Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

1er Trimestre 2021 nº 26

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- La Seguridad Social en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021
  José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- La imprecisa e insuficiente delimitación de la enfermedad profesional
  José Luján Alcaraz
- La interpretación «mas favorable» a la Administracion Publica en los procedimientos administrativos y judiciales de la incapacidad temporal (y de la incapacidad en general)
  José Luis Lafuente Suárez
- COVID-19, ¿Entre «situación asimilada a accidente de trabajo», accidente de trabajo y posible enfermedad profesional?
  Raquel Poquet Catalá
- La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo
  Alejandro Muros Polo

Estudios de Doctrina Judicial

- Poligamia y pensión de viudedad. Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de diciembre de 2019
  Pilar Charro Baena y Sergio González García
- La incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo como artista en espectáculos públicos: cálculo de la pensión indebidamente percibida por los días efectivamente trabajados
  Ángel Luis de Val Tena
- La necesaria interpretación del sistema de seguridad desde un enfoque de género
  Isabel María Villar Cañada
- El derecho de los trabajadores temporales a las mejoras voluntarias de Seguridad Social
  Juan Bautista Vivero Serrano
- El tránsito de una incapacidad permanente total a una incapacidad absoluta por diferente contingencia: consolidación de la doctrina del tribunal supremo sobre la determinación de la base reguladora y otros aspectos
  Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado

Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- El desempleo y COVID-19. Afinidades y divergencias en el ordenamiento jurídico marroquí y español
  María Carmen Burgos Goyé

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

- Fiscalidad de los planes de pensiones privados
  Miguel Gutiérrez Bengoechea

Clásicos de la Seguridad Social

- PRÁXEDES ZANCADA Y RUATA (1880-1936): La defensa de los seguros sociales obligatorios desde el reformismo político y jurídico y en la deriva del partido reformista
  José Luis Monereo Pérez

Conclusiones del IV Congreso Internacional y XVII Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

Susana Barcelón Cobedo

Ediciones Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

1er Trimestre 2021 Nº 26 Laborum

© Ediciones Laborum, S.L.

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

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

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

Impreso en España - Printed in Spain

www.laborum.es/revsegsoc
facebook.com/RevSegSoc
@RevSegSoc
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; 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 Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

CONSEJO DE REDACCIÓN:
José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*
Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*
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 Cornel l. Ithaca. Nueva York*
Wolfgang Däubler, *Catedrático de Derecho Laboral Alemán y Europeo, Derecho Civil y Mercantil. Universidad de Bremen. Alemania*
Luis Enrique De la Villa, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad a Distancia de Madrid*
Mikel De la Fuente Lavín, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del País Vasco*
Ángel Luis De Val Tena, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
Aurelio Desdentado Bonete, *Magistrado Emérito del Tribunal Supremo*
María Teresa Díaz Aznarte, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Marco Esposito, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Nápoles. Italia*
Gemma Fabregat Monfort, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
José Antonio Fernández Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Juan Antonio Fernández Bernat, *Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Juan José Fernández Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Maximilian Fuchs, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Católica Eichstätt-Ingolstadt. Alemania*
Ángel Gallego Morales, *Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. CARL*
Javier Gárate Castro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela*
Juan García Blasco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
Carlos García de Cortázar, *Técnico de la Administración de la Seguridad Social*

Joaquín García Murcia, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
Ignacio García Ninet, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*
María García Valverde, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Mario Garmedia Arigón, *Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de la República de Uruguay*
Rosa González de Patto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Santiago González Ortega, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo Olavide*
Jesús Lahera Forteza, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense*
Juan López Gandía, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
José Luján Alcaraz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
Jesús Martínez Girón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*
Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*
Jesús Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III*
Cristina Monereo Atienza, *Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Málaga*
María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Rafael Muñoz de Bustillo, *Catedrático de Economía Aplicada. Universidad de Salamanca*
Antonio Ojeda Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Sofía Olarte Encabo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Mari Carmen Ortiz Lallana, *Magistrada del TSJ de La Rioja. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Adrián Osvaldo 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*
Carolina San Martin 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, *Letrado Jefe de los Servicios Centrales del Instituto Nacional de la Seguridad Social*
Fabio Tulio Barroso, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Pernambuco. Brasil*
Daniel Toscani Giménez, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Fernando Valdés Dal-Ré, *Magistrado del Tribunal Constitucional. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
Francisco Vila Tierno, *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 Autónoma de Barcelona*
Javier Fernández-Costales Muñiz, *Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Pilar Rivas Vallejo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*
María José Romero Ródenas, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha*
Carlos Hugo Preciado, *Magistrado de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*

EDITOR:
Francisco Ortiz Castillo

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.

Índice

EDITORIAL 11

LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2021 (LEY 11/2020, DE 30 DE DICIEMBRE)..... 13
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

1. MISMOS VICIOS EN LA NUEVA NORMALIDAD 13
2. ESCASAS NOVEDADES EN MATERIA DE COTIZACIÓN PARA 2021 18
3. NOVEDADES EN LA ACCIÓN PROTECTORA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y DE OTRAS PRESTACIONES SOCIALES PÚBLICAS 20
4. LAS REFORMAS O PREVISIONES "AD CALENDAS GRAECAS" 26
5. LA TARJETA SANITARIA ÚNICA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD O UN "NUEVO BRINDIS AL SOL".....27
6. LA RECURRENTE NECESIDAD DE LLEVAR A CABO UNA SEPARACIÓN DE FUENTES DE FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....28

ESTUDIOS DOCTRINALES 33

LA IMPRECISA E INSUFICIENTE DELIMITACIÓN DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL 35
JOSÉ LUJÁN ALCARAZ

1. CARACTERIZACIÓN INICIAL Y SINGULARIDAD DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL.....35
2. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL.....37
3. EL CUADRO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES.....40
4. LA ENFERMEDAD PROFESIONAL COMO ACCIDENTE DE TRABAJO: LAS ENFERMEDADES DEL TRABAJO Y LA PRESUNCIÓN DE ACCIDENTE 42
5. TRANSFORMACIONES DEL TRABAJO Y NUEVAS ENFERMEDADES LABORALES 45
6. A MODO DE CONCLUSIÓN: INSUFICIENCIAS DEL MODELO Y PROPUESTAS.....46
7. BIBLIOGRAFÍA.....47

LA INTERPRETACIÓN «MÁS FAVORABLE» A LA ADMINISTRACION PUBLICA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL (Y DE LA INCAPACIDAD EN GENERAL)..... 49
JOSÉ LUIS LAFUENTE SUÁREZ

1. SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA CONTINGENCIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL.....49
2. EL CUMPLIMIENTO DE LOS TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO DÍAS DE BAJA Y LA EMISIÓN CUASI AUTOMÁTICA DE LA ALTA MÉDICA ¿POR CURACIÓN?.....57
3. LA VÍA JURISDICCIONAL SOCIAL.....61
4. LA ARGUMENTACIÓN DE LA SENTENCIA SOBRE LA PRUEBA 68
5. CONCLUSIONES 70
6. BIBLIOGRAFIA.....71

COVID-19, ¿ENTRE «SITUACIÓN ASIMILADA A ACCIDENTE DE TRABAJO», ACCIDENTE DE TRABAJO Y POSIBLE ENFERMEDAD PROFESIONAL? 73
RAQUEL POQUET CATALÁ

1. INTRODUCCIÓN 73
2. ENFERMEDAD COVID-19 74
3. COVID-19 Y ACCIDENTE DE TRABAJO 75
4. CONFIGURACIÓN DE LA ENFERMEDAD DERIVADA DEL TRABAJO COMO ACCIDENTE DE TRABAJO 81
5. PROPUESTAS PARA LA CONSIDERACIÓN COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL 85
6. BIBLIOGRAFÍA 88

LA PARADOJA DE LA JUBILACIÓN FORZOSA Y EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO 91
ALEJANDRO MUROS POLO

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN: PLANTEAMIENTO 91
2. RECORRIDO HISTÓRICO POR LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. IDAS Y VENIDAS 93
3. LA JUBILACIÓN FORZOSA DEL REAL DECRETO-LEY 28/2018 98
4. TRAJADORES JUBILADOS FORZOSAMENTE Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD 102
5. ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES PÚBLICAS *VERSUS* EXPULSIÓN DE LOS TRABAJADORES MAYORES 105
6. CONCLUSIONES 107
7. BIBLIOGRAFÍA 110

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 113

POLIGAMIA Y PENSIÓN DE VIUDEDAD. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO) DE 17 DE DICIEMBRE DE 2019 115
PILAR CHARRO BAENA
SERGIO GONZÁLEZ GARCÍA

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO 115
2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL 117
3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA 119
4. CONCLUSIONES 123
5. BIBLIOGRAFÍA 123

LA INCOMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON EL TRABAJO COMO ARTISTA EN ESPECTÁCULOS PÚBLICOS: CÁLCULO DE LA PENSIÓN INDEBIDAMENTE PERCIBIDA POR LOS DÍAS EFECTIVAMENTE TRABAJADOS. COMENTARIO A LA STS NÚM. 773/2020, DE 16 DE SEPTIEMBRE (JUR 2020, 280023) 125
ÁNGEL LUIS DE VAL TENA

1. EL SUPUESTO DE HECHO Y EL *ITER* PROCESAL 125
2. EL MARCO NORMATIVO APLICABLE 127
3. LAS –SUPUESTAMENTE– DOCTRINAS CONTRADICTORIAS A EXAMEN 128
4. REFLEXIÓN FINAL: LA INNECESARIA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO BENEFICIARIO* 130
5. BIBLIOGRAFÍA 132

LA NECESARIA INTERPRETACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD DESDE UN ENFOQUE DE GÉNERO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL) Nº 79/2020, DE 29 DE ENERO 133
ISABEL MARÍA VILLAR CAÑADA

1. CONTEXTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.....133
2. EL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO. SÍNTESIS DEL RELATO FÁCTICO DE LA SENTENCIA 134
3. EL FONDO DEL ASUNTO. LA NECESARIA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO EN LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL.....136
4. REFLEXIÓN FINAL. LA CONSECUCIÓN DE LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA POR RAZÓN DE GÉNERO EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COMO OBJETIVO A ALCANZAR 139
5. BIBLIOGRAFÍA.....140

EL DERECHO DE LOS TRABAJADORES TEMPORALES A LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE SEGURIDAD SOCIAL. COMENTARIO A LA STS, 4ª, 12-2-2020, RCUD 2802/2017 141
JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO

1. UNA SENTENCIA CON MÁS SOMBRAS QUE LUCES: A MODO DE INTRODUCCIÓN ..141
2. EL DERECHO DE LOS TRABAJADORES TEMPORALES A LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE SEGURIDAD SOCIAL 142
3. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES DE INTERÉS, EN ESPECIAL LA DESCOMPOSICIÓN ARTIFICIAL DE LA CONTROVERSIA.....143
4. LA ELUSIÓN DEL JUICIO DE IGUALDAD DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: UNA PRAXIS DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA QUE PRIMA EL DERECHO DE LA UNION EUROPEA EN DETRIMENTO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....144
5. ¿QUÉ SUCEDE CON LOS TRABAJADORES TEMPORALES CONTRATADOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS AL AMPARO DE PROGRAMAS DE FOMENTO DEL EMPLEO DE DESEMPLEADOS CON CARGO A FONDOS AJENOS? 146
6. BIBLIOGRAFÍA.....148

EL TRÁNSITO DE UNA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL A UNA INCAPACIDAD ABSOLUTA POR DIFERENTE CONTINGENCIA: CONSOLIDACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA BASE REGULADORA Y OTROS ASPECTOS.. 149
PEPA BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO

1. ANTECEDENTES DEL CASO 149
2. CUESTIONES PRINCIPALES DEL CASO Y LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA STS 325/2020 152
3. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS DE LA SENTENCIA 325/2020.....159
4. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.....162
5. BIBLIOGRAFÍA.....163

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 165

EL DESEMPLEO Y COVID-19. AFINIDADES Y DIVERGENCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MARROQUÍ Y ESPAÑOL 167
MARÍA CARMEN BURGOS GOYÉ

1. CONSIDERACIONES PREVIAS 167
2. LA PRESTACION POR DESEMPLEO 168
3. LA INDEMNIZACIÓN POR DESEMPLEO 177
4. EL COVID 19 Y SU INCIDENCIA SOCIO-LABORAL 182
5. CONCLUSIONES 187

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 189

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

1. CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS 191
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL 213
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 219
4. RESEÑA BIBLIOGRÁFICA 220

CRÓNICA DE DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL 227

NOVEDADES NORMATIVAS Y DE GESTIÓN DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 229
JAVIER AIBAR BERNAD

1. LEY 11/2020 DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2021 229
2. REAL DECRETO-LEY 35/2020, DE 22 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES DE APOYO AL SECTOR TURÍSTICO, LA HOSTELERÍA Y EL COMERCIO Y EN MATERIA TRIBUTARIA 243

DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PRESTACIONES (OCTUBRE-DICIEMBRE 2020) 246
ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA

1. REQUISITO DE ESTAR EN SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA PARA EL ACCESO A LAS PENSIONES. PERCEPTOR DE PRESTACIONES POR DESEMPLEO (CRITERIO DE GESTIÓN DEL INSDS 20/2020, DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2020) 246
2. PROTECCIÓN DEL PERSONAL SANITARIO O SOCIO-SANITARIO POR EL CONTAGIO DEL VIRUS SARS-COV-2 EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES. CRITERIO DE GESTIÓN DEL INSS 22/2020, DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2020) 247
3. EDAD LÍMITE PARA EL RECONOCIMIENTO O REVISIÓN DE UNA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE A QUIEN ES PENSIONISTA DE JUBILACIÓN ANTICIPADA POR RAZÓN DE LA ACTIVIDAD O EN CASO DE DISCAPACIDAD. CRITERIO DE GESTIÓN DEL INSS 23/2020, DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2020) 249
4. INTEGRACIÓN DE LAGUNAS DE COTIZACIÓN SUBSIGUIENTES A UN ALTA EN EL SISTEMA ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR O EN EL ANTIGUO RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR, PRODUCIDAS CON ANTERIORIDAD A 1 DE ENERO DE 2021, A EFECTOS DEL CÁLCULO DE LA BASE REGULADORA DE LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE DERIVADA DE CONTINGENCIAS COMUNES Y DE JUBILACIÓN CAUSADAS A PARTIR DE DICHA FECHA. CRITERIO DE GESTIÓN DEL INSS 24/2020, DE 4 DE DICIEMBRE DE 2020) 250

5. TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS. CÓMPUTO DE LA ANTIGÜEDAD EN LA EMPRESA PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN PARCIAL. CRITERIO DE GESTIÓN DEL INSS 19/2020, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2020)....251
6. PENSIÓN DE VIUDEDAD. PAREJA DE HECHO, EXENCIÓN DEL REQUISITO DE CONVIVENCIA EN EL MOMENTO DEL HECHO CAUSANTE EN EL MOMENTO DE SU FALLECIMIENTO, AL HABER CESADO LA CONVIVENCIA POR LA EXISTENCIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. CRITERIO DE GESTIÓN DEL INSS 21/2020, DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2020) 252

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

FISCALIDAD DE LOS PLANES DE PENSIONES PRIVADOS..... 255
MIGUEL GUTIÉRREZ BENGOECHEA

1. INTRODUCCIÓN 255
2. CARACTERÍSTICAS DE LOS PLANES DE PENSIONES 256
3. FISCALIDAD DE LAS APORTACIONES A LOS PLANES DE PENSIONES: ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA DE EMPLEO....264
4. MODIFICACIÓN DE LAS APORTACIONES DEDUCIBLES EN LAS APORTACIONES A LOS PLANES DE PENSIONES CON LA LEY 26/2014, DE 27 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 35/2006, DE 28 DE NOVIEMBRE, DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS, EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LOS NO RESIDENTES, Y OTRAS NORMAS TRIBUTARIAS 269
5. MODIFICACIONES DE LOS PLANES DE PENSIONES CON EL REAL DECRETO 62/2018, DE 9 DE FEBRERO POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO SOBRE LA INSTRUMENTACIÓN DE LOS COMPROMISOS POR PENSIONES DE LAS EMPRESAS CON LOS TRABAJADORES Y BENEFICIARIOS 275
6. REFLEXIONES FINALES....278
7. BIBLIOGRAFÍA....278

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 281

PRÁXEDES ZANCADA Y RUATA (1880-1936): LA DEFENSA DE LOS SEGUROS SOCIALES OBLIGATORIOS DESDE EL REFORMISMO POLÍTICO Y JURÍDICO Y EN LA DERIVA DEL PARTIDO REFORMISTA 283
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

1. EL PROBLEMA DE LAS PENSIONES DE LOS TRABAJADORES....292
2. LA SUPRESIÓN DEL INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES EN EL PROCESO DE "MODERNIZACIÓN AUTORITARIA" DE LA DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA 311
3. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA DE PRÁXEDES ZANCADA 314

CONCLUSIONES DEL IV CONGRESO INTERNACIONAL Y XVII NACIONAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL 317

SUSANA BARCELÓN COBEDO

Editorial

Laborum

La Seguridad Social en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021 (Ley 11/2020, de 30 de diciembre)

Social Security in the Law of State Budgets for 2021 (Law 11/2020, of 30 December)

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
Director de la Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Secretario General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
Subdirector de la Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

Cita sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. "La Seguridad Social en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021 (Ley 11/2020, de 30 de diciembre)". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 26 (2021): 13-31.

> *«La ley de presupuestos tiene una función específica y constitucionalmente definida: aprobar los presupuestos generales para un ejercicio presupuestario que debe coincidir con el año natural, y, de este modo, fiscalizar el conjunto de la actividad financiera pública, aprobar o rechazar el programa político, económico y social del Gobierno que los presenta y, en fin, controlar que la asignación de los recursos públicos sea equitativa. Precisamente para que dicha función pueda ser realizada, al margen de un posible contenido eventual o disponible, la Ley de presupuestos tiene un contenido constitucionalmente determinado que se concreta en la previsión de ingresos y la autorización de gastos, debiendo esta última extenderse tanto al "quantum" como a su destino»* (STC 3/2003, de 16 de enero, fjº. 7).

1. MISMOS VICIOS EN LA NUEVA NORMALIDAD

Finalmente, tras más de dos años de prórroga de los Presupuestos Generales del Estado de 2018 (aprobados por Ley 6/2018, de 3 de julio) el Gobierno actual de coalición, ha conseguido la aprobación unos presupuestos para el ejercicio 2021, por Ley 11/2020, de 30 de diciembre (LPGE/2021).

Una lectura rápida de la misma, nos puede llevar a mirar hacía el Título VII de la Constitución Española de 1978, relativo a "Economía y Hacienda" que dedica su art. 134 a los Presupuestos Generales del Estado, pero no los define, si bien recoge una serie de notas características de los mismos, a saber: a) La elaboración corresponde al Gobierno que deberá de presentarlos ante el Congreso de los Diputados tres meses antes de la expiración de los del año anterior; b) Su examen, enmienda y aprobación corresponde a las Cortes Generales y si no se aprobaran antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se consideraran automáticamente prorrogados los del ejercicio anterior; c) Tienen un carácter anual e incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público y en ellos se consignarán el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado; d) Una vez aprobados el Gobierno podrá

presentar proyectos de ley que impliquen aumentos y disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario; y e) la Ley de Presupuestos no puede crear tributos, si bien podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea.

Para una definición de los mismos si podemos encontrarla en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, cuyo art. 32 dice así:

"Los Presupuestos Generales del Estado constituyen la expresión cifrada, conjunta y sistemática de los derechos y obligaciones a liquidar durante el ejercicio por cada uno de los órganos y entidades que forman parte del sector público estatal".

Y para conocer en su alcance subjetivo y contenido debe acudirse a su art. 33 que señala que los Presupuestos Generales del Estado determinarán: a) Las obligaciones económicas que, como máximo, pueden reconocer los sujetos referidos en el párrafo a) del apartado anterior; b) Los derechos a reconocer durante el correspondiente ejercicio por los entes mencionados en el párrafo anterior; c) Las operaciones no financieras y financieras a realizar por las entidades comprendidas dentro de su ámbito; d) Los objetivos a alcanzar en el ejercicio por cada uno de los gestores responsables de los programas con los recursos que el respectivo presupuesto les asigna; y e) La estimación de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado.

Con todo en la LPGE se expresan una parte importante de los conflictos sobre el papel del Estado en la economía y por tanto sobre ello se ejercen los grandes debates parlamentarios. De ahí su centralidad en el gobierno de la economía (STC 3/2003, de 16 de enero, fjº. 3). Los PGE deben incluir «la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal», razón por la cual aparecen «como un instrumento de dirección y orientación de la política económica del Gobierno» (134.2 CE) (SSTC 3/2003, de 16 de enero, fjº. 4; 136/2011, de 13 de septiembre, fjº. 4; y 206/2013, de 5 de diciembre, fjº. 5). Se trata de «una ley singular, de contenido constitucionalmente determinado, exponente máximo de la democracia parlamentaria, en cuyo seno concurren las tres funciones que expresamente el art. 66.2 CE atribuye a las Cortes Generales: es una ley dictada en el ejercicio de su potestad legislativa, por la que se aprueban los presupuestos y, además, a través de ella, se controla la acción del Gobierno» (SSTC 3/2003, de 16 de enero, fj.º4; 136/2011, de 13 de septiembre, fj.º11; y 217/2013, de 19 de diciembre, fj.º 2). Se trata, en definitiva, de una «*ley de contenido constitucionalmente definido*»**(**SSTC 3/2003, de 16 de enero, fj.º 4; 136/2011, de 13 de septiembre, fj.º11; 217/2013, de 19 de diciembre, fj.º5.a); 152/2014, de 25 de septiembre, fj.º4; 44/2015, de 5 de marzo, fj.º3.b); y 123/2016, de 23 de junio, fj.º3], de manera que preside en el texto constitucional «la existencia en la Constitución de una reserva de un contenido de Ley de presupuestos» (SSTC 131/1999, de 1 de julio, fj.º4; 3/2003, de 16 de enero, fj.º 4; y 136/2011, de 13 de septiembre, fj.º4, entre otras). En efecto, «la ley de presupuestos tiene una función específica y constitucionalmente definida: aprobar los presupuestos generales para un ejercicio presupuestario que debe coincidir con el año natural, y, de este modo, fiscalizar el conjunto de la actividad financiera pública, aprobar o rechazar el programa político, económico y social del Gobierno que los presenta y, en fin, controlar que la asignación de los recursos públicos sea equitativa. Precisamente para que dicha función pueda ser realizada, al margen de un posible contenido eventual o disponible, la Ley de presupuestos tiene un contenido constitucionalmente determinado que se concreta en la previsión de ingresos y la autorización de gastos, debiendo esta última extenderse tanto al *quantum* como a su destino» (STC 3/2003, de 16 de enero, fj.º7).

El Alto Tribunal distingue en sentido jurídico material en la LPGE entre lo que denomina un *"contenido esencial e indisponible*" (que le es propio y necesario si quiere superar el test de constitucionalidad) y un "*contenido eventual o disponible*". El primero remite al contenido que en todo caso debe aparecer regulado en la ley de presupuestos Generales del Estado que cada año debe ser aprobada por el Parlamento, que se infiere directamente de lo establecido en el art. 134.2 CE y que se concreta en la previsión de ingresos y habilitación de gastos para un ejercicio económico y en las normas de naturaleza financiera que desarrollan y aclaran los estados cifrados para su ejecución congruente o simétrica en el respectivo período anual. Ese contenido propio, mínimo y

estrictamente necesario de la ley de presupuestos es al que deriva del art. 134.2 CE y que alcanza a «la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal» (SSTC 206/2013, de 5 de diciembre, fj.º5; 217/2013, de 19 de diciembre, fj.º2; y 44/2015, de 5 de marzo, fj.º3.b)], «recogiendo de este modo los principios de unidad (los presupuestos deben contenerse en un solo documento) y universalidad (ese documento debe acoger la totalidad de los gastos e ingresos del sector público)» (SSTC 3/2003, de 16 de enero, fj.º4; 136/2011, de 13 de septiembre,fj.º11; y 217/2013, de 19 de diciembre, fj.º2). Mientras que, por el contrario, el *contenido «eventual» o «disponible*», vinculado a la función de dirección de la política económica (enmarcada se quiera o no en una programación o planificación directiva) y que va más allá de las materias estrictamente presupuestarias, pero que se encaminan a la regulación y organización de las actividades económicas a través de la ordenación del sector público estatal y materias conexas. Ese contenido eventual y posible expresa los criterios en materia de política económica y financiera del Gobierno (SSTC 44/2015, de 5 de marzo, fj.º3.b); 99/2016, de 25 de mayo, fj.º8; y 123/2016, de 23 de junio, fj.º3; 99/2016, de 25 de mayo, fj.º8). Pero es obvio que ello no supone convertir a las LPGE en unas leyes *ómnibus,* capaces de incidir sin más en distintos ámbitos de la vida económica y social del país. En cualquier caso, la experiencia jurídica ha puesto de manifiesto la frecuente tendencia expansiva de la LPGE (vinculada la vocaciones también expansivas del Gobierno de la economía), hasta tal punto es así que existe el riesgo persistente de *desbordamiento material* de las leyes de presupuestos estatales, con merma de la seguridad jurídica y con peligro de que se desnaturalice su función y desdibuje (o invada) las fronteras con la funcionalidad típica de otras leyes estatales. Misión propio del Tribunal Constitucional (en adelante TC) deslindar estas fronteras en caso de conflicto y acotar la función tipia de la LPGE para que ésta no se convierta una ley capaz de "atraparlo todo". Aunque más allá de la "judicialización" también existen mecanismos de control parlamentario de la Ley de Presupuestos Generales del Estado (Conforme al art. 66.2 CE "Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución"; para la comprensión jurídica y política de dicho control parlamentario es útil la consulta de las SSTC 136/2011, de 13 de septiembre, fj.º 8; y 139/2017, de 29 de noviembre, fj.º5; 139/2017, de 29 de noviembre, fj.º5). En cualquier caso, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), reclama de suyo una exigencia de certeza jurídica que impone que la LPGE tenga un contenido constitucionalmente definido y delimitado, de manera que no sobrepase su ámbito funcional o de competencias regulativas entrando a regular disfuncionalmente materias que no tienen acogida posible en la función específica que le es atribuida por la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico (cfr. art. 134.2 CE).

Pues bien, esto es lo que cabría esperar encontrar en la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021. Sin embargo, como se verá no es así. La estructura de LGPE/2021 es la siguientes: a) 8 Títulos con un total de 120 artículos; b) 159 Disposiciones adicionales; c) 6 Disposiciones Transitorias; d) 2 Disposiciones derogatorias; e) 47 Disposiciones Finales; y f) 14 anexos, junto con los correspondientes resúmenes de ingresos y gastos.

A simple vista, destaca su enorme extensión y cuando se analiza detenidamente surgen dudas acerca de si se respeta lo que antes se ha indicado que debería ser su contenido material. El relativo al articulado de la Ley parece que así se podría considerar, pero otra cosa cabe pensar de las numerosas Disposiciones que la acompañan. Sin ánimo de ser exhaustivo, es discutible que aspectos como: a) la suspensión de la obligación del Gobierno de presentar un proyecto de ley relativo el cómputo, a efectos de Seguridad Social del período de servicio militar o de prestación social sustitutoria, tal y como recogía la Ley 27/2011; b) El aplazamiento de determinados preceptos de la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo: c) La creación del Consorcio "Centro Nacional del Análisis Genómico"; d) La compatibilidad de la pensión de jubilación con la creación artística,; o e) el reconocimiento de cotización a la Seguridad Social del Personal de la Administración de

Justicia –por señalar solamente el contenido de algunas Disposiciones Adicionales–, sean materias propias de una Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Tampoco se entiende que se utilice una LPGE para modificar con vocación de permanencia, vía Disposiciones Finales, un total de 42 Leyes de contenido muy variopinto[1].

[1] Son objeto de modificación: Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo; Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, sobre revalorización de pensiones públicas; Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público; la disposición adicional 87 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de PGE para 2017; los arts. 153, 163, 309, 318, las disposiciones adicionales 18, 23, añade la adicional 32 y suspende para 2021 el art. 58 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre; los arts. 48, 49 y 50 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre; los arts. 11 y 33.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre; y añade determinados preceptos a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; el art. 6 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral; los arts. 98.2 y 102.8 de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio; el art. 6.2 y añade la disposición adicional 19 al Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico; los arts. 16, 21, 32, 36, 39, 64, 100 y añade la disposición transitoria 40 a la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, Impuesto de Sociedades; la disposición adicional 13 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de PGE para 2013; la disposición adicional 8.1 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral; los arts. 182 y 208.e) de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre ; el art. 26.5 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación; el art. 49.5 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo , de regulación del juego; la disposición adicional 42.3.c) de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de PGE para 2010; el art. 4.2 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y de Televisión Española; los arts. 51, 52, 63.1, 66, 76, 101.1, 93.2 disposición adicional 16 y transitoria 32 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio; el art. 20.3 de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería; el anexo II del Reglamento aprobado por Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre, Reglamento de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas; el art. 14.1.c) y h), añade la disposición transitoria 2 y renumera la transitoria única como 1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo; el art. 212.3 y 5 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo; la disposición transitoria 2 de la Ley del Catastro Inmobiliario, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo; determinados preceptos y añade la disposición adicional 24, final 5 y renumera la final 5 como 6 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, Ley General Presupuestaria; los arts. 10.2, 51.2 y añade la disposición adicional 27 y la transitoria 4 a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones; el art. 20 ter de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas; los anexos I y IV de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal; el art. 28 de la Ley 9/2003, de 25 de abril, régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente; el art. 5.3.a) de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre; el art. 22.7 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; la disposición adicional 29 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades; los arts. 30.2.c), 113.3, 114.7 de la Ley de Aguas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio; el art. 53.3 de la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales; el art. 12.11.1 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; el art. 43 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre; los arts. 94, 98, 99 y con efectos desde el 1 de enero de 2015 lo indicado del art. 94 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales; los arts. 70.2, 91.uno.1, la disposición transitoria 13 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido; el art. 30 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, Impuesto sobre el Patrimonio; lo indicado del anexo I del Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, aprobación de tarifas y la instrucción del Impuesto de Actividades Económicas; los arts. 33.2, 39.3, 41.2, la disposición adicional 19 y suspende para 2021 lo indicado del art. 27 de la Ley de Clases Pasivas del Estado, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril; los arts. 300, 303, 307 y 310 del Reglamento aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, reglamento del Dominio Público Hidráulico; los arts. 1, 2, 3, la disposición final 1 y añade el art. 6 a la Ley 16/1983, de 24 de octubre , creación del Organismo Autónomo Instituto de la Mujer; el art. 2 de la Ley 70/1978, *(...)*

Por muy flexible que se sea, no parece que se ajuste a la doctrina consolidada de nuestro Tribunal Constitucional sobre la necesidad de necesidad de concurrencia de los dos requisitos necesarios para que la regulación por Ley de Presupuestos de una materia que no forma parte de su contenido necesario sea constitucionalmente legítima: de una parte, es preciso que la materia guarde relación directa con los ingresos y gastos que integran el Presupuesto y que su inclusión esté justificada por ser un complemento de los criterios de política económica de la que ese Presupuesto es el instrumento; y de otra, que sea un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno[2]. En este sentido el TC viene recordando e insiste que si bien la ley de presupuestos puede ser un instrumento para una adaptación circunstancial de las distintas normas, no tienen en ella cabida las modificaciones sustantivas del ordenamiento jurídico, a menos que éstas guarden la suficiente conexión económica (relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno) o presupuestaria (para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto)[3]. Conexión que debe ser "inmediata y directa", lo que lleva consigo que no pueden incluirse en las leyes de presupuestos normas "*cuya incidencia en la ordenación del programa anual de ingresos y gastos es sólo accidental y secundaria y por ende insuficiente para legitimar su inclusión en la Ley de Presupuestos*"[4].

