción del contrato de trabajo por la negativa a la reincorporación tras una excedencia voluntaria. Y ello, porque solicitar una excedencia voluntaria en la manera en que se encuentra regulada esta figura, va más allá de una mera suspensión puesto que son muchas las posibilidades de no volver a trabajar en la empresa al existir solamente un derecho preferente pero no una reserva de puesto de trabajo. En los casos de negativa del empresario a la reincorporación a su puesto de trabajo una vez que se haya solicitado el reingreso en tiempo y forma por parte del trabajador, suponiendo la existencia de vacante, los tribunales han entendido que la situación que se produce es asimilable a un despido. En estos casos, el cese no reviste el requisito de voluntariedad por parte del trabajador<sup>35</sup>, lo que supone la apertura del derecho al acceso a la prestación por desempleo, aunque, de producirse esta situación, se plantea otra problemática, que también tiene cabida en la sentencia, cual es el no encontrarse en situación de alta o asimilada al alta durante el periodo de excedencia voluntaria.

Realmente la negativa al reingreso, en si misma, no genera una situación legal de desempleo en el trabajador no reingresado, por tanto, no tendría derecho ni ahora cuando se le deniega el reingreso por no existir vacante, ni antes cuando solicitó la excedencia. No existe, entonces, derecho a prestación porque no existe situación legal de desempleo. De hecho, la mayoría de las resoluciones judiciales en situaciones excedencia voluntaria y desempleo se referían al reconocimiento de este cuando se ha cesado en otro puesto de trabajo en otra empresa o en el caso de situaciones relacionadas con el fraude de ley en la celebración de los contratos a los efectos de acceder a las prestaciones por desempleo<sup>36</sup>.

El principal requisito para el reconocimiento de una prestación contributiva es el de encontrarse en alta o en situación de asimilada al alta, tal y como se establece en los artículos 266, 165 y 166 TRLGSS. El artículo 166 entiende que puede considerarse situación de asimilada al alta la de excedencia forzosa, pero no la excedencia voluntaria. Igualmente, el Real decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social, cuando habla de excedencia como situación asimilada al alta lo hace respecto de la excedencia forzosa o respecto de la solicitada por cuidado de hijos “con reserva de puesto de trabajo”. De la misma manera, en la legislación específica de desempleo, el artículo 2 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, solo se contempla como situación de asimilada al alta “la excedencia forzosa por elección para un cargo público o sindical”.

<sup>34</sup> GARCIA ORTEGA, J., “Incidencia de la excedencia voluntaria en la prestación por desempleo”, en AA.VV. *Estudios sobre Seguridad Social: libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Alzaga Ruiz, I. (coord.), Atelier, 2017, pp. 639-654.

<sup>35</sup> DESDENTADO BONETE, A., MERCADER UGUINA, J.: *El desempleo como situación protegida*, Civitas, Madrid, 1996, p. 51.

<sup>36</sup> AGUSTÍ JULIÀ, J. et altri: *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*, Editorial Bomarzo, 2010.

Así, los tribunales han venido entendiendo que “resulta requisito obligado para causar derecho a la prestación por desempleo, contributivo o no contributivo, estar en situación de alta o asimilada al alta, al tiempo de sufrir la pérdida de ocupación, en un régimen de seguridad social que proteja esa contingencia, o en situación asimilada al alta, entre las que no se encuentra la de excedencia voluntaria”<sup>37</sup>. Pero la jurisprudencia es amplia en el caso que nos ocupa. El TSJ Madrid<sup>38</sup> reconoció en un caso, en el que se acordó en conciliación el despido por falta de reingreso, que dicha situación ni hubo de producir el alta en Seguridad Social ni la excedencia era una situación asimilada al alta, por lo que “se permite colegir, que la ausencia del requisito de alta o asimilada al alta, ex artículo 207 de la LGSS (actual artículo 266 TRLGSS), no genera el nacimiento del derecho a la prestación solicitada en demanda de desempleo”. La misma sala se expresó respecto de un excedente voluntario que pide su reingreso y no es aceptado, y al solicitar las prestaciones por desempleo se le deniega por el SPEE por no encontrarse en situación legal de desempleo ya que “la ausencia del requisito de alta o situación asimilada al alta...no permite generar el nacimiento del derecho a la prestación solicitada en demanda, lo que resulta, a su vez, acorde con el objeto de la prestación que, conforme a las previsiones del artículo 203 LGSS (actual 262 TRLGSS), no es otro que el de dispensar una protección eficaz a quienes pudiendo y queriendo trabajar pierden su empleo, lo que en supuestos de excedencia voluntaria como el que nos ocupa, se materializa en los casos en los que el despido se produce en concurso cronológico con la doble condición de la existencia de una solicitud de reincorporación efectuada por el trabajador excedente y de una vacante de igual o similar categoría en la empresa.”

## 5. FALLO

La Sala decide la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina y casa y anula la sentencia de suplicación impugnada, resolviendo el debate suscitado en suplicación con revocación de la sentencia de instancia y reconociendo al trabajador el derecho a la percepción de prestaciones contributivas por desempleo con efectos del 16 de diciembre de 2013, fecha en la que finalizó el plazo concedido para la excedencia voluntaria, con una duración de 720 días, con condena a los codemandados y al Servicio Público de Empleo Estatal.

Las claves de esta resolución se han ido desgranando en los apartados anteriores de este trabajo, con lo que la justificación del fallo, queda suficientemente acreditada tanto doctrinal como jurisprudencialmente.

La trascendencia de esta doctrina judicial ha sido capaz de dar respuesta directa a una situación compleja por la cantidad de elementos que se ha hecho necesario tener en cuenta, así como por el análisis sistemático de las normas jurídicas disponibles. La inexistencia de voto particular alguno es relevante a la hora de considerar asentada esta doctrina y, por tanto, de consolidación *ad futurum*.

<sup>37</sup> STSJ Andalucía, Málaga, sala Social, de 12 de abril de 2002.

<sup>38</sup> STSJ Madrid, sala Social, de 25 de noviembre de 2009.

## 6. CONCLUSIONES

No puede negarse la trascendencia de la doctrina judicial que, a través de una interpretación sistemática de las normas jurídicas disponibles, es capaz de ofrecer respuesta directa a una situación como la aquí descrita en la que entran en juego diferentes elementos, a saber: no readmisión tras una excedencia voluntaria y subsiguiente reconocimiento de despido improcedente por conciliación, indemnización, derecho de prestación por desempleo vinculada a la situación de alta o asimilada al alta del trabajador desde la fecha en la que se reconoce el despido. Por tanto, no son pocos los elementos que ha tenido que considerar la sala. La contradicción entre las sentencias comparadas obliga a efectuar un análisis de las situaciones fácticas en relación con las normas aplicables al caso. El resultado fue una contradicción entre las sentencias comparadas.

Es indudable, por los argumentos expuestos por la sala, la posibilidad de consolidación *ad futurum* de la sentencia dictada en unificación de doctrina. Se consolida el deber empresarial de readmisión del trabajador en las condiciones que se pacten en el acuerdo de excedencia y el reconocimiento de la improcedencia del despido cuando este no se produce, así como de la indemnización asociada y de la necesidad de reconocimiento de las prestaciones correspondientes vinculadas a los períodos de cotización asociados.

Además, la teoría jurisprudencial básica que propone la Sala Cuarta del Tribunal Supremo consiste en fijar el punto de partida a efectos de cálculo indemnizatorio por despido improcedente en torno a ese derecho expectante malgrado por la conducta ilícita del empresario, un derecho que tiene que ver con el momento del cese o extinción del contrato de trabajo en cuanto que se proyecta hacia una fecha de futuro y no hacia el punto temporal ya pasado de la obtención de la situación de excedencia.



## Conflicto de competencias entre el estado y las comunidades autónomas en el marco del programa de activación para el empleo: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2019, de 27 de marzo

### Conflict of powers between the state and the autonomous regions within the framework of the employment activation programme: Commentary on Constitutional Court Ruling 40/2019 of 27 March

SUSANA RODRIGUEZ ESCANCIANO  
*CATEDRÁTICA DE UNIVERSIDAD*

NATALIA ORDÓÑEZ PASCUA  
*PROFESORA AYUDANTE  
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE LEÓN*

#### Resumen

La convivencia de una pluralidad de centros normativos y administrativos fruto de la organización territorial del Estado de las Autonomías que la norma suprema reconoce y garantiza, y el tratamiento constitucional por cuanto a asignación y asunción de competencias se refiere, supone, sin duda alguna, uno de los puntos de fricción más comunes entre el Estado y las CCAA. En este sentido, cuando dos entes –uno autonómico y otro estatal– recaban para sí las mismas atribuciones, procede determinar con claridad la materia objeto de controversia que será la que en última instancia determine quién posee la legitimación para su ejercicio. Buena muestra de estas circunstancias puede encontrarse en el régimen jurídico del programa de activación por desempleo regulado en el Real Decreto Ley 7/2017.

#### Palabras clave

Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE); Servicio Público de Empleo Autonómico; conflicto de competencia; Programa de Activación de Empleo; prestaciones por desempleo

#### Abstract

The coexistence of a plurality of regulatory and administrative centres as a result of the territorial organisation of the Spanish 'state of autonomous regions' recognised and guaranteed by supreme law, and the constitutional treatment in terms of allocation and assumption of powers, are undoubtedly one of the most common friction points between the state and the autonomous regions. In this sense, when two entities - one autonomous and one national - claim the same powers for themselves, it is necessary to clearly determine the subject matter of the dispute that will ultimately determine who has the legitimacy for its exercise. A good example of this can be found in the legal system of the employment activation programme regulated in Royal Decree Law 7/2017.

#### Keywords

Public State Employment Service; Public Autonomous Employment Service; conflict of powers; employment activation programme; unemployment benefits

### 1. REVISITANDO CONCEPTOS: DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

La diversidad jurídica, también en los ámbitos institucionales relacionados con la materia “laboral” y “Seguridad Social”, es desde luego una consecuencia natural de la organización territorial del Estado, compuesta y compleja, establecida por la CE, que se

fundamenta en la “indisoluble unidad de la Nación española” y reconoce y garantiza el “derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas” (art. 2 y título VIII CE). La existencia de entes públicos territoriales (las Comunidades Autónomas –arts. 143 a 158 CE–), dotados constitucionalmente de autonomía política y competentes, por lo tanto, para la promulgación de normas jurídicas sobre los más diversos aspectos de la realidad social (el trabajo y la Seguridad Social entre ellos) abre las puertas, ciertamente, a un marco institucional complejo y plural, en el que la diversidad de regímenes jurídicos territoriales sobre una misma materia se convierte en un elemento caracterizador del sistema en su conjunto<sup>1</sup>.

Como es de sobra conocido, la división geográfica que la Constitución Española permite cuando en su art. 2 reconoce la garantía al derecho de autonomía –no de soberanía– de las nacionalidades y regiones conlleva la posibilidad de las Comunidades Autónomas (CCAA) de alcanzar distintos grados de ésta en tanto sus Estatutos de Autonomía así lo contemplan<sup>2</sup>. Al respecto existe la necesidad de recurrir a una fórmula férrea como es la Ley Orgánica para aprobar el texto en ellos contenido y seguir el procedimiento predeterminado contemplado en la norma suprema.

Asimismo, recordando conceptos ampliamente sabidos, el conflicto que pudiera surgir ante la existencia de una pluralidad de centros de producción normativa no cabe ser resuelto con la aplicación del principio de jerarquía sino por el de competencia, si bien, y pese a la aparente existencia de dos ordenamientos distintos, el conjunto de normas de una Comunidad Autónoma ha de integrarse en el Estatal formando un único *corpus* normativo enlazado, eso sí, precisamente por el Estatuto de Autonomía<sup>3</sup>.

Es más, el espectro de la distribución competencial entre el Estado y las CCAA está marcado por un sistema de reparto de materias sustentado en el tenor de los arts. 148 y 149 CE que, combinados con otros, suponen un marco en el que se relacionan las competencias exclusivas de aquel –del art. 149–, aquellas que pueden ser asumidas por éstas –del art. 148–, y las demás que, en cuanto la “facultad” o “materia” no sean mencionadas de manera expresa como de carácter exclusivo estatal, que podrán si así lo establecen sus Estatutos pasar a formar parte del elenco autonómico en virtud de la cláusula residual del art 149.3 CE.

<sup>1</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “El principio constitucional de “unidad del orden económico nacional y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materias de trabajo y Seguridad Social”, *AL*, núm. 47, 1999, pp. 902.

<sup>2</sup> Así, “ordenamiento estatal general y ordenamientos autonómicos, llámense éstos microsistemas, subsistemas u ordenamientos infraestatales o menores, cada uno de ellos con una riqueza normativa interior nada desdeñable que se ordenan domésticamente en torno al principio de jerarquía normativa que la Constitución garantiza en su art. 9.3, se sitúan en una posición de igualdad e igualmente ordenada o distante de la Constitución, sometiendo sus relaciones *ad extra*, que no lo son de superioridad y subordinación, sino de separación relativa a partir de la previa distribución de competencias y materias que se realiza en los arts. 148 y 149 del texto constitucional, al principio de competencia *ratione materiae* y *ratione territorii*”. CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E.: “Sistema de fuentes jurídico-laborales y Comunidades Autónomas”, *REDT*, núm. 1, 1980, pp. 18.

<sup>3</sup> Por extenso, MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho público de las Comunidades Autónomas*. T. I y II, Madrid, 1982 y 1984; ARGULLOL MURGADAS, E.: “La organización administrativa de las Comunidades Autónomas”, *DA*, núm. 182, 1979, pp. 27 y ss.; FONT I LLOVET, T.: “Tendencias organizativas en la Administración de las Comunidades Autónomas”, *RVAP*, núm. 6, 1983, pp. 217 y ss. o GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “El sistema autonómico quince años después”, *REDA*, núm. 84, 1994, pp. 575 y ss.

Del panorama descrito, es menester afirmar que por la vía negativa existe la posibilidad de que las entidades territoriales autonómicas recaben aquellas materias no presentes en la lista presentada en los *supra* mencionados artículos, si bien “son los Estatutos las normas llamadas a fijar las competencias”<sup>4</sup>.

Todo ello sin olvidar que el texto constitucional va más allá cuando deja al Estado prerrogativas exclusivas en legislación pero permite la ejecución a los órganos autonómicos pertinentes y aquí se sustancian, precisamente, aquellas cuestiones de límites en las que dos instituciones de carácter ejecutivo (estatal y autonómica) pretenden ejercer la potestad que entienden constitucionalmente otorgada<sup>5</sup>. Precisamente, este último es el supuesto de las competencias en materia laboral del art. 149.1.7ª CE, en las que, reservando al legislador estatal las facultades legislativas, permite aquellas de ejecución a los órganos de las Comunidades Autónomas<sup>6</sup>, sin perder de vista que si del mercado laboral se trata, deben tener en cuenta también el tenor de la disposición 13ª del citado artículo mediante la cual es competencia exclusiva estatal las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica<sup>7</sup>.

Esta afirmación general ha venido a ser matizada por el TC al precisar que el concepto de legislación ha de entenderse en sentido amplio y, por tanto, incluir tanto leyes formales como reglamentos de desarrollo<sup>8</sup>. Esta reserva tiene su razón de ser en la necesaria uniformidad legislativa para todo el territorio nacional en esta materia a fin de hacer efectivo el principio de igualdad de todos los españoles a poseer los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado<sup>9</sup>.

El vehículo normativo mediante el cual se lleva a cabo la transferencia competencial –Real Decreto– no atribuye ni ordena competencias, limitando su actuación a concretar la forma y procedimiento de éstas y articulando mecanismos de cooperación entre el Estado y la CA; así, en ningún caso pueden prevalecer sobre las previsiones constitucionales y estatutarias de reparto de las materias.

Por cuanto hace estrictamente a la materia de “empleo”, parte sustancial de las relaciones laborales, son muchos los aspectos que han sido transferidos y que son considerados de competencia autonómica; entre varios, los expedientes de regulación de empleo, la gestión de la formación profesional ocupacional, las subvenciones propias de fomento del empleo aprobadas por cada Comunidad en virtud del art. 148.1.13ª CE, el

---

<sup>4</sup> STCo 76/1983, de 5 de agosto.

<sup>5</sup> MANRIQUE LÓPEZ, F.: “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en Derecho Social”, *RPS*, núm. 144, 1984, pp. 85 y ss.

<sup>6</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E.: “Las competencias laborales de las Comunidades Autónomas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía y su interpretación por el Tribunal Constitucional”, *RL*, 1985, T. I, pp. 1013 y ss. Por extenso, LÓPEZ LÓPEZ, J.: *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Madrid, 1993, pp. 59 y ss.

<sup>7</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “La distribución de competencias en el Estado Social Autonómico en materia de políticas de empleo e inmigración”, *TS*, núm 198, 2007, pp. 17.

<sup>8</sup> En este sentido, entre varias, SSTCo 39/1982, de 30 de junio, 57/1982, de 27 de julio, 360/1993, de 3 de diciembre, 190/2002, de 17 de octubre, 30/2003 de 18 diciembre, 51/2006, de 16 de febrero, 194/2012, de 31 de octubre o 244/2012, de 18 de diciembre.

<sup>9</sup> Art. 139.1 CE.

control de los requisitos de la contratación laboral<sup>10</sup>, así como la gestión de la intermediación laboral y, por lo que a este estudio importa, de las políticas de empleo a través del servicio público de empleo de cada Comunidad Autónoma<sup>11</sup>.

## 2. EL FOMENTO DEL EMPLEO COMO MATERIA “PERILABORAL” DE ATENCIÓN AUTONÓMICA

Tomando como punto de partida lo dispuesto en el art. 149.1.7ª CE, que atribuye, de forma contundente, al Estado la “competencia exclusiva” sobre la “legislación laboral”, permitiendo a las Comunidades Autónomas tan sólo intervenir en la “ejecución” de las leyes laborales estatales, mediante la ordenación de los servicios y procedimientos administrativos necesarios para ponerlas en práctica<sup>12</sup>, la consecuencia inmediata a extraer es que “la materia laboral es constitucionalmente inaccesible, por vía de los Estatutos de Autonomía, al poder legislativo Autonomo”<sup>13</sup>. Ahora bien, el adjetivo “laboral” ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional, no referido genéricamente al mundo del trabajo, sino en un sentido mucho más concreto y restringido, como conjunto de principios e instituciones que surgen del contrato en cuanto categoría jurídica central<sup>14</sup>, incluyendo exclusivamente, a tenor del art. 1.1 ET, “la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios a favor de los que y bajo la dirección de quienes se prestan estos servicios”<sup>15</sup>.

La legislación laboral es, por tanto, para el Tribunal Constitucional, la que regula el trabajo asalariado, cuyo estatuto jurídico propio surge de la existencia de un vínculo contractual. Ello supone que el núcleo normativo que directamente pauta estas relaciones (individuales o colectivas), que constituye el objeto básico del denominado *Ius Laborum*, queda extramuros de la potestad normativa de las Comunidades Autónomas, las cuales no poseen ningún tipo de intervención en dicho marco nuclear<sup>16</sup>.

De esta acotación constitucional estricta del alcance del término laboral deriva, empero, la existencia de competencias autonómicas sobre materias no pertenecientes propiamente a dicho título, pero relacionadas con él de modo directo (“cuestiones perilaborales”)<sup>17</sup>, a resultas de su conexión con la política económica y con fundamento, de un lado, en el art. 148.1.13ª CE, que reconoce facultades a las autonomías territoriales sobre “el fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos enmarcados por la política económica nacional”, o, de otro, en el art. 148.1.1ª CE, el cual

<sup>10</sup> STCo 249/1988, de 20 de diciembre, FJ 5.

<sup>11</sup> Art. 19, Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.

<sup>12</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Ordenamiento laboral español y Comunidades Autónomas”, en VV.AA.: *Tendencias actuales del Derecho del Trabajo. Perspectiva Iberoamericana*, cit., pp. 144. Por extenso, LÓPEZ LÓPEZ, J.: *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, cit., pp. 59 y ss.

<sup>13</sup> CASAS BAAMONDE, Mª.E.: “Las competencias laborales de las Comunidades Autónomas en la Constitución y Estatutos de Autonomía y su interpretación por el Tribunal Constitucional”, *RL*, 1985, T. I, pp. 424.

<sup>14</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social*, *RL*, núm. 5, 1996, pp. 9 y ss.

<sup>15</sup> STCo 360/1993, de 13 de diciembre.

<sup>16</sup> STCo 195/1996, de 28 de noviembre.

<sup>17</sup> CASAS BAAMONDE, Mª.E.: “Sistema de fuentes jurídico-laborales y Comunidades Autónomas”, *REDT*, núm. 1, 1980, pp. 15 y ss.

admite la capacidad de toda la Administración Regional para fijar la organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno<sup>18</sup>. Esta complejidad cobra pleno alcance, entre otras cuestiones, en aquellos aspectos relacionados con la política de fomento del empleo.

### **3. REPARTO DE ATRIBUCIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO**

Contrasta la situación hasta ahora descrita con la relativa a la materia de Seguridad Social, pues la CE permite un margen de actuación mucho más amplio en este marco a las Comunidades Autónomas, las cuales pueden asumir competencias normativas, legales y reglamentarias, no ya meramente ejecutivas<sup>19</sup>. Así, en materia de Seguridad Social, el Estado sólo ostenta competencia exclusiva sobre la “legislación básica” y el “régimen económico de la Seguridad Social” (art. 149.1. 17ª CE), lo cual no excluye ni mucho menos un ámbito cierto de competencias autonómicas sobre la materia, que deriva claramente de la propia letra del art. 149.1.17ª CE; antes al contrario, las Comunidades Autónomas pueden asumir, efectivamente como atribuciones propias, el desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado y la ejecución de los servicios de la Seguridad Social<sup>20</sup>.

En tal contexto, es menester aclarar los siguientes extremos de interés<sup>21</sup>:

1º.- Por “legislación básica”<sup>22</sup> procede entender los “criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica, que deben ser comunes a todo el Estado”<sup>23</sup>. Esta noción presenta, por tanto, un doble sentido constitucional: positivo, “que manifiesta los objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros”; negativo, “que constituye el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades

<sup>18</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: “Competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral: actos ejecutivos de carácter normativo”, *Rev. Treb.*, núm. 10, 1989, pp. 51 y ss.

<sup>19</sup> En general, MANRIQUE LÓPEZ, F.: *Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social*, Madrid, 1985.

<sup>20</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “Distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social”, en VV. AA: *Derecho de la Seguridad Social*, DE LA VILLA GIL, L.E. (Dir.), 2ª ed., Valencia, 1999, pp. 71. En el mismo sentido, SALA FRANCO, T.: “El Estado de las Autonomías y el Estado del Bienestar: notas polémicas a un proceso complejo”, *Rev. Treb.*, junio, 1987, nota 1 o MARTÍN PUEBLA, E.: “Claves para la gestión descentralizada de la Seguridad Social”, *AL*, núm. 22, 1990, pp. 249 y ss.

<sup>21</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J.: *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, cit., pp. 173 y ss.

<sup>22</sup> Al reservar la legislación básica al Estado, se trata de asegurar un mínimo denominador común, pero sin excluir de forma absoluta la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en esta materia. Tal efecto podía haber sido logrado de haber utilizado el término legislación a secas, con el cual desaparecería cualquier posibilidad de competencias legislativas de las Comunidades Autónomas. A tal dato procede añadir cómo no sólo no ha sido utilizado el término legislación a secas, sino que ha sido empleado el de “legislación básica, más restrictivo que el de bases, estableciéndose así una diferenciación entre legislación básica y no básica, la primera competencia del Estado y la segunda de las Comunidades Autónomas”. LÓPEZ LÓPEZ, J.: *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, cit., pp. 203.

<sup>23</sup> Por todas, STCo 32/1981, de 28 de julio. Al respecto, BAYONA I ROCAMORA, A.: “La evolución del concepto de competencia básica en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional”, *REDA*, núm. 45, 1985, pp. 55 y ss. o GARCÍA MORILLO, J.: “La versatilidad de lo básico”, *RAP*, núm. 139, 1996, pp. 125 y ss.

Autónomas en el ejercicio de sus competencias cuando, aun definiéndose éstas como exclusivas, la Constitución y el Estatuto las dejan así limitadas<sup>24</sup>.

Así pues, el objetivo perseguido por la Constitución al conferir a los órganos generales del Estado la competencia para fijar las bases de una materia determinada, es asegurar, en aras a intereses generales superiores a los de las Comunidades Autónomas, una “regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación”<sup>25</sup>, “un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad podrá desarrollar sus propias competencias y mejorar en su caso los niveles comunes y mínimos de protección estatal”<sup>26</sup>. “Con certeza, la Seguridad Social pública, mínima y obligatoria, que para todos los ciudadanos pide el art. 41 CE ha de ser igual para todos los españoles. Garantizar dicha igualdad, a nivel mínimo y general de protección, ha de ser, sin lugar a dudas, el cometido de la ley estatal básica o marco”<sup>27</sup>.

2º.- Por “régimen económico” cabe entender el patrimonio de la Seguridad Social, formado por cuotas, bienes, derechos, acciones y recursos de cualquier género que constituyen un caudal único afecto a sus fines: los recursos generales de la Seguridad Social, integrados por las aportaciones del Estado, cotizaciones de las personas obligadas, frutos, rentas e intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales, al igual que otros ingresos y su sistema financiero (salvo excepciones de reparto) y de inversiones (coordinando las finalidades de carácter social con la obtención de la mayor rentabilidad compatible con la seguridad de la inversión y una liquidez en grado adecuado a las finalidades a atender por aquéllas)<sup>28</sup>.

3º.- De este modo, con la única exclusión del “régimen económico”, respecto del cual las autonomías territoriales no podrán entrar a dictar norma alguna (aun cuando sí gestionarlo)<sup>29</sup>, las CCAA están facultadas para dictar leyes complementarias o de desarrollo

<sup>24</sup> STCo 25/1983, de 7 de abril. Al respecto, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución”, en VV.AA.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, 1984, pp. 103 y ss. y “Una competencia compartida por el Estado y las Comunidades Autónomas: la regulación de la Seguridad Social”, en VV.AA.: *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, Vol. III, Madrid, 1984, pp. 145 y ss.

<sup>25</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>º</sup>.E.: “Sentencia 69/1988, de 19 de abril. A efectos sistemáticos, sobre el concepto material de norma básica en el orden constitucional de distribución de competencias y su complementación con requisitos formales; con una admonición al Gobierno a propósito del ejercicio de su potestad reglamentaria”, en ALONSO OLEA, M.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. VI, Madrid, 1989, pp. 262 y ss.

<sup>26</sup> SSTCo 44/1982, de 8 de julio; 32/1983, de 28 de abril; 170/1989, de 19 de octubre ó 102/1995, de 26 de junio.

<sup>27</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>º</sup>.E.: “Sistema de fuentes jurídico-laborales y Comunidades Autónomas”, cit., p. 40. Por extenso, VILLAR PALASI, J.L.: “La distribución constitucional de competencias en materia de Seguridad Social”, *DL*, núm. 5, 1982, pp. 7 y ss.

<sup>28</sup> DESDENTADO BONETE, A.: “El régimen económico de la Seguridad Social y las Autonomías”, *REDA*, núm. 38, 1993, pp. 354.

<sup>29</sup> El régimen económico aparece como un sector de la materia Seguridad Social que recibe un tratamiento diferenciado, sobre el cual recae una competencia exclusiva, a nivel pleno, por parte del Estado, a diferencia del resto de la materia de Seguridad Social, en la cual la competencia estatal aparece ceñida al ámbito de la legislación básica. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social”, cit., pp. 13-14 o PALOMAR OLMEDA, A. y ZARATAIN DEL VALLE, R.: “La distribución de competencias en materia de Seguridad Social y la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 1989”, *RT*, núm. 99, 1990, pp. 9 y ss.

de la legislación básica estatal, así como ejercer la potestad reglamentaria en desarrollo de sus propias leyes y, en fin, asumir la ejecución de los servicios de Seguridad Social<sup>30</sup>.

Es más, teniendo presente que mientras en el nivel de desarrollo legislativo existe una competencia compartida, la competencia de ejecución es exclusiva de las Comunidades Autónomas (alcanzando tanto a la legislación estatal como autonómica), pudiendo llegar a afirmar, de un lado, que “existe una prohibición constitucional de aprobación por el Gobierno estatal de normas reglamentarias por estar las competencias de ejecución atribuidas a los órganos regionales”<sup>31</sup>; de otro, que el precepto constitucional citado “no parece permitir la asunción de la totalidad de la fase ejecutiva de la legislación estatal de Seguridad social por las Comunidades Autónomas, sino sólo la ejecución de sus servicios”, permitiendo colegir una intención más restrictiva<sup>32</sup>.

Como ha apuntado la mejor doctrina al respecto, tal asignación debe ser interpretada, atribuyendo a las Comunidades Autónomas la competencia normativa en materia de organización, gestión y procedimiento de la Seguridad Social; la competencia en materia de asistencia y prestaciones complementarias, voluntarias o libres; y la mera gestión patrimonial del régimen económico de la Seguridad Social<sup>33</sup>. En consecuencia, teniendo en cuenta que las prestaciones por desempleo integran el marco de la acción protectora del sistema de Seguridad Social, corresponde al Estado su reconocimiento y pago.

En suma y con carácter general, del art. 149.1.17ª CE cabe extraer la afirmación de la existencia de una competencia normativa en materia de prestaciones por desempleo claramente en favor del Estado, resultando más complicado discernir cuál es el titular de las competencias de carácter ejecutivo. En este sentido, si bien en un principio la doctrina se mantuvo dividida respecto al alcance de las facultades autonómicas sobre esta materia, el TC ha sido tajante al afirmar que el texto constitucional no sólo otorga al Estado potestades normativas sobre el régimen económico de la Seguridad Social, sino también facultades de gestión o ejecución del régimen económico de sus fondos<sup>34</sup>. De hecho, la mención separada al régimen económico como función exclusiva del Estado trata de garantizar la unidad del sistema no sólo en cuanto a su regulación jurídica sino que trata de evitar la proliferación de diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las CCAA<sup>35</sup> que claramente supondrían una transgresión del principio de igualdad y de solidaridad. Pese a que la intervención en materia de gestión no será nula en todo caso debe ceñirse a aquellas labores que no comprometan la unidad del sistema lo que deja realmente a las entidades territoriales un muy escaso margen de actuación.

<sup>30</sup> Entre otras, SSTCo 27 y 32/1983, de 20 y 28 de abril; 46/1985, de 26 de marzo; 76/1986, de 9 de junio y 146/1986, de 25 de noviembre. Crucial es la STCo 124/1989, de 7 de julio.

<sup>31</sup> CASAS BAAMONDE, Mª.E.: “Sistema de fuentes jurídico laborales y Comunidades Autónomas”, cit., pp. 15

<sup>32</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Madrid, 1983, pp. 73.

<sup>33</sup> MANRIQUE LÓPEZ, F.: “La distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA en materia de Seguridad Social”, *RSS*, núm. 23, 1984, pp. 139.

<sup>34</sup> En este sentido, SSTCo 124/1989, de 7 de julio y 195/1996, de 28 de noviembre.

<sup>35</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo, empleo y protección social: una sinopsis”, *Anales de Derecho*, núm. 23, 2005, pp. 11.

#### 4. POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

Conforme al art. 3.2 Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (LE), las Comunidades Autónomas disponen de competencias de “desarrollo de la política de empleo, fomento del empleo y ejecución de la legislación laboral y programas y medidas que les hayan sido transferidas”. A tal fin, los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas [integrantes, junto al SPEE, del Sistema Nacional de Empleo –art. 6 LE–], habrán de ser, de acuerdo con la capacidad de autoorganización de cada una de ellas, los órganos o entidades a los que las respectivas Administraciones encomienden “el ejercicio de las funciones necesarias para la gestión... de las políticas activas de empleo” (art. 19 LE). Ello produce una lógica consecuencia: la asunción estatutaria de las competencias relativas a la ejecución de la legislación laboral del Estado comprende la propia autonómica sobre la regulación del Servicio Público de Empleo en su extensión geográfica y, de su mano, la dirección y organización, en este ámbito territorial, de las funciones de inscripción de los demandantes de empleo, de registro de contratos de trabajo y de recepción de comunicaciones sobre su celebración, así como de autorizaciones de las agencias de colocación cuyo ámbito de actuación no exceda del territorio autonómico<sup>36</sup>.

Por si duda hubiere, los arts. 24 y 25 LE se encargan de aclarar que la gestión sobre los recursos económicos en materia de políticas activas de empleo atañe lógicamente a las Comunidades Autónomas, comprendiendo el conjunto de acciones y medidas de orientación, empleo y formación, dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social (art. 36 LE).

Todas estas iniciativas serán desarrolladas, pues, por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, atendiendo además a las características de su territorio (art. 38 LE), sin perjuicio de que el SPEE actúe en el mismo sentido en su ámbito de atribución, coordinando todo el sistema descentralizado (art. 42 LE).

#### 5. ASISTENCIA SOCIAL EXTERNA AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DESTINADA A LA ATENCIÓN DEL DESEMPLEO

Como ya consta, las Comunidades Autónomas carecen de potestad para la gestión de las prestaciones por desempleo del sistema de Seguridad Social y, por lo tanto, para el reconocimiento del derecho a las mismas y del correspondiente pago a los beneficiarios. La gestión de los fondos del sistema de Seguridad Social con destino al abono de las prestaciones resultantes de su acción protectora (incluidas lógicamente las de desempleo –art. 41 CE–) corresponde, así, de modo exclusivo al Estado (art. 149.1.17ª CE)<sup>37</sup>, sin que en consecuencia puedan intervenir las Autonomías Territoriales. Únicamente, el art. 41.4 LE deja claro que estas últimas “verificarán el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la inscripción como demandantes de empleo y la suscripción del compromiso de actividad de

<sup>36</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, cit., p. 180.

<sup>37</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: “Distribución de las competencias entre el poder central y los poderes territoriales en materia de sanidad y seguridad social”, *Revista de Derecho Público*, Vol. III-IV, 1980, pp. 465 y ss.

los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo, debiendo comunicar los incumplimientos al SPEE en el momento en que se produzcan o conozcan”, pues es al órgano central a quien compete la adopción de las medidas oportunas<sup>38</sup>.

Lógicamente, todo lo anterior no impide que, atendiendo al desarrollo de la política regional de empleo y a la administración de los fondos establecidos para tal fin, las Comunidades Autónomas puedan llevar a cabo, a su exclusiva responsabilidad, prestaciones de asistencia social (art. 148.1.20ª CE), de las que pueden beneficiarse los desempleados, tal y como sucede, en paradigmático ejemplo, con la prestación de ingresos mínimos de inserción u otros de similar naturaleza que con una u otra denominación se establecen por los gobiernos regionales. Estas dispensas de asistencia social externa al sistema de Seguridad Social son sólo parcialmente incluibles dentro las políticas pasivas de empleo en cuanto los desempleados son, en ocasiones, sus destinatarios, pero van a quedar al margen de la competencia exclusiva del Estado<sup>39</sup>.

El título del art. 148.1.20ª CE plasma la competencia autonómica en términos extremadamente amplios, de modo que englobaría desde los “servicios sociales”, hasta dar nacimiento a un nuevo sistema de protección: la “acción o ayuda social”, en la cual quedará incluida todo lo que, no estando clara e inequívocamente definido como Seguridad Social, se considere conveniente por la Comunidad<sup>40</sup>, máxime cuando la crisis ha agudizado los ingenios de los legisladores autonómicos para la adopción de nuevas medidas de auxilio, vinculadas –por lo que aquí interesa– con la protección por desempleo.

## 6. EL SUPUESTO ENJUICIADO

Con el fin de no incurrir en reiteraciones respecto de lo ya señalado en los epígrafes anteriores, procede ahora recordar únicamente que las formulaciones constitucionales mencionadas, las del art. 149.1.7ª y 17ª y del art. 148.1.20ª CE, comprenden, pese a lo que en un principio pudiera parecer, verdaderas competencias compartidas por el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con las materias laboral y de Seguridad Social. Que la Constitución atribuya en exclusiva al Estado, no la materia laboral o la de Seguridad Social, sino sencillamente la “legislación laboral” y la “legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social”, no cierra ni mucho menos la posibilidad de un importante ámbito de competencias autonómicas sobre dichas materias<sup>41</sup>, lo cual deriva por lo demás de la propia letra de los citados preceptos constitucionales; antes al contrario, las Comunidades Autónomas podrán asumir, como competencias propias sobre dichas materias, la “ejecución” de la legislación laboral del Estado, así como la “legislación no básica”, el “desarrollo legislativo” de la legislación básica del Estado y la “ejecución” de los servicios de la Seguridad Social, sin olvidar la exclusividad autonómica en materia de asistencia social<sup>42</sup>.

Bajo tales premisas, no puede extrañar que los conflictos en cuanto a la titularidad de competencias y a lo que cabe entender sobre materia de ejecución sean frecuentes en todos

<sup>38</sup> VALDÉS DAL RE, F.: “La reforma de la intermediación laboral”, cit., p. 157.

<sup>39</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, A.V.: “Derecho al trabajo y política de empleo”, cit., p. 1349.

<sup>40</sup> MORENO REBATO, M.: *Régimen jurídico de la asistencia social*, MTAS, Madrid, 2002, pp. 53 y ss.

<sup>41</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J.: *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, cit., pp. 194 y ss.

<sup>42</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social”, cit., pp. 10-11.

los aspectos relacionados con la materia laboral y de Seguridad Social por lo que al desempleo hace, no en vano están imbricadas. Buena muestra de ello puede encontrarse en la sentencia objeto de comentario, que presenta un conflicto competencial entre el Servicio Público de Empleo Estatal y el homólogo en la Comunidad Autónoma catalana con origen en la ejecución de los programas de activación de empleo al entender que existe una clara vulneración del reparto constitucional y estatutario en la materia en tanto el Estado pretende hacer uso de unas competencias ejecutivas de las cuales está desprovisto al amparo del art. 149.1.7ª CE, consistentes en la recepción y posterior resolución de la concesión de ayudas del programa que deberían corresponder a los Entes Autonómicos.

La cuestión resuelta por el Alto Tribunal, en la Sentencia de 27 de marzo de 2019, concierne a la prórroga del Programa de Activación de Empleo, aprobada por Real Decreto Ley 7/2017, de 28 de abril, que extiende temporalmente y modifica la versión primigenia regulada en el Real Decreto 16/2014, de 19 de diciembre, que, a su vez, constituye una herramienta de carácter temporal, específica y extraordinaria que comprende políticas activas de empleo e intermediación laboral y se dirige a personas que conforman el grupo de desempleados de larga duración.

El Gobierno de la Generalitat de Cataluña impugna los apartados segundo (en el que reza el inciso “seguidamente el Servicio Público de Empleo (Autonómico) comunicará al Servicio Público de Empleo Estatal la acreditación certificada”), así como los apartados tercero y quinto del artículo único, y la disposición final primera del Real Decreto Ley 7/2017, considerando que las disposiciones discutidas contravienen el reparto constitucional y estatutario en la materia, con vulneración de las competencias propias de la Generalitat.

El citado Real Decreto Ley 7/2017 da nueva redacción al art. 1.2 Real Decreto Ley 16/2014, atribuyendo a las Comunidades Autónomas las políticas activas de empleo, y la intermediación laboral con la finalidad de incrementar las oportunidades de retorno al mercado de trabajo, ofreciendo una ayuda económica de acompañamiento gestionada por el Servicio Público de Empleo Estatal y vinculada a la participación en las mencionadas políticas de activación para el empleo. Por su parte, la citada norma mantiene lo establecido en la disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 16/2014, que desciende a la distribución de competencias entre el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las CCAA, encomendando al primero la gestión y el pago de la ayuda económica prevista en el programa de activación, y a los segundos la asignación del itinerario individual y personalizado de empleo y las acciones de mejora de la empleabilidad para la realización del este programa, siempre y cuando ello se ajuste a lo dispuesto en los Reales Decretos de traspaso competencial.

En tanto el Real Decreto-Ley 16/2014 establecía (y ahora se mantiene por el Real Decreto Ley 7/2017) la necesidad de “acreditar ante el Servicio Público de Empleo Estatal que durante el plazo de un mes a partir de la presentación de la solicitud han realizado, al menos, tres acciones de búsqueda activa de empleo” dejando en manos del organismo estatal el ejercicio directo de esa función de acreditación y, por tanto, la posesión en origen ya de esta competencia, procede entender que la nueva norma que prorroga y modifica el programa de activación de empleo –Real Decreto-Ley 7/2017– añade un no tan nuevo contenido que vuelve a ser objeto de controversia, pues el Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la versión original del Programa a instancias de un recurso planteado por

el País Vasco. El Máximo Intérprete de la Constitución entendió en aquel momento que la normativa discutida quedaba incardinada en la materia “fomento del empleo” vinculada al art. 149.1.13ª CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, lo que le otorga “la facultad de adoptar medidas en materia de fomento del empleo que, en tanto no incidan en la regulación de la relación laboral, constituyen materia distinta de la propiamente laboral a la que se refiere el art. 149.1.7ª CE”. Ahora bien, también puso de manifiesto que el Estado no puede ignorar que la competencia para la ejecución de las normas dictadas en el ejercicio de esa atribución estatal “corresponde, en principio, a las Comunidades Autónomas, sin que en el ejercicio de su competencia normativa pueda el Estado desapoderar a las mismas de las competencias estatutariamente asumidas”<sup>43</sup>.

Atendiendo a tales argumentos y teniendo en cuenta que la última regulación de 2017 plantea la necesidad de acreditar ante el Servicio Público de Empleo en el que se encuentre el trabajador inscrito como demandante de ocupación –el de carácter autonómico– la realización de al menos tres acciones de búsqueda activa de empleo durante el plazo de un mes a partir de la presentación de la solicitud, pero establece, al tiempo, la posterior obligación de comunicar al Servicio Público de Empleo Estatal la acreditación certificada, la Generalitat argumenta que se provoca un vaciado de contenido las potestades de ejecución de la Comunidad Autónoma en cuanto están sometidas a fiscalización estatal.

En sentido similar, la Generalitat presenta el recurso de inconformidad con otras materias en las cuales entiende que existe intromisión competencial del Estado por tratarse de potestades de ejecución administrativa o de gestión en las que el órgano autonómico dispondría de potestades económicas financieras y funciones inspectoras y sancionadoras, entendiendo que se trata, en suma, de una transgresión del sistema de reparto que la propia norma suprema reconoce.

Por su parte, el Abogado del Estado defiende la constitucionalidad del Real Decreto Ley 7/2017 argumentando que la naturaleza jurídica de la referida ayuda económica es la de una auténtica prestación por desempleo encuadrada en el régimen económico de la Seguridad Social y amparada en el art. 149.1.17ª CE y no una mera subvención, de modo que aunque la prestación forma parte del programa dirigido a activar la ocupación, eso no implica que pueda concebirse como política activa de empleo, debiendo encontrar su encaje en lo previsto en el art. 206 LGSS/1994 (actual art. 265 TRLGSS), en virtud del cual la acción protectora de las prestaciones por desempleo no incluye sólo los subsidios económicos sino también las “acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional a favor de los trabajadores desempleados”. Así pues, la condición de beneficiario implica, según la defensa del Estado, la participación activa del parado en acciones de inserción, que constituyen un derecho y una obligación, de manera que el programa de activación para el empleo (incluida su ayuda económica) es una medida compleja de acción protectora por desempleo, que vincula el pago de una prestación a la realización de acciones específicas de políticas activas de empleo.

<sup>43</sup> SSTCo 100/2017, de 20 de julio, 153/2017 y 156/2017, ambas de 21 diciembre.

## 7. NATURALEZA JURÍDICA DE LA AYUDA ECONÓMICA INHERNTE AL PROGRAMA DE ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO DEL REAL DECRETO LEY 7/2017

Al hilo de lo anterior, no cabe perder de vista las competencias normativas por cuanto hace a legislación laboral, es menester añadir los reglamentos ejecutivos que la doctrina constitucional ha venido a concretar como aquellos “que aparecen como desarrollo de la Ley y, por ende, como complementarios de la misma, pues si ello no fuera así, se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, que sólo mediante una colaboración entre Ley y Reglamento (o mediante una hipertrofia inconveniente desde el punto de vista de política legislativa) del instrumento legal, puede lograrse”<sup>44</sup>, dejando exclusivamente a las CCAA meras competencias de ejecución de lo dispuesto en la legislación estatal.

En el marco diseñado, las labores de ejecución incluyen la producción de reglamentos internos –*ad intra*– de organización que no afecten a la situación o derechos de los administrados, circunscribiendo su ámbito a la estructuración interna de la organización administrativa y de servicios correspondientes a materias de su competencia<sup>45</sup>, ostentando la capacidad para dictar las normas precisas en cuanto a la ejecución de los servicios estatales que les sean transferidos, siempre que no alteren su régimen jurídico general reservado al Estado. No comprende, por tanto, el desarrollo reglamentario de las leyes laborales estatales sino que supone “el desarrollo del conjunto de actuaciones preciso para la puesta en práctica de la normativa reguladora del conjunto del sistema de relaciones laborales”<sup>46</sup>.

Toda vez expuesto el panorama de la distribución competencial y los límites entre aquellas de carácter básico y las ejecutivas, la resolución del caso supone, en efecto, determinar si ha existido una reserva indebida de funciones ejecutivas previamente asumidas por la CA mediante la fórmula habitual –Estatutos de Autonomía– y cuyo ejercicio se ve mermado por una intromisión estatal.

La primera cuestión objeto de estudio por el Tribunal Constitucional es, precisamente, el encuadramiento de la materia que suscita la discusión. El caso concreto presenta la prórroga del programa de activación para el empleo con una ayuda económica de acompañamiento que otorga el SEPE y que la Generalitat entiende como parte de las tareas de ejecución competencial constitucionalmente asignadas, formando parte del elenco de las labores organizativas que han sido asumidas.

A *sensu* contrario, desde el prisma estatal se reclaman esas competencias como parte de las que pertenecen al régimen económico de la Seguridad Social respecto al cual el Estado ostenta competencia exclusiva por cuanto hace a legislación y en el campo prestacional (art. 149.1.17ª CE), todo ello en *aras* a garantizar el principio de solidaridad interterritorial y que justifica, también, el de unidad de caja en orden a dar virtualidad a la real y efectiva libre circulación de trabajadores en todo el territorio español.

Al objeto de dar respuesta a esta contraprestación de intereses, cabe tener en cuenta:

<sup>44</sup> STCo 18/1982, de 4 de mayo.

<sup>45</sup> SSTCo 18/1982, de 4 de mayo, 57/1982, de 27 de julio y 7/1985, de 25 de enero.

<sup>46</sup> STCo 194/1994, de 28 de junio.

En primer lugar, el SEPE tiene carácter de organismo autónomo y junto a los Servicios Públicos de Empleo de las CCAA conforman el Sistema Nacional de Empleo. Sin embargo, el Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social le deja fuera del cuadro regulatorio de las Entidades Gestoras del art. 66, pese a su concreto papel en la gestión de la prestación de desempleo. De hecho, el propio texto dentro del régimen financiero y gestión de las prestaciones, el art. 294 encomienda al Servicio Público de Empleo Estatal “gestionar las funciones y servicios derivados de las prestaciones de protección por desempleo y declarar el reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de las prestaciones, sin perjuicio de las atribuciones reconocidas a los órganos competentes de la Administración laboral en materia de sanciones”.

A tenor de lo expuesto, la siguiente labor consiste, en segundo término, en dirimir si en el caso concreto es posible considerar que la ayuda económica que acompaña al programa de activación para el empleo forma parte –o no– de ese régimen económico de Seguridad Social sometido a reserva estatal y para ello hay que descender al objeto y la finalidad de la misma.

Al respecto cabría apuntar distintas apreciaciones:

Por una parte, en el supuesto de considerar la ayuda con una naturaleza específica y distinta de las técnicas prestacionales de Seguridad Social –formando parte de la materia de Asistencia Social– nada impediría el ejercicio de la competencia por las CCAA de conformidad con el art. 148.1.20ª CE, dejando de tener cabida en el título estatal que reza en el art. 149.1.17ª CE.

En este sentido, el art. 42.2 del TRLGSS incluye en la acción protectora del sistema como complemento de las prestaciones económicas los beneficios de la asistencia social, en tanto mecanismo de protección adicional integrado en el sistema y de carácter complementario respecto de las prestaciones básicas del Sistema de Seguridad Social sustentado en la carencia de recursos.

Proceder a la delimitación del término supone reparar en tres elementos básicos: su carácter complementario, su carácter interno y la necesidad de carencia de rentas. Trata, por tanto, de cubrir situaciones de necesidad no protegidas a través de las prestaciones básicas de la Seguridad Social cumpliendo esa función de complemento del nivel básico prestacional imbricado en el sistema<sup>47</sup>, si bien ello no obsta para que sea considerado como instrumento público que puede funcionar, también, de manera externa y cuya gestión sí puede llevarse a cabo por entidades públicas que pertenezcan a las CCAA<sup>48</sup>.

En todo caso, condición indispensable para disfrutar de las prestaciones asistenciales es la carencia de recursos y es en este punto en el cual surgen los problemas de delimitación respecto a las prestaciones no contributivas, recurriendo a mecanismos formales de delimitación en los cuales la diferencia fundamental entre unas y otras radica en las

<sup>47</sup> VIDA SORIA, J.: “La asistencia social en el ordenamiento de la Seguridad Social española”, *Revista de Trabajo*, núm. 21, Madrid, 1968, p. 70.

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *Las pensiones no contributivas y la Asistencia Social en España*, Madrid, CES, 2002, p. 37.

contingencias atendidas, considerando parte de las primeras aquellas que tutelan situaciones distintas a las típicas objeto de protección del sistema de Seguridad Social.

Por su parte, el TC ha diferenciado las nociones de Asistencia Social y de Seguridad Social entendiendo que la primera está formada por un conjunto de acciones y técnicas de protección que quedan fuera del sistema de la Seguridad Social<sup>49</sup> si bien reconoce la imprecisión que la CE manifiesta respecto a ambos términos y la necesidad de normas delimitadoras del campo de actuación de cada una de ellas.

No parece factible sostener que la ayuda de acompañamiento objeto de dispendio sea parte de la asistencia social. Es cierto que se dirige a paliar una situación de necesidad en tanto se destina a personas desempleadas que hayan agotado o agoten alguna prestación por desempleo del nivel contributivo y no tengan derecho a cualquiera de los subsidios por desempleo que contempla la norma al efecto, pero esa ayuda viene configurada como un plus a los supuestos de desempleo subsidiados no como una medida asistencial.

Desechada la hipótesis de la asistencia social, como variable alternativa, hay que valorar la consideración de la prestación como una “extensión” de la de desempleo y las consecuencias derivadas de ello.

La norma es clara cuando incluye dentro de la acción protectora por desempleo la financiación de la ayuda, estableciendo su cuantía con cargo al presupuesto del SEPE<sup>50</sup> y en tanto admitimos esta hipótesis, no hay duda de que formaría parte de ese régimen económico de la Seguridad Social de titularidad estatal. Sin embargo, en el mismo articulado se atribuye a las CCAA potestad para utilizar, en la ejecución de este programa, las cantidades procedentes del presupuesto de gastos del SEPE que les sean asignadas en los términos dispuestos en las normas o convenios al uso y sin perjuicio de la posibilidad de aportar recursos propios adicionales a la gestión del programa para lograr sus objetivos. La referencia a la ejecución no parece, sin embargo, incluir autogobierno en la gestión de la prestación<sup>51</sup> actuando los entes territoriales como meros vehículos transmisores de la prestación y este es, precisamente, el aspecto controvertido.

Como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad, sobre el hecho de la asunción indebida de competencias de ejecución por parte estatal el Alto Tribunal ya se ha pronunciado anteriormente ante supuestos de similar entidad<sup>52</sup>. La cuestión ahora planteada por la Generalitat ya fue suscitada por la CA del País Vasco con idéntica pretensión sobre el articulado de la norma primigenia reguladora de los planes de activación de empleo –Real Decreto-Ley 16/2014, de 19 de diciembre– en la que declara la inconstitucionalidad y nulidad de las referencias al SEPE de la disposición adicional segunda, relativa a la distribución de competencias ejecutivas concernientes a la gestión y pago de la ayuda

<sup>49</sup> Entre varias, SSTCo 76/1986, de 9 de junio y 13/1992, de 6 de febrero.

<sup>50</sup> Art. 7, Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo.

<sup>51</sup> A mayor abundamiento, teniendo en cuenta el art. 294 del TRLGSS, la gestión de funciones y servicios derivados de la protección por desempleo corresponde a la entidad estatal no dejando espacio a la intervención en este marco de las entidades territoriales.

<sup>52</sup> STCo 100/2017, de 20 de julio.

económica de acompañamiento del programa de activación para el empleo, y todo ello precisamente justificado en la naturaleza de la prestación.

El tratamiento que las prestaciones de desempleo debieran tener ya ha sido abordado por el TC<sup>53</sup> y resuelto en el sentido de matizar la segregación de la materia de la protección contra el desempleo respecto del sistema de Seguridad Social para incluirla dentro de lo puede denominarse un sector legislativo autónomo como es el del empleo, que comprende “la definición y ejecución de la política de empleo, el fomento del empleo, la protección por desempleo y los servicios de colocación y empleo”, dejando así fuera del abanico de materias de los arts.148.1 y 149.1: la concreta del empleo. Esto no supone su total ausencia del texto constitucional en tanto existen referencias claras en otras partes del articulado<sup>54</sup>, pero implica una configuración autónoma y unitaria de esta materia como parece haber sido concebido por el legislador<sup>55</sup>. Así considerado, aspectos como la colocación, el fomento del empleo y la formación profesional ocupacional, en cuanto estadios previos al contrato de trabajo, estarían sin lugar a duda dentro del concepto de legislación laboral recogido en el artículo 149.1.7 CE<sup>56</sup>. Tal realidad encuentra manifestación señera en el supuesto objeto de comentario, pues se trata de medidas cuyo fin es incentivar la contratación a través de acciones activas de empleo destinadas a facilitar la reincorporación del trabajador al mercado laboral a través de la compatibilización entre la realización de distintas acciones tendentes a la mejora en la búsqueda de empleo y empleabilidad, y la aportación de una parte económica que les permita hacer frente a sus necesidades.

## **8. CONCLUSIÓN: LA ATRIBUCIÓN DE LAS FACULTADES EJECUTIVAS DE TRAMITACIÓN, CONCESIÓN Y PAGO DE LA PRESTACIÓN INHERENTE AL PROGRAMA DE ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO A LOS SERVICIOS DE EMPLEO AUTONÓMICOS**

Llegados a este punto, si se entiende que el conjunto de las acciones y medidas propuestas en la norma en cuestión conforma aquellas que inciden en el mercado de trabajo y, por ende, forman parte de la materia de fomento del empleo, la discusión competencial pasaría de centrarse en si estamos ante la “legislación laboral” del art. 149.1.7ª o frente a la “actividad económica” del 149.1.13ª CE, con la consiguiente atribución en este último caso al Estado de la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, dejando un vasto campo a las CCAA en orden a adoptar cuantas medidas en materia de fomento de empleo estimen pertinentes en tanto no afecten la materia laboral en los términos constitucionales *supra* mencionados.

Desde esta perspectiva, la configuración de la competencia en este artículo constitucional sería de carácter “horizontal” o “transversal” e incluso cabría decir

<sup>53</sup> STCo 195/1996, de 28 de noviembre.

<sup>54</sup> Es el caso de los arts. 40 y 41 de la CE cuando habla de la política orientada al pleno empleo, adaptación profesional, derechos laborales, un régimen público de Seguridad Social o la garantía de prestaciones sociales suficientes, especialmente en caso de desempleo.

<sup>55</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y PÉREZ GUERRERO, Mª. L.: “El reparto competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma andaluza en materia de empleo: perspectivas tras el nuevo Estatuto de Autonomía”, *TL*, Vol. I, núm. 100, 2009, p. 207.

<sup>56</sup> En este sentido se manifiestan las SSTCo 95/2002, de 25 de abril, en la que el FJ 8 el TC incardina las acciones formativas de los trabajadores ocupados y la financiación correspondiente en la materia legislación laboral y 190/2002, de 17 de octubre, donde ratifica la doctrina de la primera.

“plurisectorial” en tanto es de un ámbito material genérico y de titularidad estatal pero atraviesa un gran número de materias sectoriales objeto de competencias de las CCAA<sup>57</sup>. Es más, bajo los presupuestos esbozados y a modo de recensión, es posible añadir que en materia de Seguridad Social, las CCAA están facultadas para dictar leyes complementarias o de desarrollo de la legislación básica estatal, ejercer la potestad reglamentaria en desarrollo de sus propias leyes y disfrutar de la competencia ejecutiva sobre los servicios generales en los términos asumidos en sus Estatutos de Autonomía (art. 149. 1. 17ª, *in fine*) y tienen la competencia en materia de asistencia social (art. 148.1. 20ª), pese a la posible atribución de manera excepcional a las CCAA de competencias de titularidad estatal por los procedimientos previstos en los artículos 150.1 y 2 de la CE. Sin embargo, tanto la competencia de la “legislación básica”, como el “régimen económico” de la Seguridad Social, en cuanto integran la disciplina estatal-marco para la ordenación del sistema de Seguridad Social, deben predicarse uniformemente para todo el Estado sin que, en consecuencia, puedan ser por naturaleza objeto de transferencia o delegación en bloque en los términos del artículo 150 CE<sup>58</sup>. Se trataría, pues, de competencias exclusivas pero no de materias de tal índole.

Descendiendo al supuesto de hecho enjuiciado, el precepto controvertido en el presente caso, regula la solicitud e incorporación al programa de activación de empleo, estableciendo la necesidad de presentar la solicitud, acompañada de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de disfrute en la correspondiente oficina de prestaciones del Servicio Público Estatal, encargado de comprobar el cumplimiento de los requisitos y de informar al solicitante de la necesidad de acreditar la realización de las acciones de búsqueda de empleo, dando traslado de la solicitud al Servicio Autónomo para la asignación de un tutor individual, el diagnóstico del perfil del solicitante y la elaboración de un itinerario individual y personalizado de empleo, resolviendo, a la postre, el propio Servicio Estatal sobre el reconocimiento de la incorporación al programa con el consiguiente derecho a la percepción de la ayuda económica. Por tanto, las actividades de recepción de la solicitud, comprobación del cumplimiento de los requisitos por el solicitante y resolución, se reservan al SEPE.

El Tribunal Constitucional entiende ahora, retomando doctrina anterior, que “el legislador estatal ha realizado un diseño pormenorizado del régimen de la ayuda económica de acompañamiento del programa de activación para el empleo que determina una actividad ejecutiva reglada en alto grado, donde las funciones de reconocimiento, concesión y pago requieren constatar y cumplir las condiciones y los términos fijados por la normativa del Estado, de tal forma que dichas actuaciones se contraen, en gran medida, a una labor aplicativa de los requisitos previamente establecidos por la legislación estatal con la precisión que estime conveniente, sin que la asunción por el SEPE de las funciones ejecutivas de concesión y pago de la ayuda económica tenga justificación alguna”<sup>59</sup>. Esto es, “el Estado está habilitado para especificar, de acuerdo con su competencia básica, las

<sup>57</sup> CARRASCO DURÁN, M.: “La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª de la Constitución)”, *Revista de Derecho Político*, núm. 62, 2005, p. 62.

<sup>58</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “El principio constitucional de «unidad del orden económico nacional» y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo y seguridad social”, *AL*, núm. 47, 1999, p.84.

<sup>59</sup> STCo 153/2017, de 21 de diciembre.

condiciones que han de cumplirse para la inclusión en el programa y las condiciones esenciales de la ayuda económica de acompañamiento, pero no está justificada la atribución al SEPE de las funciones de tramitación de las solicitudes y concesión y pago de la ayuda económica”.

En consecuencia, la atribución al SEPE por el art. 4 Real Decreto Ley 16/2014, en la redacción dada por el Real Decreto Ley 7/2017, de las funciones de recepción, tramitación y resolución de las solicitudes, así como del reconocimiento de la ayuda económica de acompañamiento, debe ser considerada inconstitucional y nula, por tratarse de una competencia que corresponde a los Servicios de Empleo de las Comunidades Autónomas.



Derecho  
comparado y  
Derecho  
Extranjero en  
Seguridad  
Social y  
materias  
conexas

LABORUM



# El Caso CNH Industrial N.V. v. Reese (2018). La Última Palabra de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Mejoras Voluntarias de Seguridad Social Creadas por Convenio Colectivo

---

## *CNH Industrial N.V. v. Reese* (2018). The Last Word of the United States Supreme Court about Voluntary Improvements of Social Security Created by Collective Bargaining Agreement

ALBERTO ARUFE VARELA

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO

FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

### Resumen

El reciente caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos a que se refiere este trabajo posee un gran interés comparatista, en lo esencial, por dos razones. De un lado, porque reconoce que un convenio colectivo puede crear derechos irrevocables sobre mejoras de seguridad social. De otro lado, si el convenio colectivo calla sobre el tema, porque excluye que pueda aplicarse por los tribunales una presunción general de existencia de derechos irrevocables sobre mejoras de seguridad social.

### Abstract

The recent case of the United States Supreme Court dealt with in this work has a high comparative interest, in its essentials, for two reasons. On the one hand, because it recognizes that a collective bargaining agreement may create vested rights about social security improvements. On the other hand, being silent the agreement, because it excludes that a general inference of vested rights about social security improvements may be applied in judicial litigation.

### Palabras clave

Corte Suprema de los Estados Unidos; Derechos irrevocables; Estados Unidos; Mejoras voluntarias colectivas; Seguridad social complementaria

### Keywords

United States Supreme Court; Vested rights; United States; Collective voluntary improvements; Complementary social security

## 1. EL CONTEXTO DEL CASO

1. El caso *CNH Industrial N.V. v. Reese* fue fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos (*United States Supreme Court*) el 20 febrero 2018, siendo su referencia oficial «583 U.S. \_\_\_ (2018)», mereciendo esta referencia oficial –creo– algún tipo de explicación<sup>1</sup>. En ella, «U.S.» representa el acrónimo, en inglés, de la colección oficial denominada *United States Reports*, donde se publican por mandato de la Ley todas las Sentencias (*Opinions*) y Autos (*Orders*) de la Corte Suprema de los Estados Unidos, resultando ser la Ley en cuestión la sección 411(a) del Título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*)<sup>2</sup>. Este acrónimo aparece precedido por el número ordinal

<sup>1</sup> Sigo, en este punto, a MARTÍNEZ GIRÓN, J., *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, Netbiblo (A Coruña, 2012), pág. 2.

<sup>2</sup> Se trata, como se sabe, de un Código gigantesco donde aparecen recogidas todas las Leyes (no los Reglamentos) federales norteamericanas. Sobre dicho Código, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. Y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 23 y ss.

«583», que indica el concreto volumen del repertorio en que aparecerá recogida en el futuro la Sentencia, al igual que todas las decisiones judiciales de dicha Corte desde el año 1791 (en realidad, las de este año tan lejano aparecen recogidas en el volumen «2» del repertorio, pues el que debería ser su volumen «1», además de carecer de numeración, recoge únicamente decisiones judiciales de otras Cortes norteamericanas, anteriores a la creación de la Corte Suprema de los Estados Unidos). En fin, la raya colocada entre el acrónimo del repertorio y el año en que se falló el caso indica que el texto del mismo no se encuentra todavía totalmente depurado de erratas, lo que impide encuadernarla en el volumen correspondiente del repertorio citado y, en consecuencia, asignarle una concreta paginación, de manera que el folleto donde aparece recogido el texto de este caso tan reciente, denominado en inglés «*slip opinion*» (expresión que podría traducirse incluso, sin gran heterodoxia, como «opinión con erratas»), tiene su propia paginación, empezando por la página 1 (en el concreto caso a que se refiere este trabajo, el folleto recogiendo su texto se extiende a lo largo de ocho páginas). Al igual que todas las Sentencias y Autos de la Corte Suprema de los Estados Unidos todavía no encuadernados (y repito, todavía no totalmente depurados de eventuales erratas), el texto en cuestión puede localizarse en el propio sitio en Internet de dicha Corte, ubicado en [www.supremecourt.gov](http://www.supremecourt.gov), utilizando el enlace «Opinions of the Court» (por su parte, todos los volúmenes encuadernados del repertorio «U.S.», que son actualmente 569 volúmenes, pueden manejarse gratuitamente en versión electrónica, a través del sitio en Internet de la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos)<sup>3</sup>.

2. Con toda acribia, la Corte Suprema de los Estados Unidos afirma que «este caso se refiere a un conflicto entre jubilados y su antiguo empresario, sobre si un convenio colectivo expirado creaba un derecho adquirido de por vida a prestaciones sanitarias [*this case involves a dispute between retirees and their former employer about whether an expired collective-bargaining agreement created a vested right to lifetime health care benefits*]<sup>4</sup>. De ahí que se inserte en un concreto contexto legal, que está marcado por la Ley de Seguridad de la Renta por Jubilación del Trabajador (*Employee Retirement Income Security Act* o, de acuerdo con su acrónimo en inglés, ERISA) de 1974. Esta norma federal aparece recogida en el Título 29, secciones 1001 a 1461, y viene a ser el equivalente norteamericano de nuestra Ley de planes y fondos de pensiones<sup>5</sup>. En esta Ley, repetidamente citada en el caso<sup>6</sup>, se distinguen dos grandes tipos de mejoras voluntarias de seguridad social. De un lado, los llamados «planes de pensiones [*pension plans*]», exclusivamente referidos a pensiones complementarias de jubilación, respecto de los que la propia ERISA garantiza la «irrevocabilidad [*vesting*]<sup>6</sup>» de

<sup>3</sup> Ubicado en [www.loc.gov](http://www.loc.gov), a través del enlace <https://www.loc.gov/collections/united-states-reports/>.

<sup>4</sup> Cfr. pág. 4.

<sup>5</sup> Sobre el tema, la autoridad indiscutible en España es el Profesor MONEREO. Al respecto, pionero, véase MONEREO PÉREZ, J.L., *Público y privado en el sistema de pensiones: un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Tecnos (Madrid, 1996), 320 págs.; MONEREO PÉREZ, J.L., *Los planes de pensiones del sistema de empleo: la incidencia de la ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1997), 176 págs.; MONEREO PÉREZ, J.L., «Los planes/fondos de pensiones en España», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 3 (2003), págs. 1 y ss.; MONEREO PÉREZ, J.L., «El texto refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones 1/2002: la cristalización de las direcciones fundamentales de la política de “reforma social”», *Revista de Derecho Social*, núm. 22 (2003), págs. 47 y ss.; y MONEREO PÉREZ, J.L., «Los planes de pensiones en el sistema de protección social: configuración técnica y orientaciones de la reforma», en el vol. Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M<sup>a</sup>.N. (Coordinadores), *La seguridad social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares (Granada, 2008), págs. 1417 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. págs. 3 y 7.

los derechos adquiridos por sus beneficiarios, que son trabajadores jubilados, aunque la fuente creadora del plan o fondo en cuestión hubiese sido un convenio colectivo<sup>7</sup>. De otro lado, los llamados «planes de bienestar [*welfare plans*]», usualmente centrados en «atención o prestaciones médicas, quirúrgicas u hospitalarias [*medical, surgical, or hospital care or benefits*]»<sup>8</sup>, los cuales ya no poseen las garantías citadas y legalmente asignadas a los planes estrictos de jubilación. De ahí, supuesto que hubiesen sido creados por convenio colectivo, que quepa discutir judicialmente si sus beneficiarios (por ejemplo, antiguos trabajadores jubilados de la empresa) podrían seguir disfrutando indefinidamente de los mismos, a pesar de la extinción del convenio colectivo que hubiese creado las correspondientes mejoras voluntarias de seguridad social, distintas de pensiones complementarias de jubilación.

3. Además de este contexto legal, el caso se inserta asimismo en un contexto judicial, marcado por el hecho de haberse decidido sólo tres años antes el caso *M&G Polymers USA, LLC v. Tackett*, fallado el 26 enero 2015<sup>9</sup>, relativo a un plan de prestaciones complementarias de asistencia sanitaria creado por convenio colectivo. En este precedente, se revocó una Sentencia de la Corte Federal de Apelaciones del Sexto Circuito, sentando –en resumen– la siguiente doctrina: 1) nada obstaba en ERISA a que un convenio colectivo pudiese crear un plan de prestaciones sanitarias complementarias de carácter irrevocable y, en consecuencia, de duración indefinida; 2) el problema surgía, sin embargo, cuando el convenio colectivo creador del plan callaba sobre la duración del plan en cuestión; y 3) frente a lo sostenido por la Corte Federal de Apelaciones del Sexto Circuito, no cabía deducir de ese silencio la existencia de ninguna presunción favorable al carácter irrevocable del plan, sino que debía presumirse, por el contrario, que el plan complementario de prestaciones de asistencia sanitaria tenía la misma duración que el propio convenio colectivo. Se trataba de un verdadero precedente judicial (o si se quiere un *unicum* en sentido estricto), que ha tenido un impacto notable en la doctrina científica norteamericana<sup>10</sup> (e incluso, en la nuestra)<sup>11</sup>, habiendo puesto de relieve dicha literatura jurídica, entre otras cosas, el elevado coste económico que supondría para un beneficiario del plan privado en cuestión (por ejemplo, un jubilado) el hecho de que tuviese que hacer frente a la asistencia sanitaria con cargo a sus propios recursos («El jubilado promedio de más de 65 debería esperar hoy pagar alrededor de 5.000 dólares al año por primas de asistencia sanitaria y gastos de su bolsillo, y debería sopesar cuidadosamente todas las opciones [*the average 65+ retiree today should expect to*

<sup>7</sup> Al respecto, véase la sección 1002, subsecciones (2)(A)(i) y (ii) del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

<sup>8</sup> Cfr. sección 1002, subsección (1)(A), del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

<sup>9</sup> Referencia oficial 574 U.S. \_\_ (2015).

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, COOK, S., «The Supreme Cort of the United States held that Courts shall interpret welfare plans contained in employee collective-bargaining agreements using ordinary principles of contract law. *M&G Polymers USA, LLC v. Tackett*, 135 S.Ct. 926 (2015)», *Transations: The Tennessee Journal of Business Law*, núm. 17 (2015), págs. 197 y ss.; O'BRIEN HYLTON, M., «After Tackett: incomplete contracts for post-employment healthcare», *Pace Law Review*, núm. 36 (2016), págs. 317 y ss.; PASLEY, T., «Ordinary principles of contract interpretation v. ordinary principles of contract interpretation: the future of retiree healthcare benefits after *M&G Polymers v. Tackett*», *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, núm. 24 (2017), págs. 125 y ss.

<sup>11</sup> Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La irrevocabilidad en los Estados Unidos de los derechos de seguridad social complementaria creados por convenio colectivo. Un estudio de Derecho comparado», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. VIII (2016), págs. 63 y ss.

*pay around \$5000 a year on health care premiums and out-of-pocket expenses, and should carefully weigh all options*)»<sup>12</sup>.

## 2. LOS HECHOS DEL CASO

4. En el contexto recién descrito, se produjeron los siguientes hechos jurídicamente relevantes: 1) «en 1998, CNH Industrial N.V. y CNH Industrial America LLC (colectivamente, CNH) estipularon un convenio colectivo [*in 1998, CNH Industrial N. V. and CNH Industrial America LLC (collectively, CNH) agreed to a collective-bargaining agreement*]»<sup>13</sup>, que «preveía prestaciones de asistencia sanitaria al amparo de un plan de prestaciones del grupo [*provided health care benefits under a group benefit plan*]»<sup>14</sup>, teniendo en cuenta que «el convenio de 1998 contenía una cláusula de duración general, estableciendo que se extinguiría en mayo de 2004 [*the 1998 agreement contained a general durational clause stating that it would terminate in May 2004*]»<sup>15</sup>; 2) «cuando el convenio de 1998 expiró en 2004, un colectivo de jubilados y cónyuges sobrevivientes de CNH (colectivamente, los jubilados) presentaron esta demanda, pretendiendo la declaración de que sus prestaciones de asistencia sanitaria se habían adquirido de por vida, y la obtención de una medida cautelar impidiendo a CNH cambiarlas [*when the 1998 agreement expired in 2004, a class of CNH retirees and surviving spouses (collectively, theretirees) filed this lawsuit, seeking a declaration that their health care benefits vested for life and an injunction preventing CNH from changing them*]»<sup>16</sup>; y 3) «mientras se tramitaba su demanda, esta Corte [Suprema de los Estados Unidos] decidió *Tackett* [*while their lawsuit was pending, this Court decided Tackett*]»<sup>17</sup>, esto es, el caso marcador del contexto judicial, a que antes hice referencia, teniendo en cuenta que «con base en *Tackett*, la Corte de Distrito [de primera instancia] de Michigan falló inicialmente a favor de CNH [*based on Tackett, the District Court initially awarded summary judgment to CNH*]»<sup>18</sup>, aunque luego «tras reconsiderar el asunto, falló en favor de los jubilados [*after reconsideration, it awarded summary judgment to the retirees*]»<sup>19</sup>.

5. Lógicamente, el grupo empresarial CNH interpuso recurso ante la Corte Federal de Apelaciones del Sexto Circuito (que cubre, entre otros Estados, también el Estado federado de Michigan). Esta Corte Federal de Apelaciones confirmó la Sentencia de primera instancia recurrida, razonando lo siguiente: 1) «la Corte empezó poniendo de relieve que el convenio de 1998 “callaba” sobre si las prestaciones de asistencia sanitaria se adquirirían de por vida [*the court began by noting that the 1998 agreement was “silent” on whether health care benefits vested for life*]»<sup>20</sup>; 2) «aunque el convenio contenía una cláusula de duración general, el Sexto Circuito consideró que la cláusula no era concluyente [*although the agreement*

<sup>12</sup> Cfr. PASLEY, T., «Ordinary principles of contract interpretation v. ordinary principles of contract interpretation: the future of retiree healthcare benefits after *M&G Polymers v. Tackett*», *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, cit., pág. 127.

<sup>13</sup> Cfr. pág. 4.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

contained a general durational clause, the Sixth Circuit found that clause inconclusive]»<sup>21</sup>, de manera que –sobre la base de que el convenio colectivo resultaba «ambiguo [ambiguous]»– cabía reestablecer la presunción favorable a que el convenio «apoyaba la irrevocabilidad de por vida [supported lifetime vesting]»<sup>22</sup>; y 3) en fin, «concluyó que nada en *Tackett* [esto es, el precedente judicial marcador del contexto] impide este tipo de análisis [concluded that nothing in *Tackett* precludes this kind of analysis]»<sup>23</sup>, pues «hay seguramente una diferencia entre extraer ambigüedad del silencio y extraer irrevocabilidad del silencio [There is surely a difference between finding ambiguity from silence and finding vesting from silence]»<sup>24</sup>. Ahora bien, esta decisión del Sexto Circuito Federal no fue unánime, pues uno de los Jueces que integraban la Sala formuló «voto particular [dissented]», concluyendo en él que «el Convenio de 1998 no era ambiguo porque “la empresa nunca prometió otorgar de por vida prestaciones sanitarias, y el convenio contenía una cláusula de duración que limitaba todas las prestaciones” [the 1998 agreement was unambiguous because “the company never promised to provide healthcare benefits for life, and the agreement contained a durational clause that limited all of the benefits]»<sup>25</sup>, añadiendo incluso que la decisión contraria de la mayoría de la Sala «abr[ía] una fisura inter-circuitos (y una fisura intra-circuito) que la Corte Suprema acababa de suturar [abrad[ed] an inter-circuit split (and an intra-circuit split) that the Supreme Court just sutured shut]»<sup>26</sup>.

6. Lógicamente, el grupo empresarial CNH solicitó que la Corte Suprema de los Estados Unidos revocase la Sentencia del Sexto Circuito federal, planteando ante ella la correspondiente «petición para una orden de *certiorari* [petition for writ of certiorari]» (esto es, un recurso extraordinario, equivalente más a nuestro amparo constitucional que a nuestro recurso de casación)<sup>27</sup>, que le fue expedida. Tras entrar en el fondo del asunto, la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó la Sentencia de segunda instancia recurrida, aunque antes de proceder con el análisis de los argumentos de esta decisión, me parece importante poner de relieve dos cosas. En primer lugar, desde el punto de vista de la composición de la Corte Suprema, que se trataba de una Corte más conservadora que liberal, pues a los ocho integrantes de la misma durante la última Administración OBAMA (esto es, el Juez-Presidente ROBERTS, así como los Jueces KENNEDY, THOMAS y ALITO, en concepto de Jueces conservadores; y las Jueces GINSBURG, SOTOMAYOR y KAGAN, así como el Juez BREYER, en concepto de Jueces liberales) había que agregarle el conservador Juez GORSUCH, recién nombrado por el Presidente TRUMP<sup>28</sup>. En segundo lugar, que la Corte

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> Cfr. pág. 5.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> Sobre el *certiorari*, un tema procesal norteamericano clásico desde 1925, véase WRIGHT, C.A., *Law of Federal Courts*, 4ª ed., West Publishing Co. (St. Paul, 1983), págs. 725 y ss.; PERRY, JR., H.W., *The uncertainty of cert. Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court*, Harvard University Press (Cambridge, 1991), págs. 1 y ss.; y REHNQUIST, W.H., *The Supreme Court*, Vintage books (New York, 2002), págs. 8-12, 224-225 y 235-237.

<sup>28</sup> Analizando su posición en las primeras decisiones de la Corte Suprema, tras su incorporación, véase SYKES, D.S., «Our newest justice: some thoughts on Justice Gorsuch's debut opinions», *Case Western Reserve Law Review*, núm. 69 (2018), págs. 1 y ss. Haciendo prospectiva de su posición en temas laborales, véase PEEPLES, C.E., «Rights, facts, and relevant inquiries: surveying Judge Neil M. Gorsuch's employment law jurisprudence», *Stanford Law Review Online*, núm. 69 (2017), págs. 193 y ss. De carácter biográfico, véase (...)

Suprema de los Estados Unidos falló aquí el caso con una decisión «*per curiam*», esto es, no firmada por ningún concreto Juez en concepto de ponente, resultando evidente –entre las muchas subespecies alojadas en la expresión «*per curiam*»– que la utilización aquí de dicha fórmula implicaba no sólo que «hay poco conflicto entre los Jueces [*there is little dispute among the Justices*]»<sup>29</sup>, sino también que «es el camino adecuado para resolver casos tratados por un precedente reciente [*an appropriate way to resolve cases held for a recent precedent*]»<sup>30</sup>. Como ahora mismo comprobaremos, las razones unánimemente esgrimidas por los nueve integrantes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, a efectos de estimar el recurso de la empresa, podrían perfectamente reconducirse a una sola, la de que la Corte Federal de Apelaciones del Sexto Circuito debía atenerse estrictamente a lo que ya había sido decidido (*stare decisis*)<sup>31</sup>.

### 3. LA DOCTRINA DEL CASO

7. La doctrina aplicada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, explayada en las tres páginas finales del apartado II del caso, puede resumirse en las dos siguientes afirmaciones del mismo, ligadas ambas al contexto jurisprudencial y legal a que antes hice referencia. En primer lugar, la de que «la decisión recurrida no cumple con la directiva de *Tackett* [recuérdese, el precedente marcador del contexto judicial] de aplicar los principios contractuales ordinarios [*the decision below does not comply with Tackett's direction to apply ordinary contract principles*]»<sup>32</sup>, a efectos de interpretar el convenio colectivo controvertido. En segundo lugar, la de que la decisión recurrida y sus «inferencias “distorsionan el texto del convenio”, se niegan “a aplicar las cláusulas de duración generales”, presumen del silencio erróneamente la irrevocabilidad de por vida, y contradicen lo que “el Congreso específicamente definió” como términos claves en ERISA [*inferences “distort the text of the agreement”, fail “to apply general durational clauses”, erroneously presume lifetime vesting from silence, and contradict how “Congress specifically defined” key terms in ERISA*]»<sup>33</sup>. Por todo ello –sobre la base de que «este caso es claro [*this case is straightforward*]»<sup>34</sup>, pues «si las partes tenían la intención de otorgar prestaciones de asistencia sanitaria de por vida, fácilmente podían haberlo dicho así en el texto [*if the parties meant to vest health care benefits for life, they easily could have said so in the text*]»<sup>35</sup>, pero «no lo hicieron [*they did not*]»<sup>36</sup>–, se imponía la conclusión de que «a causa de que la decisión inferior no es congruente con *Tackett* ..., revocamos el fallo de la Corte de Apelaciones y le devolvemos el caso para una ulterior tramitación congruente con esta

GREENYA, J., *Gorsuch: the Judge who speaks for himself*, Threshold editions/Simon & Schuster (New York, 2018), págs. 3 y ss.

<sup>29</sup> Cfr. GIZZI, M.C. Y WASBY, S.L., «Per curiam revisited: assessing the unsigned opinion. A descriptive analysis of the use of per curiam opinions by the Supreme Court and the Courts of Appeals», *Judicature*, núm. 96 (2012), pág. 113.

<sup>30</sup> *Ibidem*. También, sobre las diversas especies de casos susceptibles de ser resueltos «*per curiam*», véase ROBBINS, I.P., «Hiding behind the cloak of invisibility: the Supreme Court and per curiam opinions», *Tulane Law Review*, núm. 86 (2012), págs. 1202 y ss.

<sup>31</sup> Mi visión de este principio clave en la actuación de las Cortes norteamericanas, en ARUFE VARELA, A., *Los despidos colectivos en el Derecho de los Estados Unidos. Un estudio comparado con el Derecho español y el de la Unión Europea*, Netbiblo (A Coruña, 2014), pág. 23.

<sup>32</sup> Cfr. pág. 6.

<sup>33</sup> Cfr. pág. 7.

<sup>34</sup> Cfr. pág. 8.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

Sentencia [*because the decision below is not consistent with Tackett ..., we reverse the judgment of the Court of Appeals and remand the case for further proceedings consistent with this opinion*]<sup>37</sup>.

8. Como resulta usual en la jurisprudencia norteamericana<sup>38</sup>, la Corte Suprema de los Estados Unidos también cita aquí nominalmente concreta doctrina científica, a efectos de reforzar la argumentación a que acabo de hacer referencia. En mi opinión, se trata de una doctrina científica muy cuidadosamente elegida, con la finalidad de poner de relieve la *concordia auctorum* existente en los Estados Unidos acerca de cuáles son los principios generales de interpretación de los contratos –utilizables para la interpretación de los convenios colectivos–, visto que la selección se refería a autores adscritos a escuelas científicas no sólo claramente contrapuestas, sino incluso rivales. De ahí, de un lado, la cita del tratado de Derecho de contratos de Arthur L. CORBIN, Catedrático clásico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, donde se jubiló a los 69 años, tras 34 años de docencia ininterrumpida<sup>39</sup> [literalmente, «3 A. Corbin, *Corbin on Contracts* §553, p. 216 (1960)»]<sup>40</sup>; y de otro lado, la varias veces repetida de «Williston», esto es, el tratado de Derecho de contratos de Samuel WILLISTON, Catedrático asimismo clásico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, donde se jubiló a los 77 años, tras 43 años de docencia ininterrumpida<sup>41</sup> [literalmente, «11 R. Lord, *Williston on Contracts* §30:7, pp. 116–124 (4th ed. 2012) (*Williston*)»]<sup>42</sup>. Para contextualizar estas citas, hay que tener en cuenta que cinco Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos podían considerarse, en 2018, vinculados a Harvard, mientras que –de los cuatro restantes– tres se encontraban vinculados a Yale<sup>43</sup>. Este pacto tácito sobre las autoridades académicas a citar, que es un trasunto más de la unanimidad plena habida en el seno de la Corte, vendría a equivaler (supuesto que la Corte *decidendi* fuese la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo, y supuesto que esta Sala se animase a citar nominalmente doctrina científica, cosa que no hace) a la cita del manual de los Profesores BAYÓN y PÉREZ BOTIJA, de un lado, y del manual del Profesor ALONSO OLEA, del otro, a propósito siempre de lo que aparece escrito en ambos manuales clásicos

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La cita nominal de doctrina científica por la jurisprudencia laboral. Un estudio de Derecho comparado», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150 (2011), págs. 340 y ss.

<sup>39</sup> Sobre este Catedrático clásico, véase SWAN, T.W., «Professor Arthur L. Corbin creator of the present-day Yale Law School», *Yale Law Journal*, núm. 74 (1964), págs. 207 y ss.; y TWINING, W., «“Looking back will still keep us looking forward”: a letter from Arthur Corbin to Soia Mentschikoff upon the death of Karl Llewellyn», *Yale Journal of Law & the Humanities*, núm. 27 (2015), págs. 201 y ss., muy incisivo sobre la rivalidad entre las Facultades de Derecho de Harvard y de Yale, también en materia de Derecho de contratos (cfr., especialmente, pág. 203 y nota 9).

<sup>40</sup> Cfr. pág. 3.

<sup>41</sup> Sobre este Catedrático clásico, véase CORBIN, A.L., «Samuel Williston», *Harvard Law Review*, núm. 76 (1963), págs. 1327 y ss.; y KLAU, D.J., «What price certainty? Corbin, Williston, and the restatement of contracts», *Boston University Law Review*, núm. 70 (1990), págs. 511 y ss.

<sup>42</sup> Cfr. pág. 6. Además, págs. 7 y 8.

<sup>43</sup> Al respecto, véanse las biografías obrantes en el sitio en Internet de la Corte Supremas de los Estados, ya citado. El Juez «extravagante» a estos concretos efectos es la Juez GINSBURG, que obtuvo su *Juris Doctor Degree* en la Facultad de Derecho de la Universidad neoyorquina de Columbia, asimismo una Facultad norteamericana de Derecho *top*. Sobre las Facultades norteamericanas de Derecho «de élite», véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. Y ARUFE VARELA, A., *La enseñanza del Derecho en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos. A propósito de la enseñanza en ellas del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social*, Atelier (Barcelona, 2015), págs. 40 y ss.

sobre las reglas de interpretación de los convenios colectivos (que son, como se sabe, contratos además de leyes)<sup>44</sup>.

9. Desde un punto de vista comparatista, no puedo concluir este trabajo sin dejar de poner de relieve las graves diferencias de fondo existentes entre los Estados Unidos y España, en relación con el tema de la irrevocabilidad o no de las mejoras voluntarias de seguridad social creadas por convenio colectivo. En efecto, como acredita el caso aquí comentado, en los Estados Unidos cabe perfectamente crear derechos irrevocables de seguridad social complementaria por convenio colectivo, siempre que así se pacte expresamente en el texto del convenio en cuestión, visto –con terminología española– que el contrato es «ley» para las partes (como se sabe, según nuestro Código Civil, «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos»)<sup>45</sup>. En España, en cambio, no cabe crear derechos irrevocables de seguridad social complementaria por convenio colectivo, habiéndolo confirmado así «una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 julio 2003, dictada en Sala General –aunque con el voto particular de tres magistrados– y resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina, en la que se fundamenta la revocabilidad de tales derechos adquiridos, de un lado, invocando el Estatuto de los Trabajadores, allí donde afirma que “el convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél”, de manera que “en dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio colectivo”; y de otro lado, interpretando en sentido amplísimo (y por tanto, contra las más elementales reglas de interpretación de las normas) la cláusula exceptiva contenida entonces en el artículo 192 de la segunda Ley General de la Seguridad Social [hoy artículo 239 de la vigente], con el resultado de que si el convenio colectivo creador de la mejora nada hubiese dispuesto sobre su futura modificación o revocación, ello equivalía a entender otorgada por la tácita licencia para anular o disminuir en el futuro, a través de nuevo convenio colectivo, los compromisos en su día asumidos»<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Al respecto, véase BAYÓN CHACÓN, G. Y PÉREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo*, vol. I, 6ª ed., Marcial Pons (Madrid, 1965-6), allí donde —corrigiendo a F. CARNELUTTI— afirman que el convenio colectivo «no es un híbrido con alma de ley y cuerpo de contrato, sino una ley que nace contractualmente» (pág. 185). Por su parte, respecto de las «reglas de interpretación» normativas y contractuales de los convenios colectivos, véase asimismo ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E., *Derecho del Trabajo*, 25ª ed., Thomson-Civitas (Madrid, 2008), págs. 1086 y ss.

<sup>45</sup> Cfr. artículo 1091.

<sup>46</sup> Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La irrevocabilidad en los Estados Unidos de los derechos de seguridad social complementaria creados por convenio colectivo. Un estudio de Derecho comparado», cit., págs. 71-72.

Crónica  
Legislativa,  
Doctrina  
Judicial y  
Noticias  
Bibliográficas

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. CÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

### 1.1. UNIÓN EUROPEA

**-Desarrollo sostenible.- Informe de la Comisión *Apoyo a los Objetivos de Desarrollo Sostenible en todo el mundo: Informe de síntesis conjunto de la Unión Europea y sus Estados miembros para 2019*. Bruselas, 10.5.2019 [COM(2019) 232 final]**

La Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible (la Agenda 2030), con sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), es el plan rector internacional para la erradicación de la pobreza y el desarrollo sostenible. Por tanto, tiene una importancia inmensa ya que es la agenda compartida en torno a la cual todos los países deben actuar con el fin de satisfacer las necesidades de las personas dentro de los límites del planeta.

Este informe ofrece un breve resumen –excesivamente optimista– de cómo la UE y sus Estados miembros dan apoyo a la aplicación de la Agenda 2030 en los países en desarrollo a través de la cooperación para el desarrollo. Responde a un compromiso específico que figura en el Consenso, de elaborar tal Informe en 2019 y cada cuatro años en lo sucesivo. Se centra en el período transcurrido desde la adopción de la Agenda 2030 por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2015 y es una contribución a los informes de la UE en el Foro Político de Alto Nivel sobre el Desarrollo Sostenible de 2019.

Este informe muestra los avances realizados por la UE y los Estados miembros hasta ahora y cómo estos pretenden proseguir con sus esfuerzos.

1. Resumen de los avances en lo tocante a las «Cuatro P» (Personas, Planeta, Prosperidad y Paz)

En cuanto a “Personas”, la UE y sus Estados miembros han intensificado sus esfuerzos en favor del desarrollo humano. Han perseguido los siguientes objetivos:

- la cobertura sanitaria universal;
- el acceso universal a una enseñanza y formación de calidad;
- una protección social adecuada y sostenible;
- un trabajo decente para todos dentro de un entorno saludable; así como
- el fin del hambre y la desnutrición.

En cuanto a “Movilidad y migración”, se destaca que la migración representa un reto global y que una buena gestión requiere una responsabilidad global compartida y una cooperación a largo plazo.

Democracia, Estado de Derecho y derechos humanos y buena gobernanza: Se resalta asimismo el compromiso de la UE con la democracia, el Estado de Derecho, los derechos

humanos y la buena gobernanza, lo que se refleja en su actual Plan de Acción para los Derechos Humanos y la Democracia

2. Se establece el compromiso de avanzar mejor mediante planteamientos integrados. Desde 2015, la UE y sus Estados miembros han adoptado un planteamiento de la cooperación al desarrollo cada vez más interrelacionado. Los programas destinados a garantizar la seguridad humana en sectores como la agricultura han contribuido a través de una serie de ODS a:

- mejorar la productividad;
- generar empleo;
- promover un uso más eficiente del agua y la energía; y
- preservar la biodiversidad, contribuyendo de este modo a una amplia gama de ODS.

3. La UE y sus Estados miembros se comprometen a:

- trabajar mejor juntos en apoyo de los ODS;
- adaptar más las colaboraciones a las necesidades y circunstancias de los países en desarrollo; y
- desarrollar colaboraciones más estrechas con otros agentes de desarrollo (los gobiernos locales, la sociedad civil, los ciudadanos, el sector privado, las fundaciones privadas, las instituciones académicas y de investigación, así como con organizaciones multilaterales).

4. Conclusiones. Este informe señala la necesidad de que la UE y sus Estados miembros continúen trabajando en una serie de áreas clave:

- La cooperación para el desarrollo debe estar más alineada con los ODS, para que los programas contribuyan de manera más activa y explícita a la aplicación de los mismos.
- Los sistemas de presentación de informes y resultados deberían mostrar más claramente el impacto de la UE y sus Estados miembros en el apoyo a la aplicación de los ODS, incluso cuando las medidas abordan múltiples objetivos.
- La UE y sus Estados miembros deben intensificar los esfuerzos para trabajar mejor juntos en favor de los ODS, por ejemplo, mediante programas y marcos de resultados conjuntos.
- Se necesitan planteamientos más integrales para garantizar que los recursos limitados se apliquen en múltiples ODS, por ejemplo, mediante una mayor

integración del medio ambiente y el clima o la integración de las dimensiones laborales y medioambientales en las políticas comerciales.

- El compromiso con los países socios debe ser integral, con diálogos políticos sobre la base de los ODS como punto clave de entrada, a partir de los planes nacionales de desarrollo y las revisiones nacionales voluntarias, respetando las especificidades de la PEV.
- Se debe intensificar el apoyo a los países en desarrollo en materia de recogida, análisis y utilización de datos desglosados.

**-Personas económicamente inactivas.- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre las «Oportunidades de empleo para las personas económicamente inactivas» (Dictamen de iniciativa) (DOCE C 228 05-07-2019)**

Las Conclusiones y recomendaciones que se plantean en este Dictamen son las siguientes:

1. El CESE observa que existe una parte significativa de la población que, aunque todavía no trabaja ni forma parte de las estadísticas de desempleo, conserva un *potencial importante para la creación de empleo y riqueza*, e insta a la Comisión y a los Estados miembros a que inscriban en un lugar destacado de sus prioridades políticas la elaboración de una *estrategia* para dar respuesta al considerable número de personas económicamente inactivas.