Viene también a la memoria aquellas famosas *"Leyes de Acompañamiento*"[5], que se aprobaban simultáneamente con las anuales Leyes de Presupuestos. En ellas se venía a recoger a lo largo de su articulado, una serie de medidas referentes a aspectos tributarios, de gestión económica, social y de acción administrativa en diferentes campos, singularmente sensibles a las rápidas transformaciones que era necesario introducir en distintos sectores del ordenamiento (o al menos así se justificaban). Práctica legislativa que surgió –curiosamente– como consecuencia del endurecimiento de la doctrina del TC respecto a los límites materiales de las Leyes de Presupuestos (en este sentido recuérdese la STC 76/1992, de 14 mayo). La crítica a esta práctica no tardó en llegarles desde todos los sectores, imputándole que resultaba en balde el esfuerzo por ajustarse y respetar la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el contenido material de las Leyes de Presupuestos, si luego por la puerta de atrás se llevaba a cabo una modificación del ordenamiento jurídico en tales normas y de tal calibre. En este punto recuérdese que el TC tuvo que intervenir y pronunciarse sobre la idoneidad de las Leyes de Acompañamiento"[6] que si bien no fijó un rechazo terminante a las mismas, tampoco las apoyó plenamente[7]. El partido político que apoyaba en su momento la inconstitucionalidad de las Leyes de Acompañamiento, cuando alcanzó el poder en 2004 se apresuró eliminar esta práctica considerada como viciosa, y así su vicepresidenta, anunció

de 26 de diciembre, reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública; el art. 3.4 del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas; lo señalado del art. 27.A.4 de la Ley 12/1975, de 12 de marzo, de Protección de las Obtenciones Vegetales (si bien téngase en cuenta esta disposición estaba ya derogada por la Ley 3/2000, de 7 de enero).

[2] STC 174/1998, de 23 de julio, fj.º 6.

[3] STC 123/2016, fj.º 3; y 152/2014, de 25 de septiembre, fj.º 4).

[4] STC 152/2014, de 25 de septiembre, fj.º 4 a).

[5] Su denominación oficial venía a ser "Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social"

[6] Véanse, por ejemplo, las SSTC 136/2011, de 13 septiembre y 176/2011, de 8 noviembre.

[7] En este sentido en la STC 136/2011, véase por su interés el voto particular emitido por el Magistrado Manuel Aragón Reyes, que entre otras consideraciones acerca de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, se pronuncia así … a simple descripción de sus rasgos principales ya pone de manifiesto la perversión legislativa que *entrañan: se trata de leyes cuyo calendario de tramitación se hace coincidir con el del proyecto de Ley de presupuestos generales del Estado para cada ejercicio, que se caracterizan por. 65a cabo, de manera asistemática, numerosas modificaciones normativas con vocación de permanencia que versan sobre las materias más dispares del ordenamiento jurídico (en el caso de la Ley 50/1998 que estamos examinando se modificaron 76 leyes, 7 decretos legislativos y 6 decretos leyes); buen número de esas modificaciones ni siquiera estaban en el texto de la iniciativa, sino que se introdujeron a lo largo del procedimiento legislativo a través de enmiendas (así, en la Ley 50/1998 el proyecto de ley afectaba «sólo» a 34 normas de rango legal, y al final del proceso parlamentario, como ya se ha dicho, acabó afectando a 89)".*

la decisión del Ejecutivo de hacer desaparecer la conocida como Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado "*Según el Ejecutivo, con esta medida se acaba con el "uso y abuso" que se ha hecho hasta ahora de esta norma y se devolverá la dignidad al Parlamento."*[8]. Pues bien, desde aquellas fechas hasta ahora, no hay "Leyes de acompañamiento", pero las Leyes de Presupuestos han vuelto a sus viciosas prácticas que tanto se criticaron, integrando dentro de la ley anual de presupuestos esas reformas legislativas que antes se contenían en las Leyes de Acompañamiento. Y esa LPGE/2021 para que sigue el mismo camino.

En realidad, en muchas ocasiones, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado se han convertido desde hace tiempo y en sucesivos Gobiernos–con evidente extralimitación y desnaturalización de la función típica de este tipo de Leyes con finalidad más acotada– en *Leyes ómnibus*, que incluyen una multiplicidad de materias heterogéneas y a menudo verdaderas "leyes medidas", las cuales por definición no merecen el calificativo de "generales" (y estamos precisamente ante una ley que se autocalifica constitucionalmente de Ley de Presupuestos "Generales" del Estado). No se habla, ciertamente, de "Leyes de Acompañamiento", pero, sin embargo, se materializa e funcionalmente en ellas esa legislación *ómnibus*. De ello, como se indicó anteriormente, ha dado cuenta el control de constitucionalidad ejercido por nuestro Tribunal Constitucional.

2. ESCASAS NOVEDADES EN MATERIA DE COTIZACIÓN PARA 2021

El título VIII de la LPGE/2021 en sus arts.119[9] y 120[10] regula las "cotizaciones sociales" para el año 2021, lo que se completa luego con:

A) Medidas recogidas en las disposiciones adicionales de dicha ley relativas a beneficios en la cotización tales como: a) Medidas de apoyo a la prolongación del período de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos en los sectores del turismo y comercio y hostelería vinculados a la actividad turística[11]; b) Bonificación en la cotización a la Seguridad Social en los supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, así como en los supuestos de enfermedad profesional[12]; c) Suspensión del sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales por disminución de la siniestralidad laboral.

B) Otras medidas de cotización en situaciones singulares, como: a) Modificación del régimen de la cotización en los supuestos de compatibilidad y trabajo[13]; b) Modificación de la cotización en el sistema especial del tomate fresco con destino a la exportación; y c) Moratoria en el pago de cuota mediante aplazamiento con la Seguridad Social[14].

El art. 119 de la LPGE/2021 norma las previsiones relativas a bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Protección por cese en la actividad, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional durante 2021. Las novedades son mínimas:

-Tope máximo y mínimo. El tope máximo de cotización para 2021 se mantiene en la misma cuantía que para 2020, es decir, 4.070,10 euros/mes; y el tope mínimo queda referenciado a la

[8] Declaraciones de la Vicepresidenta María Teresa Fernández de Vega, La noticia se puede consultar en Diario ABC en fecha 10/09/2004 https://www.abc.es/espana/abci-gobierno-elimina-ley-acompanamiento-presupuestos-generales-estado-200409100300-9623550436373_noticia.html.

[9] Bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional durante el año 2021.

[10] Cotización a derechos pasivos y a las Mutualidades Generales de Funcionarios para el año 2021.

[11] DA. 122.

[12] DA. 123.

[13] DF. 38ª.

[14] DF. 43ª.

cuantía del salario mínimo interprofesional (SMI) vigente en cada momento incrementado en un sexto, que como se recordará no hay experimentado todavía nueva cuantía para 2021[15].

-Bases mínimas y máximas. En lo referente a las bases de cotización mínimas y máximas al estar referenciadas al incremento que experimente el SMI quedan en la misma situación que en 2020, a expensas de una nueva cuantía del mismo[16].

-Tipos de cotización. Los tipos de cotización al Régimen General y en los Regímenes Especiales se mantienen en la misma cuantía que en 2020, así como los relativos a las cuotas de recaudación conjunta.

Escasas novedades de interés se recogen en el art. 119 de la LPGE sobre la cotización de determinados colectivos incluidos bien el régimen general o en los especiales. No obstante, se podrían destacar las siguientes:

a) Una actualización de la reducción y bonificación en las cotizaciones en el sistema especial para las tareas de manipulado y empaquetado de tomate fresco realizadas por cosecheros exportadores[17] que durante 2021, los empresarios afectados tendrán derecho a una reducción del 70% y una bonificación (esta con cargo al SEPE) del 8,75% en la aportación empresarial por contingencias comunes

b) Un incremento de la cotización de solidaridad en los supuestos de jubilación activa[18]. El porcentaje pasa del 8% al 9% respecto a los trabajadores por cuenta ajena (7% corresponde a la aportación empresarial y el resto a la del trabajador); y del 9% a cargo del propio pensionista si el trabajo es por cuenta propia.

c) Una moratoria especial en el pago de las cotizaciones de diciembre 2020 a febrero de 2021[19]. Dirigida a empresas y los trabajadores por cuenta propia incluidos en cualquier régimen de la Seguridad Social, siempre que se encuentren al corriente en sus obligaciones con la Seguridad Social y no tuvieran otro aplazamiento en vigor. Para ello, deberán de solicitar el oportuno aplazamiento de acuerdo a las reglas generales establecidas en el Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social, con determinadas particularidades: 1) Devengará un interés del 0,5% en lugar del general del 3,75%; 2) La solicitud debe hacerse dentro de los diez primeros días naturales de cada uno de los plazos reglamentarios de ingreso de la cuota devengada; 3) Se emitirá una resolución

[15] En el sentido dispuesto en el art. 19.1 LGSS.

[16] Véase la DA. 6ª. Del RD-Ley 38/2020, de 29 de diciembre, que prorroga la vigencia del RD 231/2020, de 4 de febrero, sobre salario mínimo interprofesional para 2020, hasta que se apruebe el correspondiente a 2021

[17] DF. 41ª. LPGE/2021. Recuérdese la reforma introducida por el RD-ley 28/2020, 28 diciembre, cuya DA. 4º. disponía lo siguiente: "*Cotización en el Sistema Especial para manipulado y empaquetado del tomate fresco con destino a la exportación, dentro del Régimen General de la Seguridad Social.*
1. La aportación a la cotización por todas las contingencias de los empresarios incluidos en el Sistema Especial para las tareas de manipulado y empaquetado del tomate fresco con destino a la exportación se llevará a cabo de acuerdo con lo establecido con carácter general para el Régimen General de la Seguridad Social y mediante el sistema de liquidación directa de cuotas a que se refiere el artículo 22.1.b) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
2. Durante el año 2019, los empresarios encuadrados en ese sistema especial tendrán derecho a una reducción del 80 por ciento y una bonificación del 10 por ciento en dicha aportación empresarial a la cotización por contingencias comunes.
La referida bonificación se irá reduciendo progresivamente en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado hasta su supresión. En el ejercicio en que la bonificación deje de aplicarse, los empresarios incluidos en el sistema especial que, además de manipularlo y empaquetarlo, sean también productores del mismo tomate fresco destinado a la exportación, se integrarán en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social.
La bonificación a que se refiere este apartado se financiará con cargo al presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal."

[18] DF. 38ª LPGE/2021. Véase también el art. 214 LGSS.

[19] DF. 43ª.

única con independencia de los meses que comprenda, se amortizará por pagos mensuales, con plazo de 4 meses por cada mensualidad de aplazamiento solicitada y un máximo de 12 meses; 4) Acordado el aplazamiento el deudor será considerado al corriente del pago de las cuotas afectadas dicho aplazamiento.

Las cotizaciones afectadas son aquellas cuyo devengo tenga lugar entre los meses de diciembre de 2020 y febrero de 2021 para empresas; y entre enero a marzo de 2021 para trabajadores por cuenta propia.

En relación con la cotización al Régimen de Clases Pasivas y Mutualidades de funcionarios, escasas novedades hay. El porcentaje de cotización a clases pasivas y mutualidades generales de funcionarios durante 2021 es del 3,86% y del 1,86% respectivamente –igual que en 2020– que se aplica a los haberes reguladores establecidos para 2020 a efectos de cotización de derechos pasivos, incrementados en un 0,9%[20].

La cotización a las Mutualidades de los Funcionarios queda así:

a) En MUFACE para los funcionarios y asimilados se aplicará el 1,69% sobre los haberes reguladores vigentes en 2020, incrementados en un 0,9%[21] se obtiene aplicando a los haberes reguladores de 2021 un 1,69%.

b) En el caso del personal en activo y asimilado integrado en el ISFAS, el porcentaje es el mismo[22].

c) Y lo mismo cabría decir respecto al personal integrado en MUGEJU[23].

3. NOVEDADES EN LA ACCIÓN PROTECTORA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y DE OTRAS PRESTACIONES SOCIALES PÚBLICAS

3.1. Acerca del principio general de incompatibilidad en el percibo de más de una pensión cuando coinciden en el mismo beneficiario

El art. 163.1 de la LGSS que recoge este principio general es objeto de nueva redacción[24] en la que se suprime el último inciso relativo a que deberá de optarse (en caso de incompatibilidad) por aquella que le interese al sujeto; y se establece la previsión de que en caso En caso de que se cause derecho a una nueva pensión que resulte incompatible con la que se viniera percibiendo, la entidad gestora iniciará el pago o, en su caso, continuará con el abono de la pensión de mayor cuantía, en términos anuales, con suspensión de la pensión que conforme a lo anterior corresponda. Permitiéndose, no obstante, que el interesado podrá solicitar que se revoque dicho acuerdo y optar por percibir la pensión suspendida. Los efectos económicos de esta opción serán a partir del día primero del mes siguiente a la solicitud.

[20] Art. 120.cuatro LPGE/2021.

[21] La aportación del Estado representará el 6,83% de los haberes reguladores vigentes en el año 2020, incrementados en un 0,9% (siendo el 4,10 la aportación del Estado y el 2,73 a la aportación por pensionista exento de cotización.

[22] La aportación del Estado representará el 10,74% de los haberes reguladores vigentes en el año 2020, incrementados en un 0,9% (siendo el 4,10% la aportación del Estado por activo y del 6,64% la del pensionista exento de cotización).

[23] En este caso la aportación del Estado representará el 5,20% de los haberes reguladores vigentes en el año 2020 incrementados en un 0,9% (siendo el 4,10 a la aportación del Estado por activo y el 1,10 por pensionista exento de cotización).

[24] DF. 38ª. Dos LPGE/2021.

3.2. La jubilación activa en el Régimen de Clases Pasivas del Estado

El art. 33 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado[25] ha sido objeto de modificación por la DF. 6ª LPGE/2021, para incluir la posibilidad de la jubilación activa para el colectivo en el incluido, en los siguientes términos:

-La regla general sigue siendo la de incompatibilidad de la pensión de jubilación o retiro con la actividad por cuenta propia o ajena que dé lugar a la inclusión de su titular en un régimen público de Seguridad Social.

-A ello se suma ahora una excepción, cuando: a) Se haya accedido a la pensión con la edad establecida de jubilación forzosa; y b) El porcentaje aplicable a efectos de determinar la cuantía de la pensión sea del cien por cien.

-La cuantía de la pensión será –en términos generales– similar a la establecida para el régimen general o el especial de autónomos. Si lo que se desempeña es una actividad de creación artística por la que se perciban ingresos derivados de derechos de propiedad intelectual, incluidos los generados por su transmisión a terceros, la cuantía de la pensión compatible con esta actividad será del cien por ciento, siendo en este caso de aplicación lo previsto en materia de afiliación, altas, bajas y variación de datos y cotización, así como en materia de compatibilidad en el Real Decreto 302/2019, de 26 de abril, por el que se regula la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística. La pensión se revalorizará en su integridad, en los términos establecidos para las pensiones del Régimen de Clases Pasivas. No obstante, en tanto se desempeñe el trabajo compatible, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirán en un cincuenta por ciento. Esta reducción no será aplicable cuando la pensión de jubilación sea compatible con la actividad por cuenta propia y se acredite tener contratado al menos un trabajador por cuenta ajena o se trate de una actividad artística.

3.3. Las prestaciones de supervivencia del Régimen de Clases Pasivas.

Las DF. 6.º dos y tres de la LPGE/2021, han venido a introducir dos modificaciones en las prestaciones de supervivencia de este régimen.

a) Adaptación de la cuantía de la pensión de viudedad en supuestos de beneficiarios con 65 años

Para este colectivo en lugar del 50% de porcentaje establecido con carácter general[26], se podrá incrementar en 8 puntos, siempre que: 1) Tenga cumplido una edad igual o superior a 65 años; 2) No tenga derecho a otra pensión pública española o extranjera (salvo que su cuantía no exceda del importe del mismo.); 3) No perciba ingresos por la realización de un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia; y 4) No percibir rendimientos del capital, de actividades económicas o ganancias patrimoniales, de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que en cómputo anual superen el límite de ingresos establecido en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para ser beneficiario de la pensión mínima de viudedad.

b) Duración de la pensión de orfandad.

La diferencia de tratamiento de los huérfanos en la edad de disfrute de la pensión de orfandad entre el régimen de Clases Pasivas y el Sistema de Seguridad Social desaparece con la nueva redacción del art. 41 apartado 2 de la Ley de Clases Pasivas y queda en los mismos términos

[25] RD-Legislativo 670/1987, de 30 abril.

[26] Ó del 25% en el caso de que el causante de los derechos hubiera fallecido tras haber sido declarado inutilizado en acto de servicio o como consecuencia del mismo y de haberse señalado en su favor la correspondiente pensión extraordinaria.

que la causada dentro del sistema[27]. En realidad, estamos ante la llamada a la convergencia de los regímenes recogido en el art. 10 LGSS.

3.4. Prestación farmacéutica. Aportación de los beneficiarios

La participación del beneficiario en coste de los medicamentos se rige por el art. 102 del RD-legislativo 1/2015, de 24 de julio, que establece el porcentaje de aportación sobre el precio de venta al público en atención a las rentas del beneficiario[28]. Si bien hay colectivos y situaciones a las que se les exime de aportación[29]. Pues bien, la DF. 35ª LGPE/2021 amplía el colectivo de beneficiarios exentos de copago, para ello modifica el apartado 8 del art. 102 del RD-legislativo 1/2015, de 24 de julio, y de esta exención, además de los colectivos existentes se beneficiarán:

- Personas menores de edad con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %.
- Personas perceptoras de la prestación económica de la Seguridad Social por hijo o menor a cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción.

[27] Art. 224 LGSS.

[28] El art. 224.5 determinar que, con carácter general la aportación:
a) Un 60 % del PVP para los usuarios y sus beneficiarios cuya renta sea igual o superior a 100.000 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
b) Un 50 % del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado activo y sus beneficiarios cuya renta sea igual o superior a 18.000 euros e inferior a 100.000 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
c) Un 40 % del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado activo y sus beneficiarios y no se encuentren incluidos en los apartados a) o b) anteriores.
d) Un 10 % del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios, con excepción de las personas incluidas en el apartado a).
En el caso de las personas encuadradas en Mutualidades de Funcionarios la aportación con carácter general del 30% (art. 224.9).
Por otra parte, con la finalidad de garantizar la continuidad de los tratamientos de carácter crónico y un alto nivel de equidad a los pacientes pensionistas con tratamientos de larga duración, los porcentajes antes indicados está sujetos a unos topes en los siguientes supuestos (art. 224.6):
a) Un 10 % del PVP en los medicamentos pertenecientes a los grupos ATC de aportación reducida, con una aportación máxima de 4,24 euros.
b) Para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios cuya renta sea inferior a 18.000 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o que no estén incluidos en los siguientes apartados c) o d), hasta un límite máximo de aportación mensual de 8,23 euros.
c) Para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios cuya renta sea igual o superior a 18.000 euros e inferior a 100.000 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, hasta un límite máximo de aportación mensual de 18,52 euros.
d) Para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionista de la Seguridad Social y sus beneficiarios cuya renta sea superior a 100.000 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, hasta un límite máximo de aportación mensual de 61,75 euros.

[29] El art. 224.8 señala que están exentos: Estarán exentos de aportación los usuarios y sus beneficiarios que pertenezcan a una de las siguientes categorías:
a) Afectados de síndrome tóxico y personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica.
b) Personas perceptoras de rentas de integración social.
c) Personas perceptoras de pensiones no contributivas.
d) Parados que han perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo en tanto subsista su situación.
e) Personas con tratamientos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

— Los pensionistas de la Seguridad Social, cuya renta anual sea inferior a 5.635 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y los que, en el caso de no estar obligados a presentar dicha declaración, perciban una renta anual inferior a 11.200 euros

3.5. Promoción de la protección social complementaria. Fomento legal de los planes del sistema de empleo y compromiso adicional de creación de Fondos de pensiones Públicos de empleo ¿Un nuevo modelo de planes de pensiones complementarias a través de una promesa en blanco?

La recomendación 16ª del Pacto de Toledo de 2020 subraya la necesidad de impulsar, de forma preferente, los sistemas sustentados en el marco de la negociación colectiva, de empleo y que prioritariamente habrán de ser sin ánimo de lucro. Recogía lo ya planteado por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) en su evaluación de los beneficios fiscales (julio de 2020) que debería de dotarse a dichas entidades de un régimen fiscal y jurídico adecuado y diferenciado, mejorando el existente en la actualidad y entendiendo que en ningún caso dichos sistemas de ahorro puedan ser considerados como meros productos financieros. Pues bien, la DA 40ª de la LPGE/2021, da un plazo máximo de doce meses al Gobierno para que: presente un proyecto de ley sobre fondos de pensiones públicos de empleo en el que se atribuya a la Administración General del Estado capacidad legal para su promoción. Técnicamente los fondos de pensiones son patrimonios de adscripción finalista creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a planes de pensiones, cuya gestión, custodia y control se realizarán por entidades gestoras y depositarias del fondo en cuestión.

Estos fondos de pensiones públicos de empleo serán de carácter abierto en relación con los procesos de inversión desarrollados y tendrán las siguientes características:

a) Podrán adscribirse a estos fondos de pensiones de promoción pública los planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación que así lo establezcan en sus especificaciones; y, por defecto, los planes de pensiones de la modalidad de empleo que no determinen un fondo de pensiones específico concreto. Igualmente, estos fondos de pensiones públicos podrán canalizar inversiones de otros fondos de empleo que así lo decidan con un nivel de gastos que incentive la competencia en el sector.

b) El proceso de selección de las entidades gestora y depositaria del fondo se hará a través de concurso competitivo abierto.

c) Los fondos de pensiones públicos de empleo estarán regidos por una comisión de control. La política de inversiones del fondo de pensiones, aprobada por la comisión de control, se hará constar en escritura pública y no podrá ser modificada, salvo con autorización expresa otorgada por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

d) El Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones tendrá derecho de veto en relación con las decisiones de la comisión de control del fondo que afecten a la estrategia de inversión, así como a la sustitución de las entidades gestora y depositaria.

e) Se regularán procedimientos simplificados para la integración de los planes de pensiones de empleo en los fondos de pensiones públicos de empleo.

f) Podrá preverse la integración de planes de pensiones asociados de trabajadores autónomos.

A destacar el papel que se reserva al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, teniendo en cuenta que con carácter general la supervisión y control de planes y fondos de pensiones radica en el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital[30].

3.6. Reconocimiento de cotizaciones a la Seguridad Social del personal de la Administración de Justicia. La irresponsabilidad del Estado-empresario

Los incumplimientos de Empresario-Estado en orden a la cotización por sus empleados y sus efectos, se saldará con una revisión de oficio o a petición del interesado y reconocerá como cotizados los períodos que consten trabajador y no cotizados del personal de la administración de justicia que presenten diferencias entre los períodos efectivamente trabajados que figuren en el certificado de servicios prestados y los que figuren su certificado de cotizaciones. Este reconocimiento abierto de los incumplimientos empresariales de Estado y su enmienda, simplemente reconociéndolo, es una solución para los trabajadores afectados, pero no se entiende que solo afecte a un sector de los trabajadores públicos, ya que no es la misma situación que también se plantea en otros colectivos de empleados públicos. El propio Estado elimina su responsabilidad empresarial.[31]

3.7. Nuevas infracciones sociales tipificadas de las mutualidades de previsión social que actúen como alternativas al RETA

Se modifica el RD-legislativo 5/2000, de 4 de agosto, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social por la DF. 8ª LPGE/2021 para incluir una sección 5ª. al capítulo III, con un art. 32 bis, que recoge como infracción grave no poner a disposición de la TGSS la relación telemática de profesionales colegiados integrados en las mismas a las que se refiere el apartado 4 de la DA 18. de la LGSS[32].

3.8. La formación dual y su protección social

La DF. 37ª LPGE/2021 modifica el art. 11 del Estatuto de los Trabajadores, introduciendo un nuevo apartado 3 (el actual pasa renumerarse con el número cuatro) relativo al contrato de formación dual cuya acción protectora de la Seguridad Social es total, incluyendo expresamente desempleo y Fondo de Garantía Salarial

3.9. Actualización de pensiones y otras prestaciones sociales públicas[33]

Nuevamente el mecanismo de revalorización implantado por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre y recogido en el art. 58 LGSS ha quedado en suspenso para el ejercicio 2021 por así establecerlo la DA. 48ª. LPGE/2021[34]. La revalorización para 2021 se llevará a cabo de la siguiente forma (arts. 35 y ss. de la LPGE/2021):

[30] Véase el art. 7 del RD 403/2020, de 25 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación digital, competencias de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

[31] Ver DA. 158 LPGE/2021

[32] Es un nuevo apartado incluido por la DF 38ª LPGE/2021 que exige a las mutualidades de previsión social autorizadas para actuar como alternativas al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, desde el 1 de marzo de 2021, deberán poner a disposición de la Tesorería General de la Seguridad Social antes de finalizar el mes natural siguiente a la situación de alta o de baja, de forma telemática, una relación de los profesionales colegiados integrados en las mismas como alternativas al citado régimen especial en la que se indique expresamente la fecha en que quedó incluido cada uno de ellos, cuál es su actividad profesional y, en su caso, la fecha de baja en la mutualidad por cese de actividad.

[33] Ver anexos I y II.

[34] En los años 2019 y 2020 también fue dejado en suspenso por RD-ley 28/2018, de 29 de diciembre y RD-ley 1/2020, de 14 de enero.

Con carácter general las pensiones se revalorizarán un 0,9%, sin que la pensión pública pueda superar el límite máximo de 37.904,86 euros anuales o 2.707,49 euros mensuales[35].

Quedan fuera de la revalorización las pensiones a las que se refiere el art. 40 LPGE/2021[36].

Las pensiones mínimas y el límite de ingresos para su obtención se incrementan en un 0,9%[37].

En el caso de las pensiones no contributivas se incrementa en un 1,8% de la cuantía establecida para 2020[38].

Las prestaciones de orfandad causadas por violencia contra la mujer se actualizarán en el mismo porcentaje que lo haga el SMI[39].

Las pensiones del extinto régimen SOVI han sido actualizadas en una cuantía del 0,9%[40].

Se recoge en la DA. 46ª previsiones relativas al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones para el caso de que la evolución de precios al consumo en 2021 sea superior al porcentaje de revalorización aplicado a las pensiones, previendo en tal caso una pago adicional antes de 1 de abril de 2022, de la diferencia entre la pensión percibida en 2021 y la que le hubiere correspondido de haber aplicado al importe de la pensión vigente en 2020 un incremento porcentual igual al valor medio de los incrementos porcentuales interanuales del IPC de los meses de diciembre 2020 a noviembre de 2021, obviamente si el valor medio resultante fuere superior al 0,9%[41].

---

[35] El art. 38. Siete de LPGE/2021, señala que este límite no afecta las pensiones que se causen durante 2021 siguientes: a) Pensiones extraordinarias del sistema de la Seguridad Social y del Régimen de Clases Pasivas del Estado originadas por actos terroristas; b) Pensiones extraordinarias reconocidas al amparo de la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; c) Pensiones excepcionales derivadas de atentados terroristas reconocidas al amparo del Real Decreto-ley 6/2006, de 23 de junio.

[36] Se trata de: a) Las pensiones abonadas con cargo a cualquiera de los regímenes o sistemas de previsión enumerados en el artículo 42 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, cuyo importe íntegro mensual, sumado, en su caso, al importe íntegro mensual de las otras pensiones públicas percibidas por su titular, exceda de 2.707,49 euros íntegros en cómputo mensual, entendiéndose esta cantidad en los términos expuestos en el precedente artículo 38.
Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable a las pensiones extraordinarias del Régimen de Clases Pasivas del Estado y del sistema de la Seguridad Social originadas por actos terroristas, ni a las pensiones excepcionales derivadas de atentados terroristas, reconocidas al amparo del Real Decreto-ley 6/2006, de 23 de junio, ni a las pensiones reconocidas en virtud de la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; b) Las pensiones de Clases Pasivas reconocidas a favor de los Camineros del Estado causadas antes del 1 de enero de 1985, con excepción de aquellas cuyo titular sólo percibiera esta pensión como tal caminero; y c) Las pensiones de las Mutualidades integradas en el Fondo Especial de la mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado que, a 31 de diciembre de 2020, hubieran ya alcanzado las cuantías correspondientes al 31 de diciembre de 1973.

[37] Véase art. 42 para pensiones de clases pasivas y art. 43 pensiones de la Seguridad Social de la LPGE/2021.

[38] Véase art. 44 1 y 2 LPGE/2021

[39] Véase art. 44.3 LPGE/2021.

[40] Véase art. 45 LPGE/2021.

[41] La recomendación segunda del Pacto de Toledo de 2020 señala:
"… Los pensionistas son, sin duda, uno de los sectores de población más perjudicados por las variaciones crónicas –generalmente al alza– que la inflación ocasiona sobre el coste de la vida; por esa razón la revalorización anual de las pensiones en base al IPC real se presenta como el mecanismo que ha de servir para conservar el poder adquisitivo de las pensiones; en este sentido, la revalorización debe ser diferenciada de cualquier otra acción de mejora encaminada no a conservar, sino a aumentar dicho poder adquisitivo –cuando lo permita la situación económica y con la oportuna cobertura legal-.
La Comisión constata que el vigente mecanismo de revalorización de las pensiones no goza del suficiente consenso político y social.
En este sentido la Comisión considera esencial, a los efectos de generar confianza en la ciudadanía, recuperar el consenso de la Recomendación «Mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones», aprobada en el año 2011 en el marco de las Recomendaciones del Pacto de Toledo. …"

— Las prestaciones familiares y el límite de ingresos para su disfrute se encuentran actualizadas en la DA. 41ª.

La cuantía de las ayudas sociales reconocidas a los afectados por el VIH al amparo del RD-ley 9/1993, de 28 de mayo, serán para el año 2021 de 645,08€ mes[42]

En relación con las antiguas prestaciones LISMI[43] hoy recogidas en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de inclusión social, aprobado por RD-legislativo 1/2013, de 29 de noviembre y pensiones asistenciales de vejez e invalidez[44] la DA. 42ª LPGE/2021 mantienen sus importes de 2020[45].

También las prestaciones económicas reconocidas al amparo de la Ley 3/2005, de 18 de marzo, en favor de ciudadanos de origen español desplazados al extranjero durante su minoría de edad como consecuencia de la guerra civil, mantienen su cuantía de 2020[46].

Se procede a la actualización de las cuantías del nivel mínimo de protección garantizado por el Estado para cada persona beneficiaria del Sistema Para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de grado III (235,00 euros/mes), Gran Dependencia; de grado II Dependencia Severa (94,00 euros/mes); y de grado I, Dependencia Moderada (60,00 euros/mes)[47].

3.10. Indicadores económicos con efectos en las prestaciones de la Seguridad Social

Desde 2017 el IPREM no había actualizado su cuantía que ahora para 2021 se fija en: 18,83 euros/día; 564,90 euros/mes; y 6.778,80 euros/año[48]. Por otro lado, para los supuestos en que la referencia al salario mínimo interprofesional ha sido sustituida por la referencia al IPREM en aplicación de lo establecido en el Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, la cuantía anual del IPREM será de 7.908,60 euros cuando las correspondientes normas se refieran al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, salvo que expresamente excluyeran las pagas extraordinarias; en este caso, la cuantía será de 6.778,80 euros.

4. LAS REFORMAS O PREVISIONES "AD CALENDAS GRAECAS"

Sobre la incompatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística, la disposición final 2.ª del RD-ley 26/2018, de 28 diciembre dispuso que: "*El Gobierno, en el plazo máximo de 6 meses desde la publicación del presente real decreto-ley, procederá a la aprobación de una norma reglamentaria que, en desarrollo del artículo 213 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, regule la compatibilidad de la pensión de jubilación con la actividades de aquellos profesionales dedicados a la creación artística que perciban por esa actividad derechos de propiedad intelectual*."[49] La previsión legal sería luego desarrollada por el RD 302/2019, de 26 abril y ahora la DA. 144ª LGPE/2021, da una nueva autorización al Gobierno para que en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la LPGE 2021proceda a modificar el Real Decreto 302/2019, de 26 de abril, por el que se regula la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística.

[42] DA. 45 LPGE/2021.
[43] Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de minusválidos. Hoy derogado por el RD-legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.
[44] Ley 45/1960, de 21 de julio y RD 2620/1981, de 24 de julio.
[45] Salvo el Subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte que pasa de 68,10€ a 68,80€.
[46] DA. 44ª. LPGE/2021.
[47] DA. 129 LPGE/2021. La dotación financiera para el sistema se fija en 566.394.840 euros que será distribuido a cada Comunidad Autónoma de acuerdo con la distribución territorial de la población potencialmente dependiente.
[48] DA. 121 LPGE/2021.
[49] Ese reconocimiento de compatibilidad llevará aparejada una cotización de solidaridad del 8 por ciento, que en caso de tratarse de trabajadores por cuenta ajena será a cargo del empresario el 6 por ciento y del trabajador el 2 por ciento.