2. Considera que la Comisión y los Estados miembros también deben centrar sus esfuerzos en aplicar *políticas de reactivación y políticas destinadas a crear oportunidades de trabajo para todos, en particular para quienes están más excluidos del mercado laboral y quieren y pueden trabajar*.

3. Dado que la recomendación general sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral se emitió en 2008 y para evitar un enfoque fragmentario, el CESE recomienda que la Comisión evalúe los progresos realizados y, en caso necesario, adopte una *nueva estrategia global, acompañada de planes de acción y objetivos para los Estados miembros desglosados por subgrupos de personas económicamente inactivas*. Esta estrategia debería incluir más innovación social y una mejor definición de las políticas orientadas a la consecución de resultados, así como una mayor ambición en lo que se refiere a la inclusión en el mercado laboral de la parte de esta población que quiere trabajar.

4. El CESE recomienda que la Comisión Europea anime a los Estados miembros a hacer más eficaces sus políticas activas del mercado de trabajo y a que garanticen que sus servicios públicos de empleo pueden proporcionar una *asistencia más específica* a las personas que quieren integrarse en el mercado laboral, teniendo en cuenta sus capacidades y ambiciones.

5. Para garantizar que se adoptan políticas basadas en datos reales, el CESE también recomienda que los Estados miembros recopilen y analicen información sobre esta población, incluidas las diferentes características de sus subgrupos, sus motivaciones para trabajar, el tipo de trabajo que desearían y sus capacidades, de forma que la oferta y la

demanda puedan interactuar más fácilmente y ayudar a satisfacer las aspiraciones de cada subgrupo de la población económicamente inactiva que desea trabajar.

6. En lo que respecta a la situación social y laboral del subgrupo de las *personas con discapacidad*, aunque se ha producido una cierta mejora entre 2011 y 2016, estas siguen padeciendo desventajas y una brecha significativa en lo que respecta al empleo y la calidad de vida. El CESE considera que, *si se quieren potenciar las oportunidades de empleo entre las personas con discapacidad que tengan un nivel bajo de educación, se necesitan esfuerzos concertados*, especialmente en los ámbitos del acceso a la educación superior y a los servicios sanitarios en condiciones especiales. Además, insta a los Estados miembros a crear un sistema de cuotas de empleo para personas con discapacidad que será de aplicación en organismos/empresas públicos y en empresas del sector privado con arreglo a su capacidad de empleo y su volumen de ventas.

7. Considerando la gran heterogeneidad de la población inactiva y las distintas barreras a que se enfrenta, su (re)incorporación al mercado laboral es un reto que deben asumir todos los Estados miembros. El CESE considera *crucial que los responsables políticos de cada Estado miembro conozcan y comprendan en profundidad esas barreras y las características específicas de cada subgrupo, teniendo en cuenta al mismo tiempo la cuestión del equilibrio de género a la hora de diseñar las políticas públicas u otras iniciativas para poder abordar estos retos eficazmente* (por ejemplo, aumentando la oferta pública de guarderías, condición fundamental para liberar a las personas dedicadas a los cuidados familiares y permitirles ocupar su lugar en el mercado de trabajo).

8. El CESE sigue considerando decisivo que los Estados miembros mejoren la relación entre los servicios locales de empleo, los ayuntamientos y los servicios de seguridad social, a fin de aumentar las posibilidades de *llegar a esa población y motivarla y atraerla para que se integre en el mercado laboral*.

9. El CESE recomienda que los Estados miembros pongan en marcha, en caso necesario en el seno de los servicios públicos locales (ayuntamientos), *actividades específicas* adecuadas para *mejorar y actualizar las capacidades y competencias* de la población económicamente inactiva y de otros grupos excluidos, a fin de que puedan integrarse en el mercado laboral, teniendo en cuenta sus capacidades.

10. Considerando que entre la población económicamente inactiva se incluye a muchas personas con un potencial de integración normal en el mercado laboral, el CESE insta a la Comisión y a los Estados miembros a que *creen incentivos específicos y favorables para que las empresas contraten a estas personas económicamente inactivas*. Esto podría lograrse mediante la introducción de medidas legislativas y no legislativas que garanticen que el Fondo Social Europeo cubra todos los costes de formación de estas personas, haciendo así posible que las empresas las contraten. Al mismo tiempo, también es fundamental que la Unión Europea anime a los Estados miembros a *promover unas condiciones de trabajo atractivas, unos salarios dignos y unos sistemas de seguridad social* que animen a la población inactiva a participar en el mercado de trabajo y en la creación de riqueza y bienestar económico, social y medioambiental.

11. La *confianza en la Unión Europea y el sentimiento de pertenencia a ella* también dependen de la capacidad de las instituciones de la UE para promover eficazmente la inclusión y el bienestar de todos los ciudadanos, respetando al mismo tiempo su diversidad.

12. El CESE insta a la Comisión y a los Estados miembros que velen por que las *políticas de la industria 4.0 y el desarrollo de nuevas tecnologías* respeten los cambios en el mundo laboral, aportando beneficios tanto a los trabajadores como a las empresas.

13. El CESE propone *reducir el horario individual de trabajo semanal*, comenzando con los servicios públicos, para crear así más oportunidades de trabajo para todos.

## 2. INMIGRACIÓN

**-Acogida de inmigrantes.- Resolución de 23 de abril de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría de Estado de Migraciones y la Federación Española de Municipios y Provincias, para el desarrollo de acciones conjuntas en materia de acogida de inmigrantes (13-05-2019)**

El fundamento de este Convenio es que ambas instituciones consideran que es necesaria la colaboración, cooperación y coordinación para avanzar en el acogimiento de la población inmigrante, especialmente de los recién llegados a España y personas en situación de especial vulnerabilidad así como de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional, en los Ayuntamientos españoles, para que el mismo se realice en las mejores condiciones y permita la integración de los inmigrantes en una sociedad solidaria, favoreciendo asimismo una gestión ordenada de la inmigración dentro de nuestro territorio.

De esta forma, el objeto del Convenio es establecer el marco de colaboración entre la SEM y la FEMP y, por ende, las Entidades Locales asociadas a la misma, en cuanto organizaciones administrativas más próximas al ciudadano, para una mejor y efectiva participación en la ejecución de las políticas de inmigración que se desarrollen en sus respectivos ámbitos territoriales, con el fin, tanto de garantizar una atención humanitaria adecuada y digna a los inmigrantes en situaciones de emergencia, procurando una gestión ordenada de la inmigración, así como de facilitar la acogida a aquellos inmigrantes en situación de especial vulnerabilidad y a los solicitantes de protección internacional y asilo.

En virtud de este Convenio, ambas partes asumen los siguientes compromisos:

La SEM se compromete a:

1. Suministrar a la FEMP información sobre las llegadas de inmigración irregular a costas españolas y Ceuta y Melilla así como, en su caso, de las previsiones al respecto.
2. Facilitar a la FEMP información sobre el número de plazas, de cualquier naturaleza, disponibles en el programa de Atención Humanitaria así como su distribución territorial.

3. Facilitar a la FEMP información sobre el número de plazas disponibles en el Sistema Nacional de Acogida e Integración de solicitantes y beneficiarios de Protección Internacional así como su distribución territorial.

La FEMP se compromete a:

1. Cooperar para facilitar la utilización de recursos habitacionales en municipios para la acogida de inmigrantes, ya sea de larga duración o bien para afrontar situaciones de emergencia.
2. Difundir entre los asociados la existencia de los diferentes centros habilitados por la SEM como dispositivos de acogida para la atención con carácter temporal o de larga duración a inmigrantes, así como su necesidad e importancia al objeto de poder garantizar la debida ordenación migratoria así como el respeto a la dignidad y los derechos humanos.
3. Proponer municipios, que dispongan de centros adecuados dentro de su término municipal para ser utilizados como CAED, Centros de Acogida Temporal o Centros de Acogida de solicitantes de Asilo o Protección Internacional para que voluntariamente formalicen su colaboración con la SEM.

### 3. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

#### **-Fundación Estatal para la Prevención de Riesgos Laborales.-**

Resolución de 10 de mayo de 2019, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Fundación Estatal para la Prevención de Riesgos Laborales, para la utilización de soluciones y medios tecnológicos (BOE 24-05-2019).

### 4. SEGURIDAD SOCIAL

**-Personal laboral. Coordinación de los sistemas de seguridad social.- Resolución de 25 de abril de 2019, conjunta de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se declaran asimilados a funcionarios, a los exclusivos efectos de la aplicación del artículo 11.3.b 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, al personal laboral al servicio de las misiones diplomáticas y oficinas consulares españolas en un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o Suiza, que hubiera optado, antes del 1 de mayo de 2010, por permanecer sujeto a la legislación española de seguridad social (BOE 22-05-2019).**

El Reglamento CE n.º 883/2004, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, para garantizar la igualdad de trato de todas las personas que trabajen en el territorio de un Estado miembro, establece en su artículo 11.3.a que procede aplicar, como regla general, la legislación de seguridad social del Estado en el que el trabajador ejerza su actividad por cuenta ajena o propia. No obstante, dicha regla general, *lex loci laboris*, cuenta con algunas excepciones, entre otras, las previstas en las letras siguientes

de la disposición citada. Tal es el caso de los funcionarios, quienes, de acuerdo con lo previsto en el apartado 3.b del artículo 11, se hallan sujetos a la legislación de seguridad social del Estado miembro del que depende la administración que los ocupa.

Aun cuando el Reglamento CE n.º 883/2004 entró en vigor el 20 de mayo de 2004, su aplicación efectiva no se produjo hasta el 1 de mayo de 2010. En aplicación de lo dispuesto en el apartado 8 del artículo 87, se estableció un periodo transitorio de diez años a partir de esta última fecha, para que el personal laboral al servicio de las misiones diplomáticas y oficinas consulares españolas en un Estado miembro de la Unión Europea que, bajo la vigencia del anterior Reglamento CEE n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, hubiera podido optar por permanecer sujeto a la legislación de seguridad social del país de origen, pudiese conservar dicha situación durante un período máximo de diez años desde la fecha de aplicación efectiva del Reglamento CE n.º 883/2004, es decir, desde el 1 de mayo de 2010. Dicho período transitorio concluirá, por tanto, el 1 de mayo de 2020.

Este derecho de opción, bajo la vigencia del anterior Reglamento CEE n.º 1408/71, se reconocía, por tanto, al personal laboral al servicio de las misiones diplomáticas y oficinas consulares de España en un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y Suiza. Como consecuencia de las previsiones transitorias recogidas en el Reglamento CE n.º 883/2004, el personal que optó antes del 1 de mayo de 2010 por la aplicación de la legislación de seguridad social española, ha seguido adscrito al sistema de seguridad social español y cotizando al mismo hasta la fecha.

Dicho personal, que fue contratado con anterioridad a la fecha de aplicación del Reglamento CE n.º 883/2004 y que, hasta el 1 de mayo de 2020, estará sujeto a la legislación transitoria que le permite permanecer sujeto a la legislación española, generó en su día unas expectativas de derecho respecto de su futura pensión de jubilación que podrían no verse satisfechas como consecuencia del cambio normativo producido en la regulación de la UE, razón por la cual resulta conveniente adoptar medidas con el fin de evitar posibles perjuicios a los interesados. Por otra parte, la situación de este personal, a efectos de seguridad social, es similar a la de los funcionarios que desempeñan su labor en las citadas misiones diplomáticas u oficinas consulares de España en los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y de Suiza. Se tiene en cuenta asimismo que el Reglamento CE n.º 883/2004, en su artículo 1.d, define el término funcionario como la persona considerada funcionario o asimilado por el Estado miembro del que depende la administración que la ocupa.

En consecuencia, la similitud señalada entre el personal laboral al servicio de misiones diplomáticas y de oficinas consulares que hubieran mantenido su adscripción al sistema de la seguridad social española y los funcionarios en la misma situación, hace aconsejable declarar la asimilación de ambas categorías de empleados públicos, a los solos efectos de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 11.3.b del Reglamento CE n.º 883/2004.

**-Carrera Judicial. Permiso de paternidad y licencias.- Acuerdo de 30 de mayo de 2019, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se adaptan la duración del permiso de paternidad de jueces y magistrados y de la licencia en caso de parto, guarda con fines de adopción, acogimiento y adopción, así como los permisos por lactancia de un hijo menor de doce meses o por razón de violencia de género sobre la mujer, a los establecidos para los miembros de la Administración General del Estado (06-06-2019)**

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión de 30 de mayo de 2019, acordó, en virtud de lo dispuesto en el artículo 373.7 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la adaptación de:

1. La duración del permiso de paternidad de Jueces y Magistrados por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción, previsto en el artículo 373.6 de la citada Ley Orgánica, a lo establecido en el artículo 49.c) EBEP, el cual tendrá, en cuanto a tal duración, la aplicación progresiva que viene determinada en su disposición transitoria novena.
2. El permiso por lactancia de un hijo menor de doce meses a lo establecido en el artículo 48.f) EBEP.
3. El permiso por razón de violencia de género sobre la mujer a lo establecido en el artículo 49.d) EBEP.
4. La equiparación de los permisos a que se refieren los números 1 y 3 desplegará sus efectos desde el 1 de abril de 2019, mientras que el señalado en el número 2 lo hará desde el 8 de marzo de 2019.

La duración de la licencia en caso de parto, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción a que se refiere el artículo 373.2 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial, será, según lo dispuesto en dicho precepto, la que viene establecida, respectivamente, en los apartados a) y b) del artículo 49 EBEP, y desplegará sus efectos desde el 1 de abril de 2019.

**-Carta de servicios.- Resolución de 26 de abril de 2019, de la Subsecretaría, por la que se aprueba la actualización de la Carta de servicios del Instituto Nacional de la Seguridad Social. (BOE 10-05-2019)**

La citada Carta de Servicios estará disponible en las dependencias con atención al público de los respectivos Centros del INSS. Igualmente, estará accesible en la sede electrónica de la Seguridad Social y en el Portal Internet de la Seguridad Social y del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y, en el Punto de Acceso General (PAG), en la siguiente dirección de Internet: <http://administracion.gob.es/>

**-Mutuas.- Orden TMS/513/2019, de 25 de abril, por la que se modifica la Orden TIN/866/2010, de 5 de abril, por la que se regulan los criterios que, en su función de colaboración con la Seguridad Social, deben seguir las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y sus entidades y centros mancomunados, en la gestión de los servicios de tesorería contratados con entidades financieras (BOE 10-05-2019)**

En los nueve años transcurridos desde la fecha de entrada en vigor de la Orden TIN/866/2010, de 5 de abril, la evolución del mercado financiero, en relación con las condiciones exigidas en las reglas anteriores, está provocando que las licitaciones que se están realizando ahora por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y sus centros mancomunados queden desiertas. La causa fundamental de este hecho es que a las entidades bancarias aquellas condiciones no les resultan asumibles, pues no producen rentabilidad alguna, y más teniendo en cuenta que en la actualidad el tipo de depósito marcado por el Banco Central Europeo se encuentra en valores negativos.

En estas circunstancias, y para evitar que quede paralizado el funcionamiento y la gestión de las mutuas colaboradoras y sus centros mancomunados, resulta imprescindible adecuar las reglas aplicables a la contratación de los servicios de tesorería a las condiciones actuales del mercado financiero, lo cual pasa por la necesidad de suprimir la prohibición de que la prestación de este servicio pueda generar gasto alguno a la Seguridad Social, así como de referenciar la rentabilidad de las cuentas al Euribor, tipo de interés de uso generalizado en multitud de operaciones financieras tanto con usuarios de los bancos, como en operaciones interbancarias.

Se procede también a la modificación de aquellos artículos de la Orden TIN/866/2010, de 5 de abril, que contenían referencias expresas a determinados artículos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, puesto que actualmente esa materia se rige por lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

**-Observatorio lucha contra el fraude de la Seguridad Social.- Orden TMS/667/2019, de 5 de junio, por la que se crea el Observatorio para la lucha contra el fraude a la Seguridad Social. (BOE 19-06-2019)**

**-Unidad de Recaudación ejecutiva.- Resolución de 29 de mayo de 2019, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se modifica el ámbito territorial de unidades de recaudación ejecutiva de la Seguridad Social en la Dirección Provincial de Madrid. (BOE 12-06-2019) .**

## **5. RELACIONES DE TRABAJO**

**-Criterio Técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada (publicado en fecha de 10 de junio de 2019)**

[[http://www.mitramiss.gob.es/itss/ITSS/ITSS\\_Descargas/Atencion\\_ciudadano/Criterios\\_tecnicos/CT\\_101\\_2019.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_101_2019.pdf)]

Este Criterio Técnico tiene por objeto fijar criterios para la realización de las actuaciones inspectoras que se efectúen, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, en relación con las disposiciones relativas al registro de jornada, establecidas en el artículo 34.9 ET. Las actuaciones que se sujetan a la interpretación del presente Criterio Técnico se refieren a los contratos de trabajo a jornada completa, sin perjuicio de lo que se señala más adelante respecto a los contratos a tiempo parcial.

### 1. Obligatoriedad del registro de jornada.

-La interpretación literal del nuevo artículo 34.9 ET permite afirmar que la llevanza del registro de jornada no es una opción para el empresario, sino que se trata de un deber que deriva del término "garantizará", esto es, con sujeción a la obligación de garantía de existencia de dicho registro, y no como una mera potestad del empleador (esta obligatoriedad ha sido confirmada por la propia sentencia del TJUE de 14 de mayo de 2018).

El término garantía implica una obligación de resultado en el sentido de establecer fácticamente un registro.

### 2. Contenido del registro de jornada.

-Conforme al nuevo artículo 34.9 ET hay que entender que lo que debe ser objeto de registro es la jornada de trabajo realizada diariamente. Como nada se ha dicho al respecto, el registro del apartado 9 debe interpretarse de manera conjunta y sistemática con el propio artículo 34 ET. Es decir, no se exige expresamente el registro de las interrupciones o pausas entre el inicio y la finalización de la jornada diaria, que no tengan carácter de tiempo de trabajo efectivo. Al tratarse de una norma de mínimos y conforme al segundo párrafo del artículo 34.9 ET, mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, el registro de jornada podrá organizarse de manera que incluya las interrupciones o pausas que se consideren, siempre y cuando el registro incluya necesariamente el horario de inicio y finalización de la jornada.

Igualmente hay que tener en cuenta que el registro diario de jornada se configura "sin perjuicio de la flexibilidad que se establece en este artículo" (artículo 34.2 y 3 del ET). Esto implica que la lectura que se haga del registro a la hora de determinar el posible incumplimiento de determinados límites en materia de tiempo de trabajo deberá hacerse de forma integral, considerando todas las posibilidades que permite el ordenamiento laboral en materia de distribución de tiempo de trabajo. En todo caso, sería conveniente que el registro utilizado en la empresa ofrezca una visión adecuada y completa del tiempo de trabajo efectivo; en caso contrario, podría presumirse que lo es toda aquella que transcurre entre la hora de inicio y finalización de la jornada de trabajo registrada, y es al empleador al que correspondería la acreditación de que ello no es así.

La negociación colectiva o los acuerdos de empresa referidos a la organización y documentación del registro deben ser el instrumento idóneo para precisar cómo considerar todos los aspectos relacionados con el registro de interrupciones, pausas o flexibilidad de tiempo de trabajo.

-El registro de la jornada deberá ser diario, no siendo aceptable para la acreditación de su cumplimiento la exhibición del horario general de aplicación en la empresa, el calendario laboral o los cuadrantes horarios elaborados para determinados periodos, pues éstos se formulan "ex ante" y determinarán la previsión de trabajo para dicho periodo pero no las horas efectivamente trabajadas en el mismo, que sólo se conocerán "ex post" como consecuencia de la llevanza del registro de jornada. Sólo mediante éste último se podrá determinar la jornada de trabajo efectivamente llevada a cabo, así como, en su caso, la realización de horas por encima de la jornada ordinaria de trabajo, legal o pactada, que serán las que tengan la condición de extraordinarias.

### 3. Otros registros y especialidades.

El registro previsto en el artículo 34.9 ET no enerva los registros ya establecidos en la normativa vigente que se mantienen funcionales y de acuerdo con sus propias previsiones o régimen jurídico. Con registros vigentes nos referimos a: El registro diario de los contratos a tiempo parcial del artículo 12.4.c) ET; el registro de horas extraordinarias del 35.5 ET; los registros de horas de trabajo y descanso contenidos en el RD 1561 /1995 sobre trabajadores móviles, trabajadores de la marina mercante y trabajadores que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario.

### 4. Conservación del registro de jornada.

En cuanto a la localización y conservación de los registros horarios, el nuevo artículo 34.9 ET un último párrafo establece que la empresa conservará los registros durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Nada refiere el citado párrafo respecto al modo de conservación de los registros, por lo que debe entenderse válido cualquier medio, físico o de cualquier otro tipo, siempre que el mismo garantice la fiabilidad y veracidad respecto de los datos registrados diariamente. Por otro lado, al no establecerlo la norma, esta conservación de los registros diarios no implica la totalización de los mismos, tal y como sí se establece en el caso de los contratos a tiempo parcial y para el cumplimiento de las obligaciones en caso de realización de horas extraordinarias.

El hecho de que los registros deban "permanecer a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social", solo puede interpretarse en un doble sentido:

- Que sea posible acceder a dichos registros en cualquier momento, cuando así sea solicitado por los trabajadores, sus representantes y por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social
- Y que los registros tienen que estar y permanecer físicamente en el centro de trabajo, o ser accesibles desde el mismo de manera inmediata.

En el caso de que el registro de jornada se haya instrumentado originalmente en formato papel, a efectos de su conservación podrá archivar en soporte informático mediante el escaneo de los documentos originales, siendo guardado telemáticamente con las

debidas garantías. Este archivo, estará igualmente a disposición de las personas trabajadoras, sus representantes y de la Inspección de Trabajo.

Asimismo, y ciñéndonos al marco de una actuación inspectora que se iniciara con una visita, la ausencia de puesta a disposición de esta documentación en los términos señalados anteriormente, impediría al funcionario actuante fiscalizar el efectivo cumplimiento de la obligación de llevanza del registro en cuestión.

Asimismo, y por lo que se refiere a la obligación de entrega o forma concreta de puesta a disposición, y ante la ausencia de referencia expresa y por motivos de seguridad jurídica, debe interpretarse que la permanencia a disposición no implica la obligación de entrega de copias, salvo que así lo disponga un convenio colectivo o exista pacto expreso en contrario, ni debe entregarse a cada persona trabajadora copia de su registro diario, sin perjuicio de facilitar su consulta personal, ni a los representantes legales de los trabajadores, lo que no obsta la posibilidad de estos últimos de tomar conocimiento de los registros de los trabajadores.

#### 5. Organización y documentación del Registro.

En cuanto a la forma de organización y documentación del registro, será la que se determine mediante negociación colectiva, acuerdo de empresa, o, en su defecto decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, tal y como establece el recién introducido artículo 34.9 ET.

No obstante, la existencia y obligación del registro diario no se hace depender de que haya una previsión o regulación concreta en negociación colectiva o acuerdo de empresa, siendo exigible en todo caso.

En cualquier caso, debe ser un sistema de registro objetivo, que garantice la fiabilidad, veracidad y no alteración a posteriori de los datos y que respete la normativa sobre protección de datos, recogida en la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, en todos aquellos casos en los que los sistemas de registro recojan, traten y almacenen datos de carácter personales de las personas trabajadoras, así como el respeto, en los supuestos de uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras, de conformidad con el artículo 20 bis ET.

El registro ha de ser documentado, por lo que en aquellos casos en que el registro se realice por medios electrónicos o informáticos, tales como un sistema de fichaje por medio de tarjeta magnética o similar, huella dactilar o mediante ordenador, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá requerir en la visita la impresión de los registros correspondientes al periodo que se considere, o bien su descarga o su suministro en soporte informático y en formato legible y tratable. Si el registro se llevara mediante medios manuales tales como la firma del trabajador en soporte papel, la Inspección podrá recabar los documentos originales o solicitar copia de los mismos. De no disponerse de medios para su copia, pueden tomarse notas, o muestras mediante fotografías, así como, de considerarse oportuno en base a las

incongruencias observadas entre el registro de jornada, y la jornada u horario declarado, tomar el original del registro de jornada como medida cautelar regulada el artículo 13.4 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Asimismo, compete a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no solo verificar la existencia de un registro de jornada, sino también que su forma de organización y documentación ha ido precedida del correspondiente procedimiento de negociación o consulta con la representación de los trabajadores, aspecto este que podrá ser objeto de comprobación a través de las actas de las reuniones celebradas en el proceso de negociación.

#### 6. Régimen sancionador.

Las novedades incluidas en el RD-Ley 8/2019 suponen también la modificación del apartado 5 del artículo 7 LISOS. La modificación introducida es clara, ya que tipifica como infracción grave la transgresión de las obligaciones en materia de registro de jornada, incluyendo su previsión específica en el artículo 7.5.

En cuanto al inicio de procedimientos sancionadores por el incumplimiento de la obligación de registro de la jornada, ello es posible desde la entrada en vigor del artículo 34.9 ET, es decir, desde el 12 de mayo de 2019.

No obstante, deberá tenerse en cuenta por los actuantes las previsiones ya señaladas de la norma que deriva a la negociación colectiva o a los acuerdos con los representantes de los trabajadores lo relativo a la organización y documentación de dicho registro –como es la modalidad de registro que se haya de seguir–, por lo que se valorará la existencia de una actuación de la empresa en este sentido y una negociación entre las partes bajo el principio de la buena fe.

También deberán tenerse en cuenta el resto de las circunstancias del caso, entre las que cabe señalarse que el registro de la jornada no constituye un fin en sí mismo, sino un instrumento para el control del cumplimiento de la normativa en materia de tiempo de trabajo, con sus consecuencias respecto de la salud laboral, así como de la realización y el abono y cotización de las horas extraordinarias.

El registro es un medio que garantiza y facilita dicho control, pero no el único. Lo anterior supone que, si hubiese certeza de que se cumple la normativa en materia de tiempo de trabajo o de que no se realizan horas extraordinarias, aunque no se lleve a cabo el registro de la jornada de trabajo, tras la valoración del inspector actuante en cada caso, podría sustituirse el inicio del procedimiento sancionador por la formulación de un requerimiento para que se dé cumplimiento a la obligación legal de garantizar el registro diario de la jornada de trabajo.

#### 7. Otras cuestiones

Queda sin efecto la Instrucción 1/2017, complementaria a la Instrucción 3/2016, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias, y esta última en relación con los criterios interpretativos de la misma referidos exclusivamente al registro de la jornada de trabajo, en lo que se opongan a este criterio técnico.

## 6. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL

### 6.1. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 15 de Mayo. Asunto C-677/17, M. Çoban contra Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (Uwv).**

«Procedimiento prejudicial — Acuerdo de Asociación CEE-Turquía — Protocolo Adicional — Artículo 59 — Decisión n.º 3/80 — Seguridad social de los trabajadores migrantes — Supresión de las cláusulas de residencia — Artículo 6 — Prestación por invalidez — Supresión — Reglamento (CE) n.º 883/2004 — Prestaciones especiales en metálico no contributivas — Requisito de residencia — Directiva 2003/109/CE — Estatuto de residente de larga duración»

En el asunto C-677/17, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Centrale Raad van Beroep (Tribunal Central de Apelación, Países Bajos), mediante resolución de 1 de diciembre de 2017, recibida en el Tribunal de Justicia el 4 de diciembre de 2017, en el procedimiento entre

Sr. Çoban y Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen,

El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

El artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión n.º 3/80 del Consejo de Asociación, de 19 de septiembre de 1980, relativa a la aplicación de los regímenes de seguridad social de los Estados miembros de las Comunidades Europeas a los trabajadores turcos y a los miembros de sus familias, en relación con el artículo 59 del Protocolo Adicional, firmado el 23 de noviembre de 1970 en Bruselas y concluido, aprobado y confirmado en nombre de la Comunidad mediante el Reglamento (CEE) n.º 2760/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional como la controvertida en el litigio principal, que suprime el derecho a una prestación complementaria a un nacional turco que regresa a su país de origen y que es titular, en la fecha de salida del Estado miembro de acogida, del estatuto de residente de larga duración, en el sentido de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

## 7. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

### 7.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

**Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Marzo de 2019 (núm. 233/2019), número de recurso 2648/2017**

IPA. Compatibilidad de dicha situación, en la que se percibe la prestación correspondiente, con la realización de un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial. Reitera doctrina

## 7.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad

### **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Marzo de 2019 (núm. 244/2019), número de recurso 2170/2018**

Prestación de riesgo durante la lactancia natural: procede su reconocimiento cuando no existe una evaluación de riesgos específica que tenga en cuenta la situación de la trabajadora y su hijo. Carga probatoria de los riesgos. Reitera doctrina

## 7.3. Jubilación

### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de Junio de 2019, Asunto C-619/18, Comisión Europea, contra República de Polonia**

Incumplimiento de Estado — Artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo — Estado de Derecho — Tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión — Principios de inamovilidad y de independencia judicial — Reducción de la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo — Aplicación a los jueces en activo — Posibilidad de continuar ejerciendo la función jurisdiccional una vez alcanzada esa edad supeditada a la obtención de una autorización mediante decisión discrecional del Presidente de la República»

En el asunto C-619/18, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 258 TFUE, el 2 de octubre de 2018, Comisión Europea, representada por la Sra. K. Banks y los Sres. H. Krämer y S. L. Kaléda, en calidad de agentes, parte demandante, contra República de Polonia, representada por el Sr. B. Majczyna y las Sras. K. Majcher y S. Żyrek, en calidad de agentes, parte demandada, apoyada por: Hungría, representada por el Sr. M.Z. Fehér, en calidad de agente, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide:

1.- La República de Polonia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, al prever, por un lado, la aplicación de la medida de reducción de la edad de jubilación de los jueces del Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo) a los jueces de ese Tribunal en ejercicio nombrados con anterioridad al 3 de abril de 2018 y al atribuir, por otro lado, al Presidente de la República la facultad discrecional para prorrogar la función jurisdiccional en activo de los jueces de dicho Tribunal una vez alcanzada la nueva edad de jubilación.

2.- Condenar en costas a la República de Polonia.

3.- Hungría cargará con sus propias costas.

### **Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de Abril de 2019, núm. 276/2019 (Número de Recurso 1299/2017)**

Pensión jubilación no contributiva. Extranjeros. Requisitos. Diez años de residencia oficial en España. Se requiere la obtención permiso residencia en España y no basta con el empadronamiento. Voto particular.

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 7 de noviembre de 2018, en el asunto C-432/17 [PROV\ 2018\ 293230, TJCE\ 2018\ 266]**

Cálculo del importe de la pensión de jubilación de trabajadores a tiempo parcial: consideración de los años de servicio prestados antes de la expiración del plazo de transposición de la Directiva, igual que se tienen en cuenta para la determinación de la pensión de jubilación de un trabajador a tiempo completo comparable

En relación a la aplicación del principio de no discriminación en un supuesto relativo a trabajadores a tiempo parcial y pensión de jubilación, se pronuncia esta Sentencia que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la *Supreme Court of the United Kingdom* (Tribunal Supremo del Reino Unido), mediante resolución de 12 de julio de 2017, en el procedimiento entre D. P. O. y *Ministry of Justice*, anteriormente *Department for Constitutional Affairs*. Se plantea la aplicación de la cláusula 4, principio de no discriminación, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81/CEE) en relación con los trabajadores a tiempo parcial y la pensión de jubilación. En particular, respecto al cálculo del importe de la pensión, se declara el derecho a la consideración de los años de servicio prestados antes de la expiración del plazo de transposición de la Directiva, igual que se tienen en cuenta para la determinación de la pensión de jubilación de un trabajador a tiempo completo comparable.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998. Dicha petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre el Sr. D. P. O. y el *Ministry of Justice* (Ministerio de Justicia, Reino Unido), anteriormente *Department for Constitutional Affairs* (Departamento de Asuntos Constitucionales) en relación con el importe de la pensión de jubilación a la que tiene derecho por el ejercicio de funciones judiciales a tiempo parcial.

Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 97/81 debe interpretarse en el sentido de que los períodos de antigüedad anteriores a la fecha de expiración del plazo de transposición de dicha Directiva que se tienen en cuenta para la determinación de la pensión de jubilación de un trabajador a tiempo completo deben tenerse en cuenta para la determinación de los derechos a pensión de jubilación de un trabajador a tiempo parcial comparable.

Recuerda la STJUE que una norma jurídica nueva se aplica a partir de la entrada en vigor del acto que la contiene y que, si bien esta norma no se aplica a las situaciones jurídicas nacidas y definitivamente consolidadas antes de dicha entrada en vigor, sí se aplica inmediatamente a los efectos futuros de una situación nacida bajo el imperio de la antigua norma, así como a las situaciones jurídicas nuevas. Únicamente deja de ser así, y sin perjuicio del principio de irretroactividad de los actos jurídicos, cuando la nueva norma va acompañada de disposiciones particulares que determinan específicamente su ámbito de aplicación temporal (sentencia de 26 de marzo de 2015, *Comisión/Moravia Gas Storage*, C-596/13, apartado 32 y jurisprudencia citada). Y, al respecto, ni la Directiva 97/81 ni el Acuerdo Marco establecen una excepción a este principio (sentencia de 10 de junio de 2010, *B. y otros*, C-395/08 y C-396/08, apartado 54).

Por tanto, es preciso examinar si la adquisición progresiva de derechos a pensión durante el período anterior a la fecha de expiración del plazo de transposición de la Directiva 97/81 en el Reino Unido tiene como consecuencia que la situación jurídica del demandante en el litigio principal deba considerarse definitivamente consolidada en ese momento.

En cuanto a la alegación del Gobierno del Reino Unido según la cual es preciso distinguir entre el cálculo de la antigüedad requerida para tener derecho a una pensión de jubilación y los derechos a pensión, procede señalar que la circunstancia de que un derecho a pensión se adquiriera definitivamente al término del correspondiente período de antigüedad no permite concluir que la situación jurídica del trabajador deba considerarse definitivamente consolidada. Procede señalar a este respecto que dicho trabajador solo podrá invocar efectivamente este derecho para el pago de su pensión de jubilación en un momento posterior y teniendo en cuenta los períodos de antigüedad pertinentes.

Por consiguiente, en una situación como la del litigio principal, en la que la constitución de los derechos a pensión se extiende durante períodos tanto anteriores como posteriores a la expiración del plazo de transposición de la Directiva 97/81, procede considerar que la determinación de dichos derechos se rige por las disposiciones de esta Directiva, incluyendo los períodos de antigüedad anteriores a la fecha de su entrada en vigor. Tal situación es, a este respecto, distinta de la de los colegas del demandante en el litigio principal jubilados antes de la expiración del plazo de transposición de la Directiva 97/81, situación invocada por el Gobierno del Reino Unido en apoyo de sus alegaciones.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara que 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 TSJ de la Comunidad de Madrid, de 24/09/2018, núm. 521/2018, (Recurso de Suplicación núm. 592/2017), PROV\ 2019\ 21433**

Complemento de maternidad a las madres en las pensiones contributivas de la Seguridad Social: niño que falleció antes del transcurso de 24 horas

Declara, en relación con el complemento de maternidad de pensión de jubilación, que, teniendo en cuenta la finalidad que a dicho complemento atribuye la norma, procede reconocerlo a quien dio a luz a un niño que falleció antes del transcurso de 24 horas, pues supuso para la madre una limitación en el acceso y mantenimiento del empleo equivalente a la provocada por un parto exitoso ya que igualmente estuvo embarazada, parió y precisó descanso recuperatorio, siendo que además resultaría aplicable el art. 30 del Código Civil en la redacción dada por la Ley 20/2011, de 21 julio, del Registro Civil, en aplicación de las normas de derecho intertemporal que se contienen en la disp. transit. 1ª del Código, ya que el derecho a la personalidad se regula ahora por primera vez y se adquiere por el hecho mismo

del nacimiento con vida, con independencia de la duración de ésta, aun cuando el hecho, el nacimiento, se hubiere producido bajo la legislación anterior.

La ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 creó mediante su disposición final 2ª (que introdujo el art. 50 bis LGSS) este complemento de pensión por maternidad, con naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, por la aportación demográfica a la Seguridad Social, para las mujeres que hayan tenido hijos naturales o adoptivos y sean beneficiarias de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, en cualquier régimen de Seguridad Social, en función del número de hijos. En su disposición final 3ª estableció que dicho complemento será aplicable, cuando concurren las circunstancias necesarias, a las pensiones contributivas que se causen a partir de 1 de enero de 2016 cuyo titular sea una mujer. Tal expresión remite necesariamente al hecho causante, y el de la pensión de jubilación de los trabajadores que se encuentren en alta, es el de su cese en el trabajo por cuenta ajena (art. 3.a] Orden 18-01-1967).

La controversia debe solventarse siguiendo las reglas de derecho intertemporal previstas en la DT 1ª CC que establece: Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca. Pero si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido, de igual origen.

Como quiera que la personalidad se adquiere ahora por el hecho mismo del nacimiento con vida, con independencia de la duración de ésta, el derecho a la personalidad que aparece así declarado por vez primera en el CC, tiene efecto desde entonces aun cuando el hecho, el nacimiento, se hubiere producido bajo la legislación anterior. Por lo tanto el caso debe resolverse aplicando la redacción del art. 30 CC vigente al momento de la solicitud de la prestación, de modo que el ser alumbrado por la demandante el 1-8-1975 es persona y debe ser reputado como su hijo.

No obstante el caso sometido a enjuiciamiento puede analizarse también desde otra perspectiva, la que proporciona el mismo art. 60 LGSS que indica que se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.

Esta disposición, que nace en 2015, se enmarca en el principio de igualdad efectiva de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres establecido en art. 3 de la LO 3/2007, principio que para lograr su implementación se canalizó dotándole de eficacia transversal en los términos que estableció su art. 15 (al disponer que informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos) y a través de la aplicación de las llamadas medidas de acción positiva descritas en el art. 11.1, para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres.

El art. 60 LGSS constituye una medida de acción positiva en favor del colectivo femenino de la población para intentar reequilibrar su neta posición desventajosa en materia de pensiones por razón de sus menores salarios y mayores lagunas de cotización en su vida

laboral. Una de esas lagunas viene efectivamente vinculada a su maternidad (desde el embarazo hasta que los hijos pueden valerse por sí mismos) por cuanto en estas situaciones los riesgos de pérdida de empleo y de dificultad de contratación se han visto históricamente acrecentados.

En compensación a esta situación desfavorable el legislador establece incrementos en las pensiones fijando como criterio el número de hijos biológicos o adoptados, dice la norma. Y también la norma expresa que el citado reconocimiento del complemento de pensión por maternidad es por la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social en lo que constituye una manifestación expresa del legislador de la mayor relevancia y peso en el nacimiento y cuidado de los hijos de las mujeres frente a los hombres.

Analizado el asunto desde la perspectiva en pro de la igualdad que propugna la LO 3/2007 y aun si se admitiera que debería aplicarse al caso el art. 30 CC en la redacción vigente en 1975, el hecho de haber dado a luz un ser que no alcanza personalidad por considerarse como “criatura abortiva” supuso para la madre una limitación en el acceso y mantenimiento del empleo equivalente a la provocada por un parto exitoso ya que igualmente estuvo embarazada, parió y precisó descanso recuperatorio. Por lo tanto desde esta perspectiva la actora también debe ser considerada acreedora del derecho que postula”, criterio que este Tribunal comparte.

#### **Auto del TSJ de Canarias, de 07/12/2018 (Recurso de Suplicación núm. 850/2018), PROV\ 2018\ 331939**

Complemento de maternidad en las pensiones contributivas de la Seguridad Social: cuestión prejudicial ante el TJUE respecto a si la exclusión incondicional de los varones pensionistas puede considerarse una diferencia de trato por razón de sexo injustificada, y discriminatoria, en determinadas circunstancias excepcionales

Plantea una Cuestión Prejudicial ante el TJUE sobre si el «Complemento por Maternidad», concurrente en las pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente de la Seguridad Social española, que excluye de su percepción, de forma absoluta e incondicional, a los padres pensionistas que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos/as, es causa de discriminación, en materia retributiva, entre trabajadoras (madres) y trabajadores (padres), en atención a lo dispuesto en las Directivas Comunitarias y Carta de Derechos Fundamentales de la UE, respecto a la prohibición de discriminación por razón del sexo.

En fecha 30 de octubre de 2017 fue presentada demanda frente al INSS y la TGSS, en la que se reclamaba el derecho a que se le aplicara un incremento del 15% sobre la pensión de jubilación, en concepto de complemento por maternidad, regulado en el art. 60 LGSS. La demanda se presentaba frente a resolución del INSS que denegaba el derecho del actor a la bonificación reclamada por el motivo de que *“la regulación de dicho complemento solo contempla la aplicación del mismo para las mujeres que hayan tenido hijos y sean beneficiarias en cualquier régimen de Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente. La norma no regula en ningún caso la posibilidad de que dicho complemento pueda aplicarse a las pensiones de los cónyuges superstites”*. El actor aportó junto a la demanda copia del libro de familia en el que consta

que tiene 4 hijos y que su esposa falleció el 7 de mayo de 2003. El Juzgado dictó sentencia desestimando la demanda, frente a la cual fue formalizado recurso de suplicación por el actor, en el que se alega discriminación del demandante, por razón de sexo, al impedirsele acceder a la bonificación solicitada, por razón de su sexo, lo que a su criterio: *“de mantenerse el complemento únicamente a favor de las madres es evidente la discriminación de género, lo que es incompatible con el Derecho Comunitario, pues únicamente se reconoce a las madres y no a los padres, una teórica compensación por el tiempo dedicado a la educación y cuidado de los hijos”*.

El objeto del litigio, se centra pues en la aplicación del complemento por maternidad regulado en el art. 60 LGSS a padre VARÓN pensionista de jubilación contributiva, con 4 hijos biológicos, al haber fallecido en 2003 la esposa y madre de sus 4 hijos.

Las razones que fundamentan el planteamiento de la cuestión prejudicial, a juicio del juzgador:

1. En primer lugar, considera el juzgador que debe analizarse si estamos, o no ante una situación comparable conforme a la jurisprudencia de la UE. A este respecto, se indica en el Auto que *“el complemento por maternidad”* español no se vincula a la maternidad biológica, el embarazo o el parto sino a la crianza de hijos/as y la práctica de cuidar, por ser un factor que redunda negativamente en la carrera profesional e ingresos salariales de las personas trabajadoras. Los cuidados de hijos/as han sido históricamente asumidos por las mujeres, no por una cuestión biológica o vinculada al sexo sino por razones culturales y sociales (género), al asignarse a las mujeres el rol de cuidadoras y a los hombres el de proveedores del hogar. No obstante, la práctica de cuidar de “facto” puede ser desempeñada tanto por mujeres como por hombre y promover socialmente la implicación de los padres en la crianza de hijos/as, es un avance hacia la corresponsabilidad y por tanto, la igualdad real entre mujeres y hombres. Por ello, las situaciones de un trabajador y una trabajadora, padre y madre respectivamente de niños/as de corta edad, son comparables en relación con la necesidad en que pueden encontrarse de tener que reducir su tiempo de trabajo diario para cuidar del hijo/a (Sentencia Griesmar, apartado 56 y sentencia de 19 de marzo de 2002. Lommers. 476/99), apartado 30, en relación con el acceso a servicio de guardería).

2. En segundo lugar, la literalidad en la redacción de la bonificación analizada, presume en todos los casos, que tal crianza recaerá exclusivamente en las madres trabajadoras, de forma que existe una exclusión incondicional de los varones pensionistas y ausencia de cláusula de salvaguarda. Tal exclusión, sin cláusula de salvaguarda alguna, destierra del acceso al complemento a aquellos hombres que como en el caso del demandante, puedan probar que han asumido en solitario el cuidado de sus hijos/as y por tanto han hecho una contribución demográfica. Aportación, que se hace más evidente al haber fallecido la esposa y madre de los hijos del Sr. Miguel en 2003. Y también se excluyen del acceso a la bonificación, otras situaciones similares, por ejemplo familias monoparentales de hombres, parejas homosexuales, adopciones de hijos o hijas realizadas por varones o casos en los que por otras razones, pudiera demostrarse que los cuidados y crianza de descendientes biológico o adoptivos, ha recaído de forma exclusiva en los padres.

3. Por todo ello, la duda interpretativa de esta Sala, que suscita el planteamiento de la presente cuestión prejudicial, es si esta exclusión absoluta e incondicional de los padres

trabajadores al acceso al complemento por maternidad, puede considerarse una diferencia de trato por razón de sexo injustificada, y discriminatoria, en determinadas circunstancias excepcionales, como en el caso de los padres viudos que habiendo dedicado tiempo y esfuerzo a la crianza de sus hijos/as quedan excluidos del citado complemento.

En el Auto se trae a colación jurisprudencia del TJUE, como STJUE de 29 de noviembre de 2001, *Caso Griesmar*, 366/9; STJUE de 17 de julio de 2014 (*Caso Leone*, **173/13**); STJUE de 30 de septiembre de 2010 (*caso Roca Álvarez*, 104/09); o STJUE de 16 de julio de 2015 (*caso Maïstrellis*, 222/2014).

En base a lo expuesto, y ante las dudas interpretativas se generan a esta Sala dudas interpretativas en relación al art. 60 LGSS y si tal bonificación es una discriminatoria por razón de sexo a tenor de las (Directivas 79/7/CEE y 76/207/CEE, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE. Por ello, se acuerda plantear en trámite de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con arreglo a lo previsto en el art. 267 TFUE, las siguientes preguntas:

1ª) ¿El artículo 157 TFUE debe interpretarse en el sentido de que el “complemento por maternidad” concurrente en las pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, como el controvertido en el asunto principal que excluye de forma absoluta e incondicional a los padres pensionistas que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos/as, es causa de discriminación en materia de retribución, entre trabajadoras-madres y trabajadores-padres?

2ª) ¿La prohibición de discriminación por razón de sexo establecida en el art. 4.1 de dicha Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe ser interpretada en el sentido que se opone a una norma nacional como el artículo 60 LGSS, que excluye de forma absoluta e incondicional de la bonificación que establece para el cálculo de pensiones de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, a los padres pensionistas que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos/as?

3º) ¿El artículo 2 (párrafos 2º, 3º y 4º) y artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una medida como la controvertida en el litigio principal, que excluye de forma absoluta e incondicional de la bonificación que establece para el cálculo de pensiones de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, a los padres pensionistas que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos/as?

4º) ¿La exclusión del demandante, del acceso a la bonificación derivada del “complemento por maternidad” español, se opone al mandato de no discriminación contenido en el artículo 21.1º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE?