También la LGPE reitera por enésima vez:

El aplazamiento de la disposición adicional vigésima octava de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que mandataba al Gobierno a que presentase un proyecto de Ley que estableciese un sistema de compensación a la Seguridad Social para que se pudiere reconocer, a favor de las personas interesadas un período de asimilación del tiempo en el servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutoria que compensase la interrupción de las carreras de cotización ocasionadas por tales circunstancias[50].

Y un nuevo aplazamiento de la entrada en vigor de las previsiones establecidas en los arts. 1.1 primer párrafo, 24 segundo párrafo y 25.4 de la Ley 20/2007, de 11 julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, sobre trabajo a tiempo parcial de dichos trabajadores[51].

Por último, otro retraso en la aplicación del mecanismo de integración de lagunas de cotización en las pensiones de jubilación de autónomos y trabajadores agrarios[52].

5. LA TARJETA SANITARIA ÚNICA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD O UN "NUEVO BRINDIS AL SOL"

"El Gobierno destina 141 millones de euros para impulsar en toda España la tarjeta sanitaria … Hoy por hoy todos los ciudadanos disponen de una tarjeta sanitaria, expedida por el servicio de salud de su Comunidad Autónoma. Lo que se pretende ahora es impulsar decididamente que todas estas tarjetas sean compatibles entre sí, garantizando de este modo la interoperabilidad entre todas ellas, y que todas las Comunidades Autónomas compartan esta información a través de la base de datos común del Sistema Nacional de Salud.". Lo transcrito no es otra cosa que la nota-referencia del Consejo de Ministros de 30 de septiembre de 2005[53].

Pero la realidad es que el acceso con normalidad al Sistema Nacional con independencia de la comunidad autónoma de origen sigue a fecha de hoy sin ser una realidad, una inequidad crónica avalada por determinados partidos políticos.

Pues bien, nuevamente la LPGE/2021 hace un canto a la tarjeta sanitaria única y su DA. 148, dispone que: El Ministerio de Sanidad, en el marco del desarrollo, implantación, mantenimiento y gestión de los servicios de interoperabilidad del Nodo del Sistema Nacional de Salud para intercambio de información y coordinación, adoptará las medidas necesarias para que la Tarjeta Sanitaria Interoperable y sus mecanismos accesorios permitan la interacción automática y normalizada de los pacientes, cualquiera que sea su comunidad de residencia, con los Servicios de Salud de las demás Comunidades Autónomas y proporcionen las funcionalidades de una tarjeta sanitaria única para todo el Sistema Nacional de Salud, a efectos de recibir asistencia sanitaria en cualquier Comunidad Autónoma en las mismas condiciones que las personas residentes en ellas, en el marco de relación que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud determine. Todo ello con la adecuada trazabilidad –sic– de los desplazamientos en el territorio nacional para garantizar la cohesión en el conjunto del Sistema a través de los fondos de compensación establecidos. La trazabilidad en los animales, de cara a la seguridad alimentaria se entiende, la de las personas resulta extraño.

---

[50] Véase DA. 47ª. LPGE/2021.

[51] DA. 26ª. LPGE/2021.

[52] Véase DF. 44ª.LPGE/2021.Por lo que respecta a los sujetos incluidos en el Sistema Especial de Empleados de Hogar recuérdese que la DT. 16ª LGSS en la redacción dada a la misma por la DF. 3ª., RD-ley 35/2020, de 22 diciembre, difiere la aplicación del mecanismo de integración de lagunas para 2022.

[53] Se puede consultar en https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2005/c3009050.aspx#Avanza.
Sobre la tarjeta sanitaria individual véase el RD 183/2004, de 30 de enero, modificado por RD 702/2013, de 20 septiembre.

6. LA RECURRENTE NECESIDAD DE LLEVAR A CABO UNA SEPARACIÓN DE FUENTES DE FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL[54]

La DF. 38ª LPGE/2021 añade una nueva disposición adicional a la LGSS, la trigésima segunda en el sentido de que conforme al art. 109.1.a) de la LGSS, la Ley Presupuestos Generales del Estado contemplará anualmente una transferencia del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social para la financiación de los beneficios en cotización a la Seguridad Social de determinados regímenes y colectivos, el coste del reconocimiento de la prestación anticipada de jubilación por aplicación de coeficientes reductores cuando no se haya previsto cotización adicional, el coste de la integración de los periodos no cotizados en la determinación de la base reguladora de las prestaciones del sistema y las reducciones legalmente establecidas en la cotización a la Seguridad Social. Y también se dispone que en la Ley de Presupuestos Generales del Estado se fijará, todos los años, el importe de las prestaciones que serán financiadas con una transferencia del Estado a la Seguridad Social. Congruente con ello la DA. 128ª LPGE/2021, dispondrá las oportunas transferencias al presupuesto de la Seguridad Social[55].

[54] Véase las Recomendaciones 1ª y 6ª del Pacto de Toledo de 2020. En el resumen oficial del Pacto de Toledo: -"*Recomendación 1ª*: Consolidación de la separación de fuentes y restablecimiento del equilibrio financiero. Separación de fuentes: – Las cotizaciones sociales deben ser destinadas exclusivamente a financiar prestaciones contributivas. – La financiación de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social ha de efectuarse exclusivamente a través de aportaciones del Estado. Existen gastos hasta ahora sufragados por la Seguridad Social que deben ser asumidos por el Estado con financiación tributaria (con cargo a sus Presupuestos Generales), según un calendario que permita superar el déficit financiero de la Seguridad Social no más tarde de 2023".
- *Recomendación 6ª:*"Incentivos al empleo. El sistema de incentivos debe concentrarse en las situaciones y colectivos cuyo empleo se persigue favorecer de forma especial. A este respecto, solamente debe priorizarse con este tratamiento preferente a los colectivos de personas con discapacidad o en riesgo de exclusión social y a las víctimas de violencia de género; asimismo, deben adoptarse medidas de fomento de la contratación de los parados de larga duración, y de los jóvenes, así como incentivarse el mantenimiento del empleo de las personas contratadas que tengan 55 o más años".

[55] Véase también el art. 12.4 LPGE/2021.

ANEXO I

CUANTÍA MÁXIMA Y MÍNIMOS DE LAS PENSIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL PARA 2021

TOPE MÁXIMO DE LAS PENSIONES	CUANTÍA MENSUAL	CUANTÍA ANUAL
Todas las pensiones	2.683,34	37.566,76

CUANTÍAS MÍNIMAS

PENSIÓN DE JUBILACIÓN		
CON 65 AÑOS	**CUANTÍAS MENSUALES**	**CUANTÍAS ANUALES**
Con cónyuge a cargo	843,40	11.807,60
Sin cónyuge (unidad económica unipersonal)	683,50	9.569,00
Con cónyuge NO a cargo	648,70	9.081,80
MENOR DE 65 AÑOS		
Con cónyuge a cargo	790,70	11.069,80
Sin cónyuge (unidad económica unipersonal)	639,50	8.953,00
Con cónyuge NO a cargo	604,40	8.461,60
CON 65 AÑOS PROCEDENTE DE GRAN INVALIDEZ		
Con cónyuge a cargo	1.265,10	17.711,40
Sin cónyuge (unidad económica unipersonal)	1.025,30	14.354,20
Con cónyuge NO a cargo	973,10	13.623,40

PENSIÓN DE INCAPACIDAD/INVALIDEZ PERMANENTE		
GRAN INVALIDEZ	**CUANTÍAS MENSUALES**	**CUANTÍAS ANUALES**
Con cónyuge a cargo	1.265,10	17.711,40
Sin cónyuge (unidad económica unipersonal)	1.025,30	14.354,20
Con cónyuge NO a cargo	973,10	13.623,40
ABSOLUTA, O TOTAL CON 65 AÑOS DE EDAD		
Con cónyuge a cargo	843,40	11.807,60
Sin cónyuge (unidad económica unipersonal)	683,50	9.569,00
Con cónyuge NO a cargo	648,70	9.081,80
TOTAL CON EDAD ENTRE 60 Y 64 AÑOS		
Con cónyuge a cargo	790,70	11.069,80
Sin cónyuge (unidad económica unipersonal)	639,50	8.953,00
Con cónyuge NO a cargo	604,40	8.461,60
TOTAL DERIVADA ENFERMEDAD COMÚN MENOR 60 AÑOS		
Con cónyuge a cargo	503,90	7.054,60
Sin cónyuge (unidad económica unipersonal)	503,90	7.054,60
Con cónyuge NO a cargo	499,50	6.993,00

PENSIONES DE SUPERVIVENCIA		
PENSIÓN DE VIUDEDAD	**CUANTÍAS MENSUALES**	**CUANTÍAS ANUALES**
Con cargas familiares	790,70	11.069,80
Con 65 años o con discapacidad = >65%	683,50	9.569,00
Entre 60 y 64 años	639,50	8.953,00
Menor de 60 años	517,80	7.249,20
PENSIÓN DE ORFANDAD		
Por beneficiario	208,90	2.924,60
Por beneficiario menor de 18 años con discapacidad > =65%	411,00	5.754,00
Orfandad absoluta		
Un solo beneficiario	726,70	10.173,80
Varios beneficiarios (N)	208,90 + 517,80 / N	2.924,60 + 7.249,20 / N
PENSIÓN FAVOR FAMLIARES		
Por beneficiario	208,90	2.924,60
Si no existe viuda ni huérfano pensionistas		
Un solo beneficiario con 65 años	504,80	7.067,20
Un solo beneficiario menor de 65 años	475,80	6.661,20
Varios beneficiarios (N)	208,90 + 308,90 / N	2.924,60 + 4.324,60 / N
PENSIONES SOVI		
Vejez, invalidez y viudedad	437,70	6.127,80
Prestaciones SOVI concurrentes	424,80	5.947,20

LÍMITE DE INGRESOS (sin incluir la pensión)	**CUANTÍA ANUAL**
Con cónyuge no a cargo	7.638,00
Con cónyuge a cargo	8.909,00
Sin cónyuge (unidad económica unipersonal)	7.638,00

ANEXO II

OTRAS PRESTACIONES SOCIALES PÚBLICAS

PRESTACIONES FAMILIARES		
POR HIJO O MENOR ACOGIDO A CARGO	**CUANTÍA MENSUAL**	**CUANTÍA ANUAL**
Menores de 18 años sin discapacidad	28,41	341,00*
Menores de 18 años y discapacidad igual o superior 33%	83,33	1.000,00
Con 18 o más años y discapacidad igual o superior 65%	395,60	4.747,20
Con 18 o más años y discapacidad igual o superior 75% y necesitado de ayuda de otra persona para realizar actos vitales	593,40	7.120,80
Límite ingresos si son menores de 18 años sin discapacidad		12.424,00
Límite ingresos si son menores de 18 años sin discapacidad - Familias numerosas		18.699,00
POR NACIMIENTO O ADOPCIÓN FAMILIAS NUMEROSAS, MONOPARENTALES Y MADRES CON DISCAPACIDAD >= 65%		1.000,00*
POR PARTO O ADOPCIÓN MÚLTIPLES		En atención al número de hijos (2, 3 y 4 o más) e importe del SMI anual
*Posibilidad de asignación por diferencias		

PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS	CUANTÍA MENSUAL	CUANTÍA ANUAL
Jubilación e invalidez	395,60	5.538,40

FAS	CUANTÍA MENSUAL	CUANTÍA ANUAL
Pensiones para ancianos e incapacitados	149,86	2.098,04
Complemento de pensión de 525 euros año para el pensionista que acredite fehacientemente carecer de vivienda en propiedad y tener, como residencia habitual, una vivienda alquilada al pensionista cuyo propietario no tenga con él relación de parentesco hasta tercer grado, ni sea cónyuge o persona con la que constituya una unión estable y conviva con análoga relación de afectividad a la conyugal En caso de unidades familiares en las que convivan varios perceptores de pensiones no contributivas, sólo podrá percibir el complemento el titular del contrato de alquiler o, de ser varios, el primero de ellos		

Ley General de Derechos de Personas con Discapacidad	CUANTÍA MENSUAL	CUANTÍA ANUAL
Subsidio de garantía de ingresos mínimos	149,86	2.098,04
Subsidio por ayuda de tercera persona	58,45	818,30
Subsidio de movilidad y transporte	68,10	817,20

Estudios Doctrinales

Laborum

La imprecisa e insuficiente delimitación de la enfermedad profesional

The imprecise and insufficient delimitation of occupational illness

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Murcia
https://orcid.org/0000-0001-8993-8107

Cita sugerida: LUJÁN ALCARAZ, J. "La imprecisa e insuficiente delimitación de la enfermedad profesional". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 26 (2021): 35-48.

Resumen

La calificación de una enfermedad como "profesional" no es solo una cuestión técnicamente compleja, sino también, y en demasiadas ocasiones, fuente de dudas acerca del verdadero sentido protector de esta institución del Derecho de la Seguridad Social. El presente trabajo encuentra una primera explicación para ello en la propia identidad de la enfermedad profesional como especie del accidente de trabajo. Pero sobre todo hace hincapié en los problemas que plantean la consideración de la enfermedad profesional como enfermedad listada, el escaso margen que ofrece el carácter formalmente cerrado del cuadro, la obsolescencia de ese cuadro y, como consecuencia, la desatención de las enfermedades derivadas de riesgos emergentes, típicamente los psicosociales.

Palabras clave

enfermedad profesional; accidente de trabajo; riesgos emergentes; riesgos psicosociales

Abstract

The classification of an illness as "occupational" is not only a technically complex issue, but also too often a source of doubt over the true protective purpose of the Social Security Law. The present study finds an explanation to identify occupational disease as a form of work accident. Above all, it emphasises the problems posed by considering occupational illness as an item on a list, the narrow margin that the formally defined framework provides, how this framework is obsolete and, consequently, the lack of attention given to illness arising from emergent risks, typically psychosocial risks.

Keywords

occupational illness; work accident; emerging risks; psychosocial risks

1. CARACTERIZACIÓN INICIAL Y SINGULARIDAD DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL

La noción de enfermedad profesional –y derivadamente, por tanto, la concreción de su régimen jurídico– es una de las cuestiones tradicionalmente peor resueltas en el Derecho de la Seguridad Social; y así lo prueba la rica y variada litigiosidad que suscita[1]. Sin duda, una primera explicación para ello es que lo que pretende ser su concepto legal no es más que una declaración de que existen algunas enfermedades cuyo origen profesional ha sido científicamente confirmado, razón por la cual han podido ser incluidas como tales en un catálogo del que, en consecuencia, debe predicarse su carácter cerrado. Solo eso es lo que afirma el art. 157 LGSS: que por enfermedad profesional se entiende "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

[1] Véase GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Las enfermedades profesionales: un concepto de delimitación compleja para un fenómeno social de relevancia", en *Las enfermedades profesionales*, Barcelón Cobedo, S. y González Ortega, S. (Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 25 y ss.

Fecha Recepción: 4-11-2020 – Fecha Revisión: 15-11-2020 – Fecha Aceptación: 11-12-2020
Pags. 35-48

desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional"[2].

Pero es que no solo existen enfermedades al margen del catálogo cuyo origen es profesional y que, por tanto, requieren específicas actuaciones preventivas, sanadoras y reparadas, sino que, en sentido amplio, la enfermedad profesional es una especie del género "accidente de trabajo" que no agota en sí misma las hipótesis de daño a la salud en el medio ambiente de trabajo distinto del accidente propiamente dicho.

En este sentido, parece oportuno recordar –una vez más– que la enfermedad profesional nació al mundo del Derecho en nuestro país con la famosa STS de 17 de junio de 1903. Como es sabido, esta resolución vino a considerar que el concepto legal de accidente de trabajo –que a la sazón ofrecía el art. 1 de la ley del mismo nombre de 30 de enero de 1900– no tomaba como referencia solo "un suceso repentino más o menos importante sino el hecho mismo constitutivo de la lesión", de modo que también era posible considerar como tal la enfermedad contraída en el ejercicio de una profesión como consecuencia de dicho ejercicio[3] y, en consecuencia, aplicar sus mismas normas sobre responsabilidad empresarial y aseguramiento[4].

De la misma opinión fueron los redactores del Convenio OIT núm. 18 (1925), cuyo art. 1 obligó a todo miembro que lo ratificara "a garantizar a las víctimas de enfermedades profesionales o a sus derechohabientes una indemnización basada en los principios generales de su legislación nacional sobre la indemnización por accidentes del trabajo". Además, el convenio estableció el sistema de calificación para las enfermedades profesionales que todavía hoy, casi cien años después, se sigue utilizando al disponer (art. 2) que serán enfermedades profesionales, de acuerdo en su caso con la legislación de cada Estado miembro, "las enfermedades y las intoxicaciones producidas por las sustancias incluidas (en el cuadro anexo al mismo convenio), cuando dichas enfermedades e intoxicaciones afecten a los trabajadores pertenecientes a las industrias o profesiones correspondientes en dicho cuadro y resulten del trabajo en una empresa sujeta a la legislación nacional".

España ratificó el convenio el 29 de septiembre de 1932[5]. Y desarrolló sus previsiones con la Ley de Bases de Enfermedades Profesionales de 13 de julio de 1936, donde se incluyó no solo un

[2] Ha de advertirse ya en este momento inicial que, aunque la noción de enfermedad profesional se construye, como la de accidente de trabajo, por referencia al trabajo que se ejecuta por cuenta ajena –o más claramente aún, para establecer la responsabilidad del empresario en orden a su reparación–, la enfermedad profesional de los trabajadores autónomos adquirió carta de naturaleza en nuestro Derecho con la promulgación del RD 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia. Actualmente, el art. 316.2 LGSS establece que se entenderá por enfermedad profesional del trabajador autónomo "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".
Sobre la enfermedad profesional del trabajador autónomo puede verse, entre otros, BLASCO LAHOZ, J.F., "La protección por contingencias profesionales en el régimen especial de la seguridad social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA)", *Revista de Información Laboral*, núm. 1, 2018, págs. 65 y ss.; VALDUEZA BLANCO, M.D., "Enfermedad profesional y trabajo autónomo: prevención y reparación", en Barcelón Cobedo y González Ortega (coord.), *Las enfermedades profesionales*, cit., págs. 381 y ss.

[3] OLARTE ENCABO, S., "Acoso moral y enfermedades psicolaborales: un riesgo laboral calificable de accidente de trabajo. Progresos y dificultades", *Temas Laborales*, núm. 80/2005, pág. 75.

[4] ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª ed., Civitas, Madrid, 2002, pág. 187.

[5] Posteriormente, el convenio de 1925 sería revisado por los convenios núms. 42 (1934) y 121 (1964). Véase GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.A., "Convenio sobre las enfermedades profesionales (revisado) 1934 (núm. 42)", *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7 (número especial Centenario de la OIT), 2019, págs. 651 y ss. Extrañamente, este convenio núm. 121 solo tiene 24 ratificaciones, entre las que no está la de España. Ha de advertirse, asimismo, que, junto con los convenios, la OIT aprobó en 2002 una *Recomendación sobre la lista de*

(...)

listado de veintiuna de ellas, sino también la relación de las industrias o trabajos en los que las mismas podían contraerse.

Ahora bien, aunque la ley española incorporó un sistema de lista cerrada –susceptible, no obstante, de ampliación y actualización normativa[6]–, el legislador fue consciente de que podían existir otras enfermedades de naturaleza laboral no recogidas en aquella; y por eso, y como mejor solución, dispuso que los tribunales pudieran "como hasta el presente aplicar a manifestaciones de otras enfermedades derivadas directa, indubitada y principalmente del ejercicio es una profesión, la protección legal establecida para los accidentes de trabajo" (Base XII). Es decir, las hoy llamadas "enfermedades del trabajo".

Es verdad que esta consideración primigenia de la enfermedad profesional como especie del accidente de trabajo se ha difuminado relativamente con el paso del tiempo respecto de las "enfermedades profesionales" una vez que al amparo de su definición legal expresa (art. 157 LGSS) y también –por qué no decirlo– "por la necesidad de aplicar especiales medidas de prevención y diagnóstico, y de facilitar su identificación"[7], parecen haber adquirido una identidad propia desvinculada del accidente de trabajo.

En todo caso, conviene retener que aunque en la enfermedad profesional, como en el accidente de trabajo, siempre hay una lesión o alteración de la salud que padece la persona trabajadora(sea por cuenta ajena o por cuenta propia), dicha lesión no se desencadena de forma abrupta y traumática, sino que lo hace de manera lenta e insidiosa, y precisamente por la acción de determinadas sustancias, materias o elementos con los que el trabajador se relaciona en unos predeterminados lugares o ambientes de trabajo. La relación de causalidad entre el trabajo y la lesión es, por tanto, incluso más rígida que en el accidente de trabajo, y por eso la enfermedad siempre es "por consecuencia" y nunca "con ocasión" del trabajo. Y es precisamente desde esta caracterización como la institución que se estudia ofrece sus tres principales rasgos singularizadores: en primer lugar, que mientras que el accidente de trabajo acontece de manera súbita o inesperada, la enfermedad profesional puede tener un largo periodo de incubación silente, lo que puede dificultar la identificación del empresario responsable en los casos en que el trabajador ha tenido varios empleadores. En segundo lugar, que la relación entre la lesión y el trabajo no es genérica, como en el accidente de trabajo (cualquier trabajador puede accidentarse en cualquier trabajo), sino específica, lo que exige correlacionar cada enfermedad profesional con el medio ambiente de trabajo capaz de generarla de manera típica. Y, en tercer lugar, que en las enfermedades profesionales existe un alto riesgo de recaída para los trabajadores que ya las han sufrido, lo que incide de manera evidente en la determinación de la incapacidad que las mismas provocan[8].

2. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL

Sobre el precedente de Ley de Bases de Enfermedades Profesionales de 13 de julio de 1936, el Decreto de 10 de enero de 1947, por el que se crea el Seguro de enfermedades profesionales, incorporó una regulación más amplia y global de las enfermedades profesionales que la contenida hasta entonces en normas particulares como el Decreto de 3 de septiembre de 1941, por el que se creó el Seguro de Silicosis, la Orden 26 de enero de 1944 y el Decreto de 23 de diciembre de 1944[9].

enfermedades profesionales, cuyo listado anexo fue modificado de manera muy notable por acuerdo del Consejo de Administración de la OIT de 25 de marzo de 2010.

[6] Posibilidad que muy pronto pondría en práctica la Orden del Ministerio de Trabajo de 7 marzo 1941 por la que se instituyó el seguro obligatorio de silicosis.

[7] CAVAS MARTÍNEZ, F., "Las enfermedades profesionales ante el sistema español de Seguridad Social: una visión panorámica", en AA.VV., *Las enfermedades profesionales desde la perspectiva de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, pág. 24 (puede consultarse en http://www.seg-social.es/).

[8] ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, cit., pág. 188.

[9] Su reglamento de desarrollo fue aprobado por Decreto de 19 de julio de 1949.

(...)

En lo esencial, el decreto de 1947 mantiene la consideración de la enfermedad profesional como accidente de trabajo. En palabras de su Exposición de Motivos: "se ha mantenido en la presente disposición la unidad de concepto que existe entre la enfermedad profesional y el accidente de trabajo, que la sabia doctrina de nuestro Alto Tribunal de Justicia había creado en interpretación del artículo primero de la Ley de ocho de octubre de mil novecientos treinta y dos[10], limitándose, por tanto, la especialidad del Seguro de enfermedades profesionales a aquellos aspectos de carácter sanitario y económico a que se refería el Decreto creador del Seguro de silicosis".

De acuerdo con este planteamiento, su art. 2 define las enfermedades profesionales como "aquellas que, producidas por consecuencia del trabajo, y con evolución lenta y progresiva, ocasionen al productor una incapacidad para el ejercicio normal de su profesión o la muerte". Ahora bien, pese a lo que a primera vista puede parecer, no se trata de una definición abierta de lo que la enfermedad profesional sea como especie del accidente de trabajo, pues a renglón seguido el reglamento añade que, en realidad, solo tienen reconocido aquel carácter las comprendidas en el cuadro anexo al propio decreto y que "podrá ser adicionado a medida que se compruebe la existencia y el carácter de profesionales de otras enfermedades distintas".

Este decreto sería derogado por Decreto 792/1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales y la Obra de Grandes Inválidos y Huérfanos de fallecidos por accidente de trabajo o enfermedad profesional. Una valoración no muy positiva de la eficacia de aquella norma (que solo se aplicó a dos de los diecisiete grupos en que clasificaba las enfermedades profesionales, generando un desigual gravamen para las empresas) aconsejó su sustitución por una nueva norma más atenta–al menos en el decir de su Exposición de Motivos– al "estado actual de evolución de la Seguridad Social, del pensamiento doctrinal y aún de la técnica del aseguramiento de los riesgos sociales". En particular, se consideró entonces que era "muy incompleto un concepto reparación de las consecuencias del accidente de trabajo o enfermedad profesional (que) se limita tan solo a la asistencia sanitaria y a la prestación económica", postulándose frente al mismo un tratamiento útil "tanto para la realización de una eficaz acción preventiva del accidente o la enfermedad profesional, como para el desarrollo de las modernas técnicas de rehabilitación de los accidentados a fin de reincorporarlos en la medida de lo posible a la población laboral activa".

Siguiendo su declarado propósito, y además de incorporar una definición de enfermedad profesional como *enfermedad listada*[11], el Decreto 792/1961aprobó un nuevo cuadro de enfermedades profesionales y, como principal novedad, reguló pormenorizadamente un régimen jurídico que sería luego completado por el reglamento aprobado por Orden de 9 de mayo de 1962.Ambas normas ofrecen en conjunto una primera formulación general de la protección de las

La Exposición de Motivos que acompaña al decreto de 1947 achaca la "imposibilidad material" de abordar en toda su extensión antes de esa fecha el problema –"conocido de antiguo"– de las enfermedades profesionales a "la falta de estudios y experiencias previas, que nunca se habían realizado en nuestro país", por lo que se optó por "llegar a su implantación por un sistema de sucesivas etapas, en las que se tuvo en cuenta, como única causa de prelación, la importancia y trascendencia social de cada una de las enfermedades conocidas".

[10] Se refiere al "texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo en la industria" aprobado por Decreto de 8 de octubre de 1932 (Gaceta del 12 de octubre). Este texto, por cierto, al igual que el de 1900, omite toda alusión a la enfermedad profesional, aunque su art. art. 33 sí trata de las llamadas *enfermedades intercurrentes*: "la asistencia médica y farmacéutica y las indemnizaciones a que hacen referencia los artículos 9, 23 y 24 serán obligatorias, aun en el caso de que las consecuencias del accidente resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, siempre que éstas constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que el patrono coloque al paciente para su curación".

[11] "Se entiende por enfermedades profesionales las producidas por elementos o sustancias y en industria u operaciones *incluidas en el cuadro anexo a este Decreto*, que ocasionen incapacidad permanente o progresiva para el ejercicio normal de la profesión o la muerte. El cuadro de enfermedades profesionales para ser ampliado por Orden Ministerial a medida que se compruebe la existencia de otras afecciones de etiología laboral y carácter profesional" (art. 2).

enfermedades profesionales en España, pues no solo reordenaron el seguro de enfermedades profesionales, manteniendo el régimen de lista cerrada, sino que, más ampliamente, establecieron un aseguramiento especial para ellas, autónomo y paralelo al que recibían los accidentes laborales[12].

Jerárquicamente por encima del decreto de 1961, y sin perjuicio de su vigencia, que en realidad presuponía, se situaron las disposiciones sobre enfermedades profesionales contenidas en la Ley de Seguridad Social de 1966[13]. De manera particular, aunque sin originalidad alguna, su art. 85consideró como tal "la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias y en las actividades que se especifiquen en el cuadro anejo a las normas de aplicación y desarrollo de esta Ley". Ese "cuadro" era entonces el anexo al decreto de 1961, que mantuvo su vigencia durante casi veinte años antes de ser reemplazado por el contenido en el RD 1995/1978, de 12 de mayo, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social.

Este último nació en buena medida ya desfasado, fundamentalmente porque al confeccionarlo no se tuvo en cuenta el giro que se estaba operando en el concepto de enfermedad profesional[14]. Pese a su obsolescencia, que las modificaciones puntuales realizadas en 1981 y 1993 apenas si corrigieron[15], la reforma del RD 1995/1978 se retrasó hasta la promulgación del todavía vigente RD 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[16].

La principal novedad de este nuevo reglamento reside en que, como la Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales, el texto incorpora dos anexos diferentes: por una parte, el listado de enfermedades profesionales cuyo origen profesional está científicamente acreditado (anexo 1) –en su conformación interna, sin embargo, el anexo 1 se aparta de la Recomendación y mantiene una pauta que refiere la enfermedad, el agente que la provoca y la actividad en que se manifiesta–; y, por otra, una lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya catalogación como enfermedad profesional podría contemplarse en el futuro (anexo 2).

De este modo se trata de propiciar una cierta flexibilidad a un sistema que sigue siendo, como el de 1978, de lista cerrada. Sin duda, el legislador de 2006 operaba en la idea de una pronta actualización del cuadro conforme el avance de las investigaciones y el progreso científico fueran haciendo posible un mejor conocimiento de los mecanismos de aparición de algunas enfermedades profesionales y de su vinculación con el trabajo. Sin embargo, la realidad no ha sido esa. Desde su aprobación en 2006, el cuadro solo ha sido modificado en dos ocasiones –tantas, por cierto, como lo fue el cuadro de 1978–. A saber: por RD 1150/2015, de 18 de diciembre, para llevar desde el anexo 2 al anexo 1 (grupo 6) el cáncer de laringe producido por amianto; y por RD 257/2018, de 4 de mayo, para incorporar también al grupo 6 del anexo 1 el cáncer de pulmón por polvo de sílice libre.

Esta rigidez consecuencia de la falta de actualización del listado no quita para que, por fuera del mismo, la categoría de las "enfermedades del trabajo" pueda dar cobijo a ciertas manifestaciones

[12] RODRIGUEZ INIESTA, G., "Evolución y concreción legal de la noción de enfermedad profesional", en AA.VV., *Las enfermedades profesionales desde la perspectiva de la Seguridad Social*, cit., págs. 80 y ss.

[13] Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

[14] No se olvide que, en el ámbito de la entonces CEE, la Recomendación de la Comisión de 23 de julio de 1962 había aprobado una primera lista europea de enfermedades profesionales (DOUE-X-1962-60033).

[15] Por RD 2821/1981, de 27 de noviembre, se añadió un nuevo párrafo en el epígrafe relativo a enfermedades infecciosas o parasitarias a solicitud de la Comisión de expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OTI en relación con el Convenio núm. 42. Y por Resolución de 30 de diciembre de 1993, de la Secretaría General para la Seguridad Social, se amplió su catálogo de enfermedades profesionales para considerar como tal la detectada en industrias del sector de aerografía textil de la Comunidad Autónoma Valenciana.

[16] Sobre el mismo, entre otros, LANTARÓN BARQUÍN, D., "Cuadro de enfermedades profesionales: una radiografía jurídica", *Relaciones Laborales*, 2008-I, págs. 420 y ss.

de enfermedades producidas como consecuencia del trabajo no incluidas en la lista. Y, como más adelante se explica, tampoco empecé para que, incluso dentro del cuadro, la identificación de algunas enfermedades profesionales tenga algún margen para una interpretación flexible.

3. EL CUADRO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES

3.1. La enfermedad profesional como enfermedad "listada" o "catalogada"

Como se viene repitiendo, en sentido estricto, "enfermedades profesionales" son las listadas como tales en el correspondiente cuadro o catálogo. El aprobado por RD1995/1978 en sustitución del contenido en el Decreto 792/1961 las distribuía en cinco grupos[17]. El primero, relativo a las enfermedades profesionales producidas por agentes químicos, identificaba, a su vez, cuarenta y tres de estos agentes, así como la actividad en la que cada uno de ellos era capaz de producir la enfermedad. Sin embargo, omitía la referencia concreta a las enfermedades, que sí se halla con más precisión en los cuatro restantes grupos conforme al conocido patrón "enfermedad-agente-actividad": enfermedades profesionales de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados, enfermedades profesionales provocadas por la inhalación de sustancias y agentes no comprendidas en otros apartados, enfermedades profesionales infecciosas y parasitarias, y e) enfermedades profesionales producidas por agentes físicos.