**Sentencia del Juzgado de lo Social nº10 de Barcelona, de 31/07/2018, núm. 376/2018, PROV2018/276118**

Jubilación anticipada de empleada de hogar: procedencia en base a la prohibición de discriminación por razón de sexo

En línea con otras Sentencias que en este último período han venido declarando la incompatibilidad de determinados aspectos de nuestro ordenamiento jurídico con el principio de igualdad garantizado en el ámbito de la Unión Europea, se pronuncia esta Sentencia, declarando la contradicción de nuestro ordenamiento jurídico con el ordenamiento comunitario respecto al régimen establecido en relación con la jubilación anticipada de empleada de hogar y, por tanto, declarando su procedencia. Considera que el art. 208.1 c) LGSS, norma aparentemente neutra que se aplica homogéneamente a hombres y mujeres, resulta discriminatoria por razón de sexo, ya que produce como resultado que el colectivo de empleados de hogar, no pueda acceder a la jubilación anticipada. Aunque no exista voluntad o intención de discriminar concurre un término de comparación colectivo, hombres y mujeres y un impacto estadístico notorio, ya que la mayor parte de afiliados al régimen de empleados de hogar han sido y son mujeres. El JS estima íntegramente la demanda formulada por la actora contra el INSS y le reconoce el derecho a percibir una pensión de jubilación en un porcentaje del 85% sobre una base reguladora de 646,24€ con efectos más las mejoras y regularizaciones que procedan.

Se considera en la sentencia que, en efecto, existe una contradicción entre la legislación comunitaria y la nacional y que el artículo 208.1,c) LGSS contraviene lo establecido en los arts. 3 y 4 de la Directiva 79/7 de la UE de 19 de diciembre de 1978 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, y que no es aplicable. Recuerda que, de acuerdo con lo establecido ya desde la STJEU de 1964, “el juez nacional encargado de aplicar en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho Comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas, dejando si es necesario sin aplicar, por su propia autoridad, cualquier disposición contraria a la legislación nacional, aún posterior sin que tenga que pedir o esperar su derogación”. Igualmente, la STC de 28/05/1992 precisó que las normas europeas son de aplicación directa sin precisar acto previo de incorporación y que la jurisdicción ordinaria tiene competencia para pronunciarse sobre la contradicción entre la legislación nacional y la comunitaria, con la consiguiente inaplicación de la primera o planteamiento de una cuestión prejudicial.

En esta Sentencia se declara que, dada la reiterada doctrina comunitaria al respecto, no es necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial, debiendo tenerse en cuenta además el perjuicio que la interposición podría causar a la actora, por la necesaria dilación en la tramitación de su procedimiento. Así, debe tenerse en cuenta que la actora cesó en su prestación como empleada de hogar y no pudo acceder a la prestación de jubilación.

El artículo 208.1.c) LGSS debe ser interpretado de conformidad con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (que tiene el mismo valor jurídico que los tratados, y, por tanto, carácter vinculante) y que, además, las normas relativas a los derechos fundamentales de acuerdo con el art. 10.2 CE deberá interpretarse a tenor de lo establecido en los acuerdos internacionales suscritos por España. Por ello, considera que es de aplicación la doctrina del

TJEU al respecto, y así se recoge la STJUE de 19 de abril de 2016 (TJCE 2016\ 141) (Asunto C-441/14) *D. Industri*, aplicando la Directiva 2000/78.

Se considera por todo ello que debe aplicarse la Directiva a los presentes autos, que de acuerdo con su artículo 3.1.a) resulta de aplicación a los regímenes legales que aseguren una protección contra, entre otros supuestos, la vejez, así como el artículo 4.1, que define y concreta el principio de igualdad de trato en materia prestacional.

De acuerdo con la doctrina comunitaria, establecida en reiterada jurisprudencia [entre otras, STJCE de 8.2.96 (TJCE 1996\ 17), *L. contra H.*; STJUE de 20.10.11 (TJCE 2011\ 320), *B. (C-123/10)*], para que una prestación esté incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7 debe constituir total o parcialmente un régimen legal de protección contra alguno de los riesgos enumerados en el artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, o una forma de ayuda social que tenga el mismo objetivo, y estar directa y efectivamente vinculada con la protección contra cualquiera de dichos riesgos [véase, entre otras, la sentencia de 16 de diciembre de 1999, T., C-382/98, Rec. p. I-8955, apartado 14)].

En la Sentencia se llega a la conclusión que concurren los elementos que se exigen por la doctrina del TJEU en supuestos de discriminación indirecta:

- a) concurre un término de comparación colectivo: hombres y mujeres;
- b) hay un impacto estadístico notorio; la mayor parte de afiliados al régimen de empleados de hogar han sido y son mujeres;
- c) la norma produce como resultado que el colectivo de empleados de hogar no puedan acceder a la jubilación anticipada, es decir se produce aunque no exista voluntad o intención de discriminar.
- d) no existe una explicación justificada y razonable.

Por todo lo anterior, se estima íntegramente la demanda reconociendo a la actora una pensión de jubilación con efectos desde el día 5/01/2017 (día siguiente a que cumpliera los 63 años), en un porcentaje del 85% sobre una base reguladora de 646,24€ más las mejoras y revalorizaciones que procedan.

**Sentencia del Juzgado de lo Social nº14 de Madrid, de 22/02/2019, número 65/2019, PROV\2019\98654**

Compatibilidad de la pensión de jubilación con las cantidades percibidas por la cesión de derechos de libros

Estima que no constituye una actividad económica la cesión temporal de un derecho patrimonial, no se dan las notas de ajeneidad, dependencia o habitualidad en este caso, ni la acción o actividad de trabajar por cuenta propia escribiendo una obra literaria sino que sus ingresos son solamente por cesión de derechos.

El demandante solicitó la pensión de jubilación, que fue aprobada por Resolución del INSS. Posteriormente, por Resolución del INSS se le comunicó que debido a las actuaciones

llevadas a cabo por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, se había procedido a su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con fecha real 1/05/2011 y efectos 1/11/2015, y a suspender el abono de su pensión de jubilación con fecha 31/12/2015, y que en el periodo 11/11/2012 a 31/12/2015 (periodo no prescrito) se había producido un pago indebido de 121.637,13 euros que venía obligado a devolver.

Se ejercita en la demanda de autos una acción en materia de impugnación de resolución administrativa, a fin de que se revoque la resolución impugnada, se declare nulo el acuerdo de suspensión de abono de la pensión de jubilación que viene percibiendo, e igualmente el requerimiento de reintegro de la suma de 121.637,13 euros, así como el acuerdo de alta de oficio en el RETA, del cual ambos acuerdos traen razón.

Recuerda el Juzgado que hay que interpretar las normas de acuerdo al momento, y que, si bien la Administración alega la Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de Vejez en el Régimen General de la Seguridad Social (en cuyo art. 16 se prevé que el disfrute de la pensión de vejez será incompatible con todo trabajo del pensionista, por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o de alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social previstos en los números 2 y 3 del art. 10 LGSS), en los últimos tiempos se han promulgado leyes que pretenden permitir la compatibilidad del trabajo con la pensión de vejez, entre ellas, el RD-ley 5/2013, de 15 de marzo, que ha sido derogada por la Ley 6/2017 de 24 de Octubre (Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo), y se ha promulgado la jubilación activa por la D.F. 5ª de la citada Ley 6/2017, estableciendo una compatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación del 50%, incluso en algunos casos del 100%.

Para que exista incompatibilidad, conforme al art. 165 LGSS, primero hay que determinar si el actor realiza trabajo, y segundo si la inclusión en el Régimen General o en el RETA es debido a la realización de un trabajo por el actor. Considera la Sentencia que si el actor estuviera en Régimen General se darían todas las condiciones para considerarlo trabajo por cuenta ajena. Sin embargo, entiende el juzgador, con respecto a otros criterios que existen, [trae aquí, como ejemplos, el caso de los administradores de sociedades, que no desempeñan ningún trabajo ni por cuenta propia, ni por cuenta ajena, y tienen que estar incluidos en el RETA, pero la obligación de estar en el RETA no desvirtúa la verdadera naturaleza jurídica, que es mercantil; o el plus de transporte que no cotizaba en una cantidad por ser de naturaleza extra salarial, si bien, por el RDL 16/2013 de 20 de diciembre, se obligó a cotizar, pero esto no cambia la naturaleza jurídica, que sigue siendo de naturaleza extra salarial] que, aunque haya obligación de estar en el RETA, no por ello automáticamente conlleva a la incompatibilidad de la pensión, puesto que se tiene que dar el requisito principal que es el trabajo, bien por cuenta propio, bien por cuenta ajena.

En el presente caso, la demandada que alega que el actor realiza trabajo por cuenta propia, que está incluido en el RETA, es incompatible con la pensión. La Sentencia, analizando de dónde provienen los ingresos del actor, considera que para que sea trabajo por cuenta ajena se tienen que dar las notas de ajeneidad, dependencia, habitualidad, que no se dan en este caso, y para que sea trabajo por cuenta propia, se tienen que dar la nota de acción o actividad de trabajar, es decir, acción de trabajo de realización del alguna obra artística, intelectual, científica, técnica, etc. Lo que se ha acreditado en el presente procedimiento es

que el actor tiene suscritos contratos de cesión de derechos de algunos de sus libros desde 2011 hasta la actualidad; y se han aportado liquidaciones de periodos 2012 a 2015 de ingresos por cesión de derechos de autor.

Por lo tanto, declara la Sentencia que el actor no realiza trabajo por cuenta propia, y sus ingresos no son por la acción personal suya de pensar escribir una obra literaria, sino que lo que percibe son royalties o cantidades por la cesión de sus derechos de libros cuya titularidad son del actor, y no constituye una actividad económica y meramente es ceder temporalmente un derecho temporal patrimonial, como puede ser ceder el arrendamiento de una vivienda, o ceder el arrendamiento de cualquier bien, ya sea tangible o intangible. No se acredita que el actor perciba ingresos por la realización o elaboración de ningún libro concreto, solamente consta el ingreso por cesión de derechos. Por lo tanto, con independencia de que el actor tenga que estar el RETA no se da la primera nota esencial de incompatibilidad que es que el actor sea trabajador por cuenta propia o por cuenta ajena. Al no darse el requisito principal que el actor es trabajador, entiende el juzgador que los ingresos que percibe por cesión de sus derechos que ya tenía el actor, no es incompatible con la pensión de vejez.

#### **7.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)**

##### **Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Marzo de 2019 (núm. 210/2019), número de recurso 1294/2017**

Pensión de viudedad de divorciada, antes hubo separación judicial, con hijos y sin pensión compensatoria. Aplicación de la DT 18ª LGSS, fijación del *dies a quo*. Reitera doctrina.

##### **Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2019, núm. 266/2019 (Número de Recurso 2820/2017)**

Pensión de viudedad. Supresión del incremento al 70% de la pensión. Ingresos computables a tales efectos: La extinción del incremento al 70% de la pensión de viudedad se produce cuando, computando en el ejercicio corriente el incremento en los rendimientos del ejercicio anterior, se supera el límite de rendimientos establecido legalmente.

#### **7.5. Desempleo**

##### **Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 2019 (núm. 219/2019, número de recurso 2785/2017)**

Desempleo contributivo.- Excedente voluntario no reingresado finalizado periodo excedencia y despido improcedentemente por la empresa.- Situación de alta a efectos desempleo.- La situación del trabajador excedente no readmitido injustamente desde la fecha en que debería haberse cumplido la obligación de readmitir es análoga a la del trabajador injustamente despedido a partir de la fecha del despido (entre otras, SSTS/IV Pleno 19-11-2011 -rcud 218/2017 y 11-06-2012 -rcud 3860/2011), por lo que la empresa debía de haberlo mantenido de alta en la seguridad social desde la fecha de incumplimiento de la obligación de readmitir hasta la fecha de efectos del despido, con la consecuencia que el demandante

despedido tenía derecho a estar en alta en el RGSS al sobrevenir la contingencia o situación protegida.

### **Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Marzo de 2019, núm. 257/2019 (Número de Recurso 2966/2017)**

Subsidio para mayores de 55 años. El agotamiento de la Renta Activa de Inserción (RAI) se equipara al del subsidio por desempleo para permitir el acceso a su disfrute, confirme a lo previsto en el art. 215.1.3 LGSS/1994. Alineamiento con doctrina sobre naturaleza de la RAI. De acuerdo con Ministerio Fiscal, desestima recurso frente a STSJ Cataluña 3563/2017 de 2 junio

### **7.6. Prestaciones Sanitarias**

### **Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Mayo de 2019, núm. 362/2019 (Número de Recurso 3626/2017)**

Asistencia sanitaria. Requisitos. Extranjero con tarjeta de residencia temporal, por reagrupación familiar: No procede reconocer el derecho de asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, a quien es titular de una tarjeta de residencia temporal por reagrupación familiar, superior a tres meses, para cuya obtención es necesario tener cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía. Voto particular

## **8. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES**

### **Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Marzo de 2019, núm. 409/2019 (Número de Recurso 286/2016)**

Interpretación del art. 6 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, modificado por la Disposición final quinta de la Ley 26/2015, de 28 de julio

## **9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)**

### **9.1. Mejoras Voluntarias**

### **Sentencia de la Audiencia Nacional de 24/09/2018, núm. 140/2018, PROV\ 2018\ 279056**

No reconoce el derecho de los trabajadores que prestan servicios en CASER que provienen de la empresa MAAF a percibir el incentivo económico por jubilación previsto en el art. 61 Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, al no ser compatible con el plan de pensiones que regulaba el art. 31 del Convenio de MAAF, desestimando la demanda de UGT y CGT, a la que se adhirió CCOO, frente a CASER, en autos promovidos sobre conflicto colectivo. Considera la Sentencia que el conflicto de normas aplicables que se produce en este caso se resuelve en la propia normativa sectorial en favor del acuerdo de empresa. Previamente, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestima la excepción de prescripción, declarando que la acción colectiva no prescribe mientras esté vigente la acción convencional en la que se funda.

Los trabajadores de CASER provenientes de MAAF desde 2001 disfrutaban el seguro de jubilación que sustituía al sistema de jubilación existente en el convenio sectorial de 2001 anterior al convenio de empresa que contemplaba un incentivo de jubilación. Desde 2002 hasta la fecha no ha habido reclamaciones colectivas ni individuales reclamando el incentivo de jubilación. CASER se subrogó en contrato de este personal en 2001. El 19.11.02 se alcanzó un acuerdo de homogenización y en su art. 18 se creó una comisión técnica de estudio para unificar los distintos seguros de las empresas que se incorporan al grupo. Se convino en 19.11.02 que hasta que no se produjese modificación del sistema se mantendrían los existentes. El 25.3.10 se constituyó la comisión técnica, no alcanzando ningún acuerdo, si bien admitieron mantener la situación precedente.

Las centrales sindicales actoras pretenden que se declare el derecho de los trabajadores que actualmente prestan servicios en CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, S.A. (CASER), que provienen de la empresa MAAF, integrada en el año 2001, a que les sea de aplicación tanto el Plan de previsión social de MAAF como el abono, en su caso, de las mensualidades a las que se hace referencia en el artículo 61 del Convenio sectorial, cuando se cumplan las previsiones señaladas en el mismo, condenando a la empresa en la consideración de que la misma al aplicar a dicho colectivo como única medida de previsión social complementaria para la jubilación el plan de pensiones previsto en el art. 31 del Convenio colectivo de su empresa de origen al que tienen derecho en virtud de los Acuerdos de 19-11-2002 está aplicando indebidamente la institución de la compensación y la absorción, pues los conceptos a compensar son de naturaleza heterogénea.

La Sala no comparte esta tesis, por las siguientes razones:

1ª.- De la literalidad- primer criterio hermenéutico a seguir en orden a interpretar lo pactado en convenio colectivo con arreglo a los arts.3.1 y 1281 Cc y a la doctrina jurisprudencial al respecto-, tanto del art. 57.D del CGS de 2.001, como del art. 61.4 del vigente, cabe inferir que la regulación que en dichos preceptos se contiene con relación a las medidas de previsión social con relación a la jubilación es de carácter dispositivo, pudiéndose establecer en el seno de las empresas afectadas por medio de acuerdo con la RLT, otros sistemas de previsión social que bien sustituyan o bien complementen lo allí establecido, de forma que las prestaciones establecidas en dichos preceptos únicamente resultan aplicables a falta de acuerdo en las empresas del sector o cuando lo que se acuerde complemente lo pactado.

2º.- La misma interpretación literal de las disposición final primera del Acuerdo de 19-11-2002, en virtud del cual se mantiene para el colectivo afectado por el conflicto, en tanto en cuanto no se llegue a un nuevo acuerdo en la empresa, la aplicación de las medidas de previsión social en materia de jubilación de su normativa de origen. De dicha interpretación literal cabe inferir el carácter de normativa sustitutiva y de aplicación preferente de lo allí acordado, siendo sus términos claros.

3º.- Además, el propio comportamiento de las partes negociadoras (art. 1282 Cc) avala esta conclusión, por cuanto que hasta la fecha en que se planteado el presente conflicto-transcurridos más de 15 años desde el Acuerdo de 19-11-2002-, ni se ha reconocido, ni se ha reclamado para el colectivo afectado la aplicación en materias de medidas de previsión social con relación a la jubilación, que no sean las del art 31 del convenio de MAAF.

Todo lo cual lleva al Tribunal a la conclusión de que en el presente caso no se trata de un supuesto de compensación y absorción, sino de conflicto de normas aplicables, que se resuelve en la propia normativa sectorial en favor del acuerdo de empresa.

## 10. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

### I. Obras *generales* de Seguridad Social y materias conexas

ANAUT-BRAVO, S.; CARBONERO MUÑOZ, D.; LOPES-DOS SANTOS, C.: *El sistema de servicios sociales en España*, Aranzadi, 2019, páginas 320.

BARJA DE QUIROGA, J. (Dir.), GARCÍA PAREDES, M.L. (Coord): *Ley general de la seguridad social. Jurisprudencia sistematizada*, Tirant lo Blanch, 2019, 679 páginas.

CHAMOCHO CANTUDO M.A.: *La Organización Internacional del Trabajo. Cien años de protección jurídica internacional de la clase obreras (1919-2019)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, páginas 388.

GARCÍA NINET, J.I y VICENTE PALACIO, A.: *Manual básico de Seguridad Social*, Editorial Atelier, 2º ed., 2019.

SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J.M; FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, MANUEL: *Ley reguladora de la jurisdicción social/ Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Francis Lefebvre, 2019, páginas 725

— *Memento práctico Seguridad Social*, Ediciones Francis Lefebvre, 2019, páginas 1821.

— *Practicum social*, Aranzadi, 2019, 2050 páginas.

### II. Obras *específicas* de Seguridad Social y materias conexas

AIBAR BERNAR, J. y USÚA PALACIOS, F.: *Recaudación ejecutiva de la seguridad social*, Laborum, 2019, 389 páginas.

LLOMPART BENNÁSSAR, M.: *La cotización a la seguridad social*, Tirant lo Blanch, 2019, 148 páginas

LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P.: *La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo autónomo*, Laborum, 2019, 178 páginas.

MONEREO PÉREZ, ARIAS DOMÍNGUEZ, GORELLI HERNÁNDEZ y VILA TIERNO: (Dirs.): *Protección social de los trabajadores del campo en el estado social autonómico*, Laborum, 2019, 867 páginas.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada*, Bomarzo 2019, 134 páginas.

MORENO VIDA, M.N. y DÍAZ AZNARTE, M.T. (Dirs.): *La protección social de la salud en el marco del estado del bienestar*, Comares, 2019, 469 páginas

RODRÍGUEZ CARDO, I.: *Derechos laborales y de seguridad social ante las tensiones territoriales*. Ed. Universidad Complutense de Madrid, 2019, 223 páginas.

Crónica de  
Doctrina  
Administrativa  
en materia de  
Seguridad  
Social

LABORUM



# RELACIONES JURÍDICAS DE AFILIACIÓN, COTIZACIÓN Y RECAUDACIÓN

JAVIER AIBAR BERNAD

*TÉCNICO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. DIRECTOR GENERAL DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

## 1. ENCUADRAMIENTO

### 1.1. Convenios especiales de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia

El Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, recupera la financiación de las cuotas del convenio especial de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia a cargo de la Administración General del Estado. Serán beneficiarios los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia que sean perceptores de la prestación económica regulada por el R.D. 615/2007 de 11 de mayo.

Desde el 1 de abril de 2019, los convenios especiales suscritos conforme a lo previsto en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, se rigen íntegramente por lo dispuesto en dicho real decreto.

Los convenios anteriores al 1 de abril de 2019, que se mantienen a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, se entenderán subsistentes y la cuota pasará a ser abonada por la Administración General del Estado.

Con carácter general, para suscribirlo es preciso que el cuidador no se encuentre en situación de alta en cualquier régimen de la Seguridad Social a tiempo completo, desempleo o sea perceptor de determinadas prestaciones.

Las cuotas a la Seguridad Social y por Formación Profesional serán abonadas por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) a la Tesorería General de la Seguridad Social.

La acción protectora dispensada por este Convenio Especial es la correspondiente a jubilación y de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de accidente, cualquiera que sea su carácter, o de enfermedad, con independencia de su naturaleza.

La solicitud debe presentarse en las oficinas de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), «Solicitud convenio especial de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia», o solicitar el alta a través de la sede electrónica utilizando el servicio de “Alta en Convenio Especial”. En este último caso debe disponerse de certificado electrónico, usuario y contraseña registrados en la sede electrónica o estar dado de alta en la plataforma Cl@ve.

## **1.2. Modificación de determinados requisitos de la situación de inactividad de artistas en espectáculos públicos incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social**

A través del Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía, se crea la situación de Inactividad de artistas en espectáculos públicos incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, al haberse añadido el artículo 249 ter en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social,

Posteriormente, son modificados determinados requisitos establecidos inicialmente, a través del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, siendo actualmente de aplicación los siguientes: “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, veinte días en alta con prestación real de servicios en dicha actividad en los doce meses naturales anteriores a aquel en que soliciten dicha inclusión a la Tesorería General de la Seguridad Social, debiendo superar las retribuciones percibidas por esos días la cuantía de dos veces el salario mínimo interprofesional en cómputo mensual. Dicha inclusión deberá solicitarse a la Tesorería General de la Seguridad Social en cualquier momento y, de reconocerse, tendrá efectos desde el día primero del mes siguiente a la fecha de la solicitud”.

Dado que se trata de una novedad en la gestión, en las bases de datos de esta TGSS ha sido preciso crear la mencionada situación de Inactividad de Artistas.

## **2. COTIZACIÓN Y RECAUDACIÓN**

### **2.1. Nuevo criterio de 19/03/2019 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) en relación con el artículo 38 bis de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, que lleva por título “Bonificaciones a las trabajadoras autónomas que se reincorporen al trabajo en determinados supuestos”**

La Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, introdujo modificaciones en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (en adelante, LETA) regulando en el artículo 38 bis de dicha Ley una bonificación para las trabajadoras autónomas que se reincorporen al trabajo en determinados supuestos.

Si bien este incentivo tiene como objeto bonificar el reemprendimiento de la trabajadora que hubiera cesado su actividad por cuenta propia a causa de su maternidad, habiéndose establecido como requisito para acceder al mismo que se produzca la baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), la DGOSS, mediante el criterio emitido el pasado 19 de marzo estableció que el requisito al que se refiere el artículo 38 bis de la LETA, para poder beneficiarse de la bonificación correspondiente, cuando exige que la trabajadora autónoma “haya cesado en su actividad”, debe entenderse que concurre:

- Tanto en los supuestos en que la trabajadora autónoma, tras disfrutar del descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento o tutela, haya decidido no reanudar la actividad laboral y, por tanto, solicitar la baja en el régimen especial.

- Como en aquellos en que la trabajadora autónoma, tras disfrutar del correspondiente descanso por alguna de dichas causas, haya optado, sin solución de continuidad, por reanudar la actividad laboral.

En el primero de los casos, al producirse la baja en RETA, la trabajadora deberá solicitar el beneficio de “mujer reincorporada” en el momento en que se solicite una nueva alta en el régimen, que ha de ser con anterioridad a los dos años desde que se produjo el fin del subsidio por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento y tutela.

En el segundo caso, la trabajadora mantiene su alta en RETA, sin solución de continuidad, de modo que está previsto que el reconocimiento del beneficio como “mujer reincorporada” sea de oficio, con efectos del día siguiente a la finalización del descanso por alguna de las causas indicadas.

Por otro lado, en caso de que la trabajadora autónoma no hubiera percibido prestación o subsidio por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento y tutela, deberá existir una baja el día posterior al parto y solicitar un alta en RETA con anterioridad a los dos años desde la fecha del parto, para la aplicación del beneficio de mujer reincorporada.

Señala asimismo el informe del citado órgano directivo que lo dispuesto en este criterio será de aplicación para el reconocimiento de las bonificaciones, cuando se cumplan los requisitos exigidos, desde el 1 de enero de 2019.

En este sentido se informa que si bien este beneficio se aplicará de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social tan pronto se finalice la adaptación de las reglas de gestión a esta nueva interpretación, ello no obsta para que se reconozca a las trabajadoras que puedan solicitarlo en cualquiera de las Administraciones.

No obstante, en aquellos supuestos en que la trabajadora autónoma no haya percibido prestación o subsidio de maternidad deberá en todo caso solicitar ante la TGSS la aplicación de la bonificación de mujer reincorporada.

## **2.2. Ámbito Territorial de URES. Resolución de 29 de mayo de 2019, de la Tesorería General de la Seguridad Social**

por la que se modifica el ámbito territorial de dos unidades de recaudación ejecutiva de la Seguridad Social en la Dirección Provincial de Madrid.

La Resolución de 1 de diciembre de 1995, de la entonces Secretaría General para la Seguridad Social, determinó el ámbito territorial de las unidades de recaudación ejecutiva en las direcciones provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social. Dicho ámbito ha sido objeto de posteriores modificaciones, bien como consecuencia de sucesivas ampliaciones en el número de tales unidades, bien para la redistribución de sus plantillas y por necesidades de gestión, mediante diversas resoluciones de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Las necesidades de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social en vía de apremio hacen conveniente y oportuno, en este momento, modificar la demarcación territorial de dos unidades de recaudación ejecutiva dependientes de la Dirección Provincial de esta Tesorería General en Madrid, nº 28/02 y nº 28/27, a fin de lograr un reagrupamiento de sus respectivos medios materiales en una sola sede física y una optimización de sus plantillas, habida cuenta de la progresiva disminución de estas.

### **2.3. Devolución de cuotas a los trabajadores autónomos en situación de pluriactividad**

La Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 313 de la Ley General de la Seguridad Social, ha efectuado en mayo de 2019 la devolución a los trabajadores autónomos del exceso de las cuotas ingresadas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) durante el año 2018 si estuvieron en situación de pluriactividad (cuando el trabajador ha estado en situación de alta de forma simultánea en RETA y en otro régimen distinto).

La devolución se realiza de oficio, sin necesidad de ser solicitada por los trabajadores, por el exceso que se haya producido cuando la suma del importe de la cuota de contingencias comunes del Régimen General durante el año anterior y las cuotas de contingencias comunes del RETA efectivamente ingresadas durante el año, superan el límite que se fija cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. El importe reconocido no puede superar el 50% de la cuota efectivamente ingresada en el RETA.

### **2.4. Instauración de un procedimiento para la comprobación de la continuidad de la actividad del deudor**

El artículo 10 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, articula un procedimiento de comprobación de la continuidad de la actividad del deudor en caso de impago de cuotas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, a efectos de cursar la baja de oficio de dichos deudores en el Sistema de la Seguridad Social.

En el mes de abril de 2019 se instauró dicho procedimiento para cursar, en su caso, la baja de oficio del deudor que no continúe la actividad y cese por tanto, la generación de deuda improcedente.

### **2.5. Incumplimiento automático de aplazamientos**

A finales del año 2017 se puso en marcha el procedimiento de incumplimiento automático de aplazamientos. En primer lugar, se acometió el incumplimiento por impago de vencimientos, el cual se ha venido llevando a cabo a lo largo de todo el año 2018.

Desde marzo de 2019 se ha dado un paso más en las labores de control de aplazamientos con el incumplimiento automático por generación de nueva deuda.

### **3. GESTIÓN Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS**

#### **3.1. Registro electrónico. Resolución de 20 de mayo de 2019, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social**

Por la que se ha procedido a actualizar los procedimientos administrativos susceptibles de tramitación a través del registro electrónico de dicha Secretaría de Estado, con sus consiguientes modificaciones.

Por parte de la Tesorería General se añade un nuevo procedimiento “solicitud trabajadores desplazados”, a los ya disponibles en el registro electrónico.

#### **3.2. Solicitud de desplazamiento. Modelo TA 300**

A través de este servicio la empresa o trabajador por cuenta ajena o propia podrá cumplimentar, por registro electrónico, el modelo TA 300 necesario en los desplazamientos temporales para realizar su actividad a uno o más países con los que existe norma internacional de Seguridad Social (Reglamentos comunitarios y Convenios de Seguridad Social).

#### **3.3. APP de Seguridad Social**

Avanzando en la necesidad de incrementar y mejorar la información que actualmente se facilita a los autorizados RED, se ha implementado una nueva funcionalidad en la APP de la Seguridad Social mediante la cual se van a remitir avisos informativos anunciando la publicación de nuevos Boletines de Noticias RED o nuevas versiones del aplicativo SILTRA.

Estos avisos se irán incrementando progresivamente y se verán complementados, en un futuro próximo, por la creación de un apartado específico para el autorizado RED dentro de la APP en el que dispondrá de información de su interés.

Para recibir estas comunicaciones deberán, en primer lugar, descargarse la aplicación en las plataformas existentes en función del sistema operativo:

Android: <https://play.google.com/store/apps/details?id=gov.es.segsocial.lanzadera>

Apple: <https://apps.apple.com/es/app/seg-social-seguridad-social/id588735873?mt=8>

#### **3.4. Campaña de información a empresas y trabajadores**

La Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) se ha marcado como objetivo facilitar a los ciudadanos y a las empresas la información más relevante referida a sus datos laborales y cotizaciones a la Seguridad Social mediante la campaña anual de vida laboral.

El Informe de la Vida Laboral de Empresa, que se emitió por primera vez en el año 2018, proporciona una visión global y útil de la gestión de la empresa realizada en el último ejercicio. Ofrece información sobre las relaciones laborales y contratación de la empresa, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social efectuadas.

Este documento facilita a las empresas conocer información agrupada relacionada con sus trabajadores, su nivel de empleo, así como las modalidades de contratación más utilizadas y dónde se concentra el mayor volumen de trabajo. Se incluyen igualmente datos sobre los costes salariales y de Seguridad Social a cargo de la empresa y del trabajador. En su caso, la empresa conocerá si tiene deuda pendiente, y si lo tuviera, el importe aplazado pendiente de amortización a final de año. Y por último, la empresa podrá comprobar todos sus datos identificativos y de contacto.

Este envío se efectuará a las empresas (más de un millón) que hayan realizado durante 2018 todas sus liquidaciones de cuotas a través del Sistema de Liquidación Directa, al que estaban incorporadas la práctica totalidad de empresas u organismos. Únicamente no se incluyen en la campaña determinados organismos públicos, empresas del Régimen Especial de la Seguridad Social de la Minería del Carbón y del Sistema Especial de manipulado y empaquetado de tomate fresco.

En el próximo mes de septiembre se volverá a remitir esta campaña a las empresas, sustituyéndose la remisión del informe por vía postal en papel, por su depósito en la Sede Electrónica de la Seguridad Social en el apartado de Notificaciones Telemáticas.

Asimismo, está previsto que en el mes de septiembre también se inicie la campaña para el envío del Informe de Vida Laboral y de Bases de cotización a los trabajadores (más de 20 millones) que hubieran estado en alta en el año 2017 o 2018.

El informe incluye la vida laboral completa del trabajador y las bases de cotización de los últimos dos años, y que en el caso de trabajadores con 60 o más años de edad, se extiende a las bases de cotización de los últimos veintinueve años de su vida profesional.

En este informe se incluyen los días en alta en el Sistema de Seguridad Social y, si se encuentra en estos momentos en activo el trabajador, datos de la situación laboral actual, incorporando como novedad el convenio colectivo aplicable declarado por la empresa. Si trabaja por cuenta propia o tiene suscrito un convenio especial, se incluyen los datos más significativos del alta y de su cotización.

Este año por primera vez se incluye un documento complementario con información correspondiente al año 2018, referido al importe de las cuotas a la Seguridad Social como persona trabajadora por cuenta ajena, un gráfico evolutivo de las bases de cotización, su situación como empleador de hogar, las situaciones de incapacidad temporal y otros datos de interés.

El 65% de estas comunicaciones, por disponer esta TGSS de un teléfono móvil del trabajador, se realizarán mediante un mensaje de SMS para que el trabajador acceda al informe contenido en el Servicio “Comunicación de vida laboral y bases de cotización de los trabajadores” de la Sede Electrónica de la Seguridad Social. Al resto se les remitirá en papel por vía postal.

### **3.5. Observatorio de lucha contra el fraude a la Seguridad Social**

La lucha contra el fraude a la Seguridad Social es un objetivo estratégico para la Tesorería General de la Seguridad Social. En el ámbito de sus competencias la entidad está

desarrollando un proyecto de lucha contra el fraude a la Seguridad Social que adopta un enfoque de tratamiento integral para la prevención del mismo. La finalidad es recuperar los recursos que se pierden por incumplimientos de las obligaciones y por conductas irregulares reforzando, con ello, la confianza y credibilidad del Sistema de la Seguridad Social.

En este marco de actuación, la Tesorería General de la Seguridad Social ha estado trabajando en los últimos meses en la redacción y tramitación de un proyecto de orden con el objeto de crear el Observatorio para la lucha contra el fraude a la Seguridad Social.

El 19 de junio de 2019 se ha publicado en el BOE la Orden TMS/667/2019, de 5 de junio, por la que se crea el Observatorio para la lucha contra el fraude a la Seguridad Social (BOE 19 de junio de 2019).

Esta disposición normativa concibe el Observatorio para la lucha contra el fraude a la Seguridad Social como un órgano colegiado, entendido como foro de encuentro entre distintos organismos, entidades y agentes sociales que persiguen intereses comunes en la lucha contra el fraude.

Se trata de un órgano de participación para el estudio y formulación de propuestas de actuación en la lucha contra el fraude a la Seguridad Social, evaluación de resultados, así como de difusión y sensibilización social.

La norma de creación prevé que corresponda al titular de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social la presidencia del Observatorio y que su funcionamiento sea en el Pleno y en Comisiones Provinciales.

El Pleno del Observatorio contará con un Presidente, que será el titular de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social; y con un Secretario, cuyas funciones serán desempeñadas por el titular de la Subdirección General de Recaudación en Periodo Voluntario de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Asimismo, formarán parte del pleno catorce vocales que serán nombrados por el Presidente a propuesta de los titulares de las respectivas entidades de la Administración Pública y de las organizaciones sindicales y empresariales, en número de dos por cada una de ellas.

Respecto al funcionamiento del Pleno, éste se reunirá, en sesión ordinaria, al menos, dos veces al año y, en sesión extraordinaria, a iniciativa del presidente o cuando lo solicite una tercera parte de sus miembros.

Por lo que respecta a las Comisiones Provinciales, existirá una en el ámbito de cada dirección provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, que contará igualmente con un Presidente, que será el titular de la dirección provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social; y con un Secretario, que será el titular de la subdirección provincial competente en materia de recaudación en periodo voluntario de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Asimismo, las Comisiones Provinciales contarán con la misma distribución de vocales que el Pleno, pero propuestos y nombrados entre representantes del ámbito provincial

Las comisiones provinciales celebrarán, al menos, cuatro sesiones ordinarias al año, y podrán reunirse en sesión extraordinaria siempre que las convoque la presidencia por propia iniciativa o a petición de un tercio de sus miembros.

El Observatorio iniciará su andadura en el mes de septiembre, ya que como recoge la citada orden, el Pleno y las Comisiones Provinciales se constituirán en un plazo no superior a tres meses desde la entra en vigor de la orden.

## RELACIÓN JURIDICA DE PROTECCIÓN

ANDRÉS R. TRILLO GARCÍA

*LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. JEFE DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS CENTRALES DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

### 1. NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR

#### 1.1. Prestación por nacimiento y cuidado del menor

##### 1.1.1. Algunos criterios interpretativos sobre la nueva prestación. Criterio de Gestión INSS 13/2019 de 11 de junio de 2019

En el criterio 13/2019 se aclaran distintas consultas relativas a distintas dudas sobre el régimen jurídico de esta nueva prestación.

##### 1.1.2. Sobre la posibilidad de alterar los periodos de disfrute de la prestación una vez reconocida

Del contenido del Real Decreto-Ley 6/2019 se deduce la necesidad de fijar de antemano los periodos de disfrute. Así, el artículo 48.4 ET, prevé, en el párrafo séptimo, la comunicación de cada ejercicio semanal o de acumulación de dichos periodos a la empresa con la antelación mínima de quince días, y el párrafo noveno establece que la persona trabajadora deberá comunicar a la empresa con la misma antelación su derecho al disfrute de la suspensión del contrato en régimen de jornada completa o parcial.

La entidad gestora considera en su criterio que atendiendo a la necesidad de acreditar unas circunstancias excepcionales para modificar la forma de disfrutar del descanso elegida en un primer momento, así como por la intención que se vislumbra en el Real Decreto-Ley 6/2019 de fijar de antemano los periodos de disfrute, se considera que los periodos de disfrute de la prestación, una vez solicitados y reconocidos por resolución firme deben considerarse inalterables, salvo que pueda acreditarse la concurrencia de circunstancias excepcionales.

### 1.1.3. Alta voluntaria por reincorporación al trabajo

Se plantea si la alta voluntaria por reincorporación al puesto de trabajo antes de finalizar el periodo voluntario solicitado, y con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración total del periodo de descanso, conlleva la pérdida de la totalidad de las semanas de prestación que resten por disfrutar o únicamente de una parte.

A este respecto hay que tener en cuenta que la nueva forma de disfrutar el descanso viene regulada en el sexto párrafo del artículo 48.4 que establece un mínimo de descanso semanal y la comunicación a la empresa con una antelación mínima de quince días. Se avanza, pues, en la búsqueda de la igualdad efectiva entre ambos progenitores al facilitar la no interrupción de la carrera profesional por periodos más o menos largos. Esta flexibilidad no puede acarrear inseguridad jurídica de ningún tipo, ni para el empresario, que ha de conocer con antelación con qué personal cuenta para el normal funcionamiento de la empresa, ni para el trabajador, que podría verse presionado por el empresario en un determinado momento para que se reincorpore antes de lo acordado. Por ello, el Real Decreto-ley 6/2019 prevé expresamente la comunicación del disfrute del periodo semanal o de su acumulación a la empresa con una antelación mínima de 15 días.

Por ello se concluye que la reincorporación voluntaria y prematura al trabajo supone la extinción del derecho a la prestación, no sólo de la que se esté disfrutando en ese momento, sino de la totalidad de la misma.

### 1.1.4. Porcentaje de parcialidad que cabe establece para el disfrute del permiso en régimen de jornada a tiempo parcial

Se plantea que dado que tras transcurrir las primeras seis semanas, inmediatamente posteriores al parto, que necesariamente ha de disfrutarse a jornada completa, la suspensión del contrato de trabajo puede disfrutarse en régimen de jornada a tiempo parcial, si existe un porcentaje mínimo de parcialidad aplicable a la suspensión, o si por el contrario no existe dicho porcentaje mínimo.

Hay que recordar que la disposición adicional primera del RD 295/2009 señalaba en relación con la maternidad que *“los periodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad ... podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, en los términos regulados en ese real decreto y de conformidad, en su caso, con lo que establezcan los convenios colectivos, y para la paternidad que “...en el caso de la paternidad, la jornada realizada a tiempo parcial no podrá ser inferior al 50 por 100 de la correspondiente...”*.

El artículo 48.4 del Real Decreto-ley 6/2019, las mencionadas prestaciones de maternidad y paternidad se refunden en la denominada nacimiento y cuidado del menor, que, comprende el parto y cuidado del menor, manteniéndose la redacción que anteriormente se establecía para la maternidad.

Por tanto, se concluye que la suspensión de contrato por nacimiento y cuidado del menor a tiempo parcial no requerirá de la aplicación de un porcentaje mínimo de parcialidad.

### **1.1.5. Posibilidad de iniciar el disfrute voluntario por semanas ininterrumpidas desde la situación de asimilación al alta o, en su caso, desde la situación de no alta**

Se concluye que se podrá reanudar el descanso voluntario y la correspondiente prestación por nacimiento en caso de que finalizado el periodo obligatorio, el beneficiario se encuentre en dichas situaciones.

### **1.1.6. Ampliación del permiso por hospitalización disfrutado a tiempo parcial**

Se plantea si en aquellos supuestos en los que se concedan días de ampliación por hospitalización del menor en periodos inferiores a 7 días o superiores que no sean múltiplos de 7 o, en aquellos casos en los que como consecuencia del disfrute a tiempo parcial, reste por disfrutar un número de días inferior a 7, si los días que falten por disfrutar deben tener la parcialidad necesaria para cumplir la regla del disfrute semanal o pueden disfrutarse en periodos inferiores a 7 días. Asimismo, se cuestiona si la parcialidad escogida para la última semana, para los días inferiores a 7 que resten deben disfrutarse igualmente a tiempo parcial y en el mismo u otro porcentaje de parcialidad.

Se concluye por la entidad gestora que los días inferiores a una semana que falten por disfrutar pueden disfrutarse como si formasen un nuevo periodo semanal. Es decir, sin que deban formar un bloque con la última semana. De esta manera se podrán disfrutar a tiempo completo o con el porcentaje de parcialidad que se escoja, al igual que ocurre en los demás periodos semanales.

### **1.1.7. Disfrute anticipado por un periodo inferior a 4 semanas**

Se plantea si, en el supuesto de que la madre biológica inicie el descanso anticipado de la prestación por nacimiento y cuidado de menor antes de la fecha prevista de parto pero no desee solicitarlo por el tiempo máximo de las 4 semanas que establece el párrafo sexto del artículo 48.4 ET, el periodo de anticipación debe ser semanal o puede solicitarse por días.

A este respecto, la entidad gestora considera que la norma articula el descanso con referencia a periodos semanales, estableciendo en caso de anticipación del descanso un periodo máximo de hasta 4 semanas, por lo que dicho anticipo debe solicitarse por periodos semanales.

### **1.1.8. Hijo nacido muerto, con gestación de más de 6 meses**

Se plantea si en el caso de que el hijo nazca muerto, con gestación de más de 6 meses, si la madre tiene derecho a la prestación, como sucedía hasta la aprobación del nuevo Real Decreto-ley. Asimismo, se consulta si el otro progenitor, que hasta ahora no tenía derecho a la paternidad en este supuesto tendría derecho al descanso de las 8 semanas.

En primer lugar, hay que recordar que en los supuestos en que el hijo nazca muerto con gestación de más de 6 meses será de aplicación, para ambos progenitores, lo establecido en el párrafo 5º del vigente artículo 48.4 ET, por lo que el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que una vez finalizado el descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al trabajo.

En tal sentido, la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 672019 recoge la necesidad de *“hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (...). El derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres debe suponer la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. El derecho a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres supone, asimismo, su equiparación en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones de tal forma que existan las condiciones necesarias para que su igualdad sea efectiva en el empleo y la ocupación”*.

Por tanto, la madre tendrá derecho a la prestación y se tendrá derecho a la prestación el otro progenitor al tratarse ahora de un solo permiso.

### **1.1.9. Periodo de disfrute de permiso por parte del otro progenitor en caso de fallecimiento de la madre o de que no tuviese derecho**

La nueva redacción del artículo 48.4 ET no recoge el derecho del otro progenitor al uso de la parte que reste del periodo de suspensión en caso de fallecimiento de la madre, ni el derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que le hubiera correspondido a ésta en el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad.

En tal sentido la disposición transitoria decimotercera ET, referida a la aplicación paulatina del artículo 48 ET en su nueva redacción, recoge ambos derechos del otro progenitor como una de las particularidades que serán de aplicación en tanto no se produzca la total equiparación en los periodos de suspensión de ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, durante la aplicación paulatina de la nueva regulación.

Así, en el apartado 2.a) de la disposición transitoria decimotercera ET se establece que *“en caso de fallecimiento de la madre biológica con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de las 16 semanas de suspensión prevista para la madre biológica de conformidad con el artículo 48.4”*.

Hay que concluir, por tanto, que una vez terminado el periodo transitorio, el nuevo progenitor tendría, por sí mismo, derecho a la suspensión y, en su caso, a la prestación, sin necesidad de que la madre le trasladase su derecho, y por ende, concluido el periodo transitorio, el otro progenitor no verá incrementado su descanso (obligatorio ni voluntario).

### **1.1.10. Disfrute por ambos progenitores del subsidio especial por parto múltiple**

La Entidad Gestora considera que no cabe interpretar que el mencionado subsidio pueda otorgarse a ambos progenitores, debiendo optar porque uno de ellos pueda beneficiarse del mismo.

### **1.1.11. Ampliación de la prestación por hospitalización del neonato y su disfrute por ambos progenitores**

Se plantea si la ampliación de la prestación por hospitalización del neonato inmediatamente después del parto de hasta 13 semanas de duración como máximo pueden disfrutarla ambos progenitores.

De hecho, al desarrollar a la entrada en vigor del RD 295/2009 especificó que este periodo adicional del subsidio correspondería a la madre o, a opción de la misma, al otro progenitor.

Pues bien, dado las causas de suspensión se han refundido en una sola, siendo el fin último de esta modificación conseguir la igualdad y la corresponsabilidad de ambos progenitores en el cuidado del menor, no cabe hacer distinción alguna en lo relativo a la ampliación del descanso por hospitalización del neonato, por lo que ambos progenitores tendrán derecho a la misma.

### **1.1.12. Ampliación del permiso para el progenitor único en las familias monoparentales con hijo discapacitado**

Se plantea si en las familias monoparentales con hijo discapacitado el progenitor único tiene derecho a la ampliación de una o dos semanas. A este respecto, hay que tener en cuenta que el artículo 48.6 ET establece que *“En el supuesto de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento, adopción, en situación de guarda con fines de adopción o de acogimiento, la suspensión del contrato a que se refieren los apartados 4 y 5 tendrá una duración adicional de dos semanas, una para cada uno de los progenitores. Igual ampliación procederá en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple por cada hijo o hija distinta del primero”*.

De esta forma, dada la claridad de la norma y la finalidad de reconocer derechos individuales de los progenitores, adoptantes o guardadores con fines de adopción o acogimiento, el hecho de que la anterior redacción del precepto reconociese una duración adicional de dos semanas distribuida a opción de los interesados, no conlleva que con la nueva regulación quepa la posibilidad de incrementar en dos semanas en caso de familias monoparentales.

### **1.1.13. Norma aplicable durante el derecho transitorio a funcionarios y trabajadores**

Se plantea que dado que el Estatuto de los Trabajadores y el Estatuto Básico del Empleado Público indican un periodo distinto para el descanso en el periodo transitorio de las adopciones, se consulta la normativa que ha de aplicarse en caso de que cada uno de los progenitores, adoptantes o guardadores con fines de adopción o acogimiento, esté sujeto a una de dichas normas.