Por su parte, y sobre aquel esquema general, el anexo 1 del RD 1299/2006 incorpora un cuadro de enfermedades profesionales ordenadas en seis grupos según que la enfermedad profesional esté causada por agentes químicos, agentes físicos, agentes biológicos, inhalación de sustancias y agentes no comprendidas en otros apartados, afecciones de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados y agentes carcinogénicos. Además, dentro de cada grupo se sigue un esquema muy claro que refiere agente; subagente, en su caso; actividad y código de la misma.

Ahora bien, más allá de las novedades singulares que pueda haber en enfermedades, agentes o actividades, la principal aportación que en su día vino a ofrecer el RD 1299/2006 frente al RD 1978 fue, como ya se ha dicho, la inclusión expresa del anexo con un listado de enfermedades susceptibles de incorporarse a la lista de enfermedades profesionales. Es verdad que también el RD 1995/1978, como hiciera su precedente, disponía en su art. 2 que "el Ministerio de Sanidad y Seguridad social podrá modificar el cuadro de enfermedades profesionales a que se refiere el artículo anterior, previos los informes que en cada caso se estimen procedentes". Sin embargo, la nueva "lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha" contenida en el anexo 2 del RD 1299/2006 es, en principio, una solución mucho más propositiva –que contrasta, por cierto, con su nula virtualidad práctica hasta la fecha–.

En este sentido, el cuadro español de enfermedades profesionales hace suya la solución ofrecida por la "lista europea de enfermedades profesionales" incorporada a la Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003[18], cuyo anexo 2 contiene una "lista

[17] La versión original del Decreto 792/1961 establecía seis grupos con dos columnas, una para señalar la enfermedad profesional y la otra la actividad con riesgo profesional. Los grupos eran: enfermedades causadas por metales, por metaloides, por compuestos orgánicos, por agentes animados, por agentes físicos y enfermedades sistemáticas.

[18] DO L 238 de 25.9.2003. La actual "lista" es el último hito del esfuerzo de las instituciones europeas por ofrecer a sus estados miembros una consideración homogénea de las enfermedades profesionales. La Recomendación de 2003 trae causa de la Comunicación de la Comisión, de 20 de septiembre de 1996, sobre la lista europea de enfermedades profesionales [COM (96) 454 final], que a su vez resulta del examen y valoración por parte de la Comisión de la aplicación de la Recomendación 90/326/CEE de la Comisión, de 22 de mayo de 1990, relativa a la adopción de una lista europea de enfermedades profesionales.

complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha, que deberían declararse y cuya inclusión en el anexo I de la lista europea podría contemplarse en el futuro"[19].

La comparación de detalle entre la lista española y la europea muestra, además, una similar estructura de los grupos del anexo 1 (la lista española añade el grupo de las enfermedades sistemáticas), así como una gran coincidencia en las enfermedades listadas, aunque la lista nacional incorpora ya en su anexo 1 algunos de los agentes que en la europea están en el anexo 2 como sospechosos de provocar enfermedades profesionales (por ejemplo, los éteres y sus derivados o el talio y sus compuestos[20]. No obstante, sigue existiendo una diferencia importante entre la lista española y la europea y también con la internacional de la OIT: mientras que estas están construidas pensando primeramente en la prevención, el cuadro español mantiene la tradicional conexión entre enfermedad, agente y actividad como consecuencia de una concepción de la lista en la prevalece su consideración como cuadro de enfermedades que dan lugar a reparación a través de prestaciones de Seguridad Social.

3.2. Carácter y posibilidades del catálogo

La identificación de la enfermedad profesional como enfermedad listada implica de suyo la necesidad de pronunciarse sobre el carácter o naturaleza de la correspondiente lista. Es decir, sobre si la misma es una lista cerrada que excluye cualquier posibilidad de calificación como profesional de las enfermedades que no se producen por los agentes identificados y en actividades predeterminadas; o si, por el contrario, se trata de una lista abierta que puede dar cobijo a supuestos de enfermedad no expresa y terminantemente contemplados.

La cuestión que se plantea tiene a su vez dos perspectivas. Por una parte, la que ofrece una consideración de la lista como susceptible o no de ampliación *exterior* por expresa disposición normativa. Y, en este sentido, es claro que la lista es –siempre ha sido– abierta, tal y como resulta hoy del art. 157 LGSS[21] y pone de manifiesto el hecho de que tanto el RD 1299/2006, como sus precedentes, adviertan de tal posibilidad de ampliación[22]. Otra cosa es que se haya hecho un uso muy limitado de ella, sobre todo una vez que el anexo 2 ya enumera enfermedades que están en el ojo de mira para su reconocimiento como profesionales.

Por otra parte, el carácter abierto de la lista también puede resultar de su conformación interna y de su propia redacción, que a veces es bastante genérica, y, en relación con ello, con su posible interpretación extensiva. En este sentido, el parecer doctrinal mayoritario es que el modelo español es de lista cerrada[23]. No obstante, ni la actual, ni sus precedentes son listas férrea o

[19] Tanto la norma española, como la europea que la inspira, superan las previsiones de la Recomendación de la OIT núm. 194, sobre la lista de enfermedades profesionales, adoptada en su 90ª reunión celebrada en Ginebra en junio de 2002. No obstante, debe recordarse que la norma internacional fue actualizada en 2010 y que su propuesta es mucho más ambiciosa que la española y la europea.

[20] Para una detenida consideración doctrinal y jurisprudencial de la lista actual, véase ARETA MARTÍNEZ, M., "La lista *numerus apertus* de actividades con riesgo de producir enfermedades profesionales", en AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, AESS, Ediciones Laborum, 2020, Tomo I, págs.339 y ss.

[21] Recuérdese aquí que el inciso segundo del art. 157 LGSS sigue disponiendo, como hacía el art. 116 del precedente texto refundido, que "se establecerá el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en dicho cuadro de nuevas enfermedades profesionales que se estime deban ser incorporadas al mismo (…)".

[22] A mero título de ejemplo, ya el art. 2 del Decreto de 10 de enero de 1947 precisaba que "a efectos del plan de implantación del Seguro de enfermedades profesionales, tendrán, desde luego, este carácter las comprendidas en el cuadro que se inserta como anexo de este Decreto, *el cual podrá ser adicionado a medida que se compruebe la existencia y el carácter de profesionales de otras enfermedades distintas*".

[23] MONTOYA MELGAR, A., *Curso de Seguridad Social*, 3ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pág. 517. La STSJ Cataluña 13 de mayo de 2003 (JUR 2003, 160563)consideró sobre esta cuestión que "pese a la discusión doctrinal sobre si la lista es o no abierta (por la generalidad de la formulación de algunos apartados, que permitirían a través de la analogía añadir enfermedades no listadas y considerarlas como profesionales por la vía judicial), sigue vigente un sistema de lista cerrada, de manera que, cuando surja una enfermedad nueva habrá que acudir al

(...)

absolutamente cerradas; y es que, como advirtiera la doctrina respecto de la aprobada en 1978, "el uso muy frecuente en la lista del *et coetera* al listar los ambientes tiende (…) a llevar la calificación de enfermedad profesional, si listada, a la ocurrida en cualesquiera de aquellos, tendencia a la que contribuye la amplitud de la jurisprudencia"[24].

No puede desconocerse, en efecto, que la técnica seguida para la identificación de los supuestos de enfermedad profesional ofrece en ocasiones suficientes elementos para una interpretación más conforme a su espíritu y finalidad que a su letra. En el listado, por ejemplo, no aparecen enfermedades con el ébola, la gripe A (H1N1) o la COVID-19, todas ellas aparecidas después de 2006. Y, sin embargo, no es dudoso que las mismas son enfermedades profesionales de origen infeccioso producidas por agente biológico y que pueden ser causadas "por el trabajo de las personas que se ocupan de la prevención, asistencia médica y actividades en las que se ha probado un riesgo de infección" (grupo 3, agente A, subagente 01). Por tanto, para el conjunto de personas trabajadoras a las que se refiere en este punto el listado[25], la infección es, por tanto, una enfermedad profesional en sentido estricto[26]. Y, en su caso, sería una "enfermedad del trabajo" para aquellas personas trabajadoras que la hubieran contraído "con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo" [art. 157.2 e) LGSS].

4. LA ENFERMEDAD PROFESIONAL COMO ACCIDENTE DE TRABAJO: LAS ENFERMEDADES DEL TRABAJO Y LA PRESUNCIÓN DE ACCIDENTE

Supuesto que, en sentido estricto, "enfermedad profesional" equivale a enfermedad listada o catalogada, la existencia no discutida de enfermedades de origen laboral no registradas como tales aconseja a insistir en la idea que "en nuestro derecho coexiste el principio general conforme al cual toda enfermedad profesional es accidente de trabajo, con una reglamentación específica para determinadas enfermedades profesionales en cuanto las padezcan trabajadores al servicio de determinadas empresas"[27].

---

artículo 115.2 e) LGSS 1994 y considerarla como accidente de trabajo, hasta que no se modifique y se actualice el Decreto por el Gobierno. Sólo en el *caso Ardystil*, la Resolución de 30 de diciembre de 1993 (de manera provisional), hizo una interpretación abierta de sistema de lista, situando el síndrome en un apartado del Real Decreto 1995/1978, aunque no se haya precisado en concreto el agente enfermante. Un argumento todavía en el sentido de que se trata de una lista cerrada es que el artículo 116.2 LGSS 1994 establece que el Decreto que regule el cuadro de enfermedades profesionales debe establecer "el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en dicho cuadro de nuevas enfermedades profesionales que se estime deban ser incorporadas al mismo", por lo que el Decreto no puede ser ejemplificativo, sino cerrado".

[24] ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, cit., pág. 191. Tal conclusión junto con una consideración de la posible ampliación jurisprudencial hace que M. ARETA MARTÍNEZ entienda que el RD 1299/2006 sigue un sistema mixto ("La lista *numerus apertus* de actividades con riesgo de producir enfermedades profesionales", cit., pág. 344).

[25] Son el personal sanitario, personal sanitario y auxiliar de instituciones cerradas, personal de laboratorio, personal no sanitario, trabajadores de centros asistenciales o de cuidado de enfermos, tanto en ambulatorios como en instituciones cerradas o a domicilio, trabajadores de laboratorios de investigación o análisis clínicos, trabajos de toma, manipulación o empleo de sangre humana o sus derivados, odontólogos, personal de auxilio, trabajadores de centros sanitarios y personal de orden público.

[26] En este sentido, entre otros, BAZ RODRÍGUEZ, J., "El contagio del SARS-CoV-2 al personal sanitario y sociosanitario. ¿Accidente de trabajo o enfermedad profesional?, en AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, AESS, Ediciones Laborum, 2020, Tomo I, págs. 296 y ss.
No obsta a la conclusión señaladaque el RDL 19/2020, de 26 de mayo, califique directamente como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma (art. 9) (en realidad, para el periodo comprendido entre su entrada en vigor y el 11 de septiembre de 2020). Ni siquiera parece que tal previsión excluya por sí misma la aplicación de art. 156.2 e) LGSS, e incluso la del listado de enfermedades profesionales en los términos señalados, para supuestos de hecho no incluidos en el art. 9 del citado RDL.

[27] ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, cit., pág. 189.

Esta solución del Derecho español que enraíza la enfermedad profesional en una noción amplia de accidente de trabajo[28] permite concluir sin mayor dificultad que toda enfermedad que el trabajador contraiga como consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena (o, en su caso, por cuenta propia) y cuya sintomatología o secuelas le incapaciten, temporal o definitivamente, para el trabajo habrá de ser tenida por accidente de trabajo. Conclusión a la que no obsta la circunstancia de que, respecto de un buen número de esas enfermedades, la certeza científica de su inmediato y exclusivo origen laboral haya permitido la objetivación y el automatismo de su calificación bajo la denominación de "enfermedades profesionales", mientras que en otras sigue siendo necesaria la prueba concreta de su causación laboral, siendo así que una vez acreditada se reputan accidentes de trabajo.

Estas últimas son las denominadas "enfermedades del trabajo"; es decir, "las enfermedades, no incluidas en el artículo (157 LGSS), 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" y que, como es sabido, el art. 156. 2 e) LGSS reconduce al instituto del accidente de trabajo[29].

Conviene insistir en que estas enfermedades del trabajo no son propiamente enfermedades profesionales por la única y formal razón de no estar incluidas como tales en la lista en cada momento vigente de las mismas; pero son indiscutiblemente enfermedades en su sentido común de alteración de la salud y han sido contraídas como consecuencia del trabajo que se presta por cuenta ajena o por cuenta propia[30].

Podría cuestionarse incluso si también encajan en el concepto las enfermedades comunes cuando se han contraído o se han manifestado en el medio laboral. Sin embargo, el tenor literal del artículo 156.2 e) LGSS parece que deja poco margen para la interpretación: solo es accidente de trabajo la enfermedad que tiene relación inmediata con el trabajo. Esto es, el nexo de causalidad ha de ser directo, "sin que esa conexión pueda ser indirecta, ocasional o concausal, exigiéndose la acreditación de que la enfermedad tuvo como causa la ejecución del trabajo"[31]. Esa la razón principal por la que, por ejemplo, se descarta que pueda existir la enfermedad del trabajo *in itinere*[32].

Lo decisivo, pues, es que la relación de causalidad esté suficientemente acreditada; y ello porque en este concreto tipo legal de accidente laboral no basta "con que el trabajo sea elemento que incide en la génesis de la enfermedad, sino que ha de ser el único factor causal de la misma, por lo

[28] La misma opción siguieron países como Francia, Gran Bretaña o Alemania. En cambio, en otros países esta asimilación se descartó, así en Bélgica o Italia, cuya jurisprudencia y legislación exigieron el carácter súbito y violento de la lesión. Sobre estas cuestiones, ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, cit., págs. 187 y ss.

[29] Entre otros, MARTÍNEZ BARROSO, M.R., *Las enfermedades del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., "Las enfermedades del trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 146, 2010, págs. 287 y ss., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "Las enfermedades del trabajo", *Relaciones Laborales*, 1995, núm. 2, págs. 21 y ss.; SÁNCHEZ PÉREZ, J., "La naturaleza jurídica de las enfermedades surgidas en el trabajo", *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2013, pág. 4 y ss.

[30] Las descritas son las que podemos llamar con mayor rigor enfermedades del trabajo. Como es sabido, el art. 156.2 LGSS refiere dos supuestos más de enfermedades del trabajo: el *agravamiento de enfermedades anteriores* (enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente) y las *enfermedades intercurrentes* (consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación). Sobre esta triple categoría de enfermedades del trabajo, SÁNCHEZ PÉREZ, J., "Las contingencias profesionales", en MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA. G., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Ediciones Laborum, 2017, págs. 515-516.

[31] SÁNCHEZ PÉREZ, J., "Las contingencias profesionales", cit., pág. 515.

[32] DE SOTO RIOJA, S., "Las enfermedades del trabajo y su manifestación «in itinere»", *Revista de Derecho Social,* núm. 6, 1999, págs. 155 y ss.

que no tiene esa calificación legal cuando la enfermedad es fruto de la confluencia de varias causas, alguna de las cuales proviene del trabajo, pero no otras. La STSJ País Vasco de 1 de julio de 2008[33] proporciona algunos ejemplos que ayudan a entender que no es lo mismo una pluralidad de causas reales que una variedad de causas posibles, pero sólo una real. Así, la gripe se contrae por contagio del virus que la causa, pudiendo ser múltiples las personas que contagian; ahora bien, si se demuestra que el contagio viene de un compañero de trabajo, la causa de la misma es única, derivada del trabajo, sin más elemento causal, por lo que ha de calificarse como accidente de trabajo. Lo mismo ocurre con la hepatitis C, que se contrae por contagio de un virus que puede inocularse por múltiples causas; pero si se prueba que fue por un pinchazo recibido en el trabajo, será accidente laboral. En cambio, no tiene esta consideración la crisis bronquítica de quien, padeciendo bronquitis crónica por su condición de fumador, sufre el episodio por la inclemencia del tiempo al que está expuesto por su condición laboral, ya que se debe a la concurrencia de dos causas, de las que una es ajena al trabajo. Esta conclusión no es, sin embargo, enteramente satisfactoria; especialmente cuando se trata de enfermedades producidas por la actualización de alguno de los llamados *riesgos psicosociales*. Las dificultades para deslindar si las patologías asociadas a los mismos, como estrés, ansiedad, depresión o angustia son de origen laboral o no laboral complican sobremanera una calificación para la que el art. 156.2 e) LGSS exige la prueba de que la enfermedad tiene por causa exclusiva la ejecución del trabajo.

Para completar el cuadro de las enfermedades laborales y la posible subsunción de las no listadas como especie del accidente de trabajo, también hay que recordar que junto con las enfermedades profesionales del art. 157 LGSS y a las enfermedades del trabajo del art. 156.2 e) LGSS, todavía cabe una tercera posibilidad: la calificación como accidente de trabajo de ciertas enfermedades no incluidas en el cuadro de enfermedades profesionales que se manifiestan de manera súbita y violenta en el tiempo y lugar de trabajo. Es precisamente este debut de la enfermedad en el tiempo y lugar de trabajo lo que coloca el caso dentro del supuesto de hecho de la presunción del art.156.3 LGSS, como ocurre, por ejemplo, en muy variados supuestos de lesión cardiovascular[34]. Es decir, la presunción del art. 156.3 LGSS "se extiende no solo a los accidentes, sino también a las enfermedades, pero ha de tratarse de enfermedades que por su propia naturaleza puedan ser causadas o desencadenadas por el trabajo, sin que pueda aplicarse la presunción a enfermedades que por su propia naturaleza excluyan una etiología laboral"[35].

[33] Rec. 1262/2008.

[34] A mero título de ejemplo, baste citar que se ha presumido la existencia de accidente laboral en el caso de quien sufre infarto de miocardio en la ruta seguida para la reparación de un automóvil de la empresa por encargo del empresario [STS 11 julio 2000 (rec. 3303/1999)]; en el supuesto de shock volémico secundario, sobrevenido en tiempo y lugar de trabajo [STS 15 junio 2010 (rec. 2101/2009)], en el caso de muerte producida por embolia pulmonar cuando el trabajador se dirigía a su casa desde el trabajo en el que ya se había encontrado indispuesto [STS 14 marzo 2012 (rec. 4360/2010)]; en el del episodio cardiovascular cuyos síntomas debutan durante el trabajo, aunque solo se desencadena tras acabar la jornada, mientras el trabajador se ejercita en el gimnasio, al haber acaecido la lesión cerebral en tiempo y lugar de trabajo [STS 20 marzo2018 (rec. 2042/2016)] o en el de la dolencia surgida, súbitamente, durante el descanso de la jornada continuada ("pausa por bocadillo") [STS 16 julio 2020 (núm.rec. 1072/2018)].
Sobre la cuestión, puede verse entre otros, RODRÍGUEZ INIESTA, I., "Las enfermedades de súbita aparición o desenlace y su consideración como accidentes de trabajo. La cardiopatía isquémica y su tratamiento excesivamente privilegiado por la doctrina judicial", en AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*…, cit., Tomo I, págs. 243 y ss.

[35] STS 26 abril 2016 (rec. 2108/2014). Añade la sentencia, entre otras varias consideraciones del máximo interés que ha de calificarse como accidente de trabajo aquel en el que de alguna manera concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y el hecho dañoso, por haber ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación".

5. TRANSFORMACIONES DEL TRABAJO Y NUEVAS ENFERMEDADES LABORALES

La conciencia de la modificación sin retorno de los modelos económicos, las formas de producir y la organización del trabajo es muy viva desde finales del pasado siglo XX. Y, asimismo, desde comienzos del presente siglo se tiene conocimiento del surgimiento de nuevas enfermedades que se producen al actualizarse de riesgos que son típicos de una organización social y económica que se vale de las tecnologías de la información y la comunicación como elemento principal de su actividad productiva[36]. Se trata principalmente de las denominadas enfermedades profesionales emergentes; es decir, enfermedades causadas por las nuevas formas de trabajo y que no están incluidas en los listados vigentes de enfermedades profesionales[37].

Ya la Comunicación de la Comisión Europea de 11 de marzo de 2002 titulada *Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad 2002-2006*[38] advertía de los cambios que se estaban produciendo en la sociedad y en el mundo del trabajo, poniendo de manifiesto cómo, frente a los riesgos tradicionales característicos de una sociedad industrial, estaban apareciendo un conjunto de riesgos emergentes propios de una sociedad en la que tiene cada vez mayor fuerza el sector servicios y las tecnologías de la información y la comunicación. Tomando nota de ello, el documento considera que la mejora continua del bienestar en el trabajo, que es el fin principal de la política de salud y seguridad en el trabajo, exige, entre otros objetivos, prevenir con medidas específicas los riesgos sociales como el estrés, el acoso en el trabajo, la depresión, la ansiedad y los riesgos asociados a la dependencia del alcohol, las drogas o los medicamentos. Y lleva a considerar los cambios en las formas de empleo, las modalidades de organización del trabajo y la jornada laboral y a analizar los riesgos nuevos o emergentes, especialmente aquellos asociados a la interacción entre agentes químicos, físicos y biológicos, así como al entorno de trabajo en su conjunto (riesgos ergonómicos, psicológicos y sociales).

Sin duda, ese es uno de los propósitos que inspira la revisión de la *Lista de enfermedades profesionales de la OIT* realizada en 2010[39], donde ya se hace explícita mención de los "trastornos mentales y del comportamiento" dentro del grupo 2 ("enfermedades profesionales según el órgano o sistema afectado"). De este modo, además del allí expresamente mencionado "trastorno de estrés postraumático", la norma internacional considera que pueden recibir la calificación de enfermedad profesional otros trastornos mentales y del comportamiento "cuando establecido, científicamente o por métodos adecuados a las condiciones y prácticas nacionales, un vínculo directo entre la exposición a factores de riesgo que resulte de las actividades laborales y el (los) trastorno(s) mentales o del comportamiento contraído(s) por el trabajador".

Esta última cláusula de salvaguarda, reiterada en otros apartados del listado, es, sin duda, la otra gran aportación de la propuesta del organismo internacional, porque viene articular un procedimiento sencillo y razonable para abrir una lista que si bien en su formulación básica debe

[36] PINILLA GARCÍA, F.J., "Transformaciones del trabajo y nuevas enfermedades laborales", *Sistema*, núm. 168-169, 2002, págs. 169-194.

[37] Aceptar la definición propuesta obliga a excluir como enfermedades profesionales emergentes las enfermedades "clásicas" no incluidas en el listado. Otra cosa es que las mismas puedan ser incluidas o que su actualización se califique como accidente de trabajo bajo la especie de enfermedad del trabajo. Sobre los riesgos y las enfermedades profesionales emergentes se ha ocupado repetidas veces la doctrina. Puede verse, entre otros, ROJAS RIVERO, G., "Los llamados riesgos emergentes de carácter psicosocial vinculados al trabajo", AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cit.,* Tomo II, págs.189 y ss.; SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *Los riesgos psicosociales en el ámbito laboral: estrés laboral, síndrome del quemado, acoso laboral y sexual y enfermedades de súbita aparición*, Granada, Comares, 2016; LÓPEZ FERNÁNDEZ, R., "La ausencia de las enfermedades psicosociales en la lista del anexo I RD 1299/2006", en AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cit.,* Tomo I, págs. 491 y ss.

[38] Bruselas, 11.03.2002 COM(2002) 118 final.

[39] Aprobada por el Consejo de Administración de la OIT el 25 de marzo de 2010. La lista sustituye a la que figura como anexo de la Recomendación OIT núm. 194 de 2002.

estar construida por enfermedades en las que el nexo causal ya está demostrado científicamente, al mismo tiempo debe ser permeable a su ampliación fundada en la prueba de ese mismo nexo causal en el momento de debut de la enfermedad.

En el ámbito europeo, sin embargo, la disposición de referencia sigue siendo la Recomendación 2003/670/CE, que simplemente insta a la Estados miembros a que promuevan "la investigación de las enfermedades relacionadas con una actividad profesional, en particular (...) para los trastornos de carácter psicosocial relacionados con el trabajo". Pero ni la Recomendación, ni el RD 1299/2006 tuvieron capacidad de anticipación para incorporar las enfermedades asociadas a esta clase de riesgos, insistiendo, una y otro, en un catálogo que contempla "en exclusiva patologías derivadas de factores de riesgo constituidos fundamentalmente por contaminantes ambientales (adaptadas a las patologías propias del trabajo en los sectores primario y secundario de la economía)"[40]. El resultado de ello es que todavía hoy, pasados ya diez años de la revisión de la lista de la OIT, las iniciativas de reforma siguen sin materializarse y, como consecuencia, numerosas patologías psíquicas y físicas de etiología laboral, como el estrés, el síndrome de *burnout*, la depresión y otras enfermedades mentales, los trastornos psicológicos derivados de las distintas formas de violencia, intimidación y acoso siguen sin ser consideradas enfermedades profesionales; ausencia malamente suplida por la posibilidad de que, en algunos casos, las mermas de salud puedan ser reconducidas al concepto de enfermedad del trabajo y tratadas como accidente de trabajo[41].

6. A MODO DE CONCLUSIÓN: INSUFICIENCIAS DEL MODELO Y PROPUESTAS

Las dificultades que ofrece la delimitación conceptual de lo que sea enfermedad profesional traen causa, en buena medida, de su categorización como institución derivada del accidente de trabajo. Supuesta la misma, de los arts. 156, 157 y 158 LGSS se sigue que la enfermedad tiene en el Derecho de la Seguridad Social una triple catalogación: como *enfermedad común*, ajena a cualquier circunstancia laboral; como *enfermedad del trabajo*, es decir, *causada* por la prestación del trabajo y que recibe el tratamiento de accidente de trabajo; y como *enfermedad profesional*, cualificada como tal por el hecho puramente formal de hallarse incluida en un listado donde se vincula causalmente la enfermedad y el agente que la produce, así como, en su caso, la actividad en la que de manera específica un agente produce una enfermedad. Al mismo tiempo, desde una perspectiva más atenta al riesgo y a su prevención, la enfermedad también recibe una particular atención en el ámbito de la seguridad y salud laboral donde como "daños derivados del trabajo" se consideran las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo (art. 4. 3º LPRL).

Sin duda, es la naturaleza misma de la lista la principal piedra de toque en orden a la delimitación conceptual de lo que sea la enfermedad profesional. Y siendo así, no puede dejar de destacarse que, aunque el listado de enfermedades profesionales siempre ha sido susceptible de ampliación normativa, bajo la vigencia del aprobado por RD 1299/2006 solo se haya hecho uso de esa posibilidad en dos ocasiones (en 2015, en relación con el cáncer por polvo de sílice, y en 2018, en relación con el cáncer por amianto). Lo que se dice resulta todavía más llamativo si se advierte que desde hace ya casi quince años el anexo 2 del RD 1299/2006 detalla un importante número de enfermedades que sin tener reconocido aún su carácter profesional, están allí identificadas precisamente porque existen sospechas muy fundadas sobre su origen profesional.

Unido a lo anterior, hay que denunciar la obsolescencia sobrevenida del catálogo de 2006, sobre todo después de la revisión en 2010 de la *Lista de enfermedades profesionales de la OIT*. El catálogo español responde todavía aún modelo económico y productivo en el que los sectores primario y secundario eran preponderantes; sin embargo, la realidad productiva actual revela no solo la importancia

[40] SANCHEZ TRIGUEROS, C., y KAHALE CARRILLO, D.T., "Las enfermedades psicosociales y su consideración como enfermedad del trabajo", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, Vol. 34, núm. 1, 2016, pág. 7.

[41] Para una crítica a esta realidad normativa, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., "Determinación de contingencias de la Seguridad Social (Revisión crítica del sentido político-jurídico y de la delimitación técnica de las contingencias profesionales)", *Aranzadi Social*, núm. 20, 2009, págs. 71 y ss.

del sector servicios, sino muy especialmente la generalización de unos modos de producción basados en las tecnologías de la información y de la comunicación que producen nuevos riesgos y enfermedades de indiscutible naturaleza laboral. Por ello resulta difícilmente explicable el contumaz retraso que está sufriendo la incorporación de los *riesgos psicosociales* al catálogo de enfermedades profesionales.

Es verdad, no obstante, que los resquicios que deja el tenor literal de la lista vigente, la posible catalogación de las enfermedades de aparición súbita en el tiempo y lugar de trabajo como accidente y, sobre todo, la posibilidad de calificar una enfermedad no listada como enfermedad del trabajo[art. 156.2 e) LGSS]amortiguan la rigidez del modelo. Pero el diferente tratamiento normativo de la enfermedad profesional y de estas otras enfermedades –unido, obviamente, al problema de la infradeclaración– impide en las últimas lo más específico de la aquella: la prevención y la observación y, como presupuesto de una y otra, la activación del sistema de notificación y registro[42].

Además, hay que insistir en que solo son enfermedades del trabajo aquellas respecto de las que se prueba que tuvieron "por causa exclusiva la ejecución del mismo", lo que descarta que lo sean las comunes contraídas o manifestadas en el medio laboral si no guardan esa directa e inmediata conexión con el trabajo. Y siendo así, las dificultades para determinar si las patologías asociadas a los riesgos psicosociales, como estrés, ansiedad, depresión o angustia, son o no de origen laboral complican sobremanera una calificación que exige la prueba de que la enfermedad tiene por causa exclusiva la ejecución del trabajo.

En cualquier caso, parece claro que es urgente la modificación del cuadro de enfermedades profesionales incluido en el Real Decreto 1299/2006, al menos en dos aspectos en los que esa reforma está cuasi predeterminada por la *Lista de enfermedades profesionales de la OIT*: a) para reemplazar el actual sistema de lista cerrada por un sistema mixto (lista y prueba de nexo causal) y b) para incluir de manera expresa en el catálogo los trastornos mentales y del comportamiento.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª ed., Civitas, Madrid, 2002.

ARETA MARTÍNEZ, M., "La lista *numerus apertus* de actividades con riesgo de producir enfermedades profesionales", en AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, AESS, Ediciones Laborum, 2020, Tomo I.

BAZ RODRÍGUEZ, J., "El contagio del SARS-CoV-2 al personal sanitario y sociosanitario. ¿Accidente de trabajo o enfermedad profesional?, en AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, AESSS, Ediciones Laborum, 2020, Tomo I.

BLASCO LAHOZ, J.F., "La protección por contingencias profesionales en el régimen especial de la seguridad social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA)", *Revista de Información Laboral*, núm. 1, 2018.

CAVAS MARTÍNEZ, F., "Las enfermedades profesionales ante el sistema español de Seguridad Social: una visión panorámica", en AA.VV., *Las enfermedades profesionales desde la perspectiva de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración.

DE SOTO RIOJA, S., "Las enfermedades del trabajo y su manifestación `in itinere`", *Revista de Derecho Social,* núm. 6, 1999.

[42] Véase al respecto MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E. y REOYO JIMÉNEZ, A., "Propuesta para el establecimiento de un nuevo procedimiento de reconocimiento de enfermedades profesionales y enfermedades del trabajo a partir del caso de la COVID-19 en los sectores sanitario y sociosanitario", en AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, AESS, Ediciones Laborum, 2020, Tomo I, págs. 135 y ss.

FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., "Las enfermedades del trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 146, 2010.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.A., "Convenio sobre las enfermedades profesionales (revisado) 1934 (núm. 42)", *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7 (número especial Centenario de la OIT), 2019.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Las enfermedades profesionales: un concepto de delimitación compleja para un fenómeno social de relevancia", en *Las enfermedades profesionales*, Barcelón Cobedo, S. y González Ortega, S. (Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

LANTARÓN BARQUÍN, D., "Cuadro de enfermedades profesionales: una radiografía jurídica", *Relaciones Laborales*, 2008-I.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, R., "La ausencia de las enfermedades psicosociales en la lista del anexo I RD 1299/2006", en AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales,* AESSS, Ediciones Laborum, 2020, Tomo I.

MARTÍNEZ BARROSO, M.R., *Las enfermedades del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E. y REOYO JIMÉNEZ, A., "Propuesta para el establecimiento de un nuevo procedimiento de reconocimiento de enfermedades profesionales y enfermedades del trabajo a partir del caso de la COVID-19 en los sectores sanitario y sociosanitario", en AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, AESS, Ediciones Laborum, 2020, Tomo I.

MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., "Determinación de contingencias de la Seguridad Social (Revisión crítica del sentido político-jurídico y de la delimitación técnica de las contingencias profesionales)", *Aranzadi Social*, núm. 20, 2009.

MONTOYA MELGAR, A., *Curso de Seguridad Social*, 3ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

OLARTE ENCABO, S., "Acoso moral y enfermedades psicolaborales: un riesgo laboral calificable de accidente de trabajo. Progresos y dificultades", *Temas Laborales*, núm. 80/2005.

PINILLA GARCÍA, F.J., "Transformaciones del trabajo y nuevas enfermedades laborales", *Sistema*, núm. 168-169, 2002.

RODRIGUEZ INIESTA, G., "Evolución y concreción legal de la noción de enfermedad profesional", en AA.VV., *Las enfermedades profesionales desde la perspectiva de la Seguridad Social,* Ministerio de Trabajo e Inmigración.

RODRÍGUEZ INIESTA, I., "Las enfermedades de súbita aparición o desenlace y su consideración como accidentes de trabajo. La cardiopatía isquémica y su tratamiento excesivamente privilegiado por la doctrina judicial", en AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, AESSS, Ediciones Laborum, 2020, Tomo I.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "Las enfermedades del trabajo", *Relaciones Laborales*, 1995, núm. 2.

ROJAS RIVERO, G., "Los llamados riesgos emergentes de carácter psicosocial vinculados al trabajo", AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales,* AESSS, Ediciones Laborum, 2020, Tomo II.

SÁNCHEZ PÉREZ, J., "La naturaleza jurídica de las enfermedades surgidas en el trabajo", *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2013.

SÁNCHEZ PÉREZ, J., "Las contingencias profesionales", en Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta. G., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Ediciones Laborum, 2017.

SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *Los riesgos psicosociales en el ámbito laboral: estrés laboral, síndrome del quemado, acoso laboral y sexual y enfermedades de súbita aparición*, Granada, Comares, 2016.

SANCHEZ TRIGUEROS, C., y KAHALE CARRILLO, D.T., "Las enfermedades psicosociales y su consideración como enfermedad del trabajo", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, Vol. 34, núm. 1, 2016.

nº 26 (1er Trimestre 2021)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La interpretación «más favorable» a la Administracion Publica en los procedimientos administrativos y judiciales de la incapacidad temporal (y de la incapacidad en general)

The "most favourable" interpretation for the Public Administration in administrative and judicial proceedings of temporary disability (and disability in general)

JOSÉ LUIS LAFUENTE SUÁREZ *Doctor en Derecho. Licenciado en CC. del Trabajo*
Profesor del Máster de la Abogacía de la Universidad de Oviedo
Abogado en ejercicio
https://orcid.org/0000-0001-5042-6681

Cita sugerida: LAFUENTE SUAREZ, J.L. "La interpretación «más favorable» a la Administracion Publica en los procedimientos administrativos y judiciales de la incapacidad temporal (y de la incapacidad en general)". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 26 (2021): 49-72.

Resumen

La cobertura de la situación protegida de incapacidad en general, y de la incapacidad temporal en particular nos muestra una amplia litigiosidad derivada, entre otros, de dos factores cuyo análisis pretendemos realizar en el presente trabajo: la interpretación interesada y restrictiva de la normativa reguladora de las situaciones de baja, su inicio y extinción junto a la valoración de las situaciones incapacitantes que las entidades gestoras de la Seguridad Social muestran y la tendencia pro administración que los órganos judiciales exhiben en sus resoluciones relativas a los procesos de incapacidad, en cuya fondo late sencillamente una criticable motivación economicista.

Palabras clave

Incapacidad temporal; altas y bajas; valoración; interpretación pro-Administración

Abstract

The coverage of the protected situation of disability in general, and temporary disability in particular, shows extensive litigation, arising from various factors, two of which we analyse in the present study. The first is the self-interested and restrictive regulations on situations of inability to work, their initiation and termination, along with the evaluation of situations of disability by entities managing Social Security. The second is the pro-administration tendencies shown by legal entities in their decisions in disability proceedings - behind which lies a reprehensible economic motivation.

Keywords

Temporary disability; starting and stopping work; assessment; pro-Administration interpretation

1. SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA CONTINGENCIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL

La protección de la contingencia de la incapacidad temporal (en adelante I.T.) en el Régimen General de la Seguridad Social a través del subsidio económico ha encontrado desde su instauración dos problemas, entrecruzados en muchos momentos, que afrontar: uno, ínsito en la naturaleza humana desde el desafortunado incidente de la manzana en palabras de Chesterton[1]: la inclinación al engaño, perfectamente identificable en el ámbito de las relaciones laborales en el fenómeno del absentismo. Y otro, el coste material de la prestación económica de I.T. que viene a compensar la ausencia de retribución del trabajador al encontrarse afectado por las causas originadoras de la cobertura de esta situación por el sistema de Seguridad Social, hoy recogidas en el artículo 169 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad, aprobado por el Real Decreto legislativo

[1] CHESTERTON, G.K. *"Fairy tales" All things considered*. Traducción de Juan Salmerón en su web: http://juansalmeron.com

Fecha Recepción: 8-7-2020 – Fecha Revisión: 22-7-2020 – Fecha Aceptación: 23-7-2020
Pags. 49-72

8/2015, de 1 de octubre –en adelante TRLGSS/2015–: la enfermedad común o profesional, el accidente, sea o no de trabajo y los períodos de observación por enfermedad profesional. La consecuencia de ambos viene a representar, a la fecha, una instrumentación interesada en favor de las Administraciones Públicas de los mecanismos de protección, reclamación y decisión de las controversias en esta materia

Esta cuestión del coste del subsidio , o por mejor decir, del incremento sucesivo del gasto del sistema en la cobertura económica de la prestación de I.T. aparece prontamente percibida por el poder ejecutivo y así, una primera modificación relevante en este sentido, relativa a la fijación de la cuantía de la prestación económica recogida inicialmente en el Decreto 3158/1966, se produjo con la aprobación del Decreto 1646/1972, que vino a establecer el pago del subsidio de I.T a partir del 4º día de su inicio para los supuestos de enfermedad común y accidente no laboral, de manera que limita el cobro establecido a razón del 75 por ciento de la base reguladora desde el primer día a las situaciones derivadas de accidente laboral o enfermedad profesional, menos sospechosas de producción de una irregularidad en su acaecimiento. La operación se basaba a fin de cuentas en las medidas puestas en marcha por la Ley 24/1972.

Lo explica el párrafo segundo de la Exposición de Motivos de esta manera: "… La experiencia adquirida durante los años del primer período de reparto próximo a finalizar, pone de manifiesto la conveniencia de modificar determinados preceptos de la Ley de Seguridad Social de veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y seis, en términos que, sin alterar sustancialmente su estructura y con estricta sujeción al principio de la conjunta consideración de las contingencias protegidas, se satisfagan con mayor eficacia las exigencias de la justicia distributiva, a través de criterios más realistas en el régimen de las cotizaciones, que habrán de permitir un perfeccionamiento de la acción protectora, muy particularmente en las pensiones y en las prestaciones económicas por incapacidad laboral y transitoria y desempleo…".

Posteriormente, el R.D.53/1980 redujo del 75 al 60 por ciento el porcentaje de la prestación entre los días 4º a 15º en los casos de enfermedad común y accidente no laboral, aclarando la Exposición de Motivos que se trataba de una medida compensatoria de las desviaciones originadas por determinadas conductas, y con la finalidad de nuevo de reducir el nivel de absentismo. Así la Exposición de Motivos afirma: "…Dentro de las distintas situaciones y contingencias comprendidas en la acción protectora de la Seguridad Social, la incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común y accidente no laboral suscita una serie de problemas y circunstancias especiales, que han de solventarse de tal forma que, sin olvidar la finalidad específica de esta prestación, que es la de compensar en parte la pérdida de retribución en las situaciones derivadas de enfermedad o accidente, corrija las importantes y graves desviaciones originadas por determinadas conductas, con la consiguiente repercusión en la economía nacional. Por todo ello, se hace necesario adoptar las medidas oportunas para corregir las citadas conductas y reducir el actual nivel de absentismo, al mismo tiempo que se reordena la prestación por incapacidad laboral transitoria, manteniéndose la actual cuantía en aquellos procesos de incapacidad que, por su gravedad y, en consecuencia, por su mayor duración, se justifica una protección más intensa y reduciéndose en parte durante los primeros días de la baja debida a las citadas contingencias…".

De otra parte, el R. D-Ley 5/1992, transformado en Ley 28/1992, y aplicable a esos mismos supuestos de contingencias comunes, trasladó el pago del subsidio de la Entidad Gestora al empresario entre los días 4º a 15º, ambos inclusive, desde la producción del evento causante[2], para buscar la minoración en el gasto ocasionado por las prestaciones económicas, que, como se ha señalado[3], es un objetivo que se trató de conseguir asimismo a través de la introducción de mayores

[2] Lo justifican sus Exposiciones de motivos como una medida para hacer frente al gasto público, en este caso convirtiéndolo en privado.

[3] GARCÍA MURCIA, J. y ROMÁN VACA, E. "Nuevas pautas en la regulación de la I.T.". *Aranzadi Social*. Tomo II. 1996. pág. 2509. GARCÍA VALVERDE, M.D. "El subsidio por I.T: cuantía y dinámica". *Revista de Derecho (...)*

posibilidades de control y reducción de los plazos de la protección de la I.T. como lo indican explícitamente las Exposiciones de Motivos de ambas normas: "…En tercer lugar, se aborda una modificación de la prestación económica por incapacidad laboral transitoria, cambio que no implica una modificación del nivel de protección de los trabajadores, al tiempo que se establece una nueva modalidad de la colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social, las cuales podrán efectuar esta colaboración respecto a dicha prestación económica, sin tener que colaborar en la asistencia sanitaria…".

A estas mismas finalidades responden las sucesivas reformas llevadas a cabo por las Leyes 42/1994; 30/2005; 40/2007; 35/2010 y finalmente 35/2014. La primera de ellas, llevando a cabo lo que denomina una "reordenación de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social" de forma que, en primer lugar la contingencia protegida recobra la denominación tradicional de incapacidad temporal desde la "incapacidad laboral transitoria anterior"; en segundo, suprime la situación de invalidez provisional apuntando al objetivo práctico de la reducción de costes dado que esta contingencia "…se alargaba excesivamente en el tiempo además de ser un período durante el cual no subsistía la obligación de cotizar…"[4]. La segunda, Ley 30/2005, que autoriza a los empresarios a concertar con las entonces Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad social[5] la gestión de la prestación económica de I.T. por contingencias comunes siempre que hubieran optado por formalizar la protección respecto de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales con una de dichas entidades. La Ley 40/2007, por su parte, limita la duración ordinaria de la situación de I.T. y concretó el procedimiento de actuación del I.N.S.S. y de la Inspección Médica de los Servicios de Salud competentes agotados los plazos de duración máxima ordinaria de doce meses y extraordinaria de dieciocho meses, así como las posibles discrepancias con los criterios de expedición de altas médicas por la disconformidad mostrada por los interesados ante la emisión de aquéllas. La Ley 35/2010 introduce una nueva disposición adicional, quincuagésima segunda al entonces vigente Texto refundido de la Seguridad Social de 1994 para atribuir a los inspectores médicos adscritos al I.N.S.S las mismas competencias que a la Inspección Médica de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en los procesos de I.T. hasta el cumplimiento de la duración máxima inicial de trescientos sesenta y cinco días. Finalmente, la Ley 35/2014 introduce una nueva regulación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales con el objetivo, señalado en la Exposición de Motivos, "… de modernizar el funcionamiento y gestión de estas entidades privadas, reforzando los niveles de transparencia y eficiencia, y contribuyendo en mayor medida a la lucha contra el absentismo laboral injustificado y a la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social…". Estamos hablando, pues, de la aprobación de normas que tienen como objetivo directo, expresado de un modo u otro, la limitación del gasto en la prestación económica de I.T.

Con independencia de ellas, pero directamente relacionadas, al tratarse en el fondo, de la aplicación de normas vigentes en el sentido más restrictivo para el abono del subsidio económico de I.T., y por consiguiente de la limitación del gasto en esta materia prestacional, en el presente apartado relativo a la interpretación restrictiva de las normas por la Administración competente de la Seguridad Social, queremos referirnos a dos cuestiones: la primera, la aplicación favorable a aquélla en la interpretación administrativa de las normas reglamentarias en este tema de control de altas y bajas de situaciones de I.T., con la aprobación del R.D. 625/2014, de 18 de julio (B.O.E 21 de julio) por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, y de la Orden ESS 1187/2015, de 15 de junio (B.O.E de 20 de junio) dictada en su desarrollo, respecto a la emisión de

Privado. Marzo/abril 2003.; GARCÍA VALVERDE, M. *La cuantía de las prestaciones en el sistema de la Seguridad Social española*. Comares. Granada. 2003. págs 242 y ss.

[4] FERNÁNDEZ PRATS, C. "La nueva regulación de la I.T. y su duración". VV.AA. (AEDTSS). *La incapacidad temporal* (Ojeda Avilés, A coordinador). Tecnos. Madrid.1996. págs. 254 y ss.

[5] Hoy Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social a partir de la Ley 35/2014.

partes de alta médica siempre en día viernes de la semana de que se trate. La segunda, la interpretación del número 2 del artículo 170 del TRLGSS/2015 que, al referirse al agotamiento del plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días de la I.T., establece que el INSS será el único competente bien para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de ciento ochenta días más, bien para emitir el alta médica por curación o incomparecencia injustificada a reconocimientos médicos o en su caso iniciar un expediente de incapacidad permanente, de forma que la prórroga o el inicio de un expediente de incapacidad suelen ser desatendidas.

Las interpretaciones que, en la práctica, se da a esas normas constituyen, en nuestra opinión, sendas muestras de una mezquindad reprobable por la Administración de la Seguridad Social en la aplicación de las normas que, como todo sistema de Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en su campo de aplicación, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, la protección adecuada frente a las contingencias, en este caso, la I.T., y en las situaciones contempladas por la ley, de acuerdo con el artículo 2.2 del TRLGSS/2015 en desarrollo del artículo 41 de la Constitución española

1.1. La emisión de alta médica, antes del cumplimiento de trescientos sesenta y cinco días desde el inicio de la I.T., por curación o mejoría que permite trabajar, el viernes

La práctica habitual nos muestra que las altas médicas por curación o mejoría que permite trabajar, en general, se producen el día de la semana "viernes", con independencia de que se trate de un proceso de I.T. que haya agotado o no la duración inicial de trescientos sesenta y cinco días, sin tener conocimiento de que exista indicación expresa al respecto, limitándonos a constatar tal realidad.

La emisión del alta médica conlleva, de acuerdo con el párrafo tercero punto y seguido del artículo 5.1 del R.D. 625/2014, la obligación de que el trabajador se reincorpore a su puesto de trabajo el mismo día que produzca sus efectos; obligación que ha de interpretarse en coordinación con la regulada en el párrafo tercero del artículo 7.1 de la misma norma, la entrega del parte médica de alta por el trabajador con destino a la empresa, dentro de las veinticuatro horas siguientes a su expedición. De acuerdo con el artículo 7.2 de la misma norma, las empresas, a su vez, deben remitir los partes al INSS con carácter inmediato y, en todo caso, en el plazo máximo de tres días hábiles contados desde la recepción del parte presentado por el trabajador.

Estos preceptos derogan los hasta entonces vigentes, Orden de 3 de abril de 1983 (B.O.E 16 de abril); Resolución de 25 de marzo de 1980 de la Dirección General de Régimen Económico de la Seguridad Social (B.O.E 26 de abril); y modifica parcialmente la Orden del Ministerio de Trabajo de 13 de octubre de 1967 (B.O.E 4 de noviembre), con las modificaciones introducidas por las Ordenes de 22 de enero de 1973 (B.O.E 30 de enero) y 21 de marzo de 1974 (B.O.E 19 de abril). De acuerdo con ellas, concretamente el número 2 del artículo 9 de la Orden de 13 de octubre de 1967, establecía: "…2. En el caso de que el trabajador sea dado de alta sin invalidez, tendrá derecho a percibir el subsidio correspondiente al día del alta. Si dicho día fuera festivo o víspera de festivo, el trabajador tendrá derecho asimismo a percibir subsidio por tales días…". Es decir, se entendía que el médico emitía el parte de alta (por curación o mejoría que permite la reanudación del trabajo), ordinariamente para el mismo día a aquel en el que el trabajador acudía a la revisión médica, de forma que éste lo presentaba a la empresa el día siguiente (siguiente, pues de los efectos de la alta médica) y reanudaba su trabajo en la misma, excepto en los casos de festivo o víspera de festivo. El carácter de "festivo" o "víspera de festivo" con carácter ordinario, se extendía a la emisión de un parte de alta con efectos del sábado de esa semana y considerar a éste como "víspera de festivo", con lo que el trabajador presentaría a la empresa el parte de alta el siguiente lunes, lucrando el subsidio a cargo de la Seguridad Social ese mismo sábado ("víspera") y el domingo ("festivo").

La regulación actual derivada del R.D. 625/2014 y de la Orden ESS 1187/2015, de 15 de junio (B.O.E de 20 de junio) suprime la referencia a los días que sean festivos o vísperas, y, además, en la interpretación que se está dando a las obligaciones de emisión de partes de alta, en función de

la cooperación y coordinación entre los servicios sanitarios de las Comunidades autónomas, prestadoras de la asistencia sanitaria y el INSS, a la que el artículo 10 de aquél alude, la práctica nos muestra (aunque ciertamente no sabemos si corresponde a algún tipo de instrucción, petición, sugerencia o indicación ad hoc) que se están emitiendo las altas médicas con efectos del viernes de la semana de que se trate, con la consecuencia de que el trabajador recibe la prestación económica de I.T. del día del alta (el viernes) a cuenta del sistema de Seguridad Social, pero aunque la entrega del parte de alta y la reincorporación no se produzcan hasta el lunes de la semana siguiente, la retribución del sábado ("víspera") y del domingo ("festivo") serán a cargo de la empresa en concepto de salario, lo cual, en primer lugar está violando la prescripción del párrafo tercero tras punto y seguido del artículo 5.1 del R.D. 625/2014, que determina la reincorporación del trabajador el mismo día que produzca sus efectos el alta médica; en segundo lugar, no guarda lógica sistemática con el entendimiento coherente del procedimiento en el que el parte de alta sea emitido por el facultativo el día que el trabajador acude a la consulta médica del servicio de salud pero sus efectos se trasladen al siguiente día hábil para permitir tanto la entrega del parte como la reincorporación del trabajador a la empresa; y en tercer lugar, se está trasladando a la empresa el pago (sábado y domingo) de lo que constituiría aún subsidio de I.T., revestido de salario, ya que no se ha dado la efectiva reincorporación del trabajador para continuar con su prestación de servicios para la empresa.

De este modo, lo que entendemos lógico y legal es la emisión de los partes de alta médica por curación o mejoría que permite trabajar cuando proceda, el viernes en su caso, pero de ser así, con efectos del lunes de la semana siguiente, día en el que se producirá la efectiva incorporación del trabajador a la empresa, el reinicio en la prestación de servicios y la entrega del parte de alta para que aquélla lo remita por vía telemática al INSS pues éste es el sentido que ha de darse a la norma, el repetido párrafo tercero del artículo 5.1 del R.D. 625/2014 para el correcto cumplimiento de la obligación en él establecida de que el trabajador se reincorpore a su puesto de trabajo el mismo día que produzca sus efectos el parte médico de alta. Con una excepción: la de los trabajadores que presten sus servicios en procesos ininterrumpidos, de turnos, todos los días de la semana, trabajando pues sábados, domingos y festivos, pues en ese caso; esto es, de emitirse el parte de alta el viernes pero con efectos de sábado o domingo, se daría el cumplimiento de la obligación pues el trabajador podría reincorporarse tanto uno como otro de esos días, para trabajar, por lo que generaría derecho a salario y no a subsidio económico de I.T., si bien es cierto que tales procesos ininterrumpidos precisan una organización minuciosa de los turnos, por lo que no sería fácil la comunicación o modificación de turno (ya establecido previamente) para el sábado por la reincorporación del trabajador que recibe el viernes anterior el parte de alta por curación con efectos del sábado siguiente.

1.2. La impugnación de alta médica expedida antes del cumplimiento del plazo de trescientos sesenta y cinco días desde el inicio de la I.T.

De acuerdo con lo preceptuado en los artículos 169.1 a), 170 y 174 del TRLGSS/2015, la extinción del derecho al subsidio de I.T. se producirá por curación o mejoría del trabajador, excluyendo de nuestro análisis el resto de las causas en ellos contempladas.

Estamos en el supuesto de la emisión de un parte médico de alta, por curación o mejoría que permite trabajar, antes del transcurso de los 365 días desde la extensión del parte de baja, iniciador del proceso de IT. A su vez hemos de distinguir según que el alta médica proceda de la Entidad gestora, en este caso, Servicio público de Salud de la autonomía correspondiente, en virtud del proceso de transferencia de competencias en materia sanitaria, por actuación directa o a propuesta de una Mutua, y tratarse de un proceso médico derivado de contingencias comunes, o de otra parte, que fuera emitida el alta médica por una Mutua colaboradora con la Seguridad social, por ser un supuesto derivado de contingencias profesionales.

1.2.1. Parte médico de alta expedido por los Servicios de Salud competentes

En este caso, si el trabajador cuya alta médica ha sido extendida entiende que no ha recuperado su capacidad laboral y que por consiguiente debería continuar en situación de IT., ha de formular Reclamación Previa frente a aquélla de acuerdo con el artículo 71.1 sensu contrario[6], pero el plazo para la interposición es el de once días hábiles "desde la notificación de la Resolución"– dice el párrafo segundo del número 2 del artículo 71 LRJS lo que, en estos casos hay que entender desde la entrega por parte del facultativo del parte de alta médica al trabajador, con copia para su presentación en la empresa que a su vez ha de tramitarla por vía telemática. Presentada la Reclamación previa, el Servicio de Salud deberá resolverla expresamente en el plazo de siete días hábiles, entendiéndose en otro caso desestimada tácitamente por silencio administrativo negativo, una vez transcurridos los siete días, de acuerdo con el párrafo segundo del número 5 de la LRJS, quedando abierta la vía jurisdiccional para formular demanda en el plazo de veinte días hábiles, contados a partir de la notificación de la Resolución expresa o transcurridos los precitados siete días, como previene el párrafo segundo del número 6 del mismo artículo 71 de la ley procedimental.

Estas consideraciones rigen igualmente para el supuesto de que el alta médica, expedida por la inspección médica del Servicio de Salud autonómico competente, lo ha sido a instancia de la Mutua colaboradora con la Seguridad Social que, en virtud de lo regulado en el artículo 80.2 b) del TRLGSS/2015, asume la gestión de la prestación económica de IT derivada de contingencias comunes en virtud de concierto ad hoc celebrado con la empresa de la que depende el trabajador en situación de IT. En este caso, de acuerdo con el artículo 6 del R.D. 625/2014, de 18 de julio, cuando la Mutua considere que el trabajador pueda no estar impedido para el trabajo, a la vista de los partes médicos de baja, confirmación y de los informes complementarios o actuaciones de control y seguimiento que desarrolle, puede formular propuestas motivadas de altas médicas. Tales propuestas deberán ser acompañadas de los informes y pruebas, en su caso, realizados, y se dirigirán a las unidades de Inspección médica de los servicios de salud autonómicos competentes. Estas las remitirán al facultativo al que corresponda la emisión de los partes médicos, que deberá pronunciarse, bien confirmando la situación de baja médica, bien admitiendo la propuesta de alta con la expedición del parte de alta médica. En el caso de que la Inspección médica no reciba contestación del facultativo, o en caso de discrepar de su criterio, podrá acordar el alta médica de forma "efectiva e inmediata", según el párrafo tercero del número 2 del precitado R.D. 625/2014.

De otra parte, si la propuesta de alta formulada por la Mutua no fuese resuelta y notificada en el plazo de cinco días, la Mutua podrá solicitar el alta médica al INSS, que ha de resolver en el plazo de los cuatro días siguientes a su recepción y comunicar, en su caso, le expedición del alta tanto al Servicio de Salud como a la Mutua y al trabajador, con copia para la empresa, a tenor del número 5 del artículo 7 del mismo R.D. 625/2014

Desde la posición del trabajador en descuerdo con el alta, ciertamente no es sencillo presentar informes médicos de la sanidad pública discrepantes con el diagnóstico de alta, que vendrían explicitadas normalmente, bien por el informe del facultativo de familia del trabajador que, en raras ocasiones se atreve a discrepar de la petición de alta fundamente por lo que le supone de sobrecarga burocrática de su función asistencial, bien por la emisión de informe del facultativo especialista al que, en estos casos, estuviese adscrito el trabajador, en cuyo caso el problema viene dado por la tardanza existente en la obtención de nueva cita médica no programada con anticipación con aquél debido al problema no solucionado de las listas de espera. De esta forma, la discrepancia, en su caso se muestra, desde el punto de vista médico, a través del recurso a la medicina privada, al informe emitido por un médico tras consulta privada. Pero, con todo, esta posibilidad de fundamentar una discrepancia se ve capitidisminuida pues estos informes privados, mayormente no son considerados en la necesaria revisión del EVI que precede a la resolución de la impugnación por

[6] Puesto que el punto y seguido del número 1 del artículo 71 LRJS excluye de la Reclamación previa a las impugnaciones de alta médica al agotarse el plazo de trescientos sesenta y cinco días.

parte del INSS, por lo que en muchas ocasiones se prescinde o abandona el trámite de la reclamación frente al acto administrativo de alta médica por conocerse o preverse, sobre todo por los profesionales jurídicos, con casi total seguridad, su inutilidad práctica. Este defecto probablemente pudiera ser subsanado a través del establecimiento de la posibilidad de recurrir a una segunda opinión médica de los servicios sanitarios oficiales[7], no regulada actualmente para estos supuestos. Y así, bien se renuncia al procedimiento de impugnación ya en vía administrativa, bien se reserva ordinariamente para el proceso judicial la prueba pericial de un médico privado. De esta manera, salvo excepciones contadísimas[8], la Reclamación previa es desestimada, bien sea expresa o tácitamente por la vía de la falta de resolución, con lo que se remite al trabajador a la vía de impugnación judicial.

Derivada de las dificultades expresadas, una segunda vía de actuación del trabajador al margen de la impugnación del alta expedida por el facultativo del Servicio de Salud es la de, reincorporarse al trabajo e inmediatamente solicitar una nueva baja de IT por recaída del proceso incapacitante anterior. A tenor del artículo 169.2 párrafo segundo de la TRLGSS existe recaída en un mismo proceso (de IT) cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha de efectos de la alta médica anterior. De este modo, la nueva baja por recaída produce la continuación del proceso de IT tanto desde el punto de vista de la duración o extensión de este, como del abono de la prestación económica correspondiente, sin la pérdida de remuneración de los tres primeros días para el trabajador.

La tercera vía de hecho, finalmente, en la actuación de un trabajador disconforme con la consecuencia derivada de la emisión de alta de la recuperación de su capacidad para reiniciar su prestación de servicios, es la solicitud de una nueva baja de IT por una causa diferente a la que motivó el proceso anterior de IT que terminó con la expedición de la alta médica que, bien no se quiere, bien no se puede recurrir con garantías de éxito. Es preciso apuntar también que, esta situación es más propia de los trabajadores que se encuentran en un período prolongado de IT, en el que concurren más de una causa incapacitante y de diferente etiología.

1.2.2. El parte de alta médica ha sido extendida por facultativo de Mutua colaboradora con la Seguridad social

1.2.2.1. Procedimiento especial de revisión del alta

Sobre la base de que la cobertura de las contingencias profesionales se ha realizado con una Mutua colaboradora con la Seguridad Social[9], la emisión del parte de alta médica del trabajador, antes del cumplimiento de la duración máxima de 365 días por curación del trabajador o en todo caso por mejoría que permite trabajar, se extiende por el facultativo de aquélla. Frente al alta médica el interesado podrá iniciar el procedimiento administrativo especial de revisión de dicha alta de acuerdo con lo prevenido en el artículo 4 del R.D. 1430/2009, ante la Entidad Gestora, INSS o Instituto Social de la Marina, en su caso. Para ello, en el plazo de 10 días hábiles siguientes a la notificación de la alta médica, presentará la solicitud mediante el impreso disponible en la página web[10] de la entidad, acompañando el historial médico previo relacionado con el proceso de IT o en su caso copia de la solicitud de dicho historial a la entidad colaboradora. Igualmente comunicará el interesado el inicio del procedimiento a la empresa el mismo día de la solicitud o en el siguiente día hábil.

[7] Con las transferencias a las Comunidades autónomas en materia sanitaria, es la legislación de cada una de ellas la que resulta los supuestos y condiciones para la solicitud de la segunda opinión médica.

[8] Quiero ser optimista, pero lo cierto es que este humilde letrado no conoce profesionalmente ninguna.

[9] Aunque pueden mantener el concierto con el INSS para la cobertura de contingencias profesionales las empresas que así lo tuvieron antes de 1998.

[10] www.seg-social.es (consulta 18 de diciembre de 2019)

El inicio de este expediente, cuya tramitación ha de considerarse preferente por la Entidad Gestora con el fin de que se dicte la resolución correspondiente en el menor tiempo posible, suspende los efectos de la alta médica emitida, entendiéndose prorrogada la situación de IT derivada de contingencia profesional, y manteniéndose el abono de la prestación, sin perjuicio de que posteriormente pueda considerarse indebidamente percibida, con la consiguiente obligación de devolución del subsidio percibido por el trabajadores durante los días del trámite de la prórroga de la duración de la IT.

El INSS o en su caso el Instituto Social de la Marina comunicará a la Mutua colaboradora el inicio del procedimiento especial de revisión para que aporte los antecedentes relacionados con el proceso de IT en el plazo improrrogable de 4 días hábiles, y a la empresa en el de 2 días hábiles. La Mutua podrá reconocer la improcedencia del alta emitida, con lo que se produce el archivo del expediente y por consiguiente la reanudación de la asistencia sanitaria, así como del abono del subsidio económico de IT a cargo de aquélla. De no ser así, es decir, si la Mutua entiende que el alta médica ha sido correctamente emitida, la Dirección Provincial correspondiente del INSS (o del Instituto Social de la Marina, en su caso), previo preceptivo informe del Equipo de Valoración de incapacidades –EVI– resolverá en el término de 15 días hábiles, contados desde la aportación de la documentación del expediente de I.T. por parte de la Mutua colaboradora. Dicha Resolución se dictará en uno de los siguientes sentidos:

— Confirmará el alta médica expedida por los servicios médicos de la Mutua colaboradora y por consiguiente declarará extinguido el proceso de IT por curación o mejoría que permite el trabajo. En este supuesto, el trabajador deberá reintegrar las prestaciones percibidas durante el procedimiento especial de revisión del alta, es decir, la correspondiente a los días transcurridos entre la fecha de la alta médica que se ha pretendido revisar, y la de la propia Resolución, considerándolas indebidamente percibidas.

— Anulará el alta médica y mantendrá al trabajador en situación de IT derivada de contingencias profesionales por considerar que el trabajador aún no está apto para trabajar.

De acuerdo con el con el número 12 del artículo 4 de este R.D.1430/2009, la Resolución del expediente de revisión de las altas médicas expedidas por las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social tendrán los efectos atribuidos a la Resolución de una Reclamación previa de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71.6 párrafo segundo de la LRJS, de forma que es directamente impugnable ante los Juzgado de lo Social en el plazo de 20 días hábiles.

1.2.3. Interposición de Reclamación Previa

Nos encontramos ante un supuesto que podríamos denominar de actuación indirecta: el alta emitida por una Mutua colaboradora con la Seguridad Social en un proceso de IT derivado de contingencias profesionales que no hubiera sido impugnada a través del procedimiento especial de revisión descrito en el apartado anterior.