Por el INSS se concluye que procederá aplicar a cada trabajador su normativa, es decir, a los trabajadores públicos el EBEP y, al resto el ET.

#### **1.1.14. Efectos de prestación a favor de progenitor distinto de la madre biológica solicitado una vez transcurrido un periodo de tiempo desde el nacimiento o la resolución judicial o decisión administrativa**

Se plantea si han de denegarse las solicitudes de prestación por nacimiento y cuidado de menor en aquellos casos en los que el progenitor distinto a madre biológica no solicita la prestación hasta que ha transcurrido un periodo de tiempo desde el nacimiento o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien desde la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento y, durante dicho periodo ha continuado trabajando, si puede reconocerse la prestación con descuento de los días trabajados.

Dado que la prestación se asocia a la suspensión del contrato y el descanso obligatorio se ha de disfrutar de forma ininterrumpida del contrato y el descanso obligatorio se ha de disfrutar de forma ininterrumpida, en el supuesto planteado deberá denegarse la solicitud de prestación de dicho progenitor. En caso contrario, aun cuando se descontase del descanso obligatorio el periodo trabajado, se le atribuiría la condición de descanso voluntario y perdería su finalidad.

#### **1.2. Disfrute de la prestación cuando durante el mismo se lleva a cabo una nueva contratación y alta sin prestación efectiva de servicios. Criterio de Gestión INSS 8/2019 de 10 de abril de 2019**

Se plantea la posibilidad de continuar el disfrute de la prestación cuando durante el mismo se lleva a cabo una nueva contratación y alta sin prestación efectiva de servicios.

La entidad gestora considera siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo contencioso-administrativo en su sentencia 292/2018 de 26 de febrero de 2018 (recurso 1036/2017) que cuando durante la prestación de nacimiento o cuidado de menor se lleve a cabo una nueva contratación y alta de la persona beneficiaria, ya sea sin solución de continuidad respecto de la relación laboral anterior, ya sea desde la situación de desempleo, subsidiado o no, siempre que no exista prestación efectiva de servicios, podrá continuarse el iniciado descanso y el disfrute de dicha prestación. Durante su percepción, tanto la cuantía de la prestación correspondiente como la cotización permanecerán inalterables.

## **2. INCAPACIDAD PERMANENTE**

### **2.1. Complemento de gran invalidez cuando el interesado reúne los requisitos en más de un régimen del sistema de la Seguridad Social. Criterio de Gestión INSS 12/2019 de 4 de junio de 2019**

Se plantea si se puede reconocer más de un complemento de gran invalidez en supuestos en los que el interesado reúne los requisitos necesarios para acceder al mismo en más de un régimen del sistema de la Seguridad Social.

De acuerdo con la doctrina establecida en la doctrina de la STS nº 174/2018, de 21 de febrero (recurso 1498/2016) en los supuestos en los que el interesado reúna requisitos para acceder a más de una pensión de incapacidad permanente, compatibles entre sí por causarse

en distintos regímenes de Seguridad Social, el complemento por gran invalidez, de reunirse los requisitos para acceder al mismo, solamente se reconocerá, a opción del interesado, en una de las pensiones de incapacidad permanente a las que tenga derecho.

### 3. JUBILACIÓN

#### 3.1. Jubilación anticipada por causas no imputable al trabajador. Acreditación del percibo de la indemnización. Criterio de gestión 11/2019 de 4 de junio de 2019

Se cuestiona la forma de acreditación de la percepción de la indemnización se ha recibido en efectivo en los supuestos de despidos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción a que se refieren las causas 1ª y 2ª del artículo 207.1.d) LGSS.

El artículo 207.1.d) LGSS establece que cuando el trabajador haya sido objeto de despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 Et, o conforme al artículo 52.c) ET, para el acceso a la pensión de jubilación anticipada por causa no imputable a dicho trabajador es requisito necesario que el trabajador acredite el percibo de la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva.

El precepto añadía que el percibo de la indemnización se acreditará mediante documento de la transferencia bancaria recibida o documentación acreditativa equivalente.

Por otra parte, el artículo 7.1.1 de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de lucha contra el fraude fiscal establece que no podrán pagarse en efectivo las operaciones, en las que alguna de las partes intervinientes actúe en calidad de empresario o profesional, con un importe igual superior a 2.500 euros o su contravalor en moneda extranjera.

Por tanto, cuando el trabajador haya recibido el pago de la indemnización por despido en efectivo, siempre que no sobrepase el límite de los 2.500 euros, se puede considerar documentación equivalente a una transferencia bancaria el recibo de salario en el que conste la liquidación de salarios y de la indemnización firmado por el empresario y el trabajador dado que, según indica el artículo 2.1 de la Orden de 27 de diciembre de 1994, por la que se aprueba el modelo de recibo individual de salarios, la firma del recibo dará fe de la percepción por el trabajador de dichas cantidades en moneda de curso legal.

Cuando el importe de la indemnización sea superior a 2.500 euros hay que tener en cuenta que, puesto que el pago de la misma no puede realizarse en efectivo sino que debería realizarse mediante transferencia bancaria, por lo que sería de aplicación lo establecido en el artículo 2.2 de la Orden de 27 de diciembre de 1994. El precepto determina que el abono de las cantidades percibidas se justifican mediante documento expedido por la entidad bancaria. En consecuencia, en este supuesto de abono de la indemnización por un importe superior a 2.500 euros, no sería documentación acreditativa equivalente del cobro de la misma el recibo de salario, por lo que se debe complementar con otra prueba documental que justifique el cobro de la indemnización, como sería el caso de la documentación tributaria del IRPF en el que conste el pago de la misma.

### **3.2. Jubilación anticipada de policías locales**

#### **3.2.1. Funciones incluidas en el ámbito de aplicación del RD 1449/2018. Criterio de Gestión 14/2019 de 13 de junio de 2019**

Se plantea la determinación de las funciones, de aquellas que realizan los policías locales que deben considerarse incluidas en el RD 1449/2018 a efectos de aplicar coeficientes de reducción de la edad de jubilación, puesto que la norma no especifica las concretas funciones que se deben desempeñar para quedar afectos a la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación.

A estos efectos se deben distinguir los siguientes supuestos:

1.- Los policías locales que se encuentren prestando servicios en el Cuerpo de Policía Local, con independencia de las funciones que desempeñen, como pueden ser las funciones de oficina, se consideran incluidos dentro del ámbito de aplicación de la norma, resultándoles de plena aplicación los coeficientes reductores de la edad de jubilación.

2.- Los policías locales en régimen de segunda actividad que continúen desempeñando funciones en un destino en el Cuerpo de Policía Local, se consideran también incluidos dentro del ámbito de aplicación de la norma, resultándoles de plena aplicación los coeficientes reductores de la edad de jubilación.

En cambio, el periodo de tiempo durante el cual los policías locales, aun ostentando tal categoría, se encuentren prestando servicios fuera del Cuerpo de Policía Local, en otro servicio municipal, o durante el que se encuentren prestando en segunda actividad prestando servicios compatibles con su estadofuera del Cuerpo de Policía Local, queda fuera del ámbito del citado real decreto. En estos supuestos, dicha norma sólo resultará de aplicación para aquellos años de trabajo efectivo como Policía Local.

Los policías locales que, hayan desempeñado sus funciones efectivamente como Policía Local que acrediten el periodo de cotización de 15 años como policía local y alcance la edad requerida en el artículo 2 RD 1449/2018 y, una vez tengan derecho a la jubilación, opten por continuar su carrera profesional, bien en la misma actividad, opten por continuar su carrera profesional, bien en la misma actividad, o bien cesando en su actividad como policía local, pero permaneciendo en alta por razón del desempeño de una actividad laboral diferente, cualquiera que sea el régimen de Seguridad Social en que queden encuadrados, pueden acceder al ámbito subjetivo de aplicación del RD 1449/2018. Este supuesto incluirá a los policías locales que puedan quedar adscritos a un puesto de trabajo en otra área municipal, aun cuando no realicen funciones correspondientes al Cuerpo de Policía Local, siempre y cuando, una vez que hayan cesado en su trabajo en el Cuerpo de Policía Local, hayan alcanzado la edad de acceso a la jubilación exigido en el RD 1449/2018 y el tiempo mínimo de cotización a que se refiere el anterior precepto.

### **3.2.2. Cómputo de los periodos de prestación de servicios como Policía Local al amparo de un contrato sujeto a derecho administrativo y otras figuras. Criterio de Gestión 7/2019, de 3 de abril de 2019**

#### **3.2.2.1 Cómputo de los periodos de prestación de servicios como Policía Local en virtud de un contrato sujeto a derecho administrativo**

Se cuestiona si, a los efectos previstos en el RD 1449/2018, procede computar el periodo acreditado como policía local al amparo de un contrato sujeto a derecho administrativo a quien en el momento de la solicitud de la pensión de jubilación acredita la condición de funcionarios de carrera.

Hay que tener en cuenta que el artículo 25.1 del RD 3046/1977, de 6 de octubre, por el que se articula parcialmente la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local, en lo relativo a los funcionarios públicos locales y otros extremos, permitió a las corporaciones locales contratar personal para funciones administrativas o técnicas, concretas y con carácter temporal que, sin estar sujeto a la legislación laboral, tampoco tenía la condición de funcionario, se declaraba expresamente que el régimen de dicho personal sería administrativo.

Teniendo en cuenta que dicha contratación administrativa se ajustaba perfectamente a la legalidad entonces vigente y que el RD 1449/2018 impone la aplicación del coeficiente reductor del 0,20 a los años completos efectivamente trabajados como policía local, sin especificar bajo qué régimen funcional deben haberse producido y sin que se especifique el régimen contractual al que deben estar sujetos, cabría considerar los años de prestación de servicios como policía local independientemente del régimen administrativo de vinculación con el respectivo Ayuntamiento.

En consecuencia, los periodos acreditados como policía local sujeto a contrato administrativo deberán computarse a efectos de la aplicación del coeficiente reductor de la edad previsto en el RD 1449/2018.

#### **3.2.2.2. Cómputo de los periodos en los que el policía local se mantiene en situación de servicios especiales por el desempleo por el desempeño de una actividad de representación sindical o por el ejercicio de un cargo político**

Se plantea si los periodos de tiempo en los que se está en situación de servicios especiales computan a efectos de la aplicación de los beneficios previstos en el RD 1449/2018.

Es necesario tener en cuenta que durante la situación de servicios especiales por el desempeño de una actividad de representación sindical o por el ejercicio de un cargo político, o cualquiera otra en que el interesado permaneciera en situación de servicios especiales, no se desempeña un trabajo o actividad considerando como penoso, tóxico, peligroso o insalubre, ni se constaban elevados índices de morbilidad o mortalidad, ni hay incidencia en cuanto a las enfermedades profesionales, circunstancias todas ellas que son las que justifican el establecimiento de coeficientes de bonificación de la edad de jubilación.

En consecuencia, no procede el cómputo de dichos periodos como periodos bonificados al objeto de aplicar lo previsto en el RD 1449/2018, contemplando como única excepción la situación de servicio especial por representación sindical, que deben computarse dichos periodos de trabajo para la aplicación del coeficiente reductor.

### **3.2.2.3. Cómputo de los periodos como Auxiliar de Policía Local**

Se cuestiona si, a los efectos previstos en el RD 1449/2018, procede computar el periodo de tiempo en que se desempeñó la actividad de Auxiliar de la Policía Local a quien en el momento de la solicitud de la pensión de jubilación acredita la condición de funcionario de carrera.

Hay que tener en cuenta que la disposición transitoria cuarta del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, previó que, en tanto se aprobasen las normas estatutarias de los Cuerpos de Policía Local, la policía local sólo existiría, en términos generales, en los municipios con población superior a 5.000 habitantes. Así, donde la Policía Local no existiese, su misión se llevaría a cabo por los auxiliares de la Policía Local.

Ahora bien, no existe una equiparación de funciones pues la norma se refiere a los Auxiliares de la Policía Local como “personal que desempeñe funciones de custodia y vigilancia de bienes, servicios e instalaciones, con la denominación de Guardias, Vigilantes, Agentes, Alguaciles o análogas.

Por otra parte, la dispersión normativa existente en cuanto a las condiciones de integración de los Auxiliares de la Policía local en el cuerpo de Policía Local impide la aplicación de un criterio homogéneo con la necesaria seguridad jurídica.

Por tanto no se considera conveniente computar los periodos en los que se desempeñó la actividad de Auxiliar de la Policía Local a los efectos determinados en el RD 1449/2018.

### **3.3. Legislación aplicable a la Jubilación plena procedente de jubilación parcial en la industria manufacturera. Criterio de Gestión 9/2019 de 30 de abril de 2019**

Se plantea cuál sería la legislación aplicable a las pensiones de jubilación plena procedente de jubilación parcial en el ámbito de la industria manufacturera, en virtud de lo establecido en el apartado 6 de la disposición transitoria cuarta ET, introducido por el artículo 1 del Real Decreto-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.

El nuevo apartado 6 de la disposición transitoria cuarta LGSS establece que para la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración obligatoria de contrato de relevo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 215.2 LGSS, se seguirán aplicando, hasta el 1 de enero de 2023, la normativa vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, con las particularidades que se indican en la citada disposición transitoria.

Se considera que no hay fundamento para considerar que debe extenderse a las jubilaciones ordinarias subsiguientes a las pensiones de jubilación parcial acogidas a las jubilaciones ordinarias subsiguientes a las pensiones de jubilación parcial acogidas a la disposición transitoria cuarta.6 de la LGSS y lo establecido en la disposición transitoria segunda del RD 1716/2012, de 28 de diciembre, para las pensiones de jubilación ordinaria subsiguiente a las pensiones de jubilación parcial a las que se refería la letra c) de la disposición transitoria cuarta.5 del mismo texto, en su redacción anterior al Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, ni tampoco reconocer jubilaciones especiales a los 64 años a estos jubilados parciales.

En consecuencia, a las pensiones de jubilación plena procedentes de una jubilación parcial en el ámbito de la industria manufacturera en virtud de lo dispuesto en el apartado 6 de la disposición transitoria cuarta LGSS, en ningún caso les será de aplicación la legalidad vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2011.

#### **4. PRESTACIONES FAMILIARES**

##### **4.1. Asignación económica por hijo o menor a cargo sin discapacidad. Determinación de los integrantes del “hogar familiar” y de los “ingresos computables”. Criterio de Gestión 10/2019 de 22 de mayo de 2019**

El artículo 2.3 del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de la lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo aumenta de la asignación económica por hijo o menor a cargo sin discapacidad, fijándola en 588 euros anuales, en aquellos casos en los que los ingresos “del hogar” sean inferiores a la escala que se recoge en el precepto. Igualmente se establece que en dicha escala, el intervalo de ingresos depende de los “integrantes del hogar”, diferenciándose según se trate de personas mayores de 14 años o con edad igual o superior a 14 años.

Se entiende que el hogar familiar deberá estar conformado por el progenitor o los progenitores, si convivieran, y los hijos a cargo, de manera que, cuando en la tabla establecida al efecto se alude a los integrantes del hogar familiar, se computen como tales el progenitor o progenitores y todos los hijos a cargo que conviviesen en el mismo, ya sean menores de 18 años, menores de 18 años con discapacidad igual o superior al 33 %, o mayores de 18 años con discapacidad igual o superior al 65 %. Esta interpretación sería coherente con el objetivo de incrementar el importe de la asignación económica por hijo a cargo de menores de 18 años sin discapacidad, o con discapacidad inferior al 33 %, en casos de pobreza del hogar familiar. Para comprobar si se trata de un hogar familiar cuyos ingresos se sitúan por debajo del umbral de pobreza, sería necesario verificar tanto el importe de dichos ingresos como todos aquellos hijos a cargo que han de ser atendidos con dicho importe.

En lo que se refiere a los ingresos computables, por parte de esta entidad gestora se planteó la procedencia de aplicar el régimen jurídico de la asignación por hijo a cargo sin ninguna especialidad, por lo que solo habrían de computarse los ingresos del progenitor o progenitores, de conformidad con lo previsto en el artículo 352.1.c) LGSS, en relación con el artículo 14 RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social. A juicio de la entidad gestora, esta interpretación es

coherente con la consideración de la nueva cuantía como un mero incremento de la prevista con carácter general, y con la consideración de la misma como una nueva prestación, por lo que el régimen de cómputo de ingresos no variaría. Asimismo, hay que tener en cuenta que, de conformidad con lo previsto en el artículo 143 del Código Civil, los obligados a prestar alimentos a los hijos son los progenitores.

En consecuencia, ha de entenderse que:

- Integran el hogar familiar: el progenitor o progenitores y todos los hijos a cargo que conviviesen en el mismo, ya sean menores de 18 años, menores de 18 años con discapacidad igual o superior al 33 %, o mayores de 18 años con discapacidad igual o superior al 65 %. No computarán a estos efectos el resto de familiares, aun cuando convivan en el mismo domicilio.

- Constituyen ingresos computables: Únicamente los ingresos del progenitor o progenitores. En cambio, no se computarán los ingresos de los demás integrantes del hogar.



Economía y  
Sociología de la  
Seguridad  
Social y del  
Estado Social

LABORUM



## Las políticas de Mercado de Trabajo en el marco de Estrategias de Desarrollo Sostenible

### Labour market policies in the framework of Sustainable Development Strategies

SANTOS M. RUESGA,  
LAURA PÉREZ ORTIZ,  
M<sup>a</sup> ISABEL HEREDERO DE PABLOS  
Y JAVIER BAQUERO\*

#### Resumen

Durante las últimas décadas del siglo pasado, el objetivo principal de las políticas de empleo era reducir el alto y persistente desempleo. Posteriormente, se reorientaron hacia la mejora de la calidad del empleo generado. Debido a la crisis financiera internacional que comenzó en 2008, las tasas de desempleo aumentaron rápidamente, por lo que el objetivo político se centra una vez más en reducir el desempleo y generar empleo, agregando la perspectiva de la calidad del empleo o el trabajo decente.

Este artículo estudia la evolución de los objetivos y medidas de las políticas de empleo, y su impacto en el desarrollo económico, a través del mercado laboral. La primera sección contiene una clasificación de las políticas de empleo, de acuerdo con cómo actúan para anticipar la situación de desempleo, en el lado de la oferta, del lado de la demanda, o conjuntamente, en el mercado laboral; o cómo actúan para reducir la falta de ingresos debido a la pérdida de empleo, es decir, políticas compensatorias. La segunda sección recopila una revisión teórica de los efectos de estas diferentes políticas de empleo en el mercado laboral. Las siguientes secciones muestran la evolución de los diferentes objetivos y medidas de las políticas de empleo durante la Gran Recesión. En la sección de conclusiones, vinculamos las políticas de empleo con los Objetivos de Desarrollo Sostenible que se alcanzarán en 2030.

#### Palabras clave

Políticas de Mercado de Trabajo; Gran Recesión; Productividad; Desarrollo Sostenible; Objetivos Desarrollo Sostenible

#### Abstract

During the last decades of the last century, the principal objective of employment policies was to reduce the high and persistent unemployment. Subsequently, they were reoriented towards improving the quality of the employment generated. Because of the international financial crisis starting at 2008, the unemployment rates increased rapidly, so the political object focuses once again on reducing unemployment and generating employment, adding the perspective of employment quality or decent work.

This article studies the evolution of the employment policies objectives and measures, and their impact on economic development, through the labor market. The first section contains a classification of employment policies, according to how they act to anticipate the unemployment situation, on the supply side, the demand side, or jointly, in the labor market; or how they act to reduce the lack of income due to the loss of employment, i.e. compensatory policies. The second section compiles a theoretical review of the effects of these different employment policies in the labor market. The following sections show the evolution of the different objectives and measures of employment policies during the Great Recession. In the conclusions section, we link employment policies with the Sustainable Development Goals to achieve in 2030.

#### Keywords

Labour Market Policies; Great Recession; Productivity; Sustainable Development; Sustainable Development Goals

\* Santos M. Ruesga es catedrático de Economía Aplicada, Laura Pérez Ortiz profesora contratada doctora, M<sup>a</sup> Isabel Heredero de Pablos, profesora titular y Javier Baquero, contratado predoctoral, todos en el Departamento de Estructura Económica y Economía del Desarrollo, de la Universidad Autónoma de Madrid. Este texto es una actualización de una parte de Ruesga, Pérez Ortiz y Heredero de Pablos (2019).

## 1. INTRODUCCIÓN

La política económica se articula con un amplio espectro de herramientas puestas a disposición de las autoridades políticas de un país –o a un grupo de ellos, como en el caso de la Unión Europea (UE)– con el fin de alcanzar objetivos de crecimiento económico, desarrollo socioeconómico y estabilidad macroeconómica. De este modo, la intervención de las autoridades en el discurrir económico se desarrolla en múltiples escenarios en pos de dichos objetivos. Actúan tanto por el lado de la demanda como por el de la oferta productiva y en los niveles macro, meso o incluso microeconómico. Tratan de modular los comportamientos de los agentes económicos (consumidores o productores) para adecuar su actividad al logro de los objetivos generales y más específicos deseados por las administraciones. Así, las autoridades interfieren de un modo u otro en el funcionamiento de los mercados, tratando, en última instancia, de que su funcionamiento sea más eficiente, en términos del logro de los objetivos previamente establecidos.

Uno de estos ámbitos de intervención habitual, desde hace ya más de medio siglo, es el mercado laboral. En la mayoría de los países más desarrollados (pero también en algunos menos desarrollados) se llevan a cabo actuaciones que, por el lado de la oferta y en los niveles tanto macro como mesoeconómico, pretenden mejorar la eficiencia en el funcionamiento de este mercado. El fin último es alcanzar unos niveles de equilibrio en el mismo que reduzcan al mínimo –en un nivel de desarrollo tecnológico dado– la tasa de desempleo de las economías en cuestión.

En esa perspectiva, las políticas de mercado de trabajo se han convertido en las últimas décadas en una herramienta inexcusable para el desarrollo económico y social en las economías de mercado, adquiriendo notable relevancia presupuestaria en algunos de los países miembros de la UE. La experiencia acumulada en este espacio de integración es ya notable y existe, por tanto, una extensa literatura que trata de desgranar sus efectos reales sobre los mercados de trabajo y, por extensión, sobre la economía a en su conjunto.

En este trabajo vamos a extraer algunas conclusiones acerca de los efectos de dichas políticas, sustentadas sobre el análisis teórico y la evidencia empírica desarrollada en los países desarrollados. Con el bagaje científico aquí adquirido, nos introducimos este terreno de la aplicación de políticas de mercado de trabajo (PMT) y las lecciones de ello extraídas en los países en vías de desarrollo.

## 2. CLASIFICACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO

La intervención de modo directo y pensando en el corto plazo, sobre las variables que configuran el mercado de trabajo arranca como una de las respuestas posibles a la gran crisis de la economía capitalista que se fragua y desarrolla en los años setenta del siglo pasado en las economías desarrolladas.

Sin duda que, con anterioridad, desde el ámbito de la acción de las autoridades políticas y económicas de cualquier país, se habían avanzado actuaciones que, de un modo u otro, afectaban a la estructura y la dinámica del mercado de trabajo; pero se trataba de intervenciones o bien sólo sobre el marco institucional, que regula de forma continua el

conjunto de las relaciones laborales, o bien en el terreno de la política económica en general, con incidencia en las variables laborales.

En el terreno del análisis económico, este impulso a la intervención sobre el mercado de trabajo de forma directa viene de la mano de la denominada “economía de la oferta”, entroncada con el enfoque neoclásico, que cuestiona la preeminencia del enfoque keynesiano vigente en las décadas anteriores. Bajo tal perspectiva, se rechaza la intervención sobre la demanda agregada como instrumento para enfrentarse al ciclo depresivo y, por el contrario, se apuesta por actuaciones por el lado de la oferta, que modifiquen las condiciones del sistema productivo, a la búsqueda de mejores niveles de competitividad para las empresas. En suma, el nuevo enfoque aboga por intervención sobre la oferta en el sistema productivo (de trabajo, en este caso) y en el nivel microeconómico, prioritariamente.

Conviene, no obstante, señalar, que tales soluciones por el lado de la oferta no han sido efectivas en el caso de la grave crisis desencadenada en el año 2008, pues el desequilibrio de carácter cuantitativo que se generó en los mercados laborales tiene su origen, fundamentalmente, en el descenso acusado de la demanda de trabajo derivado de la caída del crecimiento económico, es decir, de una típica crisis de demanda, no solventable tan solo con solo políticas de oferta.

Aquí nos centraremos en las estrategias de política económica orientadas a modificar el funcionamiento de los mercados de trabajo, aplicadas con intensidad en las cinco últimas décadas. De ellas han surgido, por un lado, políticas encaminadas a modificar la regulación laboral, con actuaciones tales como la flexibilización mediante reformas de los marcos normativos de las relaciones laborales. Este tipo de actuaciones se conocen como políticas de *primer orden* del mercado de trabajo. Y, por otro lado, se han desarrollado políticas de acción estatal de *segundo orden*, con actuaciones que se enfrentan a los desequilibrios más inmediatos de los mercados de trabajo y sus efectos. Esas actuaciones tratan de alterar, de modo directo o indirecto, los caracteres de sus elementos básicos: oferta, demanda y precios. Entre estas últimas, cabe distinguir entre políticas *pasivas* y *activas* (Ruesga Benito et al. 2003).

Por *políticas pasivas de mercado de trabajo* (PPMT) se entienden aquellas actuaciones que tienen por objeto el mantenimiento de las rentas de quienes no tienen un empleo cuando tendrían la idoneidad suficiente, sobre todo en términos de edad, para desenvolverse activamente en el mercado de trabajo. Las *políticas pasivas* están dirigidas, pues, a compensar los efectos negativos de los desequilibrios que se producen en el mercado laboral.

De manera estricta, este tipo de actuaciones se concentra en aquellas personas que caen en una de las dos siguientes categorías: los desempleados y los que se jubilan anticipadamente, antes de la edad legal establecida. Los subsidios públicos que atienden a ambas situaciones laborales resultan difíciles de diferenciar de que atienden a otras carencias de rentas de diferentes ciudadanos, no necesariamente de carácter laboral. En el caso, por ejemplo, de las prestaciones a la situación de desempleo (que constituyen por importancia social y por la cuantía del gasto público que conlleva, la principal política pasiva), su distancia con los denominados *salarios sociales* es apenas perceptible y estriba tan solo en que están más o menos unidas a una experiencia previa de empleo por parte de los individuos

que las reciben. Algunos analistas, de hecho, incluyen los *salarios sociales* (también llamados *rentas mínimas garantizadas*) como una parte de las políticas pasivas de mercado de trabajo. Las compensaciones por prejubilaciones<sup>1</sup>, por su parte, rozan con la política general de pensiones, de la cual, en ocasiones, proceden administrativamente los recursos utilizados.

Las *políticas pasivas* se justifican porque sirven para paliar situaciones de desigualdad social y distorsiones de orden laboral y económico que tienen su origen en fallos del mercado –en este caso el de trabajo– (Toharia, 2009).

Por otro lado, el objetivo de las *políticas activas* (PAMT) es contribuir a mejorar el funcionamiento del mercado laboral con el fin de incrementar la eficiencia en la utilización de la mano de obra y la competitividad del sistema productivo. En definitiva, tratan reducir el desajuste entre puestos de trabajo vacantes y solicitudes de empleo, al mismo tiempo que pretenden mejorar las habilidades y capacidades de los solicitantes de empleo.

Las *políticas activas* tratan, por tanto, de incidir de modo directo en el funcionamiento del mercado laboral con el objeto de disminuir el principal desequilibrio del mismo, el desempleo, facilitando a los trabajadores ayuda para encontrar el mejor puesto de trabajo disponible para sus características y aportando la capacitación y formación para la cualificación necesaria en un mundo laboral con acelerado cambio tecnológico. Se considera que estas políticas tienen éxito cuando contribuyen a acelerar la dinámica de creación de empleo, más allá de lo que sería su ritmo tendencial.

Pero no solo persiguen este objetivo económico de aumentar las probabilidades de que los desempleados encuentren empleo o de incrementar la productividad al mejorar la cualificación, sino que tienen un objetivo de inclusión social, que va más allá del meramente económico. Por ejemplo, en los países en desarrollo, pueden jugar un papel estratégico en la incorporación de la mujer al trabajo remunerado, ya que estas políticas pueden dirigirse al conjunto de los trabajadores o a grupos específicos con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral (véase jóvenes y mayores, desempleados de larga duración, personas con discapacidad o mujeres en sectores en los que se encuentren infrarrepresentadas).

En el caso de las *políticas activas* pueden identificarse cinco objetivos principales (Sáez, 1997):

- Incrementar la transparencia del mercado
- Desarrollar la estabilidad en el empleo
- Optimizar los recursos humanos
- Impulsar la creación de empleo
- Atender a colectivos desfavorecidos, mejorando su capacidad de inserción en el mercado de trabajo

---

<sup>1</sup> Esta acción pública tiene aspectos de política activa de mercado de trabajo, dado que su objetivo principal es favorecer la entrada al mundo del empleo a los más jóvenes al drenar el exceso de oferta –salen los de más edad– que existe en el mercado.

Para alcanzar dichos objetivos, se pueden distinguir varias líneas de intervención, de manera que las políticas activas se agrupan en tres grandes tipos: las que actúan por el lado de la oferta (políticas de formación); las que lo hacen por el lado de la demanda (políticas de estímulo a la creación de empleo) y las que lo hacen conjuntamente por el lado de la oferta y la demanda de trabajo (servicios de intermediación).

### **2.1. Formación para el empleo**

Incluye actuaciones que tienen como objetivo mejorar la formación de los trabajadores, ya estén desempleados u ocupados con riesgo de desempleo. Se trata de actuaciones por el lado de la oferta. Engloban al conjunto de acciones formativas que tienen como fin mejorar la cualificación de las personas activas, principalmente desempleadas, para facilitar su inserción en el mercado laboral. Dentro de estas políticas de formación, se puede distinguir entre formación básica y formación específica. Estas políticas incluyen la formación profesional, dirigida a formar y orientar a personas que abandonan el sistema educativo y no poseen una cualificación que les permita insertarse fácilmente en el mercado laboral. En general, constituyen una alternativa a la enseñanza ordinaria y las acciones formativas tienen un carácter práctico que contribuye a mejorar la empleabilidad de los activos; la formación ocupacional, orientada específicamente a las personas desempleadas, con el objetivo de facilitar su rápida inserción en el mercado laboral, de ahí que la formación impartida esté estrechamente relacionada con las necesidades del mercado de trabajo expresadas a través de las solicitudes de las empresas; y la formación continua, que se convierte en formación permanente, con el fin de mejorar la cualificación de las personas ocupadas, mejorando su empleabilidad a lo largo de la vida laboral.

En este sentido, la formación puede jugar un papel esencial en un contexto de creciente divergencia entre las capacidades o habilidades de la oferta de trabajo y los requerimientos de las empresas en un mundo cada vez más globalizado, en el que los cambios en la organización internacional de la producción están llevando hacia una fragmentación del proceso de producción. Esta fragmentación provoca un cambio en la competencia internacional, que ya no afecta directamente a las economías nacionales, ni siquiera a los sectores, sino a las fases de producción e incluso a los propios trabajos, de manera que, el impacto se hace menos predecible y más individual.

Esto supone una indudable necesidad de formación permanente a lo largo de la vida laboral, ya que, el conocimiento y la innovación son los motores del progreso económico, incluyendo el crecimiento del empleo, como señala la Estrategia de Lisboa (2000).

Dentro de las políticas activas, por tanto, la formación profesional conforma uno de los pilares fundamentales, al aumentar la cualificación de la mano de obra y su adecuación a las necesidades del sistema productivo.

### **2.2. Creación directa de empleo**

Las políticas de creación de empleo, entre las que se encuentran los incentivos a la contratación, al emprendimiento y al autoempleo, consisten bien en subvenciones, bonificaciones o deducciones a contratantes o a la creación de nuevos negocios, o bien en creación directa de empleo (a través de la oferta pública de empleo). Con este tipo de

acciones se pretende crear empleo dirigiendo la intervención por el lado de la demanda de empleo. Asimismo, en este apartado cabría incluir las políticas de reparto de la demanda existente que permiten incrementar el número de personas con empleo y disminuir, por tanto el de personas desempleadas.

Se promueve la creación del empleo mediante acciones concretas que, fundamentalmente, se centran en incentivar la contratación de determinados colectivos, fomentar el autoempleo o empleo por cuenta propia y desarrollar iniciativas empresariales de elevado carácter social como son las cooperativas o sociedades anónimas laborales.

Las políticas de promoción del empleo se pueden instrumentar de forma indiscriminada o favoreciendo a colectivos específicos. En general la promoción del empleo apoya de forma prioritaria a los colectivos que encuentran más dificultades en insertarse en el mercado laboral, como las personas con discapacidad, los jóvenes y las mujeres.

En este ámbito, se pueden también considerar las actuaciones encaminadas a repartir el empleo existente. En principio, tales acciones no promueven el incremento de la demanda de trabajo sino que incorporan a más personas para realizar el mismo volumen de actividad. En este ámbito se contemplan diferentes tipos de instrumentos, tales como la reducción de la jornada laboral, los contratos a tiempo parcial o los contratos de relevo, que se desarrollan bajo diferentes modalidades.

En la reciente crisis económica, y ante el incremento de las cifras de desempleo, se ha recuperado un concepto surgido en el Libro Blanco sobre *Crecimiento*, competitividad y empleo, realizado por la Comisión Europea en 1993 (European Commission, 1993), el denominado Informe Delors, donde se hacía referencia a los yacimientos de empleo. Con ello se trataba de avanzar, debido a los cambios estructurales asociados a las crisis económica, en oportunidades de empleo radicadas en sectores emergentes. En las diferentes estrategias de empleo, estos yacimientos de empleo suponen un nuevo foco de incentivos a la creación de empleo y, sin embargo, se ligan ahora más a las políticas de formación, como preparación o capacitación de la mano de obra en entornos donde los cambios tecnológicos avanzan a un acelerado ritmo. En cualquier caso, son opciones y líneas de actuación de las políticas activas que resurgen con fuerza en épocas de crisis económica o de cambios estructurales.

### **2.3. Servicios de intermediación laboral (Agencias de empleo o colocación)**

Estos servicios consisten en intervenciones que tratan de mejorar el funcionamiento del mercado laboral. En este apartado se encuadran los servicios de orientación y empleo, es decir, actuaciones que tienen como objetivo mejorar el sistema de intermediación entre la oferta y la demanda de trabajo.

En los últimos años ha aumentado el número de agencias de colocación privadas, que colaboran con los servicios públicos en la finalidad de proporcionar a las personas un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más adecuados a sus requerimientos, es decir, en el papel de intermediación y orientación, apoyando o complementando la labor de los servicios públicos de empleo. Esta colaboración público privada tiene una fuerte raigambre en países del norte de Europa (véase Países Bajos, por

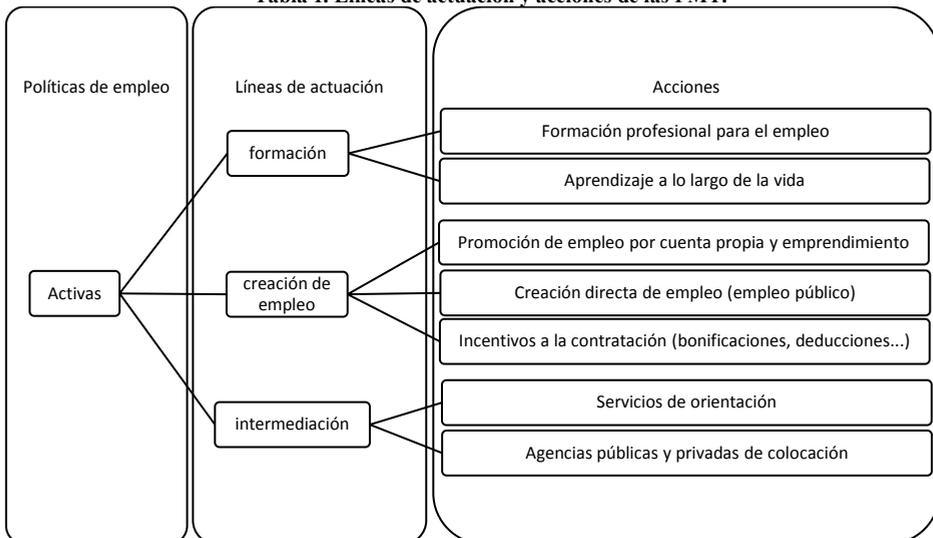
ejemplo) y se ha introducido más recientemente en los países del sur del continente (como pueda ser España, por ejemplo).

Dentro de estos servicios destacan los de asesoramiento y asistencia en el proceso de búsqueda de empleo, que contribuyen a facilitar la colocación de los desempleados con mayor rapidez.

Se puede incorporar también a esta modalidad de política laboral la regulación específica y el desarrollo de las Empresas de Trabajo Temporal (ETTs), destinadas a proveer de servicios laborales específicos a otras empresas. En la medida en que tales tipos de empresas operan en mercados concretos, con especiales singularidades en cuanto al tipo de trabajo demandado – por ejemplo, mucha flexibilidad en la demanda –, actúan de facto como servicios de colocación. Adicionalmente, cumplen otras funciones, como, particularmente, la de inyectar mayor flexibilidad al sistema laboral.

En países que han sufrido los efectos de la crisis de manera muy significativa en el mercado de trabajo, han surgido iniciativas privadas, organizadas a través de fundaciones<sup>2</sup>, que buscan no solo orientar en el proceso de búsqueda de empleo, sino facilitar la socialización del proceso e incentivar mediante técnicas de *coaching*. Especialmente dirigido a colectivos con dificultades de inserción, estas iniciativas de carácter local han captado la atención de los servicios públicos de empleo, como estrategia a apoyar.

**Tabla 1. Líneas de actuación y acciones de las PMT.**



**Fuente:** elaboración propia a partir de Ruesga *et al.* (2014).

<sup>2</sup> Por ejemplo, en esta línea, las denominadas "Lanzaderas de empleo" surgen en España en 2013, por iniciativa de la Fundación Santa María la Real. En el año 2015 reciben el impulso de diversas fundaciones privadas (Fundación Telefónica y Obra Social "la Caixa", entre otras) recibiendo colaboración y financiación las administraciones públicas y del Fondo Social Europeo.

Finalmente, sobre la eficiencia de estas herramientas, en el objetivo de promover la creación de empleo, en general, se ha venido señalando la dificultad de alcanzar resultados concluyentes (Toharia, 2009). A tales efectos, también, algunos estudios observan como efecto de la implementación de políticas activas de empleo una reducción de las tasas de desempleo (especialmente en el largo plazo), como es el caso de indicaban que los resultados no son los suficientemente concluyentes. Estudios posteriores, a partir de metaanálisis, confirmaban la dificultad de generalizar los resultados sobre el desempleo en el medio y largo plazo. Distinguiendo según los tipos de acciones, los servicios de orientación e intermediación parecen ser los que mejores resultados obtienen sobre el desempleo a largo plazo, mientras que los programas de creación directa de empleo o de incentivos al empleo son los que arrojan peores resultados. Los programas de formación no tendrían apenas impacto en el corto plazo y, sin embargo, a medio y largo plazo obtienen resultados muy estables y positivos, aunque son políticas que se ven muy condicionadas por el ciclo económico (Ruesga, Ortiz y Heredero, 2019).

### 3. LAS ESTRATEGIAS DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO

Hoy en día las políticas activas del mercado de trabajo se consideran una herramienta fundamental, no solo, o no especialmente, en la lucha contra el desempleo, sino en la formación de capital humano. Asimismo, se han convertido en pieza clave de la protección social a través del empleo.

El punto de partida que considera la formación como eje fundamental de las políticas activas de empleo, además de la capacidad de inclusión social a través del mercado de trabajo, lo constituye el Libro Blanco elaborado la presidencia de Jacques Delors (vid. Supra). Este documento supuso el esfuerzo político y programático más importante en materia de empleo realizado hasta esa fecha por las instituciones de la UE (entonces Comunidades Europeas). En él se estableció que la educación y la formación deberían contribuir a resolver los problemas de competitividad de las empresas, la crisis del empleo, el drama de la exclusión social y de la marginación, ayudando, en suma, a superar la agudeza de los problemas vigentes de las sociedades europeas (Ruesga y Pérez Ortiz, 2016).

**Tabla 2. Hitos en las estrategias de empleo**

Año	OCDE	Unión Europea	Observaciones
1993		Libro Blanco Delors	Incorporación de las políticas de empleo como instrumento de corrección de desequilibrios a los objetivos políticos
1994	Estrategia de Empleo		Flexibilizar instituciones del mercado de trabajo, descentralizar negociación colectiva y “flexibilizar” prestaciones desempleo
1997		Estrategia Europea de Empleo	Incorporación del Empleo al Tratado de Ámsterdam Inicio de la EEE con el proceso de Luxemburgo
2000		Estrategia de Lisboa	Cuantificación objetivos de empleo
2005		Estrategia renovada de Lisboa	“Más y mejores empleos”: se añade la calidad
2006	Estrategia de empleo revaluada		Más y mejores trabajos Interacción de políticas e instituciones
2010		Estrategia Europa 2020	“Crecimiento inteligente, sostenible e integrador” “Buenos trabajos para todos en un Cambiante Mundo de Trabajo”
2018	Nueva estrategia de empleo		

Fuente: elaboración propia a partir de Ruesga et al. (2014) y OECD (2018).

Paralelamente, la Organización la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) publicó en 1994 su *Jobs Study*, en el que realiza un diagnóstico de los elevados y persistentes niveles de desempleo registrados en los países desarrollados durante las décadas de los años ochenta e inicio de los noventa. Este documento sirve como base para el diseño de su primera gran estrategia de empleo: *Employment Strategy*, en 1995. En esta estrategia se delinearon los instrumentos para mejorar el ajuste de los mercados laborales ante los rápidos e innovadores cambios estructurales que se estaban produciendo. Así, las recomendaciones se ordenaban en torno a diversas líneas de actuación o directrices, orientándose, fundamentalmente a flexibilizar el funcionamiento de los mercados laborales: las instituciones que los regulaban, las instituciones de fijación de salarios (negociación colectiva) y las prestaciones por desempleo.

El siguiente punto de inflexión en Europa está marcado por la incorporación al Tratado de la Unión Europea de un nuevo título sobre empleo, en 1997 (Tratado de Ámsterdam) y el inicio de una estrategia coordinada para combatir el desempleo y mejorar la situación del empleo mediante un planteamiento global: la *Estrategia Europea de Empleo (EEE)*, que comienza su andadura en el denominado proceso de Luxemburgo en 1997. A partir de ese momento, los objetivos de las políticas de empleo de cada Estado Miembro, se coordinan bajo la EEE en una acción política comunitaria, basada en pilares o ejes de actuación en los cuales se articulan las directrices de actuación que se reflejan en los Planes Nacionales de Acción para el Empleo que cada país elabora anualmente.

En el año 2000, en el marco de la más amplia *Estrategia de Lisboa* que pretende “Más y mejores empleos. Pleno empleo y de calidad”, se introducen objetivos cuantitativos en materia de empleo, además de apostar por la calidad del empleo. Este relanzamiento de la EEE constituye la construcción de las políticas comunitarias sobre tres pilares: aumentar la tasa de empleo y modernizar los sistemas de protección social; mejorar la adaptabilidad de los trabajadores y empresas y la flexibilidad de los mercados de trabajo; e incrementar las inversiones en capital humano a través de educación y formación. Que son, precisamente, los ejes centrales de las políticas activas de empleo.

Por su parte, en el año 2006, la OCDE llevó a cabo una evaluación de su anterior estrategia (*Revisión de la Estrategia de Empleo*), con el fin de contrastar si las políticas implementadas habían demostrado ser efectivas. Se introdujeron algunas recomendaciones de cambios entre las que destacan la línea de alcanzar más y mejores trabajos (es decir, se introduce también el concepto de calidad del empleo), así como la idea interacción de las diferentes políticas e instituciones y la evaluación de los resultados sobre el empleo.

La última revisión de la Estrategia de Lisboa, transformada en *Estrategia Europa 2020*, se lleva a cabo en el año 2010, en un contexto marcado por la crisis económica iniciada en 2008. En ella se plantean como objetivos fundamentales la salida de la crisis a corto plazo y el crecimiento sostenible a largo plazo, un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, con un nuevo método abierto de coordinación: se crea un marco para compartir información, debatir las políticas de empleo y coordinarlas.

En el año 2018 (en esta misma línea fomento de la calidad del empleo, y tras la crisis del empleo sufrida por todos los países, desarrollados y en vías de desarrollo, en mayor o menor medida) surge una nueva estrategia en el seno de la *Nueva Estrategia de Empleo 2018*.

En ella se recogen las profundas transformaciones que están experimentando tanto las economías desarrolladas como las emergentes, con una desaceleración generalizada de la productividad y de los incrementos salariales, así como un aumento importante de la desigualdad en la distribución del renta. Al mismo tiempo el informe refleja como se producen profundas transformaciones estructurales derivados de la revolución digital, la globalización y los cambios demográficos. El objetivo de la nueva estrategia de empleo de la OCDE es recomendar políticas detalladas que vayan más allá de la cantidad de empleo y consideren “la calidad del trabajo y la inclusión como prioridades políticas centrales, al tiempo que enfatizan la importancia de la capacidad de recuperación y la adaptabilidad para un buen desempeño económico y del mercado laboral en un mundo laboral cambiante” (OECD, 2018).

#### 4. OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y POLÍTICAS ACTIVAS DEL MERCADO DE TRABAJO

En paralelo al desarrollo de estrategias de empleo en la UE y en la OCDE, dentro de la Organización de Naciones Unidas (ONU) se incorporan dos estrategias también muy relevantes para el impulso de las políticas de empleo: los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y la Estrategia sobre Trabajo Decente de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT), que confluyen en la Agenda 2030<sup>3</sup>.

**Tabla 3. Objetivos de Desarrollo Sostenible relacionados con PMT**

Objetivos	Metas
8. Trabajo decente y crecimiento económico	8.5. Lograr un empleo pleno y productivo y un trabajo decente para todas las mujeres y hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, y una remuneración igual por un trabajo de igual valor.
	8.8 Proteger los derechos laborales y promover entornos de trabajo seguros y protegidos de todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes, y aquellos en empleos precarios.
	8.b. Para 2020 desarrollar y poner en práctica una estrategia global para el empleo juvenil e implementar el Pacto Mundial de Empleo de la OIT.
4. Educación de calidad	4.3. Garantizar el acceso equitativo de todas las mujeres y hombres a una educación técnica, profesional y terciaria de calidad asequible, incluida la universidad.
	4.4. Para 2030, aumentar el número de jóvenes y adultos que tienen habilidades relevantes, incluyendo habilidades técnicas y vocacionales, para el empleo, trabajos decentes y emprendimiento
	4.5. Para 2030, eliminar las disparidades de género en la educación y garantizar el acceso equitativo a todos los niveles de educación y formación profesional para los colectivos vulnerables, incluidas las personas con discapacidad, los pueblos indígenas y los niños en situaciones vulnerables.
9. Industria, innovación e infraestructura	9a. Facilitar el desarrollo de infraestructura sostenible y resistente en los países en desarrollo a través de un mayor apoyo financiero, tecnológico y técnico a los países africanos, Países Menos Desarrollados (LDC), Países en Desarrollo sin Litoral (LLDC) y Estados en Desarrollo en Pequeñas Islas (SIDS).
	9.b Apoyar el desarrollo tecnológico doméstico, la investigación y la innovación en los países en desarrollo, incluyendo la garantía de un entorno de políticas propicio para, entre otras cosas, la diversificación industrial y la adición de valor a los productos
1. No pobreza	1.5 Desarrolla resiliencia en los colectivos pobres y en situaciones vulnerables, así como reducir su exposición y vulnerabilidad a los eventos extremos relacionados con el clima y otros shocks y desastres económicos, sociales y ambientales

**Fuente: ODS (ONU, 2015).**

<sup>3</sup> La Agenda 2030 y los ODS suponen la renovación de los Objetivos del Milenio que la ONU impulsó en el año 2000, con el fin de alcanzarse en el año 2015. Sin embargo, la irrupción de la Gran Recesión y la debilidad de algunos planteamientos provocaron la renovación completa de los mismos, transformándose la estrategia política en 2015 en los ODS, a alcanzar en 2030.

Estas dos estrategias están íntimamente relacionadas, pues no es posible alcanzar los ODS sin incluir el trabajo decente<sup>4</sup>. Pero tampoco se puede alcanzar el objetivo del trabajo decente si no se combaten la pobreza y la desigualdad, entre otros ODS.

Las políticas activas están íntimamente relacionadas con las dimensiones de protección social del Programa de Trabajo Decente de la OIT. Las políticas activas están vinculadas principalmente a los ODS 8 (promover el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente para todos) y 4 (Garantizar una educación de calidad inclusiva y equitativa y promover oportunidades de aprendizaje a lo largo de la vida para todos), aunque también están en conexión con los ODS 1 (acabar con la pobreza en todas sus formas en todas partes) y 9 (construir una infraestructura resistente, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación).

Por ejemplo, dentro del ODS 8, la meta 8.5 plantea “Para 2030, lograr un empleo pleno y productivo y un trabajo decente para todas las mujeres y hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, y una remuneración igual por un trabajo de igual valor”, que entronca directamente con los objetivos para los que se implementan las políticas activas de empleo. También desempeñan un papel clave en el apoyo a la meta 8.b “Para 2020, desarrollar y poner en práctica una estrategia global para el empleo juvenil e implementar el Pacto Mundial para el Empleo de la OIT”, orientada a un colectivo específico (jóvenes) y en las metas 9.a, 9.b y 9.3, que tienen como objetivo facilitar el desarrollo de infraestructura sostenible y resistente en los países en desarrollo, apoyar la tecnología nacional a través de las intervenciones de obras públicas intensivas en empleo y promueven el acceso de las pequeñas empresas industriales y otras a los servicios financieros y su integración en las cadenas de valor y los mercados (ILO, 2018). Es decir, en muchos de los casos, mediante políticas de creación directa de empleo o de fomento del empleo a través de subvenciones y deducciones orientadas a sectores específicos.

Asimismo, el ODS 4 (Educación de calidad) pretende “Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos”. Esta es una de las principales medidas de las políticas activas: la formación para el empleo y a lo largo de la vida, con el fin de facilitar la incorporación a un nuevo mercado de trabajo, mejorando y adecuando la empleabilidad de la mano de obra a los acelerados cambios tecnológicos y estructurales. Por ello, las políticas activas juegan un papel fundamental en la consecución de las metas 4.3., 4.4. y 4.5. Es pues una necesidad y un objetivo al que hacer frente en un contexto de elevado volumen de desempleo y ante una sociedad cambiante de forma acelerada en un mundo que se adentra en una nueva globalización.

De esta manera, la formación (ODS 4) sigue jugando un papel esencial dentro de las políticas activas de empleo, especialmente en el contexto de un entorno cambiante que afronta los retos del empleo del futuro y del trabajo decente (ODS 8).

---

<sup>4</sup> El Programa sobre Trabajo decente de la OIT se basa en cuatro pilares: creación de empleo, derechos en el trabajo, protección social y diálogo social, con la igualdad de género como un objetivo transversal. Se ha incorporado como uno de los ODS (8) en la Agenda 2030 de la ONU.

## 5. POLÍTICAS DEL MERCADO DE TRABAJO EN PAÍSES EN DESARROLLO

Durante este siglo, la experiencia de los países desarrollados (EA) en cuanto a intervenciones en el mercado de trabajo para lograr mejores ajustes en el mismo se ha ido extendiendo hacia los países emergentes (EME) y en vías de desarrollo (ED). Pensando en éstos, la OIT ha señalado un conjunto de aprendizajes de la aplicación de estrategias de PMT procedente de las EA, que se pueden considerar como una guía para el desarrollo de estas herramientas en los primeros (OIT, 2016a).

No obstante, este es un tema en controversia cuasi permanente en la literatura especializada. Así, en el ámbito del Fondo Monetario Internacional (FMI), se interrogan sobre si “¿El diseño del mercado laboral en las economías avanzadas ofrece alguna orientación para los mercados emergentes?” (Duval y Loungani, 2019). Y, en respuesta a este particular, indican que “El diseño de las políticas del mercado laboral en los mercados emergentes difiere significativamente del de las economías avanzadas” (Ibidem). Es decir, existen diferencias sustanciales en los respectivos marcos institucionales que regulan los mercados de trabajos de ambos tipos de países. Diferencias que dificultan la aplicación, tal cual, de las experiencias acumuladas de diseño, desarrollo y gestión de las PMT, activas o pasivas, en las EA. Se pueden sintetizar estas diferencias, resumiéndolas en cuatro indicadores que hacen referencia a aspectos fundamentales en la organización de los mercados laborales: el seguro de desempleo, el salario mínimo, la negociación colectiva y la indemnización por despido.

A tal respecto, Duval y Loungani (2019) señalan que:

- Solo la mitad de los mercados emergentes tienen sistemas de seguro de desempleo, mientras que existen en casi todas las economías avanzadas
- En contraste, la legislación de protección del empleo es tan frecuente en los mercados emergentes como en las economías avanzadas.
- Los acuerdos de negociación colectiva cubren solo alrededor del 20 por ciento de los trabajadores en los mercados emergentes y aproximadamente la mitad de los trabajadores en las economías avanzadas.
- “El ratio entre el salario mínimo y el salario medio es mayor en los mercados emergentes que en las economías avanzadas” (Duval y Loungani, 2019).

Lo que, en definitiva, pone de manifiesto es que, a causa de la existencia de diferencias importantes en el marco institucional del mercado de trabajo, la elaboración de la PMT difícilmente seguirá las mismas pautas en ambos tipos de países<sup>5</sup>. Y para la OIT, esto significa que “en términos del funcionamiento del mercado laboral, dos diferencias principales han afectado el funcionamiento de las PAMT. Primero, a diferencia de los países de la OCDE, los mercados laborales en los países emergentes y en desarrollo se caracterizan típicamente por una fuerza laboral en crecimiento, altos niveles de participación en la fuerza

<sup>5</sup> “Además, persisten diferencias importantes entre la OCDE y los países emergentes y en desarrollo en términos de enfoque, alcance y configuración de estas políticas, debido a sus prioridades particulares (por ejemplo, diferentes desafíos sociales) y a su funcionamiento bastante diferente del mercado laboral” (ILO, 2016a: 55)

laboral, bajos niveles de desempleo (aunque altos niveles de subempleo) y mayores tasas de empleo informal. En segundo lugar, el mercado laboral y las instituciones sociales a menudo tienen una capacidad relativamente débil para implementar programas en comparación con los de los países de la OCDE. Esto puede limitar la efectividad de los programas gubernamentales en general, incluida la de las PAMT [y PPMT], que generalmente requieren una gran capacidad de implementación pública” (ILO, 2016a:56).

En este sentido, el elevado peso relativo de la economía [y el empleo] informal<sup>6</sup> en las economías en desarrollo y en las emergentes, una característica singular de estos países, introduce dificultades adicionales a la hora de poner en marcha políticas públicas que requieren, para su implementación, de elevada calidad institucional y recursos de las administraciones públicas. La existencia de índices elevados de informalidad es, de un lado, un indicador de un deficiente funcionamiento de las instituciones políticas y económicas, y, de otro, pone frenos a la recaudación fiscal y establece barreras profundas en el conocimiento estadístico de la actividad económica, sus diferentes parcelas y su dinámica<sup>7</sup>.

Y como colofón de estas diferencias se llega a la conclusión, tras el contraste entre las economías avanzadas y las economías desarrolladas y las emergentes, de la escasa cuantía relativa del gasto en PMT en estos últimos respecto a los primeros. A pesar de las dificultades conceptuales y estadísticas para medir de forma homogénea el valor del gasto en PMT, en porcentaje del PIB, en todos los países, se pueden obtener datos que permiten con ciertas restricciones observar las importantes diferencias existentes en estas materias. Los cálculos realizados por Pignatti y Van Belle (2018) para una muestra de 121 países (100 economías desarrolladas y emergentes y 21 EA)<sup>8</sup> sobre la evolución de dicho gasto a lo largo de este siglo muestran cómo el gasto en PAMT en las economías avanzadas es casi seis veces superior al de las economías desarrolladas y las emergentes a lo largo del periodo, considerando incluso el descenso sufrido en aquellas a causa de la Gran Recesión. Y, asimismo, el gasto en PPMT es en torno a cuatro-cinco veces inferior en los segundos respecto a los primeros.

Existen diferentes factores que explican que, aunque el esquema de tipos de intervenciones es, formalmente, semejante en ambos espacios, sin embargo, los objetivos establecidos así como los medios utilizados difieren, por lo que no es de extrañar que los resultados alcanzados no concuerden entre uno y otro tipo de países. A juicio de la OIT ello es debido a un conjunto de factores que afectan a la implementación de las PAMT (algunos de los cuales pueden hacer extensivos a la PPMT). Este organismos señala, en primer lugar, que las “Las PAMT en los países emergentes y en desarrollo tienen como objetivo abordar objetivos múltiples, que a menudo incluyen abordar algunos desafíos a más largo plazo” (ILO, 2016a: 57). Y, según la OIT, “dado el objetivo de abordar múltiples metas, las PAMT en estos países rara vez se pueden definir bajo una categoría clara, ya que a menudo comprenden varios tipos de medidas destinadas a abordar diversos desafíos” (Ibidem). Eso dificulta no solo la conclusión del objetivo específico de la PMT sino la transparencia para el

<sup>6</sup> Sobre este tema, véase OECD (2009), ILO (2016b) o Ruesga Benito (2017).

<sup>7</sup> Sobre economía informal y sus características de dinamismo, ver Ruesga Benito, Carbajo Vasco y Pérez Trujillo. (2013) y Loayza y Rigolini (2006).

<sup>8</sup> Los autores indican que “Los datos recopilados de diferentes fuentes, como se discutió en la Sección 2. Cuando las diferentes fuentes se superponen, se dio preferencia a los datos de la OCDE”.

mejor seguimiento en su aplicación y, por consiguiente, la posibilidad de evaluar con detalle y precisión el resultado de las mismas.

Por otro lado, esta amplitud de objetivos viene acompañada por una combinación más amplia de políticas –otras políticas sociales–, que redundan en una cierta indefinición de las PAMT y, por extensión, una menor eficacia sobre la dinámica del nivel de empleo, su calidad u otras variables básicas del mercado laboral<sup>9</sup>.

Además, las PMT, particularmente las activas no suelen gozar en los atrasados y emergentes de un rol independiente sobre otras políticas públicas, lo que ensombrece sus objetivos específicos sobre el mercado laboral y no permite, al mismo tiempo, visualizar con precisión los resultados de las mismas. Ocurre que algunas PAMT no gozan del mismo papel independiente que en las economías de la OCDE, puesto que muchas veces su objetivo es rellenar vacíos en los servicios públicos que ofrecen los gobiernos (ILO, 2016a).

Finalmente, como la elevada informalidad que caracteriza, como se ha dicho, a este tipo de economías –lo que significa amplios espacios para la relación laboral o mercantil no sujeta a normas legales– dificulta incluso la identificación de los grupos objetivo de las PMT y, por extensión, oscurece la cuantía de los recursos públicos necesaria para llevarlos a cabo. Ello explica, entre otras deficiencias en la implementación de las PMT, la escasa consistencia temporal de las medidas adoptadas, al no contar con recursos para alargar en el tiempo su aplicación, lo que significaría un incremento de la eficiencia en el logro de los objetivos laborales programados.

Asimismo, la abundancia de empleo informal, entre otros factores, constituye un grave obstáculo a la hora de realizar la necesaria evaluación de los resultados obtenidos por la aplicación de la PMT. Y es que realizar una evaluación de impacto implica construir un escenario contrafactual (lo que hubiese ocurrido a los participantes si no hubiese existido el programa) y compararlo con el resultado real que se observa en los datos recopilados (lo que ocurrió a los participantes como resultado de la ejecución del programa). En presencia de economía informal abundante las estimaciones pertinentes sobre el público objetivo o sobre el universo objeto de las medidas es difuso y por tanto difícilmente se podrá estimar tanto el escenario contrafactual como el resultado real de la aplicación de las PMT.

Por último, conviene tener en cuenta que la medición de la eficiencia de las medidas aplicadas a partir de las PMT es una cuestión altamente polémica. Existe un debate permanente acerca de la fiabilidad de las estimaciones sobre los efectos de las medidas de política laboral (McKenzi, 2017:3). Las estimaciones sobre el impacto de los programas son más confiables cuando se conoce el proceso de selección que se lleva a cabo en los mismos y hay disponibilidad de varios períodos de datos previos, tanto para el tratamiento como para el control (Smith y Todd, 2005). Lo que significa que las estimaciones están muy condicionadas en los estudios de carácter no experimental. Y ello requiere de recursos

---

<sup>9</sup> Como señalan Bertranou y Vezza (2010) para Argentina donde, con frecuencia, objetivos de protección social a largo plazo cohabitan con los objetivos estratégicos clásicos de las PMT. En esta línea se insiste que “Es importante destacar que los objetivos sociales a largo plazo también son con frecuencia parte del objetivo estratégico que motiva las PAMT en los países emergentes y en desarrollo, como la reducción de la pobreza o la pobreza extrema entre los participantes o el fomento del desarrollo a nivel comunitario” (ILO, 2016a:57).

específicos puestos a disposición de instituciones e investigadores que analizan tales efectos y los evalúan.

El impacto de las intervenciones de PMT es sumamente variado según el tipo de análisis y el enfoque analítico utilizado para la estimación. A modo de síntesis, recordamos aquí cómo Card, Kluve y Weber (2015), en un meta-análisis realizado con 207 estudios y que recoge 857 estimaciones de efectos de las PAMT sobre el empleo, concluyen que “Primero, en promedio, las PAMT tienen efectos relativamente pequeños a corto plazo (menos de un año después del final del programa), pero mayores efectos positivos en el mediano plazo (1-2 años después del programa) y más largo plazo (+ 2 años). Segundo, el perfil de tiempo de los impactos en el período posterior al programa varía con el tipo de PAMT. Y, en tercer lugar, encontramos que los impactos promedio de las PAMT varían entre los grupos, con efectos más grandes para las mujeres y los participantes provenientes del grupo de desempleados de larga duración, y efectos más pequeños para los trabajadores mayores y los jóvenes. También encontramos evidencia sugestiva de que ciertos tipos de programas funcionan mejor para subgrupos específicos de participantes” (Card, Kluve y Weber, 2015: 2-3).

Y, pensando también en los efectos sobre el nivel de empleo de la combinación de PAMT y PPMT, Pignati y Van Belle señalan que, “Aprendemos de nuestro análisis de interacción, el gasto en PAMT solo puede mejorar eficazmente los resultados del mercado laboral si el gasto en PPMT es suficientemente alto”. Lo que puede ser explicado por “el hecho de que la participación en intervenciones activas no es atractiva (o no efectiva) si las personas no reciben un apoyo de ingresos adecuado mientras están en el programa activo” (Pignati y Van Belle, 2018:39). Conclusión significativa dentro del campo de los análisis de la eficiencia de estas actuaciones sobre el empleo en las economías desarrolladas y en las emergentes

De cara al futuro, sería preciso modificar las políticas para hacer frente las vulnerabilidades existentes en las economías en desarrollo y en las emergentes, con el fin de avanzar hacia un nuevo modelo de crecimiento, basado más en el unos intensivo de innovaciones tecnológicas. En este contexto, a tenor de las indicaciones de la OIT (ILO, 2016a) y, de acuerdo con la evidencia empírica, las PMT (activas en complemento con las pasivas) podrían ser un pilar central de las políticas sociales y del eficiente funcionamiento del mercado de trabajo e incluso ayudar en la transición hacia ese nuevo modelo económico.

En primer lugar hay que abordar la mejor en el diseño de las PMT. En este sentido, hay que tener en cuenta lo dicho más arriba sobre las diferencias señaladas entre el diseño de la PMT en uno y otro ámbito geográfico, según nivel de desarrollo (ver *supra*). Es decir, es preciso focalizar de manera más cuidadosa las intervenciones a realizar, de modo que se evite la multiplicidad de objetivos a alcanzar con un programa, aunque eso sí, todo programa habría de estar orientado genéricamente a garantizar y promover la equidad entre los ciudadanos (a los incluidos entre la población objetivo la medida y con respecto al resto de los ciudadanos).

Para ello se requiere orientar los distintos componentes de las PMT en función de las necesidades de los individuos a los que se destinan tratando de que el programa beneficie a la

totalidad de la población objetivo del mismo. Y, en conjunto considerar la necesidad de que los programas generen incentivos para aumentar la cantidad de beneficiarios de las PMT.

Las experiencias externas ofrecen elementos para que los contenidos de los programas tengan en cuenta las más exitosas en el ámbito internacional, adecuándolas al contexto político económico y laboral de cada país.

La gestión de los programas habrá de generar información suficiente y adecuada para la evaluación durante el proceso y a posterior de los resultados de los mismos, lo que permitirá una mejor definición y una gestión más exitosa en proyectos ulteriores de la PMT. Es obvio que el buen resultado de las necesarias evaluaciones no depende solo de la disponibilidad de información sino también de la existencia de capacidades institucionales que además de contribuir al buen diseño y gestión de los programas (reduciendo p.e. innecesarios trámites burocráticos e ineficiencias administrativas), faciliten la labor de evaluación a las instancias competentes.

## 6. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Las políticas laborales activas tienen un carácter “anticipatorio”, es decir, tratan de prever y adelantarse a una eventual situación de desempleo. Las políticas activas pueden dirigirse a la oferta de trabajo (políticas de formación), a la demanda (políticas de creación de empleo) o bien a ambas (políticas de ajuste entre oferta y demanda).

Entre los efectos esperados que las políticas activas tienen sobre el mercado de trabajo, destacan el efecto sustitución (se sustituyen los trabajadores actuales por trabajadores objeto de medidas de política activa) y el efecto “peso muerto” (las contrataciones se hubieran producido igualmente sin el incentivo de las medidas implementadas).

Las políticas activas han tendido a ocupar el centro de las actuaciones contra el desempleo en el ámbito de la UE, en detrimento de las políticas pasivas, hasta la explosión de la crisis del empleo derivada de la crisis financiera internacional en 2008<sup>10</sup>.

Las políticas pasivas de mercado de trabajo, que son las de mayor antigüedad, frente a la eventualidad del desempleo, han estado sometidas a una creciente crítica por su capacidad para empeorar el funcionamiento de los mecanismos del mercado de trabajo y, en consecuencia, para aumentar las tasas de desempleo.

Las evidencias empíricas demuestran que el posible desincentivo individual que las prestaciones por desempleo pueden generar a la hora de aceptar un empleo y, en términos agregados, para incrementar la tasa de desempleo, no son iguales para todos los individuos ni actúan siempre en el mismo sentido. Es más tal posible desincentivo se diluye e incluso torna en positivo con una buena combinación de PPMT y PAMT.

Para los trabajadores más cualificados y con mejores remuneraciones, la existencia de una protección frente al desempleo actúa mejorando su permanencia en el empleo. Por el

---

<sup>10</sup> Para un análisis detallado de los cambios en las instituciones laborales acaecidos en los países más grandes de la UE tras la Gran Recesión de 2008-2014, véase Heredero de Pablos y Ruesga Benito (Dir.) (2019).

contrario, para trabajadores con baja cualificación el efecto de sustitución de rentas parece jugar un papel positivo sobre el desempleo. Para quienes ocupan el lugar de cabeza de familia, las prestaciones por desempleo tienen un efecto que, en el peor de los casos, es neutro: apenas influye su decisión de permanecer en el mercado de trabajo o abandonar el desempleo.

Para los otros miembros de la familia que pueden complementar la renta del cabeza de familia, mientras tanto, las prestaciones por desempleo constituyen un sustitutivo neto de las remuneraciones por el trabajo asalariado que, en consecuencia, tienden a prolongar su permanencia en el desempleo. Para quienes tienen un acceso fácil a la economía sumergida, las prestaciones por desempleo también se han utilizado de manera fraudulenta para complementar las ganancias realizadas en el sector informal, aumentando artificialmente la tasa de desempleo registrado.

Y en cualquiera de los casos, si existe un control apropiado de la búsqueda de empleo de parte de las autoridades pertinentes y se ponen en funcionamiento mecanismos para ajustar con más rapidez desempleados y vacantes, desaparecen los supuestos efectos negativos sobre el desempleo que se asumen de las políticas pasivas de mercado de trabajo.

En este sentido, las políticas activas han retomado la atención de las instituciones internacionales, erigiéndose en parte de las medidas para alcanzar los ODS en la agenda 2030 de la ONU. Las políticas activas están vinculadas especialmente con los ODS 8 (promover el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente para todos) y 4 (garantizar una educación de calidad inclusiva y equitativa y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos). Suponen un impulso a la intervención en los mercados laborales para anticiparse a los desequilibrios que el futuro del trabajo en un mundo globalizado supone tanto para los países desarrollados como en desarrollo.



Clásicos de la  
Seguridad  
Social

LABORUM



INOCENCIO JIMENEZ VICENTE (9 de noviembre de 1876-27 de abril de 1941): Artífice del desarrollo del instituto nacional de previsión y de la previsión social durante la dictadura de primo de rivera y la segunda república

INOCENCIO JIMENEZ VICENTE (November 9, 1876-April 27, 1941): Architect of the development of the national institute of foresight and social foregoing during the dictadura de primo de rivera and the second republic

JOSÉ LUÍS MONEREO PÉREZ

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

*“El seguro no ya el voluntario o espontáneo, cuyo desarrollo estimulan las propagandas de la previsión, sino el seguro obligatorio, jurídicamente impuesto, amplia y progresivamente organizado, es el régimen que, establecido de presente en algunos Estados, adquirirá en fecha no remota carta de naturaleza en todos. Nuestros estudios nos inducen a preconizar el seguro obligatorio, y nuestra previsión de gobernantes nos aconsejan ir preparando su implantación en España”*

JOSÉ CANALEJAS MÉNDEZ (Ferrol, 31 de julio de 1854-Madrid, 12 de noviembre de 1912)<sup>1</sup>

## 1. ELEMENTOS DE UNA BIOGRAFÍA INTELECTUAL

Inocencio Jiménez Vicente (nacido en Zaragoza, 9-XI-1876, y fallecido en Madrid, 27-IV-1941). Catedrático de Derecho Penal. Fue ante todo un reformador social comprometido con la instauración de los seguros sociales desde la ideología del catolicismo social y la propuesta de la democracia cristiana (puede considerarse como una de los fundadores de nuestro sistema de previsión social).

Inocencio Jiménez Vicente (nacido en Zaragoza, 9-XI-1876, y fallecido en Madrid, 27-IV-1941), cursó estudios en las Escuelas Pías. Finalizó sus estudios de Bachillerato en el Instituto de Zaragoza el 2 de julio de 1894. La fecha de expedición del título de Bachiller es del 13 de mayo de 1896. Se licenció en Derecho en Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza el 28 de septiembre de 1901, con Sobresaliente y Premio extraordinario. La fecha de expedición del título fue el 11 de junio de 1902. El 16 de octubre de 1902 obtuvo el

<sup>1</sup> CANALEJAS MÉNDEZ, J.: *Discurso leído en la Academia de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1905, pág. 39.

grado de Doctor en la Universidad Central, ante un tribunal presidido por el profesor José Manuel Piernas Hurtado. En él fueron vocales Vicente Santamaría de Paredes, Francisco Javier Jiménez y Lorenzo Moret; actuó como secretario Francisco Cueva. Obtuvo la calificación de Sobresaliente. Fecha de expedición del título, el 26 de noviembre de 1904.

Recibió una beca del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes para acudir a París, para la realización de estudios sobre “Sociología en sus relaciones con las Ciencias Jurídicas”. La beca se otorgó para un periodo de un año, comenzando el 15 de enero de 1903. En el Archivo General de la Administración se conserva un manuscrito encuadernado en tapa dura, titulado *La reincidencia*, sin indicación de fecha ni lugar. Después, fue pensionado por la Junta para la Ampliación de Estudios por R. O. de 27 de junio de 1912. Gracias a esta beca llevó a cabo diversas estancias en Francia, Bélgica y Suiza, con el fin de completar sus estudios penitenciarios. También visitó centros penitenciarios en Inglaterra. En 1913 acompañó a un grupo de obreros que salieron a conocer las asociaciones obreras en diferentes zonas de Francia, Bélgica e Italia.

Sería nombrado Auxiliar Interino y “gratuito” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza el 11 de noviembre de 1902. Un año después, el 27 de noviembre de 1903, volvió a ser nombrado Auxiliar interino y gratuito en la misma Facultad de Derecho. Nuevamente, el 3 de octubre de 1904 la Facultad de Derecho de Zaragoza lo volvió a nombrar Auxiliar interino, esta vez ya con sueldo. Por último, fue nombrado Auxiliar Numerario del tercer grupo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza el 11 de noviembre de 1904. Se conserva el trabajo manuscrito presentado para las oposiciones a la auxiliaría del tercer grupo de la Facultad de Derecho, titulado “Nomotesia municipal”. En esa trayectoria ascendente, el 9 mayo de 1906 obtuvo por oposición la cátedra de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Se conserva en el Archivo General de la Administración el manuscrito del “Programa de Derecho Penal por Inocencio Jiménez Vicente, profesor auxiliar en la Universidad de Zaragoza, MCMVI”. También, “Algunos cuadros de desarrollo del plan usado para la formación de este programa”. Quedó en segundo lugar en la oposición Vicente de Mendoza. Tuvo una dilatada participación en activa en las asambleas universitarias de 1902, 1905, 1915 y 1922, así como en el Estatuto de la Universidad en 1919.

Contrajo matrimonio con Juana Salas, nombrada en 1934 Presidenta de la Confederación de Mujeres Católicas de España.

En el periodo de la Guerra Civil prestó servicios en la Universidad de Valencia. Como profesor adscrito a la nueva Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Económicas creada en 1937 en la Universidad de Valencia. No obstante, por no ser adepto al régimen republicano, le fue declarada la jubilación forzosa el 14 de octubre de 1937, en virtud del decreto del gobierno de la República del día 27 de septiembre de 1936. La orden de jubilación es de fecha 22 de noviembre de 1937. Unos días antes, el 29 de octubre de 1937, solicitó trasladarse a Barcelona. En 1938 pasó a la zona franquista. Se trasladó a Madrid como Director del Instituto Nacional de Previsión. Después de la terminación de la Guerra Civil, el 7 de noviembre de 1940 obtuvo una cátedra de Doctorado en la Universidad de Madrid, de Estudios superiores de Derecho Penal y Antropología criminal.

Tuvo que pasar por el proceso de “depuración” llevado a cabo sistemáticamente por el régimen de la Dictadura franquista. En la declaración jurada que presentó ante la Comisión de Cultura y Enseñanza de la Junta Técnica del Estado señalaba que cuando se produjo el “alzamiento nacional” (*rectius* golpe de Estado militar) se encontraba en Madrid y que dicho “alzamiento” respondía a sus ideas políticas. Continuaba relatando su intento por salir de Madrid y sumarse al alzamiento en 1937. Para ello se trasladó a Valencia y de allí a Barcelona. Juraba también que no había ocupado cargo alguno para el gobierno de la República y, que como profesor adscrito a Madrid en la Universidad de Valencia, le había sido decretada la jubilación forzosa el 22 de noviembre de 1937. En cuanto pudo, se presentó ante Enrique Suñer, aportando como testigos de su declaración a los catedráticos Luis Jordana de Pozas y a José Ayats. La declaración jurada está firmada en Zaragoza, el 13 de enero de 1938. Por la misma quedó rehabilitado, afortunadamente para él<sup>2</sup>.

## 2. PENSAMIENTO SOCIAL Y POLÍTICO

Muy pronto asumiría un compromiso social asentado en firmes convicciones éticas y cristianas. Ello se fue gestando lenta e inexorablemente. Su estancia en París y en Bélgica le hizo entrar en contacto con personalidades destacadas del catolicismo social europeo, al que dedicaría lo mejor de su vida participando activamente en la Acción Social Católica implantada en Zaragoza por el Cardenal Soldevilla. Sería significativamente uno de miembros constituyentes del Grupo de Zaragoza.

El grupo de Zaragoza (S. Aznar, Jiménez, Mingujón y Latre, al que más tarde su incorporaría Sancho Izquierdo) estaba constituido desde hacía años. En 1907, junto con el Padre Vicent, habían fundado *La Paz Social*, revista del Catolicismo Social más avanzado, que pasaría a ser en 1910 el órgano del Consejo Nacional de Corporaciones Católicas Obreras. *La Paz Social*, órgano de expresión del grupo, ya en su primer número se declara en favor de la solidaridad social y la superación del paternalismo de los círculos católicos tradicionales. El grupo zaragozano contribuye a la creación y difusión de la doctrina social católica a través de los círculos obreros y las escuelas nocturnas que se iban creando para la enseñanza de los obreros. Inocencio Jiménez participó en todas las actividades impulsadas por el Grupo Zaragozano y entre ellas la promoción de los “círculos católicos”, cooperativas, sindicatos agrarios, organización de Congresos católicos. Fue fundador de “El Noticiero” y después Director, fundador de *La Paz Social*, que daría lugar a la celebración de las

<sup>2</sup> Entre los muchos méritos que se realzan en la elaboración de su “curriculum vitae” cabe destacar los siguientes: Vocal de la Junta Plenaria de la Junta para la Ampliación de Estudios; en diciembre de 1921 fue nombrado consejero delegado de la Caja de Previsión Social de Aragón. También consejero del Consejo del Instituto Nacional de Previsión; Vicepresidente del Instituto Nacional de Previsión desde 1924. Presidente desde 1931; Fundador del Reformatorio del Buen Pastor en Zaragoza, fundado en 1921; Vicepresidente del Tribunal de Menores de Zaragoza; Miembro de la Sociedad General de Prisiones; Miembro del Consejo Superior de Menores; Miembro del Instituto Internacional de Sociología; Miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas; Miembro del Comité directivo de la Residencia de Estudiantes de Madrid en 1929; Miembro del Patronato de Presos Libertos; Vocal de la Comisión de Libertad Condicional; en 1924 se le concedió la medalla de oro de Penitenciaría; Miembro de diferentes asociaciones y sindicatos católicos como el Círculo Católico de Obreros de Nuestra Señora del Pilar; Miembro de la Asamblea Nacional Consultiva de Miguel Primo de Rivera, como representante del Estado, desde el 10 de octubre de 1927 al 15 de febrero de 1930; participación en la elaboración del Código Penal de 1928; participación en la fundación del periódico “El Noticiero”, y colaboró en otros como “Paz Social”; Vocal de la Comisión de Codificación; Vocal de la Comisión para reorganizar la vida universitaria, participando en la preparación del proyecto de la Ley de Reforma Universitaria de 1943.

“Semanas Sociales”. Fue especialmente activo en su labor de extender el cooperativismo y el asociacionismo agrario, impulsando la federación aragonesa de sindicatos agrícolas y más tarde la nacional. De la que sería vocal desde su misma constitución. En este orden de ideas publicó un libro que recoge su pensamiento social: *Vademécum del propagandista de sindicatos obreros* y *Vademécum de propagandistas de sindicatos agrarios*, ambos publicados en 1909<sup>3</sup>.

Dicho Grupo católico social había fundado el Centro de Publicaciones Católicas, que serviría de modelo para la creación posterior en Madrid –1910– de la Biblioteca “Ciencia y Acción”. El grupo de Zaragoza representará el núcleo de los cuarenta de la Democracia Cristiana en España, que había concebido S. Aznar en Zaragoza para unir a los intelectuales católicos al servicio de la A.S.C., y que organizaría en Madrid en 1919, recogiendo los elementos más liberales dentro del catolicismo social. Pretendía ser una “escuela social” para forjar los hombres que hiciesen posible los cambios pronosticados en la doctrina social de la Iglesia Católica. Pero el grupo de la Democracia Cristiana no encontró apoyo en la Jerarquía eclesiástica (con excepciones, como es el caso del Cardenal Guisasaola que sí les prestó su apoyo), y tuvo que enfrentarse a muchos opositores (un oponente más temible fue el nuncio Ragonessi) y con la lucha abierta y frontal del catolicismo integrista (señaladamente, el integrista católico que tenía su expresión en *El Siglo Futuro*). La doctrina social católica que defendía el Grupo de Zaragoza se concebía como una vía intermedia entre el socialismo y el liberalismo para resolver la llamada “cuestión social”. Y conviene recordar ese pasado para comprender el presente y proyectarnos hacia un futuro hoy difícil de prever.

El Grupo de Zaragoza estaría vinculado con las “semanas sociales”, iniciadas en 1906, en la línea marcada por Alemania y Francia. La primera se celebra en Madrid con el Curso Breve de Cuestiones Sociales. Pero su continuidad será en Zaragoza gracias al esfuerzo del Padre Antonio Vicent<sup>4</sup>. Con desigual fortuna fueron impulsadas por S. Aznar, y con diversas vicisitudes de supresión y renacimiento se reanudaría en 1948. Los cuadros de la democracia cristiana pretendía también la acción directa sobre los trabajadores, disputando el espacio a los sindicatos socialistas y anarquistas. En este sentido es significativo P. Gerard –aragonés también– luchase desde 1912 por la creación de sindicatos católicos libres de injerencias de los empresarios<sup>5</sup>. Será en 1916 cuando se constituye la Federación Nacional de Sindicatos Católicos Libres, en cuya Junta Directiva figura el aragonés Julián Marín. En el largo proceso se culmina con la supresión del adjetivo “católico” y la unificación en la

<sup>3</sup> Sobre Inocencio Jiménez Vicente, véase I.N.P.: *Homenaje a la Memoria de D. Inocencio Jiménez Vicente celebrado en Zaragoza el 10 de octubre 1942*, Madrid, Publicaciones del I.N.P., 1943.

<sup>4</sup> Véase P. ANTONIO VICENT: *Socialismo y anarquismo. La Encíclica de nuestro Santísimo Padre León XII “De conditione Opificum” y los círculos obreros católicos*, Valencia, Imprenta de José Ortega, 1895. Puede consultarse MONTERO GARCÍA, F.: *El primer catolicismo social y la “Rerum Novarum” en España (1889-1902)*, Madrid, Consejo de Investigaciones Científicas (Instituto Enrique Flórez), 1983, págs. 268 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *El catolicismo social conservador: Eduardo Sanz y Escartín*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2010.

<sup>5</sup> BENAVIDES GÓMEZ, D.: *El fracaso social del catolicismo español. Arbolrya Martínez (1870-1951)*, Barcelona, Ed. Nova Terra, 1973; MONTERO, F.: *El primer catolicismo social y la «Rerum Novarum» en España (1889-1902)*, Madrid, Ed. Instituto Enrique Flórez, 1983; MONEREO PÉREZ, J.L.: *El catolicismo social conservador: Eduardo Sanz y Escartín*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2010. Una revisión bibliográfica en MONTERO, F.: “El catolicismo social en España. Balance historio gráfico”, en BENOÏT PELLISTRANDI (éd.): *L’histoire religieuse en France et en Espagne*, Collection de la Casa de Velázquez (87), Madrid, 2004, págs. 389-409.

Confederación Española de Sindicatos Obreros (CESO). Después del escaso periodo de funcionamiento –durante el cual se creó el semanario “Obrerismo”, y tras la guerra civil, el 15 de mayo de 1938, Manuel Campo, representante de Zaragoza, hace entrega de los sindicatos católicos a la nueva organización sindical franquista: El “Sindicato Vertical”.

Inocencio Jiménez Vicente se sitúa en la órbita del catolicismo social y su presencia en el INP fue especialmente relevante, junto con personalidades como Álvaro López Nuñez, Severino Aznar, y en los años treinta Luis Jordana de Pozas. Inocencio Jiménez, del mismo modo que Severino Aznar, pertenecía al grupo zaragozano de *La Paz Social*, llegó a ser Presidente del INP durante la II República. Su compromiso social le inclinó hacia el establecimiento de la previsión social en España, siendo uno de los artífices principales. Desde 1920, en estrecho contacto con José Maluquer y Salvador (que fue el fundador del Instituto Nacional de Previsión en 1908), se interesó profundamente en esta labor de protección social pública. En 1921 es elegido consejero delegado de la Caja de Previsión Social aragonesa que se había creado recientemente. Hasta 1924 se incrementa continuamente su colaboración con José Maluquer, al que ayudará de manera decisiva en su gestión del I.N.P. durante los años de su enfermedad (1924-1931), hasta actuar como verdadero Director, asumiendo toda la responsabilidad de gestión. Al fallecimiento de José Maluquer resulta elegido Director de I.N.P., cargo que desempeñara desde 1931, con vocación y resultados patentes, y en una época difícil pues concurriría la guerra civil y la dura postguerra.

Su labor fue de tal magnitud durante la II República y en los años inmediatamente posteriores que cuando murió en 1941, el I.N.P., y buena parte de la labor social que se pudo realizar, quedó muy consolidada para su continuidad posterior. El nivel alcanzado por el I.N.P. era, sin la menor duda, comparable a las instituciones de previsión social más importantes de la época.

Jiménez Vicente fue uno de los grandes artífices del desarrollo de la previsión en España especialmente en los años clave de la Dictadura de Primo de Rivera y de la Segunda República Española. Es manifiesto que formaba parte de la élite intelectual y gestora del I.N.P. Fue Consejero-Delegado del I.N.P., colaborando con toda la élite del Instituto (Maluquer, Severino Aznar, López Nuñez, Pedro de Sangro y Ros de Olano, Jordana de Pozas, etcétera). Con la enfermedad de José Maluquer y Salvador (desde 1923!!), Inocencio Jiménez sería la figura más relevante del I.N.P. durante la crucial etapa de finales de la Dictadura de Primo de Rivera y sobre todo durante la Segunda República. En este periodo de desarrollo impresionante de la previsión social tuvo un papel no sólo en el ámbito de la gestión propiamente dicha, sino en el mismo desarrollo sustancial de la creación de los seguros sociales y de los proyectos inconclusos de unificación de los mismos.

Dada la situación de enfermedad de José Maluquer, Inocencio Jiménez asumió fácticamente la dirección efectiva del I.N.P., durante todo el periodo comprendido entre 1923 y 1931 (año en que fallece José Maluquer); entretanto fue nombrado, por el Consejo de Patronato, consejero-Delegado adjunto en 1930 ; y en septiembre de 1931 (para entonces, mayo de 1931, ya había fallecido José Maluquer) es nombrado director general de los servicios en representación permanente del Presidente del y del Consejo de Patronato y de la

junta de Gobierno, sirviendo de nexo entre los distintos organismos<sup>6</sup>. Es evidente que quedó ya también formal y oficialmente al frente de la Institución de la previsión social en nuestro país. Asumió el cargo hasta que se fue obligado a dimitir en septiembre de 1936. Su gestión e impulso de la actividad previsional del I.N.P., sería palpable y fue reconocida<sup>7</sup>. En ese período trascendental el Gobierno republicano apostó por el desarrollo de los seguros sociales, ayudado por un contexto internacional de impulso de los mismos, tanto por la Organización Internacional del Trabajo como por los Estados más avanzados a nivel mundial. Él impulsó el desarrollo de los seguros sociales, la eficiencia y adecuación social de las inversiones del Instituto Nacional de Previsión e impulsó –en la estela ya postulada por José Maluquer en conexión con las tendencias internacionales en la materia– la unificación de los seguros sociales. Para ello contó con un gran equipo de expertos socialmente muy comprometidos (entre los que cabría destacar a José Álvarez Ude y José Ayats Surrivas; y no se olvide la persistencia de los clásicos del Instituto como Álvaro López Nuñez, Pedro de Sangro y Ros de Olano, Antonio Mora Pascual, Graciano Silván González, Miguel Sancho Izquierdo, José de Posse Villelga, Francisco González Rojas, Juan Hinojosa Ferrer, entre otros; asimismo de otras corrientes de pensamiento como la encarnada en la figura eminente y descollante de Adolfo González Posada, republicanismo social, y Antonio Fabra Rivas, socialista reformista, que influyó en el I.N.P. en representación del Ministerio como vocal delegado del Estado en el Consejo de Patronato desde 1931 a 1933. A los que habría que añadir a la que sería la figura más influyente en el I.N.P. a partir de la muerte de Inocencio Jiménez: Luis Jordana de Pozas). Uno de los elementos que permitían mantener ese nivel de eficiencia era la continuidad de las estructuras y de los expertos necesarios para afrontar los nuevos retos de ampliación de los seguros y la mejora de su racionalización y de los sistemas de control de cumplimiento de las obligaciones de aseguramiento<sup>8</sup>. Y en eso tenía un papel fundamental Inocencio Jiménez, que impulsaba, participaba activamente en Secciones y Comisiones del Instituto, ostentando una omnipresencia permanente, pero también apostando por esa racionalización, tendencia a la unificación de los seguros sociales –que exigía de suyo un plan de la política de previsión social en el marco de una política social– y buscando una adecuada estrategia para las inversiones de los fondos de previsión con un marcado destino finalista hacia los fondos públicos<sup>9</sup>. La función que él pensaba para el Instituto en todo su proyección fue explicitada por él mismo cuando señalaba que: “Ha constituido afán del Instituto (...) el que el régimen legal de previsión no fuera una de las legalidades que no

<sup>6</sup> Su presencia quedaba patente en otras las actividades del Instituto. Incluso formando parte entidades que fomentaban la política de protección social, como es el caso de su condición de Secretario de la *Fundación del Premio Marvá*, creada en 1926 y de la cual fue Presidente por entonces Felipe Clemente de Diego y Gutiérrez.

<sup>7</sup> I.N.P.: *Homenaje a la memoria de don Inocencio Jiménez Vicente celebrado en Zaragoza el 10 de octubre de 1942*, Madrid, Publicaciones del I.N.P., 1943; JORDANA DE POZAS, L.: *Intervención en la Sesión necrológica en honor del excelentísimo señor don Inocencio Jiménez Vicente*, organizada por la Universidad de Zaragoza, 1942.

<sup>8</sup> Lo advertía el mismo JIMÉNEZ VICENTE, I.: “Organización del Instituto”, Madrid, Publicaciones del I.N.P., 1937, pág. 7.

<sup>9</sup> Para esto último, JIMÉNEZ VICENTE, I.: “Las inversiones de los fondos de previsión”, Madrid, Publicaciones del I.N.P., 1934; para su persistente propuesta de unificadora de los seguros sociales, *Ibid.*, *La unificación de los seguros sociales*, Madrid, Sucesores de M. Minuesa de los Ríos, 1934. El enfoque de la previsión enmarcada en una verdadera política social –incluidas orientaciones de las inversiones sociales– más ambiciosa era deudor del pensamiento de José Maluquer y Salvador. Puede consultarse ampliamente MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007.

tienen más vida que la efímera de las hojas de la *Gaceta*, sino que *se convirtiera en una realidad consuetudinaria arraigada en la sociedad* por obra de la educación”<sup>10</sup>.

Su ideario es el propio del catolicismo social, y como hombre de acción participó en la creación como cofundador del “Grupo de la Democracia Cristiana” (1919), junto con otros católicos sociales –por entonces progresistas dentro de la corriente del catolicismo social– como Severino Aznar, y Maximiliano Arboleya Martínez. En dicho Grupo desempeñó puestos relevantes y contribuyó a la expansión, junto con José Maluquer y Salvador (su verdadero artífice), Eduardo Dato, del Instituto Nacional de Previsión en 1908. Dada su implicación y compromiso con la reforma social no sólo intervino activamente en el IRS y el INP, sino que también participó en actividades internacionales relativas al reformismo social y a la mejora de las condiciones de vida de las clases trabajadoras (participó en numerosos Congresos e Instituciones Internacionales. Durante Dictadura del General Primo de Rivera formó parte de la Asamblea General, siendo uno de los muchos integrantes del IRS y del INP que continuaría su labor bajo el nuevo régimen autoritario, a pesar de que durante la misma se alcanzase nada más una retórica expansión de los seguros sociales obligatorios, pues el avance de estos fue realmente modesto, primándose más los instrumentos asistenciales de protección social. De este modo se hizo desaparecer un organismo que había mostrado sus mayores frutos durante veinte años, rompiéndose con ese espacio de encuentro político y social. Con un planteamiento distinto y complaciente se afirmó que todavía funcionando el IRS, “un buen día los que pertenecíamos a él nos vimos sorprendidos con la incorporación al nuevo organismo (el Ministerio de Trabajo), hábilmente realizada por D. Eduardo Aunós, y convertidos de la noche a la mañana, sin pensarlo, en verdaderos funcionarios del Estado. Los que no pudieron incorporarse, por figurar en otro escalón o por otra causa, pasaron a un organismo especial y que, por cierto, dio excelentes resultados: me refiero al Consejo de Trabajo, continuador, en cierto modo, de la obra del IRS en su primera fase de estudio e información”<sup>11</sup>.

Como tantos otros pensadores del catolicismo social, creía en la virtualidad de las reformas graduales para construir un futuro mejor con base a un ideal de organización cristiana solidaria de reafirmación de la justicia social. Creía en las políticas de consenso en la reforma social. Esta acción social no es de este ni del otro régimen, ni de uno u otro partido, ni de esta o de aquella escuela: la reforma social ha sido el denominador común de todos los programas de gobierno.