Dado este caso, el alta puede ser impugnada a través de Reclamación Previa ante la propia Mutua que cursó el alta, en el plazo de 11 días hábiles, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 71.2 párrafo segundo de la LRJS; ésta deberá decidir sobre la misma en el plazo de 7 días hábiles, conforme determina el párrafo segundo del número 5 del mismo artículo, entendiéndose desestimada la Reclamación por efecto de silencio administrativo una vez transcurrido dicho plazo. La Resolución desestimatoria, expresa o tácita de la Reclamación Previa, podrá ser objeto de demanda ante la Jurisdicción social en el plazo de 20 días hábiles como preceptúa el párrafo segundo del número 6 del repetido artículo 71 de la LRJS.

La diferencia entre el procedimiento especial de revisión estudiado anteriormente y este otro a través de Reclamación Previa deriva de que, en este último, no se mantiene la situación de IT,

presunta, sino que el alta produce los efectos ordinarios de la misma desde su fecha; esto es, la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo y por tanto la extinción de la prestación económica de IT desde el mismo momento de la expedición de alta médica por los servicios médicos de la Mutua colaboradora con la Seguridad social.

Como decíamos en **I.1** no es sencillo para el trabajador en descuerdo con el alta presentar informes médicos de la sanidad pública discrepantes con el diagnóstico de alta, por la tardanza que se da en la obtención de lo que constituiría una nueva cita médica no programada, máxime teniendo en cuenta que la atención sanitaria dispensada al trabajador lo era por los propios servicios médicos de la Mutua colaboradora. Por consiguiente, la aportación de informes médicos discrepantes del juicio en que se basó la emisión de alta vendrían proporcionados a través del recurso a la medicina privada, al informe emitido por un médico tras consulta privada, con lo que su valoración queda enteramente a expensas de la Mutua colaboradora.

2. EL CUMPLIMIENTO DE LOS TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO DÍAS DE BAJA Y LA EMISIÓN CUASI AUTOMÁTICA DE LA ALTA MÉDICA ¿POR CURACIÓN?

De acuerdo con el artículo 169.1 a) del TRLGSS/2015, la duración máxima ordinaria de la I.T. es de trescientos sesenta y cinco días desde su inicio debido tanto a enfermedad profesional o común y a accidente laboral o no, mientras el trabajador esté impedido para el trabajo y reciba asistencia sanitaria de la Seguridad social. Llegado ese término, a tenor del artículo 170.2 del mismo cuerpo legal, el INSS, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para: reconocer una prórroga expresa con un límite de ciento ochenta días más; para iniciar un expediente de incapacidad permanente; para emitir el alta médica, por curación o por comparecencia injustificada a los reconocimientos médicos a los que hubiere sido convocado el trabajador.

Aquí entramos a analizar el segundo de los temas que planteamos es el de la valoración de las situaciones de I.T. por parte de los facultativos médicos que forman parte de los equipos de valoración de incapacidades.

Las decisiones de la Dirección Provincial correspondiente del INSS sobre I.T relativas a altas, prórrogas e inicio de expediente de incapacidad permanente previstas en los artículos 170, 174 y 175 TRLGSS/2015 se adoptan tras los exámenes y propuestas de los EEVVII correspondientes, de acuerdo con el procedimiento regulado por el R.D. 1300/1995, de 21 de julio y la Orden TAS 4054/2005, de 27 de diciembre (B.O.E. 28 de diciembre).

Según el artículo 2 de la primera de estas dos últimas normas, la composición del EVI será la siguiente: el Presidente será el subdirector provincial de invalidez del INSS o funcionario designado por el Director General del INSS; un médico inspector, propuesto por el Director provincial del INSS o en su caso por el órgano competente de la Comunidad autónoma; un facultativo médico, perteneciente al personal del INSS; un inspector de trabajo y seguridad social, propuesto por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; un funcionario titular de un puesto de trabajo de la unidad encargada del trámite de prestaciones de invalidez de la correspondiente Dirección Provincial del INSS, quien ejercerá las funciones de secretario. Cada uno de los miembros tendrá un suplente, designado de la misma forma. Además, según el número 4 del mismo artículo, serán designados por el correspondiente Director provincial del INSS: un experto en recuperación y rehabilitación, propuesto por el Instituto Nacional de Servicios Sociales o por el órgano competente de la Comunidad autónoma cuando del expediente se deduzcan indicios razonables de recuperación del trabajador, y un experto en seguridad e higiene en el trabajo, propuesto por el órgano competente del Estado o de la Comunidad autónoma respectiva, cuando existan indicios de incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

La instrucción de los procedimientos para la evaluación de la incapacidad a los efectos de reconocimiento de prestaciones se desarrolla en el artículo 4 del precitado R.R. 1300/1995, de manera que el facultativo médico dependiente del INSS elaborará el informe médico de síntesis, comprensivo de todo lo referido o acreditado en el expediente, informe de actividades profesionales y de alta y cotización, para lo cual examinará también personalmente al interesado, y actuará como ponente del dictamen-propuesta a presentar al Director provincial del INSS, el cual dictará la resolución pertinente, teniendo en cuenta que, según el artículo 3.1 de la misma norma, el dictamen-propuesta no es vinculante.

Emitido el dictamen-propuesta, la letra c) del número 1 del artículo 5 del R.D. 1300/1995, determina la concesión de audiencia a los interesados para alegar lo que estimen conveniente, pero lo cierto es que, ordinariamente, se dicta la resolución de la Dirección provincial del INSS adjuntando un resumen del dictamen-propuesta del EVI, con sucinta información sobre el cuadro clínica residual y limitaciones orgánicas y funcionales. Esto por lo que se refiere a expediente de incapacidad permanente, pues con relación a la emisión de altas médicas por curación o mejoría que permite trabajar o decisión sobre peticiones de recaída de situaciones de I.T., la resolución del INSS se limita a recoger la decisión " …una vez efectuado el preceptivo reconocimiento médico para evaluar, calificar y revisar la situación de posible incapacidad…" o "…se ha procedido a una nueva valoración médica para evaluar, calificar y revisar la situación de (prórroga) de incapacidad temporal…". Tal valoración se realiza sobre los informes médicos existentes, aunque puede incluir también nuevo examen del interesado por el facultativo del INSS.

No obstante, la ausencia de puesta en conocimiento del derecho a formular alegaciones, a pesar de tratarse de un incumplimiento administrativo, no daría lugar a la anulación del expediente administrativo más que en el caso de haber producido indefensión al interesado en el expediente, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común, como ha venido resolviendo la jurisprudencia[11].

Por lo que hace referencia a la primera de las opciones de la propuesta de resolución del expediente, la prórroga, a tenor del texto del precitado artículo 169.1 a) TRLGSS/2015, procedería en el caso de que se presuma de que durante esos ciento ochenta días pueda producirse la curación del trabajador, recuperación de su capacidad laboral y por tanto la emisión de alta médica por curación.

La segunda, el inicio de un expediente de incapacidad permanente, se produce, al poner estos artículos en relación con el 193.1 del mismo texto legal, al preverse, dada la situación del trabajador que después de haber sido sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y que anulan o limitación su capacidad laboral, su carácter definitivo. Y sin que tal calificación pueda ser desatendida por la posibilidad de recuperación del trabajador, si ésta fuera calificada médicamente como incierta o a largo plazo.

[11] Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 19 de noviembre de 2002. R.J. 3003/1200. Y 30 de abril de 2007. Recurso 330/2006.
La Sentencia de la Sala de lo social del T.S.J. de Madrid de 30 de diciembre de 2008, Recurso de Suplicación 3006/2008 afirma: "… La parte confunde la anulabilidad del acto por un vicio de forma (artículo 63.2 de la LRJAPC) con un supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 62 pues, como también tiene declarado la Sala III de este Tribunal "la falta de: Un trámite como el de audiencia, por esencial que pueda reputarse, no supone por sí misma que sé haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido"; procedimiento, que "subiste aun faltando la audiencia" (sentencias de 13 de octubre de 2000 y 16 de marzo de 2005)…". Igualmente, las Sentencias de la misma Sala de 3 de julio de 3007.Recurso 3152/2006 y 28 de mayo de 2008. Recursos 605/2007 y 814/2007. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía-Granada de 25 de junio de 2001. Recurso 1618/2000.
Ver Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía-Granada de 16 de julio de 2002. Recurso 3077/2001. Incompetencia de la jurisdicción social para apreciar las irregularidades del procedimiento administrativo.

La tercera, el alta médica, tiene como causa la curación o en su caso la mejoría de la salud del trabajador que le permite reanudar su prestación laboral, con independencia del carácter sancionador de la ausencia del trabajador a los reconocimientos médicos a los que puede ser convocado.

Desde el punto de vista de la práctica jurídica que empleamos para el análisis de estos supuestos, obtenemos el resultado de que, ciertamente sin conocer la existencia explícita de instrucciones, indicaciones, sugerencias, aproximaciones, etc., a los Equipos de Valoración de Incapacidades –EEVVII– provinciales del INSS, el cumplimiento del plazo máximo de duración ordinaria de la I.T. supone, en gran número, la emisión cuasi automática del parte de alta médica por curación o mejoría que permite trabajar, con el inicio consiguiente del deambular administrativo a partir de la manifestación de conformidad, su más que probable desestimación administrativa, inicio de un proceso judicial, que afortunadamente suele ser breve por la calificación de urgente y preferente del procedimiento de impugnación de altas médicas que reconoce el artículo 140 3. b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social –en adelante LRJS– y, caso de desestimación, solicitud/es de recaída.

Evidentemente no se produce una modificación sustancial de las condiciones médicas de los trabajadores por el paso del día trescientos sesenta y cinco al día trescientos sesenta y seis desde el inicio de la baja. Naturalmente ha de considerarse un plazo máximo, coherente e históricamente mantenido para la adopción de una decisión sobre la situación en la que un trabajador que se encuentra en I.T., pero el juicio a emitir por el Equipo de Valoración de Incapacidades ha de fundarse en los informes médicos ad hoc existentes sobre la salud del trabajador, puesto que "…el médico del Equipo de Valoración de Incapacidades no es un facultativo encargado de prestar asistencia sanitaria sino de evaluar oficialmente, en los expedientes sobre prestaciones de incapacidad temporal y de invalidez permanente, los cuadros patológicos de todo tipo y su incidencia en la capacidad funcional de los trabajadores, para lo cual ha recibido la formación y la habilitación exigidas y utiliza diversas fuentes de conocimiento…"[12]. Y lo cierto es que ante determinadas patologías y la lista de espera en los servicios de atención médicas especializada, el único criterio de valoración puede ser el juicio clínico del médico evaluador del EVI, el cual, con independencia de su formación como tal, no es un médico especialista[13] y corre el riesgo de ver entendido su examen del trabajador como el sometimiento al criterio de un "enemigo"[14].

Se puede pensar, por consiguiente, en buena lógica, por supuesto en función de la patología, que una persona que ha estado en situación de I.T. durante trescientos sesenta y cinco días, no va a estar recuperada en el momento en el que sea llamada por el EVI, precisamente por agotar ese plazo de duración máxima ordinaria de extensión de la I.T., por lo que el criterio a aplicar debiera ser, no la presunción de curación por el mero transcurso del plazo referido, sino el inicio de un expediente de invalidez o, en todo caso, la propuesta de concesión de una prórroga de ciento ochenta días más si la posibilidad de recuperación en el mismo fuera cierta.

No obstante, como apuntábamos, la conclusión ordinaria del procedimiento de I.T. por el agotamiento del plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días, que suele darse con la emisión de un parte de alta por curación o mejoría que permite trabajar, conlleva el "traslado de la carga de la prueba" al trabajador de acerca de la inexistencia de tal mejoría, en vía de principio a

[12] Como lo expresa el Auto de 4 de diciembre de 2015 dictado por la Sala de lo social del T.S.J. de Asturias en la pieza de Nulidad de actuaciones extraordinarias derivadas del Recurso de Suplicación 1661/2015. En un

[13] En un caso defendido por el firmante, las conclusiones del médico evaluador del EVI recogían textualmente: "…No se ha podido realizar la exploración psíquica debido al mutismo del paciente durante la entrevista. Los datos clínicos reflejados en el informe de SM no son coincidentes con la actitud del trabajador durante el reconocimiento…". El diagnóstico era de trastorno psicótico de tipo esquizofrénico residual, y la aclaración del psiquiatra privado actuante como perito acerca de la "actitud" del trabajador fue de que éste se sentía amenazado durante la entrevista en el EVI y adoptaba como defensa el absoluto mutismo.

[14] Que no suelen ser bien recibidos en los EEVVII.

través de la manifestación de disconformidad, la cual, ha de venir sustentada por la aportación de un informe médico particular, fundamentalmente en los supuestos que citábamos en los que existe lista de espera en los servicios médicos públicos de especialidades concretas, o dejar la apreciación de la incidencia de la patología sufrida en la posibilidad de trabajar al conocimiento, ya sea de la Inspección Médica del Servicio de Salud correspondiente, que estime la improcedencia del alta emitida, o ante el ordinario silencio por parte de ésta ante la manifestación de disconformidad presentada por el trabajador, o a la intervención de otro médico evaluador del EVI al que le corresponda el examen del expediente tras la disconformidad presentada, con lo que, habitualmente, suele producirse una resolución desestimatoria que, a su vez, daría lugar al ejercicio de una acción judicial.

Antes de entrar en el análisis del ejercicio de la acción judicial de impugnación de la alta médica, nos referimos a otro tema directamente relacionado con el referido de la emisión de alta médica el "viernes". Nos referimos a la presentación de manifestación de disconformidad frente a la resolución de alta médica emitida por el INSS tras la revisión por parte del EVI, una vez transcurridos trescientos sesenta y cinco días desde el inicio de la situación de I.T.

De acuerdo con el párrafo segundo del número 2 del artículo 170 TRLGSS/2015 frente a la resolución del INSS acordando el alta médica, agotado el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días, el interesado puede manifestar su disconformidad ante la inspección médica del Servicio de Salud en el exiguo plazo de cuatro días naturales; pues bien, la práctica habitual nos muestra que la resolución de alta médica a recurrir suele ser remitida "el viernes", con lo que, ordinariamente, se pierden dos días naturales (sábado y domingo)[15] para la formulación de la disconformidad, restando solamente, por consiguiente, dos días naturales (y hábiles) lunes y martes para la presentación de aquélla. La presentación, cuyo modelo oficial se puede obtener en la página web de la Seguridad Social[16] puede realizarse directamente ante la inspección médica del Servicio de Salud o ante el propio INSS[17], si bien el registro de aquélla ante esta Entidad gestora reducirá el plazo que la inspección médica tiene para conocer de la disconformidad pues debe el INSS remitírselo a la inspección médica del Servicio de Salud autonómico. El plazo para pronunciarse la inspección médica es de once días naturales siguientes a la resolución de alta médica, que realmente no es tal puesto que hasta cuatro días naturales son los correspondientes a la presentación de la disconformidad y a ellos habría que sumar los que el INSS ha tardado en remitirla…Y de otra parte, en caso de discrepancia del criterio de la inspección médica con el alta emitida por el INSS, el plazo para pronunciarse es de siete días naturales, para que éste reconsidere la decisión, por lo que suele ser corriente la no contestación o no pronunciamiento por parte de la citada inspección[18], con lo que,

[15] Recientemente el firmante ha conocido un supuesto más alambicado aún: emisión de parte de alta el viernes 3 de enero de 2020; sábado 4, domingo 5 y lunes 6 inhábiles, por lo que solamente restaba un día, el martes 8 para la formulación de la disconformidad.

[16] www.seg-social.es Y dentro de ella Inicio » Trabajadores » Prestaciones / Pensiones de Trabajadores » Incapacidad temporal » Régimen General » Gestión y control / Impugnaciones. Consultado el 11 de mayo de 2019.

[17] El impreso indica la presentación a través del CAISS (Centro de atención e información de la Seguridad Social). También podría ser remitido telemáticamente a través de la indicada propia página web de la Seguridad Social, si bien al no contar con un registro específico, cabe entender que la remisión puede realizarse a través de los enlaces Ciudadanos/Pensiones/Presentación de otros escritos, solicitudes y comunicaciones (Instituto Nacional de la Seguridad Social)

[18] Ya en 2009, este letrado presentó una queja ante la Procuradora General del Principado de Asturias ante la falta de respuesta de la inspección médica del Servicio de Salud del Principado de Asturias –SESPA– en las manifestaciones de disconformidad. El 27 de enero de 2010, tras recabar datos de la administración autonómica, que incluía el número de disconformidades presentadas desde el 1 de enero de 2008(fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, que introdujo las disconformidades) y el 30 de setiembre de 2009), 862, con 105 pronunciamientos expresos de alta; 151 de disconformidad y 606 sin contestación, comunica que "…esta Defensoría considera aconsejable…que por parte de la Administración Sanitaria, en la medida de sus posibilidades organizativas, se llevan a cabo aquellas actuaciones tendentes a procurar que el número de no pronunciamientos de la inspección médica frente a las impugnaciones de las altas médicas formuladas por la ciudadanía, se vayan *(...)*

transcurridos los once días naturales, el alta médica adquirirá plenos efectos, pues cierto es que la presentación de la manifestación de disconformidad conlleva que la situación de I.T. se vea prorrogada durante esos once días naturales que van desde la emisión del alta médica y la adquisición de plenos efectos de la misma.

Caso de que la inspección médica manifestara disconformidad con la resolución del INSS, según el apartado tercero del número 2 del artículo 170 TRLGSS/2015, esta entidad gestora deberá pronunciarse expresamente en los siete días naturales siguientes, para reafirmarse o reconsiderar la situación de I.T. del trabajador, para lo cual, explícitamente la norma establece que lo hará, notificando expresamente su decisión al interesado, y–dice la norma–"…aportará las pruebas complementarias que la fundamenten…"; esto es, se entiende que tales pruebas son "médicas", ya sea a medio de reconocimiento por especialista o realización de técnicas ad hoc, pero, al menos, en opinión de quien suscribe, el espíritu de la norma no es el de que por parte del inspector del EVI realice una nueva exploración del interesado y ésta sea "prueba complementaria" suficiente, sobre todo, para la reafirmación en la decisión de extender el alta contra el criterio de la inspección médica del Servicio de Salud de la Comunidad autónoma de que se trate. Lo que, debemos añadir, no debe resultar sencillo puesto que tales pruebas complementarias han de realizarse dentro del plazo de siete días naturales con que cuenta el INSS para pronunciarse. Para el caso, en fin, de reafirmación por parte de esta entidad gestora en su decisión de extender el alta, en contra del criterio de la inspección médica del Servicio de Salud, sólo se prorrogará la situación de I.T. hasta la fecha de la resolución del INSS ratificándose en su decisión inicial de alta médica por curación o mejoría que permite trabajar.

3. LA VÍA JURISDICCIONAL SOCIAL

Hemos de recordar que, con la aprobación de la L.R.J.S. se eximen de Reclamación Previa (artículos 71 y 140) los procesos, que introduce precisamente esa Ley, de impugnación de altas médicas emitidas por las entidades gestoras competentes, siempre y cuando se trate de altas al agotarse el plazo de duración de 365 días de la prestación económica de I.T., puesto que la competencia para su emisión es exclusiva de tales Entidades ex artículo 170.2 T.R.L.G.S.S/2015. Pero solamente en estos casos, y no, por consiguiente, en las situaciones de altas producidas antes del cumplimiento del precitado plazo, que precisarán Reclamación Previa, excepto, a su vez, en supuestos de contingencias profesionales competencia de Mutua colaboradora que hayan sido objeto de impugnación mediante el procedimiento especial de revisión de alta, en cuyo caso la Resolución de la entidad gestora es directamente recurrible ante la jurisdicción social por concederle los efectos resolutorios de una Reclamación Previa.

Dictada la Resolución correspondiente, agotada la vía administrativa, cabe el inicio de la vía judicial social, con la impugnación de alta médica a través del procedimiento judicial social ad hoc del artículo 140 LRJS. Con relación al proceso judicial, vamos a estudiar dos cuestiones concretas: la propia petición a realizar al Juzgado de lo social en la Demanda: prórroga de IT, inicio de expediente de incapacidad o reconocimiento de la situación de incapacidad permanente en el grado que proceda, y la valoración judicial de la prueba médica.

3.1. El Suplico de la Demanda

En relación con la primera de ellas, esto es, cuál ha de ser la petición que la demanda planteada ha de contener en relación con estos procesos de impugnación de alta médica, es necesario considerar que el artículo 80.1 d) de la LRJS establece que uno de los requisitos que ha de contener la demanda es, textualmente, el de la "súplica correspondiente, en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada…". De esta manera, en primer lugar, en función de la

reduciendo paulatinamente, hasta alcanzar su inexistencia o cifras excepcionales, por lo que le informo que ha formulado sugerencia a la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios en los términos previamente referenciados…" Pero nueve años más tarde, seguimos igual…

extensión temporal de la protección concedida a la IT por el TRLGSS/2015; en segundo lugar, en función de las propias definiciones de las contingencias protegidas de IT, recaída e incapacidad permanente del mismo texto legal y, en tercer lugar, de las causas legales de extinción de la prestación temporal de IT, la petición o súplica de la demanda puede ser diferente, tal y como expondremos a continuación.

La importancia de la correcta formalización de la súplica de la demanda viene dada no solamente porque la respuesta judicial viene condicionada por ella, al tratarse el proceso de impugnación de altas médicas de un proceso rogado, de forma que la petición ha de articulada correctamente para poder merecer, en primer lugar, atención y en segundo, favorable acogida, sino también por la exclusividad de su objeto, ya que de acuerdo con la letra d) del número 3 del artículo 140 LRJS, a la impugnación de altas médicas no podrán acumularse otras acciones, ni siquiera la reclamación de diferencias económicas en prestaciones de incapacidad temporal. De ahí que una incorrecta formulación de la "súplica" de la demanda puede conllevar la desestimación de la misma puesto que se está decidiendo, dentro de un procedimiento de impugnación de alta médica, el resultado de una discrepancia, con fundamento en bases de tipo médico, pero con los condicionamientos que la norma de Seguridad Social establece para la correcta definición jurídica de dos contingencias protegidas: la incapacidad temporal y la incapacidad permanente, en función de sus características, su extensión y los motivos legales de su extinción, en su caso.

De este modo, en función de los períodos temporales de la extensión de la IT, podemos señalar las diferentes peticiones que la Súplica de la demanda puede o debe contener.

3.1.1. Suplico en Demanda formulada frente a alta emitida antes del cumplimiento de los 365 días primeros de la situación de IT

Como quiera que la duración inicial máxima de la prestación económica de IT es de 365 días ex artículo 169.1 a) TRLGSS/2015, cuando se emite un alta por curación o mejoría que permite reanudar el trabajo antes de alcanzar esos 365 días iniciales y el trabajador discrepe de la consideración de su aptitud para reincorporarse a su actividad laboral, la súplica, en vía de principio, ha de ir dirigida a pedir la anulación del alta médica expedida, con la consiguiente continuación del proceso de IT. Petición de anulación que habrá de fundamentarse en los dos requisitos que el precitado artículo establece para la consideración de la contingencia protegida de IT: que el trabajador necesite asistencia sanitaria y esté impedido para el trabajo, pero siempre que se presuma que, dentro de los 365 días o, en su caso, de los 180 días de posible prórroga de la IT, durante ellos, el trabajador pueda ser dado de alta médica por curación.

Es necesario realizar esta distinción porque si las dolencias que afecten al trabajador le han producido reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral, estaríamos hablando de una situación de incapacidad permanente en los términos de los artículos 193 y 194 del TRLGSS/2015[19], ya no de una IT, aun cuando, de acuerdo con la expresión del punto y seguido del número 1 del primero de estos dos últimos artículos citados, exista posibilidad de recuperación del trabajador si ésta se estima incierta o a largo plazo desde el punto de vista médico. De este modo, la súplica ha de expresar la petición de inicio de un expediente de incapacidad permanente o por mejor decir, que el Servicio público de Salud proponga al INSS el inicio de un expediente de incapacidad permanente, ya que la competencia de tal reconocimiento es de esta entidad gestora de acuerdo con el artículo 200 del TRLGSS/2015 mientras que el Servicio de Salud competente solamente puede

[19] Como recoge explícitamente la Sentencia 199/2018, de 14 de mayo, del Juzgado de lo social nº 6 de Oviedo, dictada en autos 242/2018: "… Y por último, las patologías deben ser susceptibles de tratamiento para curación o mejoría que permita la reincorporación al trabajo, por lo cual todas aquellas de carácter crónico o permanente o no susceptibles de tratamiento, lo que pueden fundamentar es una solicitud de incapacidad permanente, pero no la permanencia en la situación de incapacidad temporal hasta agotar los plazos legalmente previstos…".

instar el inicio del procedimiento de reconocimiento de la incapacidad permanente, de acuerdo con el artículo 4 del R.D. 1399/1995, de 21 de julio.

3.1.2. Suplico en demanda formulada frente a alta médica tras agotar los 365 días de IT.

De acuerdo con lo regulado en el artículo 170.2 TRLGSS/2015, al agotarse el plazo de duración de la IT de 365, será competencia del INSS decidir, dejando aparte la emisión de alta por incomparecencia injustificada a controles médicos, entre el reconocimiento de una prórroga expresa por 180 días más; iniciar un expediente de incapacidad permanente o emitir el alta médica por curación. En este último caso, la discrepancia del trabajador con el alta médica expedida supone que, en paralelo con lo visto en V.1.1.,la Súplica de la demanda tiene que ir dirigida a la anulación de aquélla y su sustitución por el reconocimiento expreso de una prórroga por 180 días más, cuando se prevea que durante ellos el trabajador puede ser dado de alta médica por curación o mejoría que permite su reincorporación al trabajo, de acuerdo con lo ya señalado por la letra a) del número 1 del artículo 169 TRLGSS/2015. O bien la súplica constituirá la petición de emisión de alta médica por el inicio –en este caso, directamente, por ser atributo de la entidad gestora INSS– de expediente de incapacidad permanente, lo que dará lugar a la finalización del proceso de IT, según el artículo 5.3 del R.D. 625/2014, dejando el Servicio Público de Salud de emitir los partes de confirmación puesto que el control del proceso del trabajador ha quedado bajo la competencia directa del INSS, de acuerdo con lo previsto en el artículo precitado y el 169.1 a) TRLGSS/2015. En este supuesto, en paralelo igualmente con lo reseñado en el epígrafe anterior, cuando se presuma que las dolencias padecidas por el trabajador le han producido reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral, lo que encaja con la definición de la incapacidad permanente, sin perjuicio de la necesaria fijación de su encaje en los diferentes grados que el artículo 194 en la redacción que recoge la disposición transitoria vigésima sexta del TRLGSS/2015.

3.1.3. Suplico en la demanda frente a alta médica tras agotar los 545 días desde el inicio de la baja

De acuerdo con los números 1 y 2 del artículo 174 TRLGSS/2015, al producirse el cumplimiento de 545 días en situación de IT, se examinará necesariamente por parte del EVI la situación del trabajador a efectos de la calificación de su incapacidad permanente. De este modo, si como consecuencia de ese reconocimiento, la Dirección Provincial del INSS resolviera expedir el alta del trabajador por curación o mejoría que permite trabajar, la Súplica de la demanda en el proceso de impugnación del alta médica irá dirigida a anular el alta con la petición de reconocimiento de incapacidad permanente, dado que el examen a que fue sometido el trabajador ha de ser considerado como un expediente de incapacidad permanente, esto es, como el inicio de un expediente de incapacidad permanente, de acuerdo con el tenor literal expresado del número 2 del precitado artículo 174 TRLGSS/2015.

No obstante, en virtud de lo establecido en el párrafo segundo del mismo número 2 del artículo 174 TRLGSS/2015, la Súplica podría ir también dirigida al retraso en la calificación de la incapacidad permanente hasta un máximo de 730 días naturales desde el inicio de la situación de IT, en una clase de prórroga extraordinaria de la misma, siempre y cuando se diesen las dos condiciones que aquél señala: que el trabajador continuase precisando tratamiento médico y que su situación clínica hiciera aconsejable tal demora en la calificación por la expectativa de recuperación con vistas a su reincorporación laboral.

3.1.4. Suplico en la demanda frente al alta médica al agotar la prórroga extraordinaria hasta alcanzar los 730 días de extensión de la IT desde su inicio

En este supuesto, nos encontraríamos ante la misma situación explicada en el primer párrafo del epígrafe anterior, en una interpretación combinada de los dos primeros párrafos del número 2 del artículo 174 TRLGSS/2015. Examinada la situación del trabajador en IT tras haberse acordado

previamente la prórroga extraordinaria de hasta 180 días más a partir del agotamiento de los 545 días desde el inicio de la IT; esto es, cumplido el período máximo de 730 días naturales de extensión de la IT, sumados los de incapacidad temporal y de prolongación de sus efectos, la Dirección Provincial del INSS, tras reconocimiento del EVI, decide el alta del trabajador por curación o mejoría que permite trabajar, decisión frente a la cual actúa el trabajador.

En este caso, llegado el procedimiento judicial de impugnación de alta médica, la demanda ha de formular la Súplica de la anulación del alta médica y solicitar el reconocimiento de la incapacidad permanente del trabajador, puesto que la resolución administrativa de emisión del alta médica está dictada en un procedimiento de evaluación de la incapacidad permanente del trabajador, de acuerdo con lo expresado en el párrafo segundo del número 2 del precitado artículo 174 TRLGSS/2015 que expresamente cita el sustantivo "calificación".

3.2. Las pruebas en el proceso judicial: la valoración judicial de la prueba médica

Para centrar la segunda de las cuestiones a estudiar, la valoración de la prueba médica, nos encontramos ante una impugnación judicial de una resolución administrativa que, tras la formulación de una manifestación de disconformidad o en su caso de revisión del alta solicitada por el trabajador en situación de I.T, éste la ve desestimada y confirmada la emisión de alta médica. Y la prueba va a tener dos ámbitos fundamentales, la documental y la pericial.

3.2.1. El valor de la prueba documental

A los efectos del proceso se puede definir el documento como "objeto material que incorpora la expresión escrita de un pensamiento o acto humano susceptible de ser aportado a un proceso"[20]. De esta manera junto con los documentos públicos y privados contemplados en los artículos 299 y siguientes de la L.E.C. hemos de hacer referencia a una categoría singular o intermedia, los documentos administrativos que adquieren plena importancia en nuestro estudio, y que son definidos como aquellos que han sido expedidos en el ejercicio de sus funciones por funcionarios que no están legalmente facultados para dar fe[21].

En los procesos de Seguridad Social que son objeto de nuestro análisis, la prueba documental fundamentalmente va a estar constituida por dos tipos de documentos: uno, de tipo administrativo, compuesto por el expediente administrativo, incluyendo los partes de baja y alta médica, los datos relativos a la cotización y requisitos de adquisición del derecho a la prestación, en su caso, el dictamen-propuesta del EVI, incorporando los informes médicos emitidos por el Servicio de Salud, Mutua colaboradora, unidos al expediente, que no encuentran acomodo en el concepto de los documentos públicos stricto sensu que, por la propia entidad del proceso no tienen posibilidad de producirse.

Estos informes constituyen la expresión de la situación en la que se encuentra el trabajador a efectos de prestaciones objeto de reclamación, fundamentalmente prestaciones económicas de IT e Incapacidad Permanente, siendo, con relación a ellos, la causa (curación, mejoría, propuesta de incapacidad…en los partes de I.T.; los constitutivos de la base de los Informes médicos de síntesis, expresión del cuadro clínico residual y limitaciones orgánicas y funcionales) indicada la que va a ser objeto de discusión judicial en las impugnaciones de alta de I.T. y de denegación de la solicitud de Incapacidad Permanente en los de invalidez. De acuerdo con lo establecido por el artículo 93.1 LRJS, los informes médicos que sean preceptivos están eximidos de ratificación en el proceso judicial y se equiparan a prueba pericial específica.

[20] DE LA OLIVA SANTOS, A; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.- *Derecho Procesal civil. El proceso de declaración*. Ceura. Madrid. 2000. págs. 332 y 333.

[21] Desdentado Bonete, A. El proceso declarativo y los recursos, dentro de la obra colectiva Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil en el proceso social. - Dossier práctico Francis Lefebvre. Madrid 2001.pág 112.