Aparte de la preocupación por los seguros sociales y, dentro de ellos, por el seguro de vejez y su sostenibilidad, Inocencio Jiménez se ocupó del sindicalismo y del sindicalismo agrario en particular. Prestó atención a los seguros sociales y privados y también trató de articular un conjunto de medidas de política social coherente. Sobre todo ello realizará una amplia actividad investigadora, reflejada en varios libros importantes y, en no pocos aspectos, pioneros en esta materia de intervención social y orientación formativa en los Círculos Obreros y entre los funcionarios al servicio del Instituto. Pero, es de señalar, que se

<sup>10</sup> JIMÉNEZ VICENTE, I.: *El Instituto Nacional de Previsión. Notas sobre su desarrollo*, Madrid, Publicaciones del I.N.P., 1930, pág. 4.

<sup>11</sup> MARTÍN-GRANIZO, L.: *El Instituto de Reformas Sociales y sus hombres*, Madrid, Impr. F. Domenech, 1947, pág.29.

proyectó, en una intensa acción institucional y de iniciativa legislativa en el marco del I.N.P. y de otras instituciones públicas y privadas.

Las bases ideológicas de inspiración fundamental de Inocencio Jiménez fueron extraídas de la doctrina social de la Iglesia. Ésta es la que le llevó a su compromiso con la reforma social y con la protección de las personas más débiles. En esa lógica su catolicismo social se traduciría al tiempo el compromiso político activo a través de la incorporación del Grupo de la Democracia Cristiana. A partir de ahí el compromiso social y su vida caminarían juntos.

En el plano social, destaca la labor Inocencio Jiménez en materia de previsión social, la cual le permitió afrontar –junto el grupo de la democracia cristiana vinculado al INP (Severino Aznar, Álvaro López Nuñez y el Maestro de éste y artífice fundamental la previsión social en España, Maluquer y Salvador, el cual no tenía una adscripción a este grupo pero dentro de su republicanismo social costista mantenía estrechas relaciones con el mismo) la atención de las personas más desfavorecidas y necesitadas (niños, personas en situación de pobreza, ancianos, etc.). Son muy relevantes y numerosas las publicaciones que hiciera sobre esta materia en el *Boletín del Instituto de Reformas Sociales*, los *Anales del Instituto Nacional de Previsión* y los *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, aparte de las realizadas en otras revistas más generalistas. Su labor en la acción social cristalizó en obras técnicas de gran calidad, como *Las Inversiones de los fondos de previsión*, Madrid, 1927, *La unificación de los seguros sociales*, 3ª ed., Madrid, 1936..., y un largo etcétera.

Ciertamente, Inocencio Jiménez pretendía superar la exclusiva atención a la “idea individual” del individualismo liberal y enriquecerla con la “idea social” traducida en términos de solidaridad y justicia social en el campo de la previsión y, en general, de la acción social. Estuvo particularmente implicado en la instauración de los seguros obligatorios de vejez, y en la Mutualidades y Costos Sociales. Era necesario hacer frente a la imprevisión social y para ello se precisaba de la generalización del instrumento del seguro social obligatorio (que permitía una anticipación de los riesgos y atender previamente a su cobertura pública) y de la utilización por la sociedad civil de los mutualidades, cotos sociales (asociación de personas que unen sus esfuerzo en un trabajo o actividad común para obtener recursos con que pagar la cuota de una pensión de vejez o de otro de los seguros llamados sociales que son los que proponen cubrir los riesgos que amenazan al trabajador) y el Cotos escolares (singular modalidad de coto social cuyos asociados son niños en período de educación). Desde la aceptación de los presupuestos ideológicos de la doctrina social de la Iglesia, Inocencio Jiménez defendió, inicialmente en la primera etapa de la actividad del INP, el intervencionismo público en los problemas sociales, pero respetando el principio de subsidiariedad. Precisamente, el INP se creó, en su origen, con base al respeto del principio de libertad subsidiada. La experiencia –en el desarrollo de la actividad previsora fomentada por el INP– mostraría las limitaciones intrínsecas de dicho principio aplicado a la previsión social. De ahí el cambio de orientación que se operó en el pensamiento de todas los implicados en la creación de los seguros sociales, al defender después resueltamente el seguro social obligatorio. Hay que recurrir al seguro obligatorio, extendiendo a las masas de asalariados los beneficios que hoy son disfrutados por una minoría previsora. La Previsión es una disciplina social necesaria a todos los pueblos civilizados. Decía su contemporáneo López Nuñez que ante la conciencia moderna se presenta hoy el individuo, no como un

átomo disgregado del consorcio social, sino como un elemento de vida compleja que en la colectividad tiene, por natural reflejo, toda su eficacia; las fuerzas intercurrentes del individuo sobre la sociedad, y de la sociedad sobre el individuo, forman esa solidaridad o fraternidad universal, que es la sazón suprema del progreso humano. Así restringida a justos límites la libertad, bien puede afirmarse que no existe tal derecho a la imprevisión, porque nadie tiene derecho a hacerse desgraciado, contribuyendo con la suya a la desgracia de los demás<sup>12</sup>.

Ahora bien, como se advirtiera acertadamente, el Estado debe intervenir constituyendo la obligación del seguro. Y ello debe ser así no por la falta de cultura de previsión, pues “la causa de esta falta de espíritu de ahorro y previsión en el obrero es bien notoria. Con los salarios actuales el obrero no puede pensar en distraer un céntimo de su jornal humilde para dedicarlo a las eventualidades del porvenir. El salario del obrero español, dado el precio que alcanzan los artículos de primera necesidad, no basta para satisfacer las más perentorias necesidades”<sup>13</sup>.

Inocencio Jiménez dividía el desarrollo de la previsión social en España a través del Instituto en varios períodos:

1. De iniciación, que comprende desde 1908 en que se creó el I.N.P., hasta 1921, en que se estableció el Retiro Obrero Obligatorio.
2. De consolidación, que va desde 1921 a 1929; y
3. A partir de esta última fecha, y en que se encontraba el Instituto, con el desarrollo expansivo durante la Segunda República.
4. La cuarta, que apenas pudo vislumbrar, tiene que ver con el proceso de consolidación y crecimiento que se produce después de la Guerra (in)civil en la postguerra; y pronto, con transcurridos unos años, en conexión con el movimiento expansivo que impulsara la OIT y otros organismos internacionales y experiencias de los países europeos más próximos<sup>14</sup>.

En realidad casi todos los reformadores del I.N.P. no discutían el seguro obligatorio, especialmente a partir del Congreso Internacional de Seguros Sociales celebrado en Roma en 1908. Desde entonces, ya nadie serio y bien informado volvió a defender el seguro libre en el campo social. Un pensador tan significativo como León Bourgeois, que trasladó la idea de la solidaridad social al campo de la previsión social había podido afirmar que la interdependencia de los diversos riesgos sociales es tan absoluta, que la previsión social no alcanza su objeto y su fin más que a condición de hacerse ella misma internacional, universal<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> LÓPEZ NUÑEZ, A., *Régimen de transición entre el Seguro libre y el Seguro obligatorio*, Madrid, 1910, y en *Anales del INP*, Madrid, 1926.

<sup>13</sup> ZANCADA, PRÁXEDES: *El problema de las pensiones para los obreros en España*, con Carta-Prólogo de Don Gumersindo de Azcárate, Madrid, Librería Editorial De Bayly-Bailliere e Hijos, Madrid, 1905, pág. 164.

<sup>14</sup> *La unificación de los seguros sociales*, 3ª ed., Madrid, 1936.

<sup>15</sup> BOURGEOIS, L.: *La organización internacional de la previsión social*, traducción y notas de Pedro de Sangro y Ros de Olano, Madrid, 1916. Sobre la relevancia e influencia teórica y jurídico-práctica de la corriente de (...)

Desde este enfoque de concepción de “lo social”, cabe decir que Inocencio Jiménez encarnaba la corriente del catolicismo social dentro del Instituto Nacional de Previsión junto con otros ilustres representantes de la tendencia del catolicismo social en acción (Severino Aznar, Álvaro López Nuñez, Pedro de Sangro y Ros de Olano y, después, Luís Jordana de Pozas, etcétera), aunque también, sin llegar a ser tan marcada como la desplegada por José Maluquer (que puede tenerse sin duda como el “Beveridge español”, influido por el ideario regeneracionista –para la verificación de esa influencia, reténgase aquí la realización y expansión de la idea costiana de los “Cotos Sociales de Previsión”– y el republicanismo social, más que propiamente por el catolicismo social). Dentro del I.N.P. realizó una importante labor constructor del sistema de previsión social en España, llegando a ser Director del mismo. El I.N.P. era reflejo –en un ambiente de reformismo social en el confluyen contradictoriamente distintas ideologías sociales y político-jurídicas– del intervencionismo público a través de programas de aseguramiento social y de instituciones públicas especializadas.

Precisamente las tendencias más marcadas dentro del INP (y antes del mismo IRS) eran la krausista (Gumersindo de Azcárate, Adolfo Posada, Adolfo Buylla, Leopoldo Palacios Morini, Constantino Bernardo de Quirós, Aniceto Sela Sampil, etc.) y la *católico-social*. Las dos se asentaban en presupuestos decididamente organicistas respecto a la concepción de la sociedad, el papel de los grupos intermedios y la función activa (“positiva”) del Estado. A ellas se unían también la regeneracionista republicana y “costista” (José Maluquer y Salvador) y la socialista (Rafael García Ormaechea, Letrado Asesor del INP, desde su nombramiento el 8 de julio de 1909; desde el 11 de agosto de 1931 representó al INP en el Patronato de Política Social Inmobiliaria del Estado, bajo la dependencia del Ministerio de Trabajo). José Maluquer y Salvador evidentemente estaba muy influenciado por el regeneracionismo costista, de manera que se apartaba del regeneracionismo parlamentario conservador (al estilo de pensadores conservadores como Antonio Maura, Fernández Prida, Bullón de la Torre, Conde Torre Vélez y Mariano Ripollés), y realizaba en lo institucional más el parlamentarismo democrático liberal como marco para institucionalizar la convivencia social y resolver los problemas sociales. La referencia a Costa tenía también un sentido de realidad, por la disociación entre una constitución real (la oligarquía y el caciquismo, como realidad constitucional) y la constitución formal de la Restauración, como legalidad constitucional<sup>16</sup>.

El INP había conseguido la nada fácil tarea de funcionar dentro de un clima de colaboración de todas las fuerzas políticas y sociales partidarias del reformismo social con posiciones diferenciadas. Todas estas corrientes ideológicas del reformismo social coexistieron con la pretensión de garantizar la justicia social y la búsqueda de soluciones pacificadoras y de armonía social a la cuestión social de su tiempo. Confiaban en las reformas jurídicas y educativas, aunque unos la enfocaran desde la perspectiva republicana o

---

pensamiento del “solidarismo social” en la construcción de los seguros sociales puede consultarse, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, *passim*.

<sup>16</sup> Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L., *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed.Comares, 2007, pp.255 y ss., y 295 y ss.). Hasta tal punto es así, que López Nuñez constaba que las “Juntas de Reformas Sociales” estaban “maleadas por el caciquismo local”, por lo que “no han dado de sí todo el fruto sano que de ellas podía esperarse (cfr. López Nuñez, A., *Veinticinco años de legislación social*, cit., p. 21.

socialista y otros desde el punto de vista católico. Las soluciones reformistas emanadas del INP permitieron, al tiempo, instaurar un régimen de Seguros Sociales, el cual evolucionaría cualitativa y gradualmente hacia la construcción posterior de un Sistema de Seguridad Social, con socialización de los riesgos y atención a las situaciones de necesidad social y políticamente relevantes y con una inequívoca tendencia hacia la universalidad objetiva y subjetiva, superando los límites de la protección a los trabajadores considerados como económicamente débiles para extenderla a todos los ciudadanos o personas residentes. En el caso del catolicismo social, que centra aquí nuestra preferente atención, el compromiso con el INP era completamente coherente con las tareas de la Acción Social Católica marcadas desde el giro ideológico-institucional operado con la Encíclica *Rerum Novarum* (1891) de León XIII y con la misma pretensión compartida de articular un intervencionismo científico en materia social. Se percibía como una forma de consagrar ciertos principios y valores cristianos (solidaridad, impulso a la igualdad, justicia social –complementaria de la caridad–, protección de la familia, armonía social, la idea de una sociedad armónica y orgánicamente constituida, etc.), pero *sin cuestionar las estructuras básicas* del orden establecido. En marco se inserta el pensamiento y la acción católica de Inocencio Jiménez en el ámbito de la cuestión social, con su participación el Grupo de Zaragoza y en el impulso de la revista doctrinal *La Paz Social*. Inocencio Jiménez sería también Director en varios periodos de la Revista *El Noticiero*, que había sido fundada antes el 1 de junio de 1901 (por Benito José Pellicer y Guíu, Pedro Dosset, Joaquín García Ruiz, Luis Mendizábal Martín, Javier Comín Moya, Manuel Escudero, Samuel Simeón Pastor, Joaquín Delgado Pascual y Álvaro San Pío. Desde el 1 de mayo de 196 al 12 octubre de 1922 apareció solo como “Diario Político Independiente”).

Para Inocencio Jiménez –coincidiendo con López Nuñez–, la obra llevada por el INP tuvo un carácter profundamente social; y su organización, que es modelo de instituciones de esta índole, *se asienta precisamente sobre bases de colaboración colectiva* a la que han sido llamados cuantos elementos, así científicos como sociales, se han creído útiles para esta noble empresa. La obra del INP *no es sólo un movimiento económico, sino toda una política social*: su sujeción a las exigencias científicas; su descentralización administrativa respetando las modalidades de las Cajas autónomas; su amplio espíritu de colaboración técnica, patronal y obrera que hace a esta acción eminentemente democrática en el mejor sentido de vocablo; su sistema de inversiones sociales para fines de bien colectivo; sus normas pedagógicas...son puntos cardinales de una orientación que, si se hubiera seguido en otras zonas de la vida pública, habría evitado a España muchas complicaciones de su biología interna”<sup>17</sup>. Desde su posición en el INP fue un grandísimo divulgador e impulsor de la labor de previsión para resolver el problema que consideraba principal: la tendencia hacia la imprevisión social en España, por dificultades sociales y por actitudes. Su ideario en materia de previsión estaba impregnado del pensamiento reformista y de regeneración social de José Maluquer y Salvador, Severino Aznar y López Nuñez: énfasis en la labor formativa y pedagógica, la concepción del seguro como fórmula matemática de la solidaridad humana, apuesta por la regulación internacional de la previsión social y la defensa de la previsión social como instrumento de realización de la justicia social.

<sup>17</sup> LÓPEZ NUÑEZ, Á.: *Veinte años de legislación social*, Madrid, Juan Ortiz editor, 1928, págs.35-36. El capítulo IX de su obra más lograda, *Ideario de previsión social*, está dedicado precisamente a la “Pedagogía de la Previsión” (*Ideario de previsión social*, cit., págs. 620 y sigs.), donde afirma que la idea de previsión es una idea sustancialmente pedagógica.

Resulta harto significativo que Adolfo Posada –uno de los artífices del liberalismo social krausista más avanzado– había resumido el “espíritu del Instituto”, en los siguientes términos: a) su neutralidad frente a la política, la llamada política de partido, la que divide; b) la autonomía en el funcionamiento de la institución, que puede considerarse la condición previa de una neutralidad real. El INP continúa la dirección seguida por IRS, el cual venía a ser un ensayo, realizado con éxito excelente, y encaminado a armonizar y compenetrar los dos elementos o factores que constituyen el cuerpo del Estado moderno, pero que con tanta dificultad se armonizan, respetándose y complementándose: el factor representativo de la opiniones y de los intereses, aquí de los patronos y de los obreros y de los elementos sociales y políticos, y el elemento técnico, o sea las exigencias técnicas de todo servicio<sup>18</sup>. Tanto el IRS como el INP reflejaban en sí una nueva forma de intervencionismo público, basado en el pluralismo y en una política de consenso entre todos los agentes implicados.

El INP significa un “sector autónomo de la administración pública”, donde buscarse la colaboración permanente de todas las fuerzas políticas y sociales (el régimen de previsión popular como “federación de actuaciones sociales”) y la comunicación constante con todo el país. Se ha señalado que cuando el IRS elaboró el Proyecto de Ley orgánica del INP, promulgada el 27 de febrero de 1908, tuvo presentes para la administración pública de los Seguros Sociales los tres sistemas de gestión que se estimaban posibles, a saber: encomendarla a órganos de la Administración general del Estado; establecer al efecto un servicio público descentralizado, y, por último, confiarla a una institución pública autónoma. La solución elegida fue esta última, y con ella España se anticipó a lo que años después había de ser una verdad inconcusa, adquirida por tan dolorosas experiencias en otros países y expresada con frase lapidaria por la Oficina Internacional de Trabajo, al afirmar que sólo se puede hablar de institución de Seguros en el caso de que su administración sea autónoma. En este sentido, la autonomía otorgada al INP no fue meramente funcional, sino íntegra y, por tanto, especialmente referida a lo económico. Sus fondos no son fondos del Estado<sup>19</sup>.

Es un hecho verificable el pluralismo político e ideológico (liberales reformistas, krausistas-institucionistas, regeneracionistas, republicanos, socialistas, católico-sociales, conservadores reformistas, etc.) existente dentro de este organismo público en la realización de la reforma social, incluso en el período de la Dictadura de Primo de Rivera y en la Segunda República; aunque dicho pluralismo no se mantendría después durante la larga y cruenta Dictadura del franquismo. Para José Maluquer, Álvaro López Nuñez (Secretario de la Administración Central del Instituto desde su fundación en 1908, y uno de sus más grandes difusores y divulgadores de su labor previsor) e Inocencio Jiménez Vicente, el I.N.P. constituía un ámbito autónomo de la Administración Pública, donde es intensa y continuada la colaboración de *todas las fuerzas políticas y sociales* de cualquier tendencia; esto es, como una Institución típicamente pluralista de organización del intervencionista en materia de

<sup>18</sup> POSADA, A.: “Recordando al Instituto de Reformas Sociales”, en *Revista Internacional del Trabajo*, “informaciones sociales”, vol. II, núm. 2 (1930), reeditado en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extraordinario 2003, págs.17-25. Sobre su pensamiento y contribución a la reforma social en nuestro país, puede consultarse exhaustivamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

<sup>19</sup> Cfr. UCELAY REPOLLES, M.: *Previsión y seguros sociales*, vol.III de la “Doctrina y Legislación Social”, Madrid, Gráficas. González, 1955, pág.197. Recogía la propia reflexión de MALUQUER Y SALVADOR, J., *Una campaña en pro del seguro y de la previsión popular*, publicaciones y trabajos de don José Maluquer y Salvador, consejero delegado del I.N.P., Madrid, 1926-1930, tomo I, pág.274.

previsión social. En el pensamiento de estos brillantes constructores sociales, el I.N.P. era una prolongación institucional y espiritual del IRS; eso sí, con una adscripción finalista más específica, en cuanto organismo llamado a gestionar preferentemente el régimen de los seguros sociales (previsión social); constituyendo una institución aseguradora pública de carácter social. Marvaud había advertido que el I.N.P, en su opinión, se inspira mucho menos en las Cajas análogas francesa y belga que en la “*Cassa Nazionale di previdenza, per l’invalidita e per la vecchiaia degli operai de Italia*” (creada por la ley del 28 de julio de 1901). Se presta, pues, a las mismas críticas formuladas por Prefumo en su libro “*La Assecurazioni operaia*”, y en particular, de no prestar servicio más que a un número restringido de trabajadores. Esto es lo que ha señalado especialmente un delegado obrero, Gómez Latorre, en la Conferencia sobre previsión popular celebrada en Madrid en octubre de 1904 (“Boletín del IRS”, de noviembre de 1904); la mayor parte de los individuos pertenecientes al proletariado se ven imposibilitados –declara– de beneficiarse de las ventajas que se les ofrecen por medio del seguro, pues con su modesto salario no tienen lo bastante para atender a sus inmediatas y más apremiantes necesidades. La miseria de las clases populares es el principal obstáculo que ha encontrado la propaganda a favor de la previsión en muchos lugares del territorio italiano. No cabe duda de que suceda lo mismo en España. No obstante, no se puede dudar de que la nueva ley de creación del INP tendrá como efecto cubrir una laguna. Admirablemente concebida y de una gran claridad, hace el mayor honor al IRS, que la ha preparado. La creación del INP no se podrá, sin duda, considerarse como la solución definitiva del gran problema de los retiros obreros (En un discurso pronunciado en 1905 en la Academia madrileña de Jurisprudencia, Canalejas llegó a declarar que era un deber del legislador preparar el “seguro obligatorio”. Pero no parece que esta idea, que como se sabe tan magníficos resultados ha producido en países germánicos, esté próxima a realizarse en España), pero no deja de ser una base inicial sobre la que se pueda construir en el porvenir<sup>20</sup>.

El proceso de institucionalización de la reforma social en España fue ciertamente complejo y estuvo enmarcado en un más amplio fenómeno de respuesta internacional a la cuestión social en su dimensión laboral y de Seguridad Social. En prácticamente todos los grandes países europeos proliferaron Comisiones, Organismos o Institutos orientados a planificar el intervencionismo público en materia sociolaboral<sup>21</sup>. En su surgimiento se producía una combinación del proceso de modernización y de las presiones políticas por la mejora de las condiciones de existencia de las clases trabajadoras. Los programas públicos de aseguramiento social (en conjunción con las políticas laborales) están en el germen del Estado social en España. El Real Decreto de 20 de noviembre de 1919, establece el “Plan de seguros de INP” (Gaceta 23 noviembre). El plan de seguros concreta la amplia acción autónoma del INP para difundir y practicar en las mejores condiciones posibles la previsión popular que le está encomendada. “Los seguros a que se refiere la Ley de 27 de febrero de 1908, propios del INP y de los organismos similares, declarados legalmente colaboradores del mismo, con arreglo a lo estatuido en la citada Ley, son los siguientes: a) Seguros de retiros obreros y pensiones para la vejez. b) Pensiones de supervivencia (viudedad y

<sup>20</sup> Cfr. MARVAUD, A.: *La cuestión social en España (1910)*, Prólogo de J.J.Castillo y J.M. Borrás, Madrid, Ediciones de la Revista de Trabajo, 1975, págs. 270-271.

<sup>21</sup> Véase la “*Memoria acerca de los institutos de trabajo en el extranjero por J.Uña y Sarthou*”, incluida en ÁLVAREZ BUYLLA, A., GONZÁLEZ POSADA, A. y MOROTE, L.: *El Instituto de Trabajo. Datos para la historia de la reforma social en España*, Discurso Preliminar por J.Canalejas y Méndez, reedición facsimil, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986.

orfandad). c) Seguro popular de vida y de renta y su aplicación al régimen legal sobre construcción de casas baratas y otros fines sociales. d) Seguros infantiles diferidos. e) Seguro contra el paro forzoso. f) Seguros de invalidez, accidentes, enfermedad y maternidad y funciones oficiales relacionadas con los mismos. g) Toda otra operación de previsión social basada en el ahorro, que tenga por base la vida humana, su duración o cualesquiera de sus incidencias” (art.1). Por otra parte, “Las operaciones precedentes de Seguro y Reaseguro podrán realizarse individual o colectivamente, tomando por base en el segundo caso las Agrupaciones o Mutualidades locales, gremiales, profesionales, etc., como Montepíos de funcionarios o de clases sociales, *Cotos* sociales de previsión, Mutualidades escolares, y cualesquiera otras de análoga naturaleza y de carácter benéfico-social” (art.2). Por último, se indicaba que estas “operaciones de previsión social son aplicables a todas las clases trabajadoras, ya sean industriales, agrícolas, mercantiles, etc., y los funcionarios del Estado y profesionales de todo orden” (art.3). En realidad estas formas de aseguramiento de los riesgos sociales atendían al régimen preferente de libertad subsidiada; la gran excepción viene constituida en este campo por la creación del seguro obligatorio de vejez para la población asalariada en virtud del Real Decreto de 11 de marzo de 1919, instituyente del Régimen de intensificación del retiro obrero (Gaceta 12 marzo), y Real Decreto de 21 de enero, Reglamento General del Régimen obligatorio de retiro obrero (Gaceta 23 enero).

Desde el punto de vista legislativo se opera un proceso de diferenciación jurídica y dogmática que conduce a la creación del Derecho Social. Desde el punto de vista institucional, se creó la Comisión de Reformas Sociales en 1883 (y las Juntas de Reformas Sociales como instituciones descentralizadoras adscritas primero a aquélla y después al IRS), se propondría después la constitución de un “Instituto de Trabajo” (que no prosperó ante la oposición a las reformas de orientación del liberalismo social), y que, con el impulso político de Eduardo Dato, se traduciría en la creación del Instituto de Reformas Sociales (1903-1904). El IRS “estará encargado de preparar la legislación del Trabajo en su más amplio sentido, cuidar de su ejecución, organizando para ello los necesarios servicios de inspección y estadística, y favorecer la acción social y gubernativa en beneficio de la mejora o bienestar de las clases obreras”. Cfr. art.1 del Real Decreto de 23 de abril de 1903, Creación del IRS (Gaceta 30 abril). El Real Decreto de 15 de agosto de 1903, establece el Reglamento del IRS (Gaceta 18 agosto). Por su parte, el Real Decreto de 14 de octubre de 1919, procede a reorganizar el IRS (Gaceta 15 octubre); una reordenación ciertamente importante. “El IRS es el órgano oficial encargado del estudio, proposición, ejecución y difusión de las disposiciones leales referentes a los problemas económico-sociales en su más amplio sentido, y muy especialmente el Cuerpo consultivo del Gobierno en cuanto afecta a la legislación del trabajo y a la acción social” (art.1). “El IRS dependerá del Ministerio de la Gobernación, actuando permanentemente como Cuerpo consultivo de los diversos Ministerios” (art.3). Se ha realizado que el seguro social en España se inicia con los estudios que en la antigua Comisión de Reformas Sociales, predecesora del IRS, llevó a cabo José Maluquer, los cuales cuajaron en diversas ponencias y proyectos presentado, más tarde, por el mencionado Instituto, como base de disposiciones legislativas. Maluquer representaba en aquella Comisión la escuela que se ha llamado de la libertad subsidiada, régimen de transición entre el seguro libre y el seguro obligatorio, y hubo de mantener allí discusiones al respecto con personalidades que procedían del antiguo liberalismo ortodoxo, como Moret, Piernas, Azcarate (primera época), R.M. de Labra, Federico Rubio, Echegaray, Moreno Rodríguez, Manresa y otros, que entonces estaban influenciados por el economismo clásico manchesteriano, para pasarse luego al campo del intervencionismo.

También fue Maluquer quien –con la ayuda inestimable de López Nuñez, y de otras figuras del reformismo social– en el nuevo organismo preparó con tenacidad indomable los estudios de las nuevas organizaciones, asimismo dentro de la doctrina de la libertad subsidiada, que en Bélgica habían propugnado Bégault, Hankar, Lépreux y otros eminentes sociólogos y técnicos del seguro, y que en su Caja Nacional había dado resultado satisfactorio. Pero el IRS quería realizar una labor sólida y objetiva y, por lo tanto, fundamentada en la realidad. Por ello convocó una Conferencia Nacional de Cajas de Ahorros, que se reunió en Madrid, en 1904, y puso la primera piedra de la Ley de Retiros obreros. Presidió la Conferencia Gumersindo de Azcarate, alcanzándose el acuerdo unánime de fundar una Caja Nacional de Previsión, con el primero y principal objetivo de realizar operaciones de renta vitalicia a favor de las personas de las clases trabajadoras, sujetándose a las condiciones técnicas del seguro (cfr. *Conferencia sobre Previsión popular*, Madrid, 1905). Una vez recogida la iniciativa de la Conferencia, y convenientemente elaborada en el IRS, se convirtió en el Proyecto de creación del Instituto Nacional de Previsión, presentado al Parlamento, primero, por el Ministro Sr. Dávila, y más tarde por el Sr. La Cierva, y promulgado como Ley en 27 de febrero de 1908. Con ello se inicia la etapa más importante en la era del seguro social. Nótese que la finalidad de esta Ley no fue exclusivamente económica y técnica, sino también *educadora y social*, es decir, que su eficacia no se limitó sólo a practicar el seguro, sino a difundirlo, vulgarizando sus enseñanzas entre las muchedumbres populares. A esta finalidad docente responde el nombre de “Instituto” que se ha dado a la entidad a que se encomienda el régimen legal de Previsión, en lugar del de “Caja”, con que en la mayoría de los países se designaba a las entidades que tenía a su cargo el seguro social. Como hace notar López Nuñez, con igual propósito se recalca en la ley el carácter técnico de la institución, a fin de ponerla frente al empirismo rutinario, de funesta experiencia en todas partes y completamente incompatible con el prestigio del Poder público y el decoro de los estudios sociales (Ibid., p.98). Es lo cierto que la Conferencia sobre Previsión Popular, celebrada Madrid los días 19 y 20 de octubre de 1904 (convocada por Real Orden del Ministerio de la Gobernación de 23 de julio de 1904), puso las bases iniciales del régimen de los seguros sociales en nuestro país. El texto de la Real Orden convocando la Conferencia, con su Reglamento y Cuestionario, más las Actas de las sesiones y transcripciones de los interesantes debates suscitados se recogen en IRS.: *Conferencia sobre Previsión Popular, celebrada en los días 19 y 20 de Octubre de 1904*, Madrid, Est. Tip. de la Viuda é Hijos de M. Tello, Impresor de Cámara de S.M., 1905. En la Real Orden del Ministerio de la Gobernación, de 23 de julio de 1904, se indicaba que “El IRS ha requerido el concurso de este Ministerio para el mejor éxito de la Conferencia sobre Previsión Popular, que se reunirá en Madrid el 17 (sic.) de Octubre próximo, con representación del Instituto y de las Cajas locales de Ahorros que actualmente funcionan en España bajo el patronato de este Ministerio, y otras similares que por consideraciones justificadas deban ser oídas. Dicha Conferencia servirá de base para el estudio de una Caja Nacional de Seguro popular, que el IRS ha de proponer al Gobierno, y de un nuevo régimen entre las Cajas locales de Ahorros que permita establecer con las debidas garantías un servicio interprovincial de transferencia de sus respectivas imposiciones...”. En el Reglamento incorporado en dicho Real Decreto se hacía nota que entre los grupos de cuestiones que deberían ser objeto de las tareas de la Conferencia estaría el “examen de un proyecto de Instituto Nacional de Previsión, administrado por las Cajas de Ahorros que al efecto se concierten, sin menoscabo de su actual autonomía, para la práctica del seguro popular, y, en primer término, de las pensiones vitalicias obreras” (art.2º.B). Por otra parte, se precisaba que “el IRS estará representado en la Conferencia por su Presidente, dos Vocales designados por el Consejo de Dirección, un

Vocal elegido por la Sección primera, otro por la Sección segunda y dos por la Sección tercera, correspondiendo de estos últimos uno a la representación de la clase patronal y otro a la de la clase obrera” (art.5º). Es de señalar que conforme a lo dispuesto en el art.5º del Reglamento referido, las Secciones corporativas del IRS nombraron sus representantes en la Conferencia a los Sres. *Maluquer, por la Sección de Policía y Orden Público*; Piernas, por la Jurídica; Dato y Serrano, por la de Relaciones Económico-Sociales; y por el Consejo de Dirección, los Sres. Salillas y Gómez Latorre. En la Sesión del día 19 de diciembre de la Conferencia, como se refleja en las “Actas de las Sesiones”, respondiendo a la invitación y designando el Delegado correspondiente, *por la Caja de Ahorros “de Lugo, Don José Maluquer y Salvador”*. Debe hacerse notar que en el desarrollo de toda la Conferencia se refleja la omnipresencia de Maluquer en la construcción del INP y el régimen del aseguramiento social. En la conferencia se mantuvieron posiciones distintas, pero dominaba la idea de que el Estado debería crear la Caja de Previsión bajo su garantía.

La omnipresencia de Maluquer en la elaboración de propuestas y el debate es también especialmente perceptible en la Segunda Conferencia sobre Previsión Popular de enero de 1914, pues en ella Maluquer marcó los problemas fundamentales y sus soluciones<sup>22</sup>. Por cierto, y de modo harto significativo, se pudo decir contemporáneamente que: “Es evidente que no hay obra sin hombre y en la que nos ocupa es justicia y honor de los católico-sociales consignar que la elaboración del proyecto de crear en España el Instituto de Previsión se debe a la iniciativa del Sr. Maluquer y Salvador, gran especialista en cuestiones económicas, principalmente en el seguro, el cual, trabajando desde hace años en esta materia, y como individuo del IRS, redactó la ponencia, sentando las bases para la creación del Instituto”<sup>23</sup>. En 1904, el Ministerio de la Gobernación encomendó al IRS un proyecto de ley sobre la materia, y el Instituto, deseando que su propuesta estuviera asistida por la experiencia de las instituciones de ahorro arraigadas ya en España, promovió la celebración de la Conferencia sobre Previsión popular, que se reunió en Madrid en Octubre de 1904, bajo la presidencia de Azcarate, y a la cual concurrieron representantes de 24 Cajas de Ahorros, entre ellas la de la capital de España, y se adherieron varias otras de estas entidades. Partiendo de las conclusiones de la Conferencia y de los antecedentes que la habían precedido, el IRS presentó al Gobierno el proyecto de creación del IRS, proyecto cuya redacción fue encomendada a una ponencia formada por Azcarate, Dato, Gómez Latorre, Maluquer y Salvador, Salillas y Serrano. Este proyecto fue presentado al Parlamento siendo Ministro de la Gobernación el Sr. Dávila. En 1908 lo reprodujo el Ministro La Cierva, y, tras breve tramitación parlamentaria, fue aprobado en febrero de 1908. El INP no procede empíricamente, sino con sujeción a las reglas técnicas del seguro. Significa un complejo problema de política social contemporánea, reducido a una concisa operación algebraica (la fórmula de la renta vitalicia diferida). En operaciones como las de pensiones de retiro, y, en general, todas las de seguro, se necesita una exactitud absoluta, que sólo pueden ofrecer las reglas matemáticas. Todas las operaciones del INP están sometidas al cálculo matemático, y esto le permite determinar con seguridad completa la pensión o renta que corresponde a cada imposición. No hay, pues, en sus operaciones nada fiado al azar ni a estimaciones empíricas.

<sup>22</sup> Véase IRS.: *Segunda Conferencia sobre Previsión Popular, celebrada en Madrid por los Delegados de las Cajas de Ahorro y del Banco Hipotecario de España, en los días 24, 26, 27 y 28 de Enero de 1914*, Madrid, Imp. de la Suc. de M.Minuesa de los Ríos, 1914.

<sup>23</sup> Cfr. SANGRO Y ROS DE OLANO, P., *La intervención del Estado y del Municipio en las cuestiones obreras según los principios católico-sociales*, Lecciones dadas en la V Semana Social de España Barcelona 1910, Barcelona, Imprenta de Pedro Ortega, 1912, pág.62.

En el largo proceso de Institucionalización de la reforma encontraría después algunos pilares esenciales: el Instituto Nacional de Previsión (1908; creado por Ley de 27 de febrero de 1908; el Real Decreto de 24 de diciembre de 1908, aprobó sus estatutos, y el Real Decreto de 10 de diciembre de 1908, aprobaría el Reglamento de las entidades similares al INP) y el Ministerio de Trabajo (1920), en el cual se integran los dos Institutos (el IRS desapareciendo como organismo público diferenciado y el INP, insertándose en la estructura institucional del nuevo Ministerio, pero conservando su personalidad jurídica y su autonomía organizativa –institución autónoma–). Estos Institutos mantuvieron a lo largo de existencia una íntima vinculación, orgánica, funcional y de equipo de personas; lo que llevó a que desaparecido el IRS, una parte importante de sus efectivos pasara a formar parte del INP (aparte, lógicamente, de otras instancias del Ministerio de Trabajo). Se da nacimiento a una nueva organización administrativa, vinculada especialmente a la administración técnica de los seguros sociales y a la administración laboral y a las formas institucionales de solución de los conflictos. Se trata de un intervencionismo administrativo especializado encaminado a resolver la cuestión predisponiendo no sólo medidas jurídicas de protección, sino también estableciendo una *racionalidad administrativa específica* para atender al ámbito singular de “lo social”. Es de señalar que esa racionalización administrativa de la política social adquiere un rasgo harto significativo y diferenciador respecto a situaciones precedentes, a saber: la tendencia a incorporar a las representaciones de los distintos intereses sociales en las estructuras y organizaciones administrativas, conformado, de algún modo, una organización corporativo (-administrativa) de los intereses sociales. En no poco ello es exponente de la creciente incorporación e integración del movimiento obrero en la dinámica interna del sistema político-institucional. La representación “administrativa” de los intereses (representación funcional) permite reconducir hacia el Estado los conflictos redistributivos. Para lograrlo el propio sistema estatal se redefine a sí mismo hacia la forma Estado social, la cual permite afrontar –cuando no resolver– la crisis del Estado y de la doctrina positivista del mismo y de su Derecho. Se intenta integrar los conflictos sociales en el interior de la organización administrativa de la nueva forma Estado emergente. De este modo, la racionalidad administrativa instrumental se articula y corresponde con una racionalización jurídico-material imperante en el Derecho social del trabajo.

En el proceso de reforma social y de instauración de los seguros sociales en este marco domina la lógica del intervencionismo “corrector” y el “armonicismo social”, el cual puede ser considerado como *una característica de época del proceso reformista*, aunque en ellos predominaban los institucionalistas krausistas, los católico-sociales y los socialistas, por este orden de mayor a menor presencia. No es de extrañar que la práctica totalidad de los partidos de la Restauración se inclinase por la realización de una política de reforma social, aunque en el bloque de la crítica política al régimen de la Restauración existiera un rechazo al carácter limitado de las reformas (los socialistas) o a la reforma estatal en sí (los anarquistas). La respuesta tuvo carácter eminentemente defensivo y neutralizador, aunque no faltaron posiciones ideológicas de sincera sensibilización por las dramáticas condiciones de vida y trabajo de las clases desposeídas. Es la crisis socio-política del último tercio del siglo XIX, la que anima a realizar una reforma del orden social liberal, y en ese propósito reformador confluyen distintas orientaciones ideológicas (krausismo liberal, catolicismo social, liberalismo y conservadurismo reformista, socialismo jurídico y el regeneracionismo). En ellas prevalece un elemento común, como es la búsqueda de la armonía social y la concepción organicista de la sociedad. Ambos son los dos elementos dominantes más generalizadamente compartidos por las distintas ideologías reformistas en el período. El

organicismo no suponía en sí la negación de la democracia, pero sí dotaba de una cierta proclividad de las ideologías imperantes hacia la instauración de fórmulas corporativistas<sup>24</sup>.

Pero detrás del planteamiento técnico de los reformadores de la previsión social se tenía la preocupación de la paz social y de la estabilización del sistema y la exigencia civilizar un sistema social que se había mostrado extraordinariamente injusto, al mismo tiempo que se evidenciaban las insuficiencias de las medidas de caridad y beneficencia pública. Este era un rasgo generalizable en Europa desde la segunda mitad del siglo XIX. El propio Maluquer, aprecia esa fundamentación político-jurídica de la creación de la legislación social: “Es una ley de organización del trabajo, que la inspira la experiencia germánica y las declaraciones de la parte permanente del Tratado de Versalles de que la paz social requiere la equidad social, y esto varias medidas, entre ellas los seguros de vejez e invalidez, sin los que una nación podría ser un foco de inquietud peligroso para todos las demás que atiendan debidamente estos nuevos progresos”<sup>25</sup>. Se reclamaba la *eficacia moralizadora, integradora y pacificadora de la previsión social y de contención* para realizar esa magna obra de restauración social<sup>26</sup>.

Desde el prisma estrictamente político, como se indicó, el nombre de Inocencio Jiménez va unido a los inicios de la Democracia Cristiana en España. Fue precisamente uno de los impulsores del Grupo de la Democracia Cristiana, junto a Severino Aznar, Maximiliano Arboleya. Su posición ideológico-política era moderada; más que una defensa de la democracia representativa, postulaba la justicia social dentro de la variedad de formas de gobierno político, defendiendo la intervención subsidiaria del Estado en la cuestión social y la realización de políticas de distribución de la riqueza y de prevención de la miseria y de las situaciones de desigualdad social. Entendía que no existía una contradicción o antinomia entre la caridad cristiana y la justicia legal. Pero junto a la instituciones y obras de caridad,

<sup>24</sup> Es el caso harto significativo de López Nuñez quien no obstante la defensa del derecho de asociación se mostraba partidario de la organización corporativa nacional instaurada por el Decreto-Ley de 26 de noviembre de 1921. Para él, en efecto, “el derecho corporativo, viene a ser un avance sobre el derecho social puramente intervencionista y de carácter sintético y uniforme, que parece haber cumplido ya su misión de sustituir el antiguo liberalismo económico, que consideraba al trabajo como una mercancía sin otra ley que la voluntad contractual, por un concepto más humano y más justo de las relaciones del mundo del trabajo. El nuevo derecho corporativo es un paso más en este caminar inacabable hacia la perfección: asentado sobre las bases inmovibles de la realidad, da a la vida del trabajo un *sentido orgánico* y colectivo, y establece el concepto democrático de la profesión que se gobierna a sí misma, protegida por el Poder público, como suprema garantía de los derechos de todos”. Cfr. *Veinte años de legislación social*, Madrid, Juan Ortiz editor, 1928, pp. 27 y ss., en particular pp.29-30).

<sup>25</sup> MALUQUER Y SALVADOR, J.: “Afirmación del Derecho constituido. Conferencia en el Ateneo de Gijón el día 25 de abril de 1921”, en el Volumen 2º de *Una campaña en pro del seguro y de la previsión popular*, cit., p.199. Destaca que “La característica general del nuestro sistema de seguro obligatorio, es la de referirse, como ya dije, a la organización del trabajo; es decir, a ser antes que una ley de asistencia social, una ley de perfeccionamiento en la vida económica, y en tal sentido está establecida la relación entre el Estado y la acción patronal. En efecto, como se ha visto por la experiencia a que aludía antes, esta reforma favorece la normalidad del trabajo”. Cfr. MALUQUER Y SALVADOR, J.: *Reglamentación del seguro obligatorio de retiros obreros*, Conferencia, Madrid, Editorial Reus, Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1921, pág.13; “Y así fui a aquella conferencia, no aportando máximas de Congresos sociales ni de moral cristiana, sino refiriéndome a memorias de juntas de accionistas de los Estados Unidos que demostraban de una manera palmaria que el empleo de grandes sumas en estas obras de reforma social había seguido una normalidad verdaderamente grande en el trabajo y que la empresa que más atendía estos asuntos era la empresa que obtenía mayor resultado financiero” (*Ibid.*, págs.14-15).

<sup>26</sup> LÓPEZ NUÑEZ, A.: *Ideario de previsión social*, cit., págs.128-129, con apoyo en el pensamiento de Concepción Arenal, y págs.130-131.

era estrictamente necesario establecer un sistema público de previsión y aseguramiento social obligatorio (tras la experiencia intermedia –y educativa– del régimen de libertad subsidiada) que hiciera frente a la imprevisión social y a la insuficiencia intrínseca de los instrumentos de la autoprevisión individual (ahorro privado, mutualidades de previsión, etc.). Con la defensa del seguro social obligatorio se daría paso al sistema de previsión social y tras él se abría paso los sistemas modernos de Seguridad Social. En ese desarrollo cualitativo tendría un papel central personalidades relevantes como José Maluquer y Salvador, Álvaro López Nuñez, Adolfo Posada, Severino Aznar, el propio Inocencio Jiménez Vicente, Pedro de Sangro y Ros de Olano, Rafael García Ormaechea..., y después Luís Jordana de Pozas. Siendo relevante anotar la contribución efectiva de un *equipo pluralista en lo ideológico*, en un espectro que va desde el krausismo social republicano (los “dos Adolfos”, Adolfo Álvarez Buylla y Adolfo Posada, Leopoldo Palacios Morini...), el catolicismo social y el socialismo jurídico (Ricardo Oyuelos Pérez; Rafael García Ormaechea, P. Pérez Díaz, Antonio Fabras Rivas, Luís Araquistain Quevedo, Manuel Vigil Montoto, ...), regeneracionistas republicanos (señaladamente, José Maluquer y Salvador, con fuerte presencia también en su pensamiento reformista de la ideología católico-social) y los conservadores reformistas liberales (Dato, José Canalejas...). Pero Inocencio Jiménez, junto con el artífice principal José Maluquer y Salvador y Álvaro López Nuñez, puede considerarse dentro de ese amplio espectro como uno de los padres impulsores del sistema de previsión social en España.

Dentro de la corriente del catolicismo social en el I.N.P., cabe añadir a Inocencio Jiménez (que sucedió por enfermedad a José Maluquer en 1923), Severino Aznar y, especialmente en la postguerra, a Luís Jordana de Pozas (discípulo de Inocencio Jiménez y de Álvaro López Nuñez) y José Álvarez Ude. Todos ellos estaban convencidos de la necesidad de canalizar una parte esencial de la reforma social hacia la instauración de un sistema de aseguramiento social y, asimismo, de que habría que caminar hacia la construcción coherente de un sistema de Seguros Sociales unificados, sobre la base de un conjunto de principios coherentes (universalidad subjetiva objetiva, consideración conjunta de las contingencias, etc.). Es cierto que el principio de subsidiariedad (aceptado por el catolicismo social) pudo influir negativamente en el inicio de los seguros sociales obligatorios al hacer más proclive la apuesta por un régimen de seguros basadas en la libertad subsidiada, pero al tiempo fueron los propios católicos sociales los que percibieron las insuficiencias del modelo inicial apostando por los modelos de seguro obligatorio que se venían extendiendo en la mayor parte de los países europeos de referencia (siguiendo en esto de cerca la experiencia originara alemana de implantación de seguros sociales obligatorios). De este modo, en materia de aseguramiento social frente a los riesgos de la existencia humana, se superaría la lógica del intervencionismo subsidiario (modelo inicial en Bélgica y en Italia de seguro libre subsidiado), como supuesta solución intermedia viable entre la opción liberal estricta de apuesta por la iniciativa privada (mercado del seguro mercantil) y el llamado “socialismo de Estado” o intervencionismo público “fuerte”, que suponía la publicación de los seguros imponiendo legalmente su carácter obligatorio.

El punto de inflexión en España viene constituido, como es sabido, con el apoyo efectivo a la técnica del seguro social obligatorio (y con la propuesta –cumplida mucho tiempo después en período postconstitucional– de la extensión subjetiva efectiva a todos los ciudadanos superando el criterio de inclusión en razón a la profesionalidad) realizada en la Conferencia de Seguros Sociales, convocada por Eduardo Dato (por entonces Ministro de Fomento del Gobierno conservador), reunida en Madrid los días 24-31 de octubre de 1917, y

reflejada en sus acuerdos. Los católicos sociales que inicialmente habían defendido el seguro libre subsidiado acabarían defendiendo la mayor adecuación social (especialmente para los económicamente débiles) del seguro obligatorio. Se observaría expresivamente que “los seguros sociales, o son obligatorios o no son nada”<sup>27</sup>.