El segundo tipo de documentos lo constituyen los informes médicos propiamente dichos, bien presentados en la vía administrativa, bien en el acto de juicio oral, a instancia de las partes, y que son los procedentes de especialistas pertenecientes al Servicio Público de Salud competente o a las Mutuas de Accidentes de Trabajo, que habitualmente traten, estén o hayan tratado al demandante[22] , en tanto en cuanto están interviniendo profesionalmente en el ámbito del Sistema Nacional de Salud en materia de su competencia facultativa, y fundamentalmente los informes médicos de facultativos privados o que aun siendo funcionarios públicos tengan reconocida la compatibilidad de su trabajo en el ejercicio de la medicina privada, es decir, que hayan examinado, tratado e informado de la situación médica del paciente que es el actor en el proceso judicial de que se trate, en función de un requerimiento particular de este derivado del ejercicio privado de la profesión médica[23]. Estos constituirán documentos privados ex artículo 324 LEC y por exclusión de los públicos definidos en el artículo 317 de la misma norma

Es conveniente recordar a este respecto que la información sobre "dolencias padecidas por el trabajador, el tratamiento médico prescrito, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional del interesado, las pruebas médicas realizadas en su caso, la evolución de las dolencias –el subrayado es nuestro–" ha de acompañar al segundo parte de confirmación de la I.T., en los procesos de duración superior a 30 días naturales –artículo 4 R.D. 625/2014– así como en el informe médico complementario en los procesos de cuya extensión sobrepase la inicialmente prevista. Además, el Servicio Público de Salud expedirá un informe de control de la I.T., trimestralmente, en el que deberá pronunciarse expresamente sobre los extremos que justifiquen la necesidad de mantener el proceso, desde el punto de vista médico –artículo 4.2 del mismo R.D.– , pero ciertamente no es demasiado habitual encontrar no esa indicación exactamente, sino lo que sería una evaluación –en una traducción "al román paladino"– de diagnóstico y pronóstico, repercusión y consecuencias de la dolencia padecida por el trabajador en su actividad profesional, en todos y cada uno de los informes médicos de los facultativos que son presentados ante los tribunales de lo social, especialmente en el tema subrayado, esto es, la incidencia de la enfermedad padecida en la capacidad funcional y por consiguiente también laboral –puesto que de ello estamos tratando– del trabajador accionante[24].

Tanto los documentos administrativos como los documentos privados, esto es, fundamentalmente informes médicos, habrán de valorarse por el juzgador según las reglas de la sana crítica a tenor de lo prevenido en los artículos 326 L.E.C. y en interpretación a contrario de los 319 de la misma Ley así como los 1225, 1227, 1228 y 1230 del Código Civil puesto que, con relación a ellos, no discutiéndose generalmente la autenticidad de los mismos en el sentido estricto de no tratarse de informes falsos o falsificados, resulta obvia la discrepancia entre, bien su contenido, bien las consecuencias derivadas de los diagnósticos, pronósticos o tratamientos que contengan, fundamentos de la petición o su desestimación en el concreto proceso judicial de Seguridad Social de que se trate. De esta manera, los documentos privados harán prueba plena en el proceso, siempre que no se impugne su contenido, lo que no suele ser habitual tratándose de informes médicos, pero el juzgador puede formar su convicción valorando conjuntamente todos los medios probatorios conforme a su recto criterio[25].

[22] Sin perjuicio de la posibilidad, como veremos que puedan declarar en el juicio oral como testigo-perito.

[23] Que igualmente podrán constituir soporte documental para su posterior intervención judicial como testigo-perito.

[24] Un ejemplo de cómo ha sido extremadamente limitado el informe del médico especialista lo podemos encontrar en el caso que ha conocido este Letrado: un informe de otorrino del Servicio de Salud con respecto a un paciente, "conocido de este Servicio" de profesión escayolista, se limitaba a recomendar el uso de mascarilla en su actividad,; el otorrino "particular" estima que existe riesgo de desarrollar una lesión cancerígena por el ambiente de polvo en el que trabaja, habiendo sido operado tres veces de laringe, la última de lesión precancerosa. La Sentencia estimó la demanda de reconocimiento de incapacidad permanente "...debido al riesgo que existe de que desarrolle una lesión cancerígena habida cuenta de los antecedentes constatados de forma objetiva..."

[25] Sentencias de la Sala de lo Social del T.S de 2 de julio de 1990 (RJ 6039/1990); 2 de enero de 1988(RJ54/1988) y 27 de enero de 1991(RJ 69/1991).

3.2.2. La prueba pericial

El perito ha de cumplir bien y fielmente su función, debiendo manifestar bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y en su caso, actuará, con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de los partes, reseña el artículo 335 de la LEC en lo que se refiere a la actuación de aquél, pues hemos de tener en cuenta que, en estos supuestos estudiados de pericia médica, como indica Montero Aroca[26], el médico no aporta hechos al proceso, que ya han sido aportados principalmente a través de la prueba documental, sino que los valora, de ahí su importancia en estos procesos, no siempre tenida excesivamente en cuenta por otras razones como veremos al estudiar la valoración de la prueba.

El artículo 370.4 LEC regula específicamente la figura del testigo-perito, testigo que posea conocimientos, en este caso científicos, técnicos y prácticos sobre la materia (especialidad médica) a que se refieran los hechos del interrogatorio. Nos estamos refiriendo, en este examen concreto de los procesos de Seguridad Social, al médico especialista perteneciente al Servicio Público de Salud correspondiente que está atendiendo personalmente al demandante, y por consiguiente conoce tanto las características técnico-médicas de la enfermedad objeto del procedimiento judicial, como la situación personal, diagnóstico, evolución y pronóstico del padecimiento alegado por el paciente-demandante éste en el procedimiento concreto desarrollado ante el Juzgado de lo social, en términos generales como hemos apuntado, de impugnación de alta emitida a instancias de INSS, Inspección Médica o del propio médico de cabecera en su caso.

En el proceso social no es de aplicación a la prueba pericial su instrumentación a través de la insaculación, de forma que la pericia siempre supone su proposición y práctica articulada con la presentación del experto al acto del juicio oral, sin perjuicio de poder recurrirse a su citación judicial ex artículo 90.3 LR.JS, caso de que la parte interesada lo solicite y el juez así lo estime.

Al respecto de la citación judicial, hemos de nos encontramos ante un problema evidente para su práctica, ya que, ordinariamente tal petición de citación oficial a través del Juzgado pertinente se debe a que el médico especialista, con carácter general, está prestando sus servicios en un centro hospitalario y para un Servicio Público integrado en el Sistema Nacional de Salud, de forma que para poder ausentarse del mismo y evitar perjuicios a los pacientes, evidentemente debe acudir a una citación judicial con el suficiente margen temporal para programar su trabajo con antelación, cumpliendo de esta manera con un deber de colaboración con la justicia. No obstante, hemos de apuntar críticamente que los juzgados de lo social no se muestran excesivamente inclinados a llevar a cabo estas citaciones judiciales de los médicos especialistas del Sistema de Sanidad[27], por lo que la solución que al interesado en la práctica de esa prueba le queda es la de pedir al especialista, no ya la colaboración con la Justicia que presupone la citación judicial, sino la gracia personal a su favor para que acuda voluntariamente a la vista oral para intervenir en ella[28].El problema de la dificultad de obtención de la citación judicial y su sustitución por la presencia

[26] MONTERO AROCA, J; CARRATALÁ TERUEL, J.L.; y MEDIAVILLA CRUZ, Mª L.- *Práctica procesal laboral*... Marcial Pons.1999 pág. 435.

[27] Con las excepciones derivadas de la obtención de la asistencia gratuita. Recogemos el razonamiento de un Auto de 8 de marzo de 2007 del Juzgado de lo Social nº 6 de Oviedo que desestima el Recurso de Reposición interpuesto frente a Providencia que rechaza la petición de citación a un médico especialista de un Hospital público: "…por lo que de accederse a tal pretensión, los centros públicos hospitalarios y asistenciales quedarían prácticamente vacíos si tuviesen que acudir a testificar en relación con sus pacientes en los múltiples juicios que por tales cuestiones se solventan diariamente en esta jurisdicción…".

[28] Lo que conlleva que, sin perjuicio de la organización del servicio sanitario de que se trate, el médico especialista deberá solicitar autorización de sus superiores para acudir al juicio a través de la concesión de un permiso ad hoc (¿"asuntos propios"?...). Es decir, el demandante se encuentra absolutamente entregado a la buena voluntad del facultativo en su disposición a la prueba pericial o de testigo-perito en su caso.

voluntaria del médico especialista conlleva una relevancia determinante en la intervención del testigo-perito médico.

La intervención del perito como testigo en el proceso por tanto cobra una especial importancia pues no sólo consiste en la ratificación de un informe emitido por escrito acerca del criterio estrictamente técnico de una exploración del iniciador del proceso judicial, sino que, al tratarse del médico especialista que está tratando habitualmente a "ese" paciente en concreto, conoce las características puntuales y personales que en éste produce la dolencia cuya expresión impide el desarrollo del trabajo ordinario de ese enfermo y sobre las cuales se le pregunta –no olvidemos que la prueba es de "testigo"-perito– que por consiguiente ha de responder a preguntas que se le formulan y que es un sujeto distinto de las partes y de sus representantes que declara sobre percepciones sensoriales relativas a hechos concretos, controvertidos y procesalmente relevantes[29] –la situación físico-psíquica del actor– que, además, posee los conocimientos científicos y prácticos sobre la materia objeto de interrogatorio –la repercusión de aquélla en su capacidad o no de reanudar o realizar el trabajo que desempeñaba–, aportando al juicio su docta interpretación, afirmando o negando la relación de causalidad entre lo alegado y las consecuencias derivadas del acontecimiento sometido a pericia.[30]

Por su carácter de "testigo especial" no cabrá su tacha en el proceso social, aunque como prescribe 92.2 L.R.J.S., las partes o sus representantes más bien, podrán hacer en las conclusiones previas a la declaración de visto para Sentencia del juicio, las observaciones oportunas respecto de las circunstancias personales y de la veracidad de sus manifestaciones.

Hemos citado anteriormente las reticencias de los jueces de lo social a la citación de los especialistas del Sistema Nacional de Salud a los efectos de la práctica de la prueba de testigo-perito, así como de los forenses, bien como prueba pericial a petición de parte en virtud de la regulación de la asistencia gratuita, bien de oficio cuando pudiera estimar necesario su informe.

Con independencia de nuestro negativo juicio expuesto en ese momento acerca de la limitación probatoria que ello supone, la experiencia práctica nos muestra que, de otra parte, el argumento tanto legal como "de conciencia" me atrevería a decir que centra la no disposición de los órganos judiciales a la admisión y práctica de tales pruebas reside en la valoración que ellos han de realizar sobre las pruebas documentales aportadas por los actores en estos procesos, es decir, el enjuiciamiento del caso planteado sobre los dosieres médicos, presentados por la parte actora y los obrantes en el expediente administrativo, incluyendo en su caso, como sabemos, los informes de la Inspección Médica y el informe de síntesis, pero ello no impide indicar que, como conocemos, dado que tales informes proceden en su mayoría de facultativos del Sistema Nacional de Salud que, en muchas ocasiones no llegan a plasmar por escrito con toda su extensión, amplitud o implicaciones las informaciones orales que dan a los pacientes en la consulta, existiendo en determinadas ocasiones, –y quien suscribe siente tener que expresarlo con toda su crudeza pero se trata de una realidad–, presiones o un cierto "marcaje al hombre" expresado en términos futbolísticos, sobre los médicos que puedan informar con excesiva laxitud acerca de dolencias susceptibles de provocar situaciones incapacitantes,[31] de forma que el informe médico que es incorporado a Autos no suele ser lo suficientemente expresivo, ya no del diagnóstico médico, sino de la implicación en la posibilidad de prestación de servicios del actuante frente a la Administración de la Seguridad Social e incluso del pronóstico de la enfermedad.

El perito facultativo, con independencia de que ejerza su actividad profesional exclusivamente en el ámbito privado o compatibilice su prestación en el sistema sanitario público y

[29] DE LA OLIVA SANTOS, A; DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I.- *Derecho Procesal Civil. El proceso declarativo*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 2001. pág. 320.

[30] González Díez, F., *Los medios de prueba en el proceso laboral*. Thomson. Civitas. Navarra. 2005. pág. 145.

[31] Lo que, en mi modesta opinión, no tiene nada que ver con un cierto control de la extensión de las bajas y de las situaciones de I.T.

el ejercicio particular, debidamente autorizado, de la medicina, se ve sometido en el proceso laboral a las exigencias prevenidas en el número 2 del artículo 335 L.E.C.; esto es, deberá manifestar bajo juramento o promesa de decir verdad que al emitir su dictamen ha actuado o actúa en aplicación de su ciencia "…con la mayor objetividad posible…" para lo cual ha de intervenir "…tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes…", lo que en los casos que estamos analizando se deberá concretar a su juicio crítico y especializado sobre la situación clínica de la persona que es sujeto de reclamación judicial para determinar, con carácter general, su capacidad o facultad de trabajar, o en su caso la imposibilidad, bien temporal o presumiblemente definitiva para ello.[32] Además, naturalmente ha de ser advertido por el juzgador, inmediatamente antes al momento en que se produce su intervención en el acto de la vista oral de las sanciones penales en que pudiera incurrir si incumpliese los antecitados deberes del perito.

4. LA ARGUMENTACIÓN DE LA SENTENCIA SOBRE LA PRUEBA

De acuerdo con el artículo 97.2 LRJS el juez de lo social en la Sentencia, apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados y en los fundamentos jurídicos razonará el porqué de su conclusión. Estos elementos forman parte del contenido formal de la resolución, que han de ponerse en relación con el artículo 120.3 de la Constitución que impone la necesidad de fundamentar las resoluciones judiciales. A nivel de legislación ordinaria, el artículo 218 L.E.C. regula la necesidad de que las Sentencias sean claras, precisas y congruentes con las demandas y demás pretensiones deducidas oportunamente:

La claridad significa que la Sentencia no debe ser objeto de una compleja labor de interpretación; sus pronunciamientos deben ser por sí mismos evidentes.

La Precisión se refiere a que han de poderse ejecutar directamente, sin necesidad de operaciones intermedias. Así, el artículo. 99 L.P.L. habla de que la Sentencia ha de contener la determinación expresa de cantidades objeto de condena.

La congruencia implica que, dado que las partes determinan el objeto de la controversia, a él debe concretarse el juzgador y decidir todos los puntos litigiosos (exhaustividad). Se resuelve en una comparación entre la pretensión-resistencia, y la Sentencia, comparación que debe recaer entre las peticiones y el fallo de aquélla.

El juez o la Sala de lo social en su caso, deberá decidir en esta materia que abordamos, en definitiva sobre la aptitud o no para el trabajo del demandante, ya sea con carácter permanente, ya derivado de la mejoría, curación o no, en una situación de I.T, etc. y para ello deberá elegir, ante la normal existencia de informes que presentan resultados contradictorios[33] o en todo caso, bien sean documentos o pericias, el o los que le parezcan[34] que se ajustan más a la sustancia del tema planteado, atendiendo a la mayor credibilidad, por la categoría científica del facultativo que lo haya emitido o por gozar, a su entender, de mayor fuerza de convicción[35],debiendo expresar la razón que justifica el tomar en cuenta el o los informes que le han servido de fundamento de la decisión adoptada. Esto no conlleva necesariamente el rebatir o condicionar los no considerados[36] por él, puesto que la obligación constitucional precitada de "motivar "la decisión", su Sentencia en virtud

[32] Recordemos que el artículo 136 T.R.L.G.S.S. al definir y clasificar la invalidez se refiere a que la calificación de una incapacidad permanente no debe ser condicionada a "…la posibilidad de recuperación del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo…".

[33] Si el informe médico llega a contener alusión o respuesta directa a la cuestión que en definitiva se está planteando en el juicio

[34] Insistimos que, con independencia de la experiencia que el tiempo le proporciona, el juez es un licenciado en Derecho, no en Medicina

[35] GONZÁLEZ DÍAZ, F.- Los medios de prueba en el proceso laboral. Thomson Civitas. Cizur Menor (Navarra).2005, pág.180.

[36] Puesto que como antes indicábamos, no es su función la de comentario crítico de los informes médicos.

de lo preceptuado por el artículo 120.3 de la Constitución, cuyo desarrollo legal lo contiene el artículo 97.2 de la LRJS, que habla, en sentido positivo, de la "…apreciación de los elementos de convicción…" –en este caso las pruebas documentales, periciales y reconocimiento judicial en su caso–, a los que ha de hacer referencia en los fundamentos de derecho para explicar su conclusión. Y por ello, de una parte, no se puede olvidar que la valoración de la prueba ha de ser su conjunto, por lo que los razonamientos mostrados por el juzgador indefectiblemente han de suponer una explicación lógica, racional, prudente, adecuada del mayor valor que se da a un informe médico y, por tanto –me atrevería a decir que necesariamente– supone el conceder menor a otro[37]. Pero de otra, sin que tal consideración permita fundamentar exclusivamente su decisión en una "apreciación conjunta de la prueba" sin más explicaciones que, precisamente por la ambigüedad de su formulación, causa indefensión al no contener otro razonamiento indicativo de la causa de "preferencia" o estimación por parte del juzgador del informe o informes médicos de apoyo de su decisión.

Con respecto a los informes médicos, la doctrinal judicial ha venido argumentando tradicionalmente sobre dos bases: no existe razón para dar más valor a los informes privados que a los oficiales[38] y los informes médicos de la sanidad pública gozan de una presunción de objetividad[39]. Pero estas bases han de ser objeto de matización pues no rigen con carácter general[40]. De una parte, en estos procesos de incapacidad, podemos encontrar informes médicos contradictorios, emitidos por organismos públicos, de los cuales uno (I.N.S.S) es a la vez el competente para reconocer la prestación económica de I.T.[41] y el otro (Servicio Público de Salud de la Comunidad Autónoma) el ente gestor de la prestación de asistencia sanitaria. Y, el documento que suele ser recogido en las sentencias adjudicándole los caracteres de objetivo e imparcial[42], el Informe Médico de Síntesis emitido por el EVI, no es encajable en la consideración de los emitidos por los servicios públicos sanitarios al no formar parte del Sistema nacional de Salud sino del organigrama propio del INSS[43], teniendo en cuenta que los facultativos médicos que forman parte del EVI son médicos inspectores y evaluadores. De otra, los informes médicos privados pueden gozar de mayor solvencia científica por estar emitidos por especialista en la materia objeto de este[44], mayor fuerza de convicción o rigor científico[45], garantía de fiabilidad[46]. Además, los informes, tanto públicos como privados, han de circunscribirse a describir la patología, y, en su caso, a determinar, en opinión del facultativo, las limitaciones estrictamente físicas (o psíquicas, de haberlas) pero no relacionándolas expresamente con las tareas de la profesión habitual, por constituir ello una valoración jurídica que sólo incumbe al órgano jurisdiccional[47].

Desde un enfoque negativo, la decisión no puede incluir ninguno de estos dos razonamientos: la valoración fundada en la "valoración conjunta" de la prueba como única razón justificativa del fallo, ni la consideración de un informe médico basado exclusivamente en el, a veces, declarado por el juez, "carácter objetivo e imparcial propios del sistema público" de

[37] De ahí el escaso valor que, a criterio de quien suscribe, y con todos los respetos, muestran las Sentencias que se limitan a expresar que "no ha de darse más valor a un informe médico de carácter privado sobre uno emitido por un facultativo del Servicio Público de Salud" sin mayor precisión.

[38] Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Murcia, de 15 de marzo de 2004 (JUR 134600/2004).

[39] Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias de 19 de octubre de 2001 (AS 3935/2001).

[40] Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Castilla-León (Valladolid). De 23 de enero de 2008. Recurso. 2006/2007.

[41] Luego es parte interesada.

[42] Sentencia 621/2019, de 18 de diciembre de 2019, dictada por el Juzgado de lo social número 5 de Oviedo en autos SSS 447/2019.

[43] Artículo 2 del R.D. 1300/1995, de 21 de julio.

[44] Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía (Granada) de 25 de febrero de 2009. Recurso 2653/2008.

[45] Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. del País Vasco, Sala de lo Social de 21 de mayo de 2013. Recurso 657/2013.

[46] Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia de 16 Ene. 2001. Recurso 3391/1998.

[47] Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid, Sección 4ª, de 7 Feb. 2006. Recurso 4471/2005.

Sanidad[48], sobre todo cuando se incluye el informe médico de síntesis del EVI que, ni forma parte del sistema sanitario público[49] ni es imparcial puesto que es parte interesada en los procesos de incapacidad[50].

La decisión judicial, pues ha de adoptarse, de acuerdo con la expresión de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, "de acuerdo con las reglas de la sana crítica", de forma que será el prudente arbitrio del juzgador el que valore la prueba practicada, sin que pueda ser manifiestamente equivocada, arbitraria, absurda o irracional pero tampoco sin dar por sentada una objetividad que no se vea plasmada en la calidad, precisión, conocimiento y adecuada descripción.

De este modo, el juez habrá de unir la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendentes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

5. CONCLUSIONES

Como venimos razonando a través de este trabajo, existen pequeñas (y no tan pequeñas) cuestiones que, aun concediendo que pueden provocar dudas razonables, tanto en la percepción de los hechos a valorar como de las normas cuya aplicación se trate, llevan a colegir la impresión de que la Administración pública (en este caso lo concretamos a los entes gestores de la Seguridad Social en términos generales) se ve beneficiada por una especie de presunción de interpretación de corrección de sus posiciones que, entendemos, mal fundada en los principios de eficacia y objetividad en el servicio de los intereses generales, que contiene el artículo 103 de la Constitución. Pero, de una parte, una cosa son los principios en los que la actuación administrativa se ha de fundamentar, y otra, la interpretación que las personas que llevan a cabo esos actos, personalizando a la Administración, lleven a su materialización.

Y de otra, el cumplimiento de tales principios, y en especial, el velar por los intereses generales no ha de significar necesariamente que el interés particular del ciudadano haya de ser preterido pues de otro modo no se cumpliría el sometimiento, tanto de la Administración como del ciudadano, a la ley y al Derecho, derivando en un totalitarismo estatal.

De este modo, en relación con los temas concretos que hemos abordado en el presente trabajo, podemos concluir:

Primera.- Respecto al alta médica en la situación de I.T.

El alta médica ha de ser emitida de forma que suponga la incorporación del trabajador a su puesto el día siguiente hábil a su emisión; esto es, ha de evitarse el alta en viernes cuando el trabajador no presta sus servicios el sábado pues lo contrario supone evitar un gasto del sistema a costa de imponerlo a cargo de las empresas en un tiempo en el que no reciben contraprestación de aquél.

Segunda.- Por lo que hace referencia a los informes del Equipo de Valoración de Incapacidades en los expedientes de incapacidad en general

El informe del EVI de valoración de la capacidad laboral debe ser lo más objetivo posible, teniendo en cuenta todos los elementos de evaluación a emplear por el médico evaluador (informes,

[48] Sentencia del Juzgado de lo social nº 5 de Oviedo de 13 de junio de 2018, dictada en autos SSS 66/2018.

[49] Auto de 4 de diciembre de 2015 dictado por la Sala de lo social del T.S.J. de Asturias en pieza de nulidad de actuaciones extraordinarias 1661/2015: "… no puede olvidarse que el médico del Equipo de Valoración de Incapacidades no es un facultativo encargado de prestar asistencia sanitaria sino de evaluar oficialmente, en los expedientes sobre prestaciones de incapacidad temporal y de invalidez permanente, los cuadros patológicos de todo tipo y su incidencia en la capacidad funcional de los trabajadores, para lo cual ha recibido la formación y la habilitación exigidas y utiliza diversas fuentes de conocimiento…".

[50] Como es obvio, al constituirse el EVI dentro de cada Dirección Provincial del INSS y con encuadramiento orgánico y formal en la misma, a tenor del artículo 2 del R.D.1300/1995, de 21 de julio.

entrevista, anamnesis, pruebas médicas). Ha de expresar en el informe médico de síntesis los tenidos en consideración y resaltar los motivos que, en su opinión, hayan fundamentado la recomendación de la propuesta a elevar al Director Provincial del INSS, sobre todo ante la presencia de criterios contradictorios. Y desde luego, no cabría la exclusión de informes por la exclusiva razón de su origen, esto es, por ser emitidos por médicos no pertenecientes al sistema público de salud.

Tercera.- Sobre la argumentación de la Sentencia en los procesos de incapacidad

La resolución judicial ha de recoger con claridad la fundamentación del fallo, con indicación explícita de los informes valorados y la razón de su atención por el juzgador. Ha de hacer referencia a los razonamientos que le han llevado a su decisión, que no puede fundarse exclusivamente en la expresión de que la prueba ha sido valorada en su conjunto pues esa sola explicación resultaría insuficiente como motivación y provocaría indefensión a la parte perjudicada. Tampoco resulta razón suficiente para fundamentar el criterio judicial la única argumentación de la atención al informe médico de síntesis por su "presunto carácter objetivo" sin más explicación, pues la práctica procesal nos muestra claramente a la fecha que se trata, dicho sea con todos los respetos, de un testimonio elaborado por un médico evaluador, que no especialista, y que interviene como perito de una de las partes, la Administración Pública, concretamente el Instituto Nacional de la Seguridad Social, entidad gestora responsable del reconocimiento o denegación de la petición, con efectos económicos, de que se trate, relativa a una incapacidad laboral.

6. BIBLIOGRAFIA

ALBERT EMBUENA, V., *La incapacidad permanente contributiva. Aspectos sustantivos y procesales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017.

DE LA OLIVA SANTOS, A; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal civil. El proceso de declaración*. Ceura. Madrid. 2000.

DE LA OLIVA SANTOS, A; DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso declarativo*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 2001.

DESDENTADO BONETE, A., *El proceso declarativo y los recursos, dentro de la obra colectiva Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil en el proceso social*. - Dossier práctico Francis Lefebvre. Madrid 2001.

FERNÁNDEZ PRATS, C. "La nueva regulación de la I.T. y su duración". VV. AA (AEDTSS). *La incapacidad temporal* (Ojeda Avilés, A coordinador). Tecnos. Madrid.1996.

FERNÁNDEZ PRATS, C., *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch. Valencia.2011.

GARCÍA MURCIA, J. y ROMÁN VACA, E. "Nuevas pautas en la regulación de la I.T.". *Aranzadi Social*. Tomo II. 1996.

GARCÍA VALVERDE, M. "El subsidio por I.T: cuantía y dinámica". *Revista de Derecho Privado*. Marzo/abril 2003.

GARCÍA VALVERDE, M. *La cuantía de las prestaciones en el sistema de la Seguridad Social española*. Comares. Granada. 2003.

GONZÁLEZ DÍEZ, F., *Los medios de prueba en el proceso laboral*. Thomson. Civitas. Navarra. 2005.

GULLÓN RODRÍGUEZ, J. (director). *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*. Colección Tribunal Supremo. El Derecho. Madrid. 2012.

LAFUENTE SUÁREZ, J.L. *La contingencia de incapacidad temporal: tramitación administrativa y proceso judicial*. Bomarzo. Albacete.2018.

LÓPEZ INSÚA, B. del Mar. *La Incapacidad Temporal en el sistema de Seguridad Social*. Comares. Granada. 2014.

MARTIN VALVERDE, A; GARCÍA MURCIA, J. (directores y coordinadores). *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2013.

MONTERO AROCA, J; CARRATALÁ TERUEL, J.L.; y MEDIAVILLA CRUZ, Mª L.- *Práctica procesal laboral*. Marcial Pons.1999.

ROMÁN VACA, E., *El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la incapacidad permanente*. Tirant lo Blanch. Valencia 1996.

RODRÍGUEZ INIESTA, G., *El control de la incapacidad temporal*. Laborum. Murcia.2013.

ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C., *La incapacidad para trabajar*. La Ley. Madrid. 2014.

SEMPERE NAVARRO, A.V. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social.* Thomson Reuters. Aranzadi. Navarra. 2013.

TOSCANI GIMÉNEZ, D, *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*. El Derecho. Madrid. 2012.

COVID-19, ¿Entre «situación asimilada a accidente de trabajo», accidente de trabajo y posible enfermedad profesional?

Covid-19: somewhere between "situation similar to work accident", work accident and possible occupational illness?

RAQUEL POQUET CATALÁ *Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad Internacional de La Rioja
https://orcid.org/0000-0001-9606-8832

Cita sugerida: POQUET CATALÁ, R. "COVID-19, ¿Entre «situación asimilada a accidente de trabajo», accidente de trabajo y posible enfermedad profesional?". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 26 (2021): 73-89.

Resumen

En este trabajo se realiza un análisis de la situación planteada en plena crisis sanitaria debido a la pandemia del COVID-19, especialmente, en lo que respecta a la protección de esta enfermedad desde el punto de vista prestacional de la Seguridad Social. Así, se estudia su calificación como "situación asimilada a accidente de trabajo", o bien directamente como accidente de trabajo, según los casos. Para ello se realiza un análisis de la configuración judicial del accidente de trabajo, y la calificación de las enfermedades derivadas del trabajo como accidente de trabajo, analizando con detalle su encuadre en las mismas. Por último, se realiza un breve estudio sobre su posible consideración como enfermedad profesional.

Palabras clave

COVID-19; Coronavirus; Accidente de trabajo; Enfermedad profesional

Abstract

This study presents an analysis of the situation presented in the midst of the healthcare crisis sparked by the Covid-19 pandemic, looking in particular at protection from this disease from the point of view of Social Security benefits. The study looks at its classification as a "situation similar to a work accident", or simply as a work accident, depending on the case. For this, an analysis of the judicial configuration for work accidents is carried out, and the classification of diseases derived from work as work accidents, analysing in detail the framework thereof. Finally, a brief study is carried out on its possible consideration as an occupational illness.

Keywords

Covid-19; Coronavirus; Work accident; Occupational illness

1. INTRODUCCIÓN

Los acontecimientos de los últimos días, a un ritmo infrenable, debido a la rápida expansión de la pandemia del COVID-19, han hecho surgir nuevas situaciones no reguladas en el ET, ni en la LGSS, ni mucho menos en la negociación colectiva u otras normas laborales.

La situación de crisis sanitaria generada con la pandemia ha superado la capacidad de respuesta de nuestro Derecho laboral y de Seguridad Social, pues el avance de la misma a pasos gigantes en cuestiones de horas no permite adaptarse de forma tan rápida por parte del ordenamiento legal.

Debe resaltarse a este respecto la publicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Sin embargo, previamente, el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, ya declaró excepcionalmente como situación asimilada a accidente de trabajo los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus SARS-CoV-2.

Fecha Recepción: 18-5-2020 – Fecha Revisión: 4-6-2020 – Fecha Aceptación: 8-6-2020
Pags. 73-89

2. ENFERMEDAD COVID-19

La enfermedad denominada COVID-19 está causada por un virus bautizado como SARS-CoV-2. Los coronavirus son una familia de virus que causan infección en los seres humanos y en una variedad de animales, incluyendo aves y mamíferos como camellos, gatos y murciélagos.

Fue el 11 de febrero del 2020, cuando la Organización Mundial de la Salud anunció el nombre oficial de la enfermedad que está causando el brote del nuevo coronavirus 2019 y que se identificó por primera vez en Wuhan, China. Un mes después, el día 11 de marzo, la Organización Mundial de la Salud declaró la pandemia mundial por el virus SARS-CoV-2, responsable de la enfermedad denominada COVID 19.

Según la estimación de la OIT, publicada el 18 de marzo de 2020 (*COVID-19 and world of work: impacts and responses*) considera que entre un 40 y 70% de la población mundial será infectada por el coronavirus y, como consecuencia, prevé un fuerte impacto en el ámbito laboral.

Los coronavirus que afectan al ser humano pueden producir cuadros clínicos que van desde el resfriado común con patrón estacional en invierno hasta otros más graves como los producidos por los virus del Síndrome Respiratorio Agudo Grave (por sus siglas en inglés, SARS) y del Síndrome Respiratorio de Oriente Próximo (MERS-CoV)[1].

Por tanto, los síntomas descritos del COVID-19 son similares a los de la gripe común, esto es, fiebre y fatiga, acompañados de tos seca y, en muchos casos, de disnea. También lo son la secreción y goteo nasal, dolor de garganta y de cabeza, fiebre, así como, escalofríos y malestar general. No obstante, los síntomas varían en cada individuo y puede haber personas infectadas que incluso no presenten síntomas. Como sucede con la gripe, los síntomas más graves se dan en personas mayores y en sujetos inmunodeprimidos y con enfermedades crónicas como la diabetes, algunos tipos de cáncer o afecciones pulmonares[2].

Por lo que se refiere a la capacidad de transmisión, se considera que, por similitud con otros coronavirus conocidos, el SARS-CoV-2 se transmite principalmente por las gotas respiratorias de más de 5 micras y por el contacto directo con las secreciones de personas infectadas.

El SARS-CoV-2 se ha detectado en secreciones nasofaríngeas, incluyendo la saliva. La permanencia de SARS-CoV-2 viable en superficies de cobre, cartón, acero inoxidable, y plástico ha sido de 4, 24, 48 y 72 horas, respectivamente cuando se mantiene a 21-23º C y con 40% de humedad relativa. En otro estudio, a 22 ºC y 60% de humedad, se deja detectar el virus tras 3 horas sobre superficie de papel (de imprimir o pañuelo de papel), de 1 a 2 días cuando lo aplican sobre madera, ropa o vidrio y más de 4 días cuando se aplica sobre acero inoxidable, plástico, billetes de dinero y mascarillas quirúrgicas[3].

Actualmente no existe un tratamiento específico frente al COVID-19, por lo que la mejor forma de prevenir la enfermedad es evitar la exposición al virus.

[1] CENTRO DE COORDINACIÓN DE ALERTAS y EMERGENCIAS SANITARIAS: *Enfermedad por coronavirus, COVID-19,* Madrid, Ministerio de Sanidad. Disponible en https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/20200417_ITCoronavirus.pdf

[2] DIRECCIÓN DEL ORGANISMO ESTATAL INSPECCIÓN DE TRABAJO y SEGURIDAD SOCIAL: *Criterio Operativo nº 102/2020Sobre medidas y actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social relativas a situaciones derivadas del nuevo Coronavirus (SARS-CoV-2),*Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Disponible en https://www.sesst.org/wp-content/uploads/2020/03/criterio20itss20covid.pdf

[3] CENTRO DE COORDINACIÓN DE ALERTAS y EMERGENCIAS SANITARIAS: *Enfermedad por coronavirus, COVID-19*, *op. cit.*

3. COVID-19 Y ACCIDENTE DE TRABAJO

3.1. Regulación normativa

El RDL 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, otorgó la consideración, en su art. 5, de los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19 como situación asimilada a accidente de trabajo a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social.

De esta forma, se declara "excepcionalmente" como "situación asimilada a accidente de trabajo" los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19.

Cabe tener en cuenta que, sin embargo, con anterioridad la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad Social y Pensiones emitió un criterio[4] en relación a las denominadas "cuarentenas" o asilamientos preventivos a los que se veían sometidos los trabajadores como consecuencia del coronavirus, declarando que dichos períodos como situación de incapacidad temporal derivaban de enfermedad común.

Ello significa que con este RDL 6/2020 se produce un cambio cualitativo considerable, pues ahora, el hecho de ser considerado como derivado de accidente de trabajo, supone, por un lado, que la prestación económica es de mayor cuantía (un 75 % desde el primer día, frente a un 60 % sólo a partir del cuarto día y hasta el vigésimo, y un 75 % a partir del vigésimo primero día). Y, por otro lado, supone que los requisitos exigidos para acceder a la citada prestación son menos restrictivos, pues, de esta forma, no se exige periodo de carencia alguno.

Cabe remarcar que el art. 5 del citado RDL señala que la consideración de situación asimilada a accidente de trabajo tiene carácter excepcional; así como que afecta tanto a los periodos de aislamiento como de contagio de las personas trabajadoras; que la duración de la prestación vendrá determinada por el parte de baja por aislamiento y la correspondiente alta; y que la fecha del hecho causante será la fecha en la que se acuerde el aislamiento o enfermedad del trabajador.

Lo más destacable es, sin lugar a dudas, que esta asimilación al accidente de trabajo lo es únicamente a efectos de recibir la correspondiente prestación por incapacidad temporal, pero no a efectos de futuras prestaciones como jubilación, incapacidad permanente, etc., por lo que no queda equiparado totalmente a accidente de trabajo.

Sin embargo, con posterioridad, la disposición final primera del Real Decreto-ley 13/2020, de 1 de abril, da una nueva redacción al citado art. 5 RDL 6/2020 para introducir una serie de modificaciones.

En primer lugar, a efectos de su asimilación a accidente de trabajo, distingue dos casos. Esto es, por un lado, con carácter general, cualquier trabajador contagiado o aislado por coronavirus se halla en situación "asimilada a la de accidente de trabajo" y, por tanto, tiene derecho a percibir la prestación económica de incapacidad temporal. Y, por otro lado, para aquellos trabajadores cuyo contagio por coronavirus, lo haya sido por causa exclusiva en el trabajo, se considera a todos los efectos una contingencia profesional, concretamente, accidente de trabajo. Ello significa, pues, que quedarían cubiertas las situaciones de personas que, por ejemplo, tras sufrir el contagio de COVID-19 y por las consecuencias de la enfermedad sufrieran una invalidez o fallecieran, en este último caso a efectos de pensiones por viudedad e indemnizaciones.

Esta modificación tiene una importancia considerable, pues, ello supone, además, que para el caso de que aquellas empresas que no hayan adoptado las medidas de seguridad y salud laboral

[4] Criterio núm. 2/2020.

adecuadas, ni hayan establecido protocolos de actuación al respecto, y un trabajador haya sido declarado con COVID-19, podrían ser sancionadas, y exigirse el recargo de prestaciones ex art. 164 LGSS.

Además, para los municipios que se han visto confinados de modo absoluto, como los catalanes de Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui y Òdena, cuyos trabajadores no pudieran acudir a su puesto de trabajo por la orden de confinamiento decretado para estos municipios, y, según situación del resto de municipios sí debieran acudir por no pertenecer su actividad a una de las paralizadas, el citado RDL 13/2020 incluye como contingencia protegida por el subsidio excepcional por IT la imposibilidad de acudir al puesto de trabajo por las restricciones de salidas y entradas al municipio de residencia.

Dicha prestación económica se percibirá desde el inicio del aislamiento hasta el alta. Como indica un sector doctrinal "es un supuesto de naturaleza extraña por lo que se ha venido diciendo: se aleja aún del presunto contagio para atender un hecho ligado a la falta de movilidad por razones de salud pública, a lo que podría ser una suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor temporal. Quizás el legislador se ha decantado por esta postura para evitar seguir desarrollando nuevos supuestos de ERTE o por la mayor ductilidad del subsidio por IT en cuanto a su iniciación y extensión, que el propio ERTE. A la postre, consigue atender al problema y ahorrar costes a la Seguridad Social pues extingue el subsidio justo al inicio del permiso retribuido"[5].

Esta protección se extiende a aquellas personas trabajadoras que se vean obligadas a desplazarse de localidad por prestar servicios en las actividades no afectadas por el Real Decreto 463/2020, por el que se declara el estado de alarma, siempre que por la autoridad competente se haya acordado restringir la salida de personas del municipio donde aquellas tienen su domicilio y les ha sido denegada de forma expresa la posibilidad de desplazarse por la autoridad competente, no puedan realizar su trabajo de forma telemática por causas no imputables a la empresa o a la persona trabajadora y no tengan derecho a percibir ninguna otra prestación pública.

Será el ayuntamiento el encargado de acreditar, mediante certificado, el acuerdo de restricción y la denegación de la posibilidad de desplazamiento, lo cual se presentará al órgano del servicio público de salud. La imposibilidad del trabajo a distancia se acreditará mediante certificado de empresa o declaración responsable si se trata de personas trabajadoras por cuenta propia.

En cuanto a las personas trabajadoras por cuenta ajena que al mismo tiempo que están sujetas a la restricción se encuentran en el ámbito de aplicación del RDL 10/2020, regulador del permiso retribuido recuperable, su fecha de alta tendrá efectos el 29 de marzo de 2020. Y si se trata de personas trabajadoras por cuenta propia, su situación asimilada a accidente de trabajo derivada de esta nueva situación de restricción durará hasta la fecha de finalización de la restricción, donde operará el alta, dado que a estos trabajadores no les alcanza el permiso retribuido recuperable.

Con posterioridad, y en respuesta a las reivindicaciones del colectivo de profesionales sanitarios, se promulgó el RDL 19/2020[6], cuyo art. 9 prevé específicamente que el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios que contraiga el virus SARS-CoV-2 en el ejercicio de su profesión, se considerará derivado de accidente de trabajo, "al entender cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 156.2.e) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social". Esta previsión se aplicará a los contagios del virus SARS-CoV-2 producidos hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma, acreditando este extremo mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo que deberá haberse expedido dentro del mismo

[5] MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: "La incapacidad temporal como primera medida laboral y de protección social ante el COVID-19", *Trabajo, Derecho, Persona y Mercado* [blog]. Disponible en http://grupo.us.es/iwpr/2020/04/09/incapacidad-temporal-y-covid-19-tras-el-rdl-13-2020/

[6] De 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19.

periodo de referencia. Por tanto, para que este precepto resulte de aplicación, el legislador exige el cumplimiento de determinados requisitos, cuales son, en primer lugar, que la persona trabajadora preste servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios; en segundo lugar, que en el ejercicio de sus funciones haya estado expuesto al virus SARS-CoV-2 y así lo acredite el servicio de prevención de riesgos laborales; y, en tercer lugar, que haya contraído la enfermedad durante el estado de alarma o durante el mes posterior a su finalización. Esta última previsión, a mi parecer, no debería recogerse, pues el contagio debería quedar protegido cualquiera que fuera el momento en que tuviera lugar, sin limitarse a la situación del estado de alarma.

Además, el citado art. 9 RDL 19/2020, prevé que, en los casos de fallecimiento, se considerará que la causa es accidente de trabajo siempre que el fallecimiento se haya producido dentro de los cinco años siguientes al contagio de la enfermedad y derivado de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217.2 LGSS. Pues bien, si se exige que la muerte derive de la enfermedad es que no se está estableciendo presunción alguna (pues debe probarse el nexo de causalidad). El art. 217.2 LGSS considera muertos a consecuencia de accidente de trabajo o de enfermedad profesional a quienes tengan reconocida una incapacidad permanente (en los grados de absoluta o gran invalidez) por tales contingencias, sin necesidad de demostrar la conexión con el trabajo y sin ningún tipo de limitación temporal. Solo en el caso de que el fallecido no fuese pensionista de incapacidad permanente en los grados mencionados no operaría esta presunción y sería necesario demostrar la relación de causalidad. Pues bien, en el caso de accidente de trabajo, esta prueba sólo se admite si el tiempo transcurrido entre la fecha del accidente y la muerte es menor a cinco años. En el caso de la enfermedad profesional, sin embargo, no opera ninguna limitación temporal[7].

3.2. Protección de las personas trabajadoras por cuenta propia

Como es sabido, con anterioridad, los trabajadores por cuenta propia incluidos en el RETA no tenían protección especial frente a las contingencias profesionales, sino que los riesgos derivados de las mismas tenían un idéntico tratamiento que las derivadas de riesgos comunes, con los consiguientes resultados en el juego de los riesgos causales, que eran únicamente la enfermedad común y la maternidad, por un lado, y el accidente, de la clase que fuera, por el otro, es decir, que siempre se trataba de una enfermedad o accidente comunes, ya que no había profesionales[8].

Finalmente, con el RD 1273/2003[9] se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia. La inclusión en la acción protectora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de las contingencias profesionales, ya sea con carácter voluntario, ya con carácter obligatorio, introdujo también la necesidad de la opción de dichos trabajadores por la protección de las mismas.

A diferencia de los trabajadores por cuenta ajena, lógicamente, para este colectivo no existe la posibilidad del reconocimiento de una responsabilidad empresarial al no existir un empresario vinculado al trabajador, de forma que la responsabilidad protectora cuando es trasladada a la entidad

[7] ARAGÓN GÓMEZ, C., "Contagio del personal sanitario: ¿accidente de trabajo? Reflexiones en torno al art. 9 RDLey 19/2020", [blog] *El Foro de Labos*. Disponible en https://forodelabos.blogspot.com/2020/06/contagio-del-personal-sanitario.html

[8] MARTÍNEZ BARROSO, M. R., "Extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (artículo 40, cuatro, de la Ley 53/2022, de 30 de diciembre)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 240, 2003. p. 29.

[9] De 10 de octubre.

gestora por las vías legales de afiliación y cotización revierte sobre el propio trabajador autónomo[10]. Sobre esta ausencia de responsabilidad, la doctrina científica[11] ha señalado que no tiene sentido que el trabajador autónomo se beneficie de un incumplimiento a él imputable, dado que aquí no comparece empresario sobre el que hacer recaer la responsabilidad del accidente sufrido por el trabajador.

Según el art. 316.2 LGSS y el art. 26 L 20/2007[12] se entiende 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 del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. Como se observa, la delimitación de la relación de causalidad es más restrictiva, pues, al establecerse de forma directa e inmediata, ha desaparecido la posibilidad de que pueda existir una causalidad indirecta u ocasionalidad entre la lesión y el trabajo[13]. En este sentido, la doctrina judicial[14] ha señalado que la existencia de una relación de causalidad entre la lesión sufrida y la realización de la actividad laboral, se delimita en el RETA de forma mucho más restrictiva que en el Régimen General, puesto que no se contempla que el accidente se haya sufrido "con ocasión" sino únicamente "como consecuencia directa e inmediata del trabajo" que realiza el trabajador por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación del Régimen especial, de manera que no es de aplicación en el RETA la presunción de laboralidad del art. 156.3 LGSS, y aunque las lesiones que sufra el trabajador autónomo hayan sobrevenido en tiempo y lugar de trabajo, le corresponde probar en todo caso la relación de causalidad entre las lesiones sufridas y la efectiva realización de los trabajos que determinaron su inclusión en el RETA; que la razón de que se instaure un concepto más restrictivo surge de las mayores dificultades que supone el control de la actuación del trabajador autónomo y de investigar los accidentes de este tipo de trabajador, no sometido a control laboral u horario de trabajo, volumen o rendimiento de actividad directa; y que, en definitiva, de toda su normativa se desprenden dos diferencias esenciales como son, de un lado, la desaparición de la ocasionalidad y, de otro, la inexistencia para el autónomo de la presunción general del carácter laboral según la cual es accidente laboral cualquier lesión o dolencia que se produzca en tiempo y lugar de trabajo, no siendo por tanto la parte que se opone a la consideración como profesional de la contingencia a la que le incumbe probar que no hay relación causal entre el trabajo realizado por cuenta propia y el siniestro, sino que se desprende claramente que es el trabajador el que debe probar la conexión causal entre la lesión padecida y el trabajo determinante de su inclusión en el RETA[15].

De igual forma que en el caso de las personas trabajadoras por cuenta ajena, también se considera accidente de trabajo las enfermedades que no tengan la consideración de enfermedad profesional, 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 de aquél.

Ello significa pues que, el contagio adquirido con el SARS-CoV-2 por las personas trabajadoras por cuenta propia, de igual forma que las personas trabajadoras por cuenta ajena, se considera accidente de trabajo, cumpliendo, lógicamente, los requisitos señalados anteriormente en relación con el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios.

[10] BLASCO LAHOZ, J. F., *Las Contingencias Profesionales de la Seguridad Social. Un estudio sistemático del accidente de trabajo y la enfermedad profesional (trabajadores por cuenta ajena y trabajadores autónomos).* Valencia: Tirant lo Blanch, 2019 (versión on line).

[11] CAVAS MARTÍNEZ, F. "El esperado desarrollo reglamentario de las mejoras producidas en la acción protectora de los trabajadores autónomos", *Aranzadi Social,* núm. 15, 2001. p. 289.

[12] De 11 de julio.

[13] CAVAS MARTÍNEZ, F. "El esperado desarrollo reglamentario… *op. cit.* p. 290.

[14] STSJ Cataluña, de 23 de marzo de 2016, rec. núm. 7000/2015. En el mismo sentido, SSTSJ de Castilla-La Mancha de 27 de mayo de 2016, rec. núm. 1168/2015.

[15] BLASCO LAHOZ, J. F., *Las Contingencias Profesionales de la … op. cit.*

3.3. Actuación y obligaciones de la empresa vs Mutua o INSS

Cabe destacar que, según la disposición transitoria tercera del RDL 19/2020, la asistencia sanitaria prestada a los trabajadores protegidos en el art. 9 con anterioridad a la publicación del RDL 19/2020, que había sido considerada como derivada de contingencia común, mantendrá dicha calificación. Ello tiene su razón de ser que, como es sabido, quien asume la prestación económica y la asistencia sanitaria en los procesos de IT en el caso del RDL 6/2020 eran el INSS –para el caso de la prestación económica– y el servicio público de salud –la asistencia sanitaria–, y cuando tiene lugar una recaída, ello corresponde todo a la mutua[16].

Por consiguiente, y, a efectos de determinar quién asume el subsidio, cuando deriva de accidente de trabajo, como indica el art. 173.1.1 LGSS, se abona desde el día siguiente al de la baja, estando a cargo del empresario el salario íntegro del día de la baja. Es decir, cuando la situación de incapacidad temporal deriva de contingencias comunes, el responsable del pago es el INSS o la mutua con la que el empresario tenga establecido el aseguramiento de la contingencia, corriendo a cargo del empresario el pago a partir del 16º día desde la baja, mientras que cuando deriva de contingencias profesionales, es a partir del día siguiente. La empresa es responsable directa en el caso de subsidio de IT por contingencias comunes del pago del subsidio entre los días 4º y 15ª de la baja; y del día de la baja en caso de contingencias profesionales. Además, la empresa puede ser responsable directa de la prestación completa en caso de falta de afiliación, alta o cotización. De esta forma, la mutua que asume su aseguramiento es responsable directa del abono de la prestación de IT, si bien desde el día 16, éste incluido, hasta el alta, manteniéndose la responsabilidad de la empresa en el abono de la prestación durante los día 4 a 15 de la baja, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria de la mutua. Y todo ello, sin perjuicio de que la mutua pueda repetir frente a la empresa si ésta hizo las deducciones de cuotas en los boletines de la Seguridad Social[17]. La responsabilidad del INSS es de carácter subsidiario en los supuestos de insolvencia de la referida mutua, como garante último de las prestaciones a que todo trabajador en alta tiene derecho[18].

Cabe también plantearse la posibilidad de las empresas de mejorar la prestación de incapacidad temporal, mejora que puede ser fruto de la negociación colectiva o de una decisión unilateral de la empresa.

Esta mejora consiste en el pago directo por la empresa de una cantidad que complementa la prestación de la Seguridad Social. Dicha cantidad puede ser temporal o no, así como mejorar una parte o la totalidad de la diferencia entre la prestación económica por incapacidad temporal y el salario de la persona trabajadora. Como es sabido, esta mejora se incorpora por los convenios colectivos cuando deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, aunque algunos convenios también la prevén para contingencias comunes, pero la regla general es su previsión para las situaciones derivadas de contingencias profesionales. El plazo para reclamar el reconocimiento del derecho a la mejora voluntaria es el de prescripción de 5 años, tal y como lo restablece el art. 53.1 LGSS, a computar desde la fecha del hecho causante para el nacimiento de la mejora. Además, la obligación de la empresa de complementar el subsidio de IT conforme a las previsiones del convenio colectivo, se extiende durante todo el período que persistan los efectos de la IT, incluida la prórroga extraordinaria, porque el complemento de IT tiene las misma estructura y función de subsidio o prestación periódica de carácter temporal que la prestación básica prevista para tal contingencia[19]. Este complemento de la IT previsto en los convenios colectivos, como mejora voluntaria de la Seguridad Social, no tiene forma o aplicación unívoca en lo relativo a los conceptos

[16] ARENAS, M., "Sigue la urgencia legislativa. Ahora el RDLey 19/2020. Aspectos de Seguridad Social", [blog] *Reflexiones de un abogado laboralista –pero sobre todo de Seguridad Social–*. Disponible en https://miguelonarenas.blogspot.com/2020/05/sigue-la-urgencia-legislativa-ahora-el.html

[17] AA.VV., *Memento Social*. Madrid: Lefebvre, 2019.

[18] STSJ Cataluña, de 15 de junio de 2012, rec. núm. 5041/2011.

[19] STS de 10 de noviembre de 2010, rec. núm. 3693/2009.

salariales que han de integrar dicho complemento hasta alcanzar el 100% de la retribución del trabajador, al ser diversas las opciones a tal fin establecidas. Se ha de tener en cuenta la totalidad del salario o aquellos conceptos que expresamente disponga la norma, salvo aquellos excluidos de forma expresa. En resumen, la mayoría de los convenios colectivos establecen una cuantía fijada en porcentajes sobre la base de cálculo sin referencia expresa a la cuantía prevista para la prestación mejorada. Ello significa que se garantiza un ingreso, que generalmente es el 100 % del salario, sea cual sea la cuantía prevista legalmente para la prestación de incapacidad temporal y cualquiera que sea la variación que durante la vigencia del convenio colectivo sufra la prestación. Y el responsable de hacer efectivo este complemento de incapacidad temporal establecido por negociación colectiva será la empresa, por lo que la persona trabajadora deberá dirigirse contra ella si quiere reclamar.

En relación con el papel de las mutuas durante la situación de crisis sanitaria, como es sabido, con la declaración del estado de alarma, se produjo el cierre de las mutuas, salvo atención urgente, así como de la administración de la Seguridad Social, dictándose instrucciones expresas a efectos de gestionar la prestación por IT por las que los servicios públicos de salud serían los que asumirían los partes de baja y alta en todos los casos de afectación por coronavirus y no las Mutuas. Así lo detallan las Instrucciones Aclaratorias de 19 de marzo de 2020 de la Secretaria de Estado de la Seguridad Social y Pensiones[20], cuyo apartado primero señala de forma expresa que serán los médicos de los Servicios Públicos de Salud los que emitan los partes de baja y alta en todos los casos de afectación por coronavirus, tanto en las situaciones de aislamiento como de enfermedad y a todos los trabajadores que por su situación clínica o indicación de aislamiento lo necesiten, tanto para el personal sanitario como para el resto de trabajadores, pues dichos partes "en ningún caso podrán ser emitidos por los facultativos de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (MCSS), del Instituto Social de la Marina o de las Empresas Colaboradoras".

La duración estimada para estos procesos de incapacidad temporal se fija entre 5 y 30 días naturales, asociándose a los procesos de corta duración conforme al RD 625/2014, de 18 de julio. De esta forma, la emisión del primer parte de confirmación no excederá en más de siete días naturales a la fecha de baja inicial. Los sucesivos partes, en caso de ser necesarios, no podrán emitirse con una diferencia de más de catorce días naturales entre sí.

Además, se ha establecido que quien solicita la expedición de los partes médicos de baja, confirmación o alta es la persona trabajadora, no la empresa. Es la persona trabajadora la que debe ponerse en contacto con la Inspección Médica del Servicio Público de Salud para solicitar la confirmación de situación de aislamiento decretada por la autoridad sanitaria, y si procede o no la emisión del parte de baja correspondiente en cada caso. Además, estos partes podrán ser emitidos sin la presencia de la persona trabajadora en la consulta del facultativo. Los partes serán remitidos por el INSS a la mutua con la que la empresa tenga contratada la contingencia profesional, siendo esta última la encargada de notificar a la empresa la necesidad de abono del 75% de la base reguladora desde el día siguiente a la fecha de la baja.

Esta restricción en la actuación de las mutuas ha llevado a plantear si tiene sentido que se siga pagando por ellas si resulta que "una asociación que se dedica a hacer de intermediario de la Seguridad Social en temas de salud y prestaciones económicas no puede dar respuesta ante la segunda mayor pandemia de la historia"[21]. Como es sabido, las mutuas se financian con la aportación de cuotas que paga el empresario y después recauda la Tesorería General de la Seguridad Social. Pero en la situación de crisis económica actual, con muchas empresas paralizadas, el debate se reabre.

[20] Disponible en https://umivale.es/dam/web-corporativa/Documentos-prevenci-n-y-salud/2020_03_11_INSTRUCCIONES_ACLARATORIAS_RDL_6_2020_IT_CORONAVIRUS.pdf

[21] HIDALGO, C., "Las mutuas hacen oídos sordos: los empresarios están ahogados". Disponible en https://www.merca2.es/mutuas-covid-empresarios/

3.4. Precedentes judiciales

Lógicamente, en la actualidad, no contamos aún con doctrina judicial sobre la consideración de COVID-19 como accidente de trabajo.

No obstante, si se analizan otros pronunciamientos judiciales, relacionados con la gripe como enfermedad contagiosa, contraída especialmente por personal sanitario, podemos encontrar diversas sentencias que niegan su consideración como de origen laboral. Así se ha estimado[22] los recursos contra aquellas sentencias de primera instancia que abogan por su consideración como enfermedad profesional, concretamente aquellas que argumentan que "el concepto de enfermedad profesional recogido en el art. 116 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), a partir del cual señala que establece una presunción "iuris et de iure" para considerar profesional la enfermedad incluida en la lista oficial de enfermedades profesionales cuando es padecida por un trabajador dedicado a alguna de las actividades capaces de producirla consignadas en esa lista. Tras esta premisa jurídica sienta una segunda que determina la decisión adoptada: la gripe en una enfermedad incluida en la lista oficial de enfermedades profesionales del personal sanitario".

La doctrina de suplicación[23] considera que en relación con la gripe o procesos víricos del personal sanitario deben ser considerados como enfermedad común y no como accidente de trabajo. Se estima que, al presentarse como epidemia, sus posibilidades de contagio no son mayores dentro de un recinto médico y para el personal sanitario de un centro de salud que fuera de las instalaciones médicas y para las personas con las que el enfermo establece contacto, aun ocasional. Además, siendo una enfermedad bien conocida y estudiada médicamente, el personal sanitario encargado de su atención dispone de la preparación, de los conocimientos y de los medios necesarios para tratar a los pacientes que acuden a la consulta reduciendo en gran medida los riesgos. "En el periodo epidémico el virus circula por una gran variedad de ambientes en los que se hallan personas de condiciones y actividades muy diversas, que son contagiadas no por el ejercicio de su profesión sino por esa ubicuidad y circulación del agente biológico. Es paradójico, más en los periodos álgidos de actuación de una enfermedad con las características trasmisoras de la gripe, que de la multitud de personas infectadas al mismo tiempo por el mismo agente, la enfermedad sea común para la inmensa mayoría y en cambio reciba la calificación de profesional para las personas con mayores recursos para evitar el contagio en el ambiente profesional donde se expusieron al riesgo y que pudieron contraerlo fuera de éste, donde asimismo estuvieron expuestos, al igual que el resto de la población". En definitiva, se considera que es insuficiente para considerar la existencia de una enfermedad profesional "la mera exposición a un riesgo que no es específico del trabajo sino que es común o habitual o con una incidencia generalizada en todo el colectivo humano, ya que precisamente la particularidad de la enfermedad y su relación con dicho trabajo singular, son los que motivan el que se proteja la enfermedad profesional, como elemento derivado del desarrollo del trabajo"[24].

4. CONFIGURACIÓN DE LA ENFERMEDAD DERIVADA DEL TRABAJO COMO ACCIDENTE DE TRABAJO

4.1. Conceptuación y configuración del accidente de trabajo

La ambigua noción del concepto jurídico de accidente de trabajo ha dado lugar a una importante labor jurisprudencial de identificación de los elementos que componen el mismo, pues el art. 156 LGSS contiene una difusa definición, y a continuación realiza una enumeración de

[22] SSTSJ Asturias, de 14 de febrero de 2014, rec. núm. 122/2014; Asturias, de 7 de marzo de 2014, rec. núm. 262/2014; Asturias, de 19 de septiembre de 2014, rec. núm. 1613/2014.

[23] SSTSJ Asturias, de 14 de febrero de 2014, rec. núm. 122/2014; Asturias, de 7 de marzo de 2014, rec. núm. 262/2014.

[24] STSJ Asturias, de 30 de septiembre de 2014, rec. núm. 836/2014.

supuestos que también son constitutivos de accidente de trabajo, así como otra lista, aunque menor, de exclusión del mismo, de elementos irrelevantes en la calificación, así como de una regla probatoria específica. En realidad, estas inclusiones constituyeron inicialmente creación jurisprudencial pasando más adelante a incorporarse al texto legal.

Pero, como se ha señalado, pese a esa definición legal, subsisten delicados problemas conceptuales en esta institución jurídica, y en función de ello un margen de apreciación relativamente flexible de los órganos judiciales, siendo uno de los casos más destacados en este margen de apreciación el de las enfermedades del trabajo.

Tal y como se desprende del concepto legal de accidente de trabajo del art. 156 LGSS, los requisitos para apreciar la existencia del mismo son la lesión corporal o elemento objetivo, el desarrollo de una relación de trabajo por el trabajador o elemento subjetivo, y la relación de causalidad entre la lesión y la prestación laboral o elemento causal.

En primer lugar, respecto a la lesión corporal, en principio, hace referencia a aquel menoscabo físico o fisiológico sufrido en la salud del trabajador derivado de una fuerza externa súbita y violenta. No obstante, se incluye también aquella enfermedad producida por elementos internos o motivada a partir de un deterioro lento y progresivo según los arts. 156.2 e) y 157 LGSS, o que se ha manifestado de forma repentina en tiempo y lugar de trabajo, según la presunción del art. 156.3 LGSS. Además, no sólo se incluyen las lesiones físicas, sino también psicosomáticas y particularmente las cardíacas[25]. De cualquier forma, cabe reiterar la necesidad de que la labor encomendada al trabajador actúe como factor desencadenante, lo cual podría llegar a excluir aquellas dolencias determinadas por elementos exógenos, aun cuando los tribunales se han servido de la presunción de laboralidad del art. 156.3 LGSS para apreciar como accidente de trabajo aquellas dolencias derivadas de procesos internos manifestados en tiempo y lugar de trabajo. En cualquier caso, resulta difícil poder acreditar que una determinada enfermedad tenga como único factor causal el trabajo ejecutado por cuenta ajena, con lo cual, cuando no entre en juego dicha presunción, resultará complicado que pueda prosperar una pretensión al respecto.

En segundo lugar, respecto al elemento subjetivo, el propio concepto de accidente de trabajo del art. 156.1 LGSS exige que la lesión se produzca en la ejecución de la prestación laboral. La relación laboral ha de reunir las exigencias del art. 1 ET y no encontrarse extinguida o suspendida laboralmente, de tal forma que no serán accidentes de trabajo aquéllos ocurridos durante los desplazamientos propios de los momentos precontractuales o de colocación[26], ni los sucedidos por el ejercicio de huelga[27], ni durante las vacaciones[28]. Además, cabe señalar que quedan protegidos los trabajadores por cuenta ajena del régimen general de la Seguridad Social, así como también los trabajadores autónomos. No obstante, respecto de estos últimos el art. 3.1 RD 1273/2003[29] niega expresamente la consideración de accidente de trabajo a los que sufra el trabajador autónomo al ir o volver del lugar de trabajo.

Por último, la relación de causalidad entre la lesión y la prestación laboral significa que el daño debe ser causado por el trabajo realizado, si bien la jurisprudencia[30] ha precisado que se trata de una causalidad amplia, con lo cual basta con que el nexo causal, indispensable en algún grado, concurra sin precisar su significación, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiéndose otorgar dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad

[25] PENDÁS DÍAZ, V.: *Ensayo doctrinal y jurisprudencial sobre el infarto de miocardio y otras dolencias de repentina aparición como accidente de trabajo,* Madrid, Acarl, 1984, p. 29.
[26] STSJ Madrid, de 4 de febrero de 1992, rec. núm. 3413/1989.
[27] STSJ Galicia, de 3 de marzo de 1995, rec. núm. 1929/1993.
[28] STSJ Castilla-La Mancha, de 6 de febrero de 1995, rec. núm. 1029/1994.
[29] De 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia.
[30] STS de 4 de noviembre de 1988, rec. núm. 234/1987.

entre la actividad profesional y el padecimiento, excepto cuando resulte claramente que se rompe aquella relación, como en los casos de fuerza mayor. De hecho, la expresión "con ocasión" elimina la hipótesis de una causalidad rígida, flexibilizando la relación hasta el punto de admitir tanto las relaciones directas como las indirectas. No se exige que el trabajo sea la causa determinante directa de la lesión, sino que basta, simplemente, con que el desarrollo de una actividad profesional determine, bajo la forma de una vulnerabilidad específica, la exposición del sujeto protegido a una serie