La siguiente idea-fuerza defendida por Inocencio Jiménez y otros católicos sociales como López Nuñez y Jordana de Pozas sería la realización del principio de unificación de los seguros sociales obligatorios (el “seguro único” o “total” para el conjunto de los riesgos de la existencia humana socialmente relevantes).

En realidad, Inocencio Jiménez asumió como un objetivo fundamental de su labor el de la unificación de los seguros sociales, aunque a pesar de sus esfuerzos este objetivo no se alcanzará hasta muchos años después de su fallecimiento. Para Inocencio Jiménez la unificación debería ir hacia la creación de un “seguro social total”, sino ante una unificación por coordinación, que confiera coherencia y eficiencia protectora a un *sistema* de seguros sociales así unificados. Ello encontraría numerosas ventajas en todas las vertientes posibles: legal, con la sistematización de los seguros en un mismo texto normativo; técnico, una misma dirección actuarial que tuviera una perspectiva de conjunto de todas las instituciones de aseguramiento social, sin perjuicio de la diversidad de riesgos objeto de cobertura; social, toda vez que esa unificación por coordinación tendría la virtualidad de impedir una artificiosa separación del colectivo asegurable; administrativo, ya que la diversificación de los seguros sin coordinación unificadora supone una multiplicación de entidades gestoras que encarecen y obstaculizan la buena gestión de lo que debe ser un *sistema de aseguramiento*; inspección y de tutela jurisdiccional, una desarticulación de los seguros sociales dificultan tanto el control administrativo como el judicial<sup>28</sup>.

En la Segunda República estuvo al frente del I.N.P. Y durante la guerra, en la llamada “zona nacional”, continúa desempeñando sus funciones junto con Severino Aznar Embid, Luis Jordana de Pozas y otras personalidades históricas de la élite del I.N.P. En este sentido se produjo una cierta continuidad de la inspiración católico social durante la Segunda República y los primeros años de la Dictadura franquista. Ya resulta significativo que tras la muerte de Inocencio Jiménez (27 de abril de 1941), la vacante del cargo de Director del I.N.P., posibilitó el dominio falangista, pues José Antonio Girón de Velasco, que había sido nombrado Ministro de trabajo por decreto de 19 de mayo de 1941, impuso su criterio. Así el decreto de 31 de mayo de 1941 nombró el nuevo Consejo de Administración del I.N.P., y de los veinte consejeros, doce eran falangistas. Ya antes, el 8 de junio de 1941, Francisco Greño Pozurama sería nombrado Director general de previsión. De este modo Falange conseguiría el control del I.N.P., culminando el objetivo de asumir la política social del régimen franquista. El I.N.P., acabó perdiendo –por poco tiempo, ciertamente– la poca autonomía institucional que todavía aspiraba a mantener. Con ello se apartaba de la pretensión de neutralidad política (en el sentido de no adscripción a direcciones de partido) perseguida por los fundadores principales como Maluquer, Marva, López Nuñez y el mismo Inocencio

<sup>27</sup> GONZÁLEZ POSADA, C.: *Los seguros sociales obligatorios en España*, 3ª ed., Madrid, Edersa, 1949, pág. 7.

<sup>28</sup> JIMÉNEZ VICENTE, I.: *La unificación de los seguros sociales*, 3ª edición, Madrid, 1936; y, en esa dirección, JORDANA DE POZAS, L.: *El principio de unidad y los seguros sociales*, Madrid, Publicaciones del I.N.P., 1941; MARTÍ BUFILL, C.: “La unificación de los seguros sociales”, en *Revista Española de Seguridad Social*, núms. 7-8 (1948). Era el objetivo postulado por José Maluquer y Salvador. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007.

Jiménez, a pesar de las vicisitudes políticas en que aquél se insertaba. Con el triunfo de Falange, y sobre todo con el nombramiento de Girón de Velasco como Ministro de Trabajo, el I.N.P., se convertiría en un organismo al servicio instrumental de la propaganda política del régimen de la Dictadura<sup>29</sup>.

El dominio total se opera, en un principio, cuando Girón de Velasco Decretó que la Presidencia del I.N.P. le correspondería al Ministro de Trabajo, el cual podría delegar en un tercero (Decreto de 14 de diciembre de 1942). En 1943, Girón delegó en su subsecretario de Trabajo, José Castro Rial, como Director general de I.N.P. De este modo, el I.N.P. estaría al servicio del Estado Nacional Sindicalista en materia de política social. Ahora bien, este era el objetivo pretendido, pero en el fondo la estrategia falangista de Girón fracasó, en los hechos Falange no consiguió el pleno control del I.N.P., porque el mismo cambio del contexto político que frenó la estrategia de Girón de Velasco. Se produjo la derrota de las potencias del Eje, lo cual precipitó la crisis ministerial de 1945 y dio curso a una nueva etapa del I.N.P., con orientaciones más proclives hacia la doctrina social de la Iglesia, convenientemente depurada de cualquier reminiscencia democrática –siquiera sea de “democracia cristiana”–. Pero es que, además, las personas más capaces estaban fuera de la corriente falangista; estaban todavía en lo que quedaba del catolicismo social donde sobresalía Jordana de Pozas, a la estela de Severino Aznar y Pedro Sangro y Ros de Olano. Esto facilitaría que William Beveridge, impartiese diversas conferencias en España, con la invitación y presentación de Luis Jordana de Pozas. La evolución posterior de la actividad del I.N.P. estaría muy conectada e influida con las corrientes dominantes en Europa, donde la nueva élite del Instituto viajaba y participativa activamente en los debates sobre el desarrollo de los sistemas de previsión social hacia la formación de la Seguridad Social contemporánea. Falange no consiguió hacerse con el control absoluto del I.N.P., pues se imponía una cierta autonomía que más tarde se reforzaría con la visión más tecnocrática de su funcionalmente y diseño de sus objetivos en materia de previsión y Seguridad Social<sup>30</sup>. No obstante, ello no significa que el régimen franquista no continuará instrumentalizando cada avance de los seguros sociales impulsados por el I.N.P., al servicio de la propaganda encaminada a obtener una legitimidad popular que no pudo nunca ser conseguida a través de procedimientos verdaderamente democráticos. De esta manera el régimen de la Dictadura franquista convirtió la previsión y en general la política social como un elemento centro del discurso político, adaptándose pragmáticamente los cambios que exigían la coyuntura internacional en cada momento. Pero los límites de las políticas de consenso estribaban en la dificultad de una política encaminada a la atender a los factores realmente determinantes de las desigualdades sociales desde un régimen que presuponía el dominio político de una oligarquía dominante en el poder<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Reténgase, paradigmáticamente, el ideario reflejado en GIRÓN DE VELASCO, J.A.: *La futura empresa de los Seguros Sociales*, Madrid, Publicaciones del I.N.P., 1943.

<sup>30</sup> Puede consultarse, -*El Instituto Nacional de Previsión: Ubicación histórica, social y político-jurídica*, en *Cien Años de Protección Social en España. Libro Conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, TORTUERO PLAZA, J.L. (Dir. y Coord.), Madrid, Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007; *Ibid.*, *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed.Comares, 2007; ÁLVAREZ ROSETE, A.: “Elaborados con calma, ejecutados con prisa”. El avance de lo seguros sociales y la evolución del Instituto Nacional de Previsión en España entre 1936 y 1950”, en VV.AA.: *La previsión social en la historia*, Castillo, S. y Ruzafa, R. (Coords.), Madrid, Ed. Siglo XXI, 2009, págs. 235 y sigs.

<sup>31</sup> Puede consultarse, al respecto, MOLINERO, C.: *La captación de las masas. Política social y propaganda en régimen franquista*, Madrid, Ed. Cátedra, 2005, y la bibliografía allí citada.

Reténgase que al Grupo de la Democracia Cristiana estaba vinculada la revista *Renovación Social*, en la cual publicó numerosos artículos. Él sí fue fiel al ideario *social* del Grupo de la Democracia Cristiana, pero no fue coherente respecto al ideario *político-democrático* que inicialmente había inspirado al Grupo, señaladamente su compromiso de ensamblar los valores del catolicismo social con la democracia política. En efecto, al igual que la mayoría de los miembros del Grupo (con la notabilísima excepción de Maximiliano Arboleya), Inocencio Jiménez (del mismo modo que Severino Aznar, López Nuñez, entre otros muchos miembros del Grupo demócrata cristiano) aceptó de buen grado insertarse cómodamente en la estructuras institucionales de la Dictadura de Primo de Rivera, y después, mantuvo posiciones conservadoras hasta su muerte en 1936. Otros miembros del Grupo, tras el paréntesis de la Segunda República y la Guerra Civil, tuvieron una participación activa durante la Guerra y en el sistema establecido de la Dictadura franquista (Severino Aznar, Luís Jordana de Pozas, Pedro de Sangro y Ros de Olano, etc.). Hubo excepciones harto significativas, como las de Maximiliano Arboleya Martínez, Burgos y Mazo, Ángel Ossorio y Gallardo y José Álvarez Ude, los cuales rehusaron colaborar con la Dictadura de Primo de Rivera, participando activamente en la Sociedad de Estudios Económicos y Sociales. Tras el triunfo franquista en la Guerra Civil, el INP *vio desaparecer su pluralidad ideológica interna* (esto ante todo significaba la desaparición absoluta de la otra gran corriente dominante, la del liberalismo social krausista, aparte, como es obvio, de las corrientes republicanas y socialistas), y tan sólo quedaban figuras del catolicismo social reconvertidas en clave autoritaria y el personal técnico depurado (Severino Aznar, Inocencio Jiménez, Pedro de Sangro y Ros de Olano, Luís Jordana de Pozas, José Muñoz, Primitivo de la Quintana...).

Durante la Dictadura de Primo de Rivera, el Grupo democristiano se mantendría, pero figuras destacadas del mismo participarían en la fundación del Partido Social Popular (Severino Aznar, Inocencio Jiménez, Luís Jordana de Pozas, etc.), primer partido político en España de inspiración en la ideología de la Democracia Cristiana. El nuevo partido de la derecha católica no alcanzó a ser –a lo que aspiraba– un partido de masas. Todas sus figuras relevantes participaron activamente en la Dictadura de Primo de Rivera, con alguna excepción significativa (la más importante, sin duda, fue la de Ángel Ossorio y Gallardo). Más tarde, durante la Segunda República, la ideología del catolicismo social sería unilateralmente puesta al servicio de dos partidos políticos de derechas, la Acción Popular y la CEDA, aunque no determinó linealmente su caminar político y programático. En este sentido el catolicismo social aparece como posibilitador ideológico de estos dos partidos<sup>32</sup>. Cuando el catolicismo social –que nunca cuestionó las bases fundamentales del sistema capitalista– se expresa bajo programas políticos inequívocamente de derecha conservadora –como la Acción Nacional y la CEDA– queda más visible, en ese momento, el carácter mistificador de constituirse en una especie de tercera vía entre las consideradas dos opciones extremas, el capitalismo individualista y el socialismo en sus diversas manifestaciones.

La Dictadura necesita de una legitimación social y pretendía una regeneración nacional. Se prosiguió moderadamente con la política de reforma social y se creó un sistema corporativista de representación de carácter selectivo (Comités Paritarios de constitución y decisión obligatorias, Comisiones Mixta, Consejos de Corporaciones, Comisión delegada de Consejos, el Ministerio de Trabajo; integrados en la Organización Corporativa Nacional

<sup>32</sup> MONTERO GIBERT, J.R.: *La CEDA. El catolicismo social y político en la II República*, 2 tomos, Madrid, Eds. Revista de Trabajo, 1977.

creada en 1926). Pero también en ese mismo año (1926) España se retira de la Sociedad de Naciones, aunque, son sin fisuras y titubeos, mantiene su presencia en la OIT<sup>33</sup>. Es una decisión política que refleja el posicionamiento de la Dictadura en el orden internacional. Es una manifestación más de las tensiones internas existentes entre la pluralidad de fuerzas políticas e ideologías sociopolíticas que sustentaban a la Dictadura de un modo u otro<sup>34</sup>.

Dicha concepción integradora y corporativista permite comprender y explicar la continuidad de la política de reformas “desde arriba” con el Consejo de Trabajo de la Dictadura y la permanencia de un grupo muy significativo de miembros del IRS (Pedro de Sangro y Ros de Olano, Álvaro López Nuñez, Severino Aznar, Ricardo Ayuelos; Juan Uña, etcétera; con la excepción cualitativa de Adolfo Posada). Es significativo que Sanz y Escartín (ex Ministro de Trabajo y ex Presidente del IRS) fuese precisamente el primer Presidente del Consejo de Trabajo<sup>35</sup>. Recuérdese que Sanz y Escartín se insertaba en la línea del catolicismo social conservador. Recuérdese el talante pragmático de Maluquer en el sentido de orientar la acción previsora continuista del INP más allá de las constantes mutaciones de orientación política<sup>36</sup>, acentuando, si fuere preciso, un enfoque tecnocrático. Ese pragmatismo le permite apostar por la subsistencia del INP durante el régimen de la Dictadura de Primo de Rivera, realizando un esfuerzo de propaganda en la cual Maluquer se implicó tan directamente como para minar seriamente su salud. Exponente de ello es la Conferencia impartida en la Casa del Pueblo de Madrid, “Aspectos sociales del retiro obrero” y el “Primer Curso del Retiro Obrero”, a las que siguen numerosas intervenciones de difusión y propaganda para consolidar y expandir la labor previsora del INP, en las condiciones, en principio adversas, de la Dictadura de Primo de Rivera<sup>37</sup>. En el caso de las personalidades adscritas a la corriente del catolicismo social no fue tanto el pragmatismo como la voluntad de adhesión a un régimen corporativo en el que veían una solución propicia para resolver los problemas sociales y la realización del ideal integrador de la doctrina social de la Iglesia. Hay que tener en cuenta que ese pragmatismo se insertaba en un contexto internacional fuertemente proclive a la política social en general y, en particular, a la instauración de los seguros sociales obligatorios. No sólo la actuación de la OIT, sino también la continuada intervención de la Asociación Internacional para la lucha contra el paro y la Asociación

<sup>33</sup> En una perspectiva de conjunto, CUESTA BUSTILLO, J.: *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones entre España y la organización Internacional del Trabajo (1919-1939)*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1994.

<sup>34</sup> Puede consultarse GÓMEZ NAVARRO, J.L.: *El Régimen de Primo de Rivera*, cit., pág. 322 y *passim*. Con el agotamiento y crisis de la Dictadura en 1929 se instaura un periodo incierto y de transición –conocido como “Dictablanda”–, con el nombramiento de Pedro Sangro y Ros de Olano como Ministro de Trabajo. Ello facilita un mayor contacto con la OIT, y acelera los procesos de ratificación de varios instrumentos y garantiza la difusión de las informaciones y publicaciones de la OIT (Se traduce significativamente el libro de THOMAS, A.: *Historia anecdótica del Trabajo*, cuyo título original es “Lectures historiques”, trad. Rodolfo Llopis, Madrid, Juan Ortiz, 1930. Hay que tener en cuenta la depresión europea de la década de 1930. Los orígenes de la Gran Depresión se encuentran principalmente en las perturbaciones ocasionada por la Primera Guerra Mundial. Su extensión se debió en gran medida a las hostilidades y a los conflictos permanentes generados por la guerra y por el Tratado de Versalles, y sus efectos –especialmente en Alemania– se prolongaron manifiestamente hasta la Segunda Guerra Mundial.

<sup>35</sup> *In extenso*, MONEREO PÉREZ, J.L.: *El catolicismo social en España: Eduardo Sanz y Escartín*, Granada, Ed. Comares, 2010.

<sup>36</sup> MALUQUER Y SALVADOR, J.: “Curso de seguro obrero”, *INP*, núm.60, abril-junio de 1924, pág.83.

<sup>37</sup> Esa labor de propaganda se refleja en toda la actividad de INP y de sus hombres, y muy especialmente en Maluquer. Véase al respecto CUESTA BUSTILLO, J.: *Hacia los seguros sociales obligatorios*, cit., págs.210 y sigs.

Internacional de Política Social, resultante de la Asociación Internacional para la protección legal de los trabajadores<sup>38</sup>.

### 3. BIBLIOGRAFÍA

#### a) OBRAS DE INOCENCIO JIMÉNEZ VICENTE (SELECCIÓN)

Las publicaciones de carácter más científico en materia de seguros, ante todo, se realizarían en el marco de los servicios de publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, aunque publicó siempre en relación a materias relativas a los problemas sociales y a la reforma social.

Los trabajos de Inocencio Jiménez publicados se resolvieron en libros, artículos de revistas y folletos. Por otra parte, su actividad en periódicos fue muy intensa:

- *La acción social en Bélgica*, Zaragoza, 1904.
- *Vademécum del propagandista de Sindicatos obreros*, Zaragoza, 1909.
- *Vademécum del propagandista de Sindicatos agrícolas*, 2ª edición, Zaragoza, 1909.
- *Veinte años de Previsión social*, Publicaciones del I.N.P., Madrid, 1929.
- *El Instituto Nacional de Previsión. Notas sobre su desarrollo*, Madrid, 1930.
- *Memoria del Instituto Nacional de Previsión en 1930*, Publicaciones del I.N.P., Madrid, 1931.
- *Memoria del Instituto Nacional de Previsión en 1931*, Publicaciones del I.N.P., Madrid, 1932.
- *Memoria del Instituto Nacional de Previsión en 1932*, Publicaciones del I.N.P., Madrid, 1933.
- *Memoria del Instituto Nacional de Previsión en 1933*, Publicaciones del I.N.P., Madrid, 1934.
- *Memoria del Instituto Nacional de Previsión en 1934*, Publicaciones del I.N.P., Madrid, 1935.
- *Memoria del Instituto Nacional de Previsión en 1935*, Publicaciones del I.N.P., Madrid, 1936.
- *La Obra de los Homenajes a la Vejez*, Publicaciones del I.N.P., Madrid, 1931.
- *El Seguro social y el privado*, Madrid, 1934.
- *Las inversiones de los fondos de Previsión. (Con XII Apéndices.)*, Publicaciones del I.N.P., Madrid, 1927.

<sup>38</sup> Véase POSADA, A.: *La sociedad de Naciones y el derecho político. Superliberalismo*, Madrid, Caro Raggio, 1925; MALUQUER Y SALVADOR, J.: “La Conferencia de Ginebra”, en *AINP*, núm.64, abril-junio, 1925, págs.202 y sigs., e “Impresiones de la Conferencia Internacional del Trabajo”, en *AINP*, núm. 67, enero-marzo de 1926, págs.16 a 47, y “Cuestiones sociales”, en *ABC*, 25 junio de 1925, pág.17.

- *Las inversiones de los fondos de Previsión*, Publicaciones del I.N.P., Madrid, 1934.
- *La unificación de los Seguros sociales*, 3ª ed., Publicaciones del I.N.P., Madrid, 1936.
- *Los Tribunales Tutelares de Menores*. (Lección inaugural del curso 1932-1933 en la Universidad de Zaragoza.), Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1932.
- *El I.N.P. Notas sobre su desarrollo*, Madrid, Publicaciones del I.N.P., 1930.
- *La obra de los Homenajes a la Vejez*, Madrid, Publicaciones del I.N.P., 1931.
- *Las inversiones de los fondos de previsión*, Madrid, I.N.P. 1927. Con versiones posteriores, “Las inversiones de los fondos de previsión”, Madrid, Publicaciones del I.N.P., 1934.
- *El seguro social y el privado*, Madrid, Imprenta y encuadernación de los sobrinos de la sucesora M.Minuesa de los Ríos, 1934.
- *La unificación de los seguros sociales*, Madrid, Sucesores de M. Minuesa de los Ríos, 1934 (3ª ed., 1936).
- “Organización del Instituto”, *Lección I del Curso para funcionarios del I.N.P., Anales del Instituto Nacional de Previsión*, Vol. 1, 1935.
- *Información pública sobre el Proyecto de Unificación de los Seguros Sociales*, Madrid, Publicaciones del I.N.P., 1936.
- “Organización del Instituto”, Madrid, *Publicaciones del I.N.P.*, 1937.

**b) SECUNDARIA SOBRE INOCENCIO JIMÉNEZ VICENTE, SU ÉPOCA, EL CATOLICISMO SOCIAL Y LA REFORMA SOCIAL EN ESPAÑA**

- ALDEA VAQUERO, Q., GARCÍA GRANDA, J. y MARTÍN TEJEDOR, J.: *Iglesia y Sociedad en la España del Siglo XIX. Catolicismo Social (1909-1940)*, 2 tomos, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Centro de Estudios Históricos, Departamento Enrique Florez, 1987.
- ALONSO OLEA, M.: “Cien años de Seguridad Social”, en *Papeles de Economía Española*, núms.12-13 (1992).
- ALZAGA VILLAMIL, O., *La primera democracia cristiana en España*, Barcelona, Ariel, 1973;
- ANDRÉS GALLEGO, J.: *Pensamiento y acción social de la Iglesia en España*, Madrid, Espasa-Calpe, 1984.
- ANDRÉS GALLEGO, J. y PAZO, A. M.: “Cien años (y algo más) de catolicismo socila en España”, en PAZOS, A.M. (Dir.): *Un siglo de catolicismo social en Europa 1891-1991*, Pamplona, Eds. Universidad de Navarra, 1993, págs.50 y sigs.
- ANDRÉS GALLEJO, J. y PAZOS, A. M.: *La Iglesia en la España contemporánea*, 2 vols., Madrid, Ediciones Encuentro, 1999.

- ARBOLEYA MARTÍNEZ, M.: *De la Acción Social. Definiciones y principios. I. Diferentes aspectos de la Acción Femenina. II. Las tres escuelas clásicas ante la cuestión social. III. La participación de los trabajadores en la gestión de las industrias*, Barcelona, Luis Gili, 1921.
- *Los orígenes de un movimiento social. Balmes, precursors de Ketteler*, Prólogo de Armando Castroviejo, Barcelona, Librería Católica Internacional Luis Gili, 1912.
  - *Liberales, socialistas y católicos ante la cuestión social*, Valladolid, 1901.
  - *Los sindicatos obreros*, Barcelona, 1918.
  - *XL Aniversario de la "Rerum Novarum". La carta magna de la Justicia Social. I. Antecedentes. II. La Encíclica. III. Sus consecuencias*, Barcelona, Instituto de Propaganda Católica Miguel A. Salvatella, 1931.
- AZNAR, S.: *Impresiones de un demócrata cristiano*, 2ª ed., Madrid, Editorial Bibliográfica Española, 1950.
- *El catolicismo social en España. Nuestro primer curso social*, 2 tomos, Zaragoza, s/f.
  - *La abolición del salariado*, Madrid, RACMP, 1921.
  - *Las Encíclicas "Rerum Novarum" y "Quagragesimo Anno". Sus repercusiones en España (1941)*, Discurso leído en nombre de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el homenaje por dicha Academia celebrado en honor de aquellos solemnes y graves documentos, recogido en *Estudios religioso-sociales*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949.
  - "La función social de la Religión", recogido en *Estudios religioso-sociales*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949.
  - *La incorporación de los obreros del campo al régimen obligatorio de Retiro Obrero*, Madrid, Publicaciones del INP, 1924.
  - *El Retiro Obrero y la agricultura*, Madrid, Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, Publicaciones del INP, 1925.
  - *La previsión social de las clases campesinas*, Madrid, Sobrinos de la Suc. de M.Minuesa de los Ríos, Publicaciones del INP, 1928.
  - *Recuerdos de un tiempo viejo*, Madrid, INP, 1946.
  - *Los seguros sociales. En busca de sus principios*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1947; ID.: *Lo que es el coto social de previsión*, Madrid, Publicaciones del INP, Madrid, Suc.M.Minuesa, 1931.
  - *El seguro de maternidad*, Madrid, Publicaciones del INP, Madrid, Suc. M.Minuesa, 1932.
  - "Marv y la política social", Homenaje a la memoria del General Marv celebrado en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 2 de marzo, Madrid, Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, 1942.
  - *La vejez del obrero y las pensiones de retiro*, Madrid, Publicaciones del INP, 1915.

- AZPIAZU, J.: “La sociología católica y la Seguridad Social”, en *RISS*, núm.10 (1947); “Los seguros sociales a través de las encíclicas pontificias”, en *RISS*, núm.5 (1948).
- BALMES, J.: *Obras Completas*, Madrid, Ed. Católica, 1980; *Estudios Sociales, Obras Completas*, tomo VI, Barcelona, Biblioteca Balmes, 1925; *Escritos políticos*, Madrid, Imprenta Sociedad de Operarios del mismo Arete, 1847.
- BASO ANDREU, A.: “Don Álvaro López Nuñez. Semblanza de un maestro visto a través de su obra e ideario social”, *Flumen*, Revista de la Escuela de Magisterio de Huesca, núm.3 (1998), págs.91 a 106.
- BENAVIDES GÓMEZ, D.: *Democracia y cristianismo en la España de la Restauración, 1875-1931*, Madrid, Ed. Nacional, 1978; *El fracaso social del catolicismo español 1870-1951*, Barcelona, Editorial Nova Terra, 1973; *Maximiliano Arboleya. Un luchador social entre las dos Españas*, Madrid, BAC, 2003.
- BORRÁS, J.M<sup>a</sup>. (1996): *Historia de la infancia en la España contemporánea (1834-1956)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Fundación Germán Sánchez Ruipérez, 1996.
- BLANCO RODRÍGUEZ, J.E.: “La teoría de la previsión social española en sus iniciadores (1900-1936)”, en *Cuadernos de Política Social*, núm. 18 (1953), pp.59 a 73.
- *Antología del nacimiento de la Previsión Social Española (1908-1910)*, Madrid, MT-INP, 1959; “Doctrina Pontificia sobre la Seguridad Social”, en *RISS*, núm.5 (1961); *Planificación de la Seguridad Social*, Barcelona, Ediciones Marte, 1964;
- BORDONADO BERMEJO, M<sup>a</sup>.J.: *El General de ingenieros Don José Marva y Mayer creador del Cuerpo de Inspección de Trabajo*, Madrid, MTAS, 2006.
- BORRAJO DACRUZ, E.: *Estudios jurídicos de previsión social*, Madrid, Ed.Aguilar, 1963.
- “De la previsión social a la protección social en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 3 (1989).
- BOTTI, A.: *Cielo y tierra. El nacionalcatolicismo en España (1881-1975)*, Madrid, Alianza, 1992; 2<sup>a</sup> edición, 2008.
- BURGOS Y MAZO, M. DE: *El problema social y la democracia cristiana*, Prólogo del Excmo. Sr. D. Eduardo Dato Iradier, Barcelona, Luis Gili, 1914.
- BUYLLA A., y ALEGRE, G.: “El INP. Su funcionamiento e interés que para la clase trabajadora puede tener”, en *Anales del INP*, octubre de 1909;
- *La protección del obrero (Acción social y acción política)*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1910;
- CALLAHAN, W.J.: *La Iglesia católica en España*, Barcelona, Ed.Crítica, 2002.
- CANALEJAS MÉNDEZ, J.: *Discurso leído en la Academia de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1905.

- CANES GARRIDO, F.: “La protección a la infancia en España a comienzos del siglo XX”, en LLORENT, V. (Coord.): *Derechos y educación de niños y niñas. Un enfoque multicultural*, Sevilla, GIECSE/UNICEF-Universidad de Sevilla, 2001; “Álvaro López Nuñez (1865-1936) y la protección a la infancia en España”, ensayo localizable a través de Internet.
- CASTILLO, J.J.: *El sindicalismo amarillo en España. Aportación al estudio del catolicismo social español (1912-1923)*, Madrid, Edicusa, 1977.
- CASTÁN PALOMAR, F.: *Aragoneses Contemporáneos, 1900-1934*; Zaragoza, 1934.
- CUENCA, J.M.: *Catolicismo social y político en la España Contemporánea, 1870-2000*, Madrid, Unión Editorial, 2003.
- CUESTA BUSTILLO, J.: *Sindicalismo católico agrario en España (1917-1919)*, Madrid, Narcea, 1978; *Hacia los seguros sociales obligatorios*, Madrid, MTSS, 1988; “La previsión social pública en España, 1919-1939”, en VV.AA.: *La previsión social en la historia*, Castillo, S. y Ruzafa, R. (Coords.), Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2009.
- *Los seguros sociales en la España del Siglo XX. Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y Universidad de Salamanca, 1988.
- “La previsión social pública en España, 1919-1939”, en VV.AA.: *La previsión social en la historia*, Castillo, S. y Ruzafa, R. (Coords.), Madrid, Ed. Siglo XXI, 2009.
- CUESTA BUSTILLO, J. (Dir.): *La depuración de funcionarios bajo la dictadura franquista (1936-1975)*, Madrid, Fundación Largo Caballero, 2009.
- DATO IRADIER, E.: *Justicia social. Discurso leído en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y contestación de D. Amós Salvador y Rodríguez*, Madrid, RACMP, 1910-14.
- DE LA VILLA GIL, L.E.: *Los orígenes de la Administración laboral en España*, Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1969;
- *Nacimiento del derecho obrero en España*, Madrid, Escuela Nacional de la Administración Pública, 1970;
- *La formación histórica del Derecho del Trabajo en España*, Granada, Ed. Comares, 2003.
- DEL PESO CALVO, C.: *De la protección gremial al vigente sistema de seguridad social. Apuntes históricos comentados*, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1967.
- DICCIONARIO DE CATEDRÁTICOS ESPAÑOLES DE DERECHO: “JIMÉNEZ VICENTE, Inocencio (1876-1941)”, en (1847-1943), uc3m. Universidad Carlos III de Madrid.

- DONOSO CORTÉS, J.: *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*, edición y est.prel., “La filosofía política de Donoso Cortés: teología política y crisis del sistema liberal” a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares, 2006. FOGARTY, M.: *Historia e ideología de la democracia cristiana, 1820-1953*, Madrid, Ed.Tecnos, 1964.
- GARCÍA-NIETO PARIS, J.N.: *El sindicalismo cristiano en España. Notas sobre su origen y evolución hasta 1936*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1960.
- GONZÁLEZ POSADA, C.: *El régimen de Seguros Sociales*, Madrid, Edersa, 1929 (3ª ed., Madrid, Edersa, 1936).
- GOYAU, G.: *Aspectos del Catolicismo Social*, versión española de Cristóbal de Reyna, Casa Editorial Saturnino Calleja Fernández, 1925 (¿).
- GRAN ENCICLOPEDIA ARAGONESA ONLINE: “Jiménez Vicente, Inocencio”. Texto GEA 2000, última actualización realizada el 09/11/2010.
- GRUPO DE LA DEMOCRACIA CRISTIANA: *Problemas sociales candentes*, Álvaro López Nuñez y otros, Barcelona, E.Subirana, 1930.
- GUISASOLA, Cardenal: *Justicia y caridad en la organización cristiana del trabajo*, Madrid, 1933.
- ELORZA, A.: “El sindicalismo católico en la Segunda República: la C.E.S.O (135-1938)”, en *Revista de Trabajo*, núm. 33 (1971).
- GIL PECHARROMÁN, J.: *Conservadores subversivos. La derecha autoritaria alfonsina (1913-1936)*, Madrid, Eudema, 1994.
- GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, J.: «*El Excmo. Sr. D. Inocencio Jiménez y Vicente*», Zaragoza, XXIII, 1966, pp. 135-143.
- I.N.P.: *Homenaje a la Memoria de D. Inocencio Jiménez Vicente celebrado en Zaragoza el 10 de octubre 1942*, Madrid, Publicaciones del I.N.P., 1943.
- HERMET, G.: *Los católicos en la España franquista*, 2 vols., Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 1985.
- JORDANA DE POZAS, L.: *El principio de unidad y los seguros sociales*, en *Boletín de Información del INP*, julio-agosto 1941, núms.7-8 (También como separata en Madrid, Publicaciones del INP, 1941);
- *Los accidentes de trabajo agrícolas en España*, Tesis para el grado de Doctor en Derecho, Madrid, Hijos de Reus, editores-impresores-libreros, 1913 (realiza un análisis sociólogo sobre la población rural y el trabajo agrícola como presupuesto para el estudio jurídico sobre la protección de los accidentes del trabajo);
- “Aplicación del Seguro de Vejez a los obreros del campo”, en *Anales del INP*, abril-junio, 1919.
- *Los seguros sociales en España de 1936 a 1950*, Madrid, Publicaciones del I.N.P., 1953.

- *El Instituto Nacional de Previsión. Su obra. Orientaciones presentes de los seguros*, Madrid, Publicaciones del INP, 1925; “Pasado, presente y futuro de la Seguridad Social española”, en *Estudios Sociales y de Previsión*, t. II, Vol. 1º, Madrid, Ministerio de Trabajo-INP, 1961.
- *El régimen corporativo como sistema de reformas sociales*, Madrid, 1927;
- *Elogio de Don Álvaro López Nuñez*, Conferencia en la Escuela Social de Madrid, el 27 de febrero de 1942, Madrid, Sobrinos Sucesora Minuesa, PINP, 1942, y recogidos posteriormente en *Estudios sociales y previsión*, t. II, vol. 2º, Madrid, 1961.
- *La Caja Nacional de seguro de accidentes de trabajo y sus primeros resultados*, Madrid, INP, 1933;
- “Ser, vida y muerte del Excmo. Sr. D. Álvaro López Nuñez”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 54 (1977), págs. 261 a 276.
- LÓPEZ NUÑEZ, A.: *Ideario de Previsión Social*, Discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, leído en la Junta Pública de 6 de junio de 1920, y contestación de Eduardo Sanz y Escartín, publicado inicialmente en Madrid, Imp. de los Sobrinos de la Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, 1920.
- *Ideario de la Previsión Social*, 2ª edición 1943, y 3ª edición 1947, Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1943/1947.
- LABOA, J.Mª.: *La Iglesia del Sículo XIX. Entre la Restauración y la Revolución*, Universidad Pontificia de Comillas (UPCo), Madrid, 1994.
- LÓPEZ NUÑEZ, A.: *Ideario de Previsión Social*, Discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, leído en la Junta Pública de 6 de junio de 1920, y contestación de Eduardo Sanz y Escartín, publicado inicialmente en Madrid, Imp. de los Sobrinos de la Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, 1920.
- LÓPEZ NUÑEZ, A.: *Ideario de la Previsión Social*, 2ª edición 1943, y 3ª edición 1947, Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1943/1947.
- LÓPEZ PENA, I.: “Los orígenes del intervencionismo laboral en España: el Instituto de Reformas Sociales”, en *RT*, núm. 25 (1969).
- LÓPEZ VALENCIA, F.: *La acción patronal en el problema de los retiros obreros*, Madrid, 1913; ID.: *El problema de la vivienda en España*, Madrid, 1929; ID.: *Los seguros sociales en el medio rural. Extensión de los seguros sociales a los trabajadores del campo*, Madrid, INP, 1932; ID.: *El ideario de Maluquer*, Madrid, 1934; ID.: *Los seguros sociales en el medio rural. Extensión de los seguros sociales a los trabajadores del campo. Procedimiento de hacer más eficaz esa extensión*, Madrid, INP, Premio Marv 1932, 1933;
- LUÑO PEÑA, E.: *Seguro social agrario. Extensión de los seguros sociales a los trabajadores del campo. Procedimiento de hacer más eficaz esa extensión*, Madrid, INP, Premio Marv 1932, 1933.
- MALDONADO MOLINA, J.M.: *Génesis y evolución de la protección social por vejez en España*, Madrid, MTAS, 2002.

- MARÍN ECED, T.: *Innovadores de la educación en España*, Cuenca, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1991.
- MATEO BLANCO, J.: “Inocencio Jiménez y la Acción Cooperativa Católica”, Cuadernos de Aragón, Institución «Fernando el Católico» (CSIC), Zaragoza, núm. 12-13 (1980), 129-144.
- MARTIN GRANIZO, L.: *El Instituto de Reformas Sociales y sus hombres*, Madrid, Patronato de la Escuela Social de Madrid, 1947.
- *Biografía de sociólogos españoles*, Madrid, Servicio de Estudios del Ministerio de Trabajo, 1963, págs.159 a 173.
- MARTÍN VALVERDE, A.: “La formación del Derecho del Trabajo en España”, Estudio preliminar a la recopilación legislativa VV.AA.: *La legislación social en la Historia de España*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del derecho español de la Seguridad Social*, Santiago de Compostela, Imprenta Paredes, 1990.
- MOLINERO, C.: *La captación de las masas. Política social y propaganda en régimen franquista*, Madrid, Ed. Cátedra, 2005.
- MONEREO ATIENZA, C.: *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Granada, Ed.Comares, 2007.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, MTAS, 2003;
- Fundamentos doctrinales del derecho social en España, Madrid, Ed. Trotta, 1999.
- “Donoso Cortés: decisión y forma política”, en *Empresas políticas*, núm. 6 (2005), págs. 17 a 34:
- “La cuestión social en la España del siglo XIX: el pensamiento social de Donoso Cortés”, en *REDT*, núm.128 (2005).
- El Instituto Nacional de Previsión: Ubicación histórica, social y político-jurídica, en Cien Años de Protección Social en España. Libro Conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión, TORTUERO PLAZA, J.L. (Dir. y Coord.), Madrid, Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.
- Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador, Granada, Ed.Comares, 2007.
- El catolicismo social conservador: Eduardo Sanz y Escartín, Granada, Ed.Comares, 2010.
- “Crítica social republicana y reformismo político-jurídico: Leopoldo Palacios Morini (1876-1952)”, en *REDT*, núm.134 (2007).
- “El liberalismo social krauso-institucionalista de Juan Uña Sarthou”, en *REDT*, núm.140 (2008).
- “Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George”, en *Documentación Laboral*, núm. 83 (2008);

- “El reformismo social-liberal de Giner de los Ríos: organicismo y corporativismo social”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm.142 (2009).
- “Los (pre)supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la Constitución Social del Trabajo”, en ROJAS RIVERO, G. (Coord.): *Orígenes del contrato de trabajo y del sistema de protección social*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2012, págs. 203-328.
- “José Maluquer y Salvador. Clásico de la Seguridad Social”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 1 (2014).
- “Adolfo González Posada. Clásico de la Seguridad Social”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 2 (2015).
- “Álvaro López Nuñez. Clásico de la Seguridad Social”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 3 (2015).
- “William Henry Beveridge (1879-1963): la construcción de los modernos sistemas de seguridad social”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 4 (2015).
- “Severino Aznar y Embid (1870-1959): política y Seguridad Social desde el catolicismo social”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 5 (2015).
- “Ricardo Oyuelos y Pérez (1865-1943c.): Política Social y Seguridad Social desde el Socialismo Jurídico”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 6 (2016).
- “Luis Jordana de Pozas (1890-1983): La construcción y consolidación del sistema de previsión social en España”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 7 (2016).
- “Eugenio Pérez Botija (1910-1966): La Seguridad Social como Servicio Público en el marco de la política social” (en coautoría con C. Serrano Falcón), en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 8 (2016).
- “María Palancar Moreno (1910-1970): Política Social y Seguridad Social” (en coautoría con M.J. Peláez y C. Serrano Falcón), en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 9 (2016).
- “Manuel Alonso Olea (1924-2003): las bases del sistema de seguridad social en España” (en coautoría con C. Serrano Falcón), en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 10 (2017).
- “Paul Durand (1908-1960): La Seguridad Social como socialización de las necesidades y factor de transformación de la sociedad”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 11 (2017).
- “Carlos Martí Bufill (1915-2001): Los fundamentos éticos y científicos de la Seguridad Social en España”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 12 (2017).

- “Carlos González Posada (1890-1948): La teoría del seguro social y su institucionalización en España”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 13 (2017).
  - “García Ormaechea, R. (1876-1938): “Del reformismo democrático iussocialista al reformismo social conservador en la política de Seguridad Social”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 14 (2018).
  - “Augusto Venturi: De los Seguros Sociales a la Seguridad Social”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 15 (2018).
  - “Antonio Perpiñá Rodríguez (1910-1984): El tratamiento transdisciplinar de la Seguridad Social (Sociología, filosofía y política del Derecho de la Seguridad Social)”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 16 (2018).
  - “Pierre Laroque (1907-1997): “El Padre” de la Seguridad Social en Francia dentro de un proceso de transformación democrática de la sociedad”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 17 (2018).
  - “José Vida Soria (1937-2019): Las raíces del derecho de la Seguridad Social sometido a un proceso de reforma permanente”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 18 (2019).
  - “Juan Eugenio Blanco Rodríguez (1918-2014): El compromiso activo en la implantación de un sistema de Seguridad Social en España”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 19 (2019).
- MONEREO PÉREZ, J.L. y CALVO GONZÁLEZ, J.: “Ricardo Oyuelos Pérez: del reformismo democrático y social a la utopía social corporativa”, en *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 121 (2004).
- MONJE MUÑOZ, M.: *Mutualidades y Cotos escolares de previsión*, Madrid, Publicaciones del INP, 1946.
- MONTERO GARCÍA, F., “*El primer catolicismo social y la “Rerum Novarum” en España, 1889-1902*”, Madrid, CSIC, 1983;
- *Orígenes y antecedentes de la previsión social*, Madrid, MTSS, 1988; *Del Movimiento Católico a la Acción Católica*, Madrid, Eudema, 1993;
  - *La Acción Católica y el Franquismo. Auge y crisis de la Acción Católica especializada*, Madrid, UNED, 2000, “Origen y evolución de la acción católica española”, en DE LA CUEVA MERINO, J.y LÓPEZ VILLAVARDE, Á.L. (Coords.), Cuenca, Eds. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2005, págs.133-159.
- MONTERO GIBERT, J.R.: *La CEDA. El catolicismo social y político en la II República*, 2 tomos, Madrid, Revista de Trabajo, 1977.
- MONTERO, M.: *Historia de la Asociación Católica Nacional de Propagandistas. La construcción del Estado Confesional*, Pamplona, EUNSA, 1993.
- NITTI, F.: *El socialismo católico*, traducido por P.Dorado, Prólogo de Adolfo Buylla, Salamanca, Imprenta de F. Nuñez Izquierdo, 1893.

- MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, 2ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi-Civitas, 2009;
- “La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica”, en *Revista de Trabajo*, núm.54-55 (1976);
- *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España. La Dictadura de Primo de Rivera*, Murcia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1980.
- OSSORIO Y GALLARDO, A.: *Mis Memorias*, Madrid, Ed.Tebas, 1975.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del trabajo e ideología*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.
- PAYNE, S.G.: *El catolicismo español*, Barcelona, Ed.Planeta, 1984.
- *El primer franquismo, 1939-1959. Los años de la autarquía*, Historia de España, 28, Madrid, 1997.
- PELÁEZ ALBENDEA, M.J.: “Democracia cristiana, catolicismo social y Confederación de Obreros Católicos: relaciones entre los intelectuales y líderes sindicales en 1921: Maximiliano Arboleya, Emérico Puigferrat, Santiago Leoz y Ángel Ossorio y Gallardo (En torno a unas misivas)”, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, diciembre de 2009, [www.eumed.net/rev/cccss/06/mjpe.htm](http://www.eumed.net/rev/cccss/06/mjpe.htm). (Documentado ensayo sobre la materia).
- PELÁEZ ALBENDEA, M. y SEGHIRI, M.: “Ángel Ossorio y Gallardo (1873-1946), abogado e intelectual católico, embajador y Ministro de la República”, en *Cuadernos republicanos*, núm.64 (2007).
- PÉREZ BOTIJA, E.: “Reflexiones acerca de las doctrinas que sobre Seguridad Social contiene la Encíclica Mater et Magistra”, en *RISS*, núm.5 (1961).
- PERFECTO GARCÍA, M.A.: “Corporativismo y catolicismo social en la dictadura de Primo de Rivera”, en *Studia Historica. Historia Contemporánea*, Vol. II, núm. 4 (1984).
- REDONDO, G.: *Historia de la Iglesia en España: 1931-1939*, 2 vols., Madrid, Ed.Rialp, 1993.
- RULL SABATER, A.: *La Seguridad Social en España*, Madrid, Ed. Euramerica (Colección Populorum Progressio), distribuidora “La Editorial Católica, 1971.
- SAMANIEGO BONEU, M.: *La élite dirigente del Instituto Nacional de Previsión. Un equipo pluriideológico durante la II República*, Salamanca, Ed. Universidad de Salamanca-Departamento de Historia Contemporánea, 1984.
- *La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República*, Madrid, MTSS, 1988
- SANZ DE DIEGO, R.: *El pensamiento social cristiano. I. Las alternativas socialista, anarquista, comunista y católica ante el problema social español*, 5ª ed,m Madrid, ICAI, 1989
- SANZ Y ESCARTÍN, E.: *El Estado y la reforma social (1893)*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares, 2010.

- SECO SERRANO, C.: “Eduardo Dato y su catolicismo social”, en VV.AA.: *La cuestión social en la Iglesia española contemporánea*, Madrid, Ediciones Escuarialenses, Real Monasterio de El Escorial, 1981.
- *Sesión Necrológica en honor de D. Inocencio Jiménez*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1942.
- THOMÁS, J.M.: *La Falange de Franco. El proyecto fascista del Régimen*, Barcelona, 2001.
- TUSSEL GÓMEZ, J., *Historia de la democracia cristiana en España*, 2 vols., Madrid, Cuadernos Para el Diálogo, 1974
- TUSELL, J., MONTERO, F., y MARÍN, J.M. (eds.): *Las derechas en la España contemporánea*, Barcelona, Antrophos-UNED, 1997.
- UCELAY REPOLLES, M.: *Previsión y seguros sociales*, Madrid, “Colección Doctrina y Legislación Social”, Gráficas. González, 3 vols., Madrid, 1955.
- VICENT, A.: *De la agremiación dentro y fuera de los Círculos Católicos de Obreros*, Madrid, Imprenta de San Francisco de Sales, 1905;
- *Socialismo y anarquismo. La Encíclica de S.S. León XIII “De Conditione opificum y los Círculos de obreros católicos*, Valencia, Imprenta de José Ortega, 1893.
- *Manual de las Escuelas de Perfección cristiana de la Reforma Social*, 2ª ed., Valencia, 1898.
- VV.AA.: *Historia de la Prevención de Riesgos en España*, Madrid, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y Fundación Francisco Largo Caballero, 2007.
- VV.AA.: *Cien Años de Protección Social en España. Libro Conmemorativo del I Centenario del VV.AA.: Instituto Nacional de Previsión*, TORTUERO PLAZA, J.L. (Dir. y Coord.), Madrid, Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.
- VV.AA.: *Solidaridad, seguridad, bienestar. Cien años de protección social en España*, Castillo, S. (Dir.), Madrid, Ministerio de Trabajo E Inmigración, 2008.
- VV.AA.: *Legislación histórica de previsión social*, García Murcia, J. (Dir.), Rodríguez Cardo, I.A. (Documentación), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2009.
- VV.AA.: *La previsión social en la historia*, Castillo, S. y Ruzafa, R. (Coords.), Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2009.
- WINSTON, C.: *La clase trabajadora y la derecha en España, 1900-1936*, Madrid, Cátedra, 1989.

# 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 legislativas o judiciales deberán expresar –en todo lo posible– las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, etcétera).

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, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas
- Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social
- 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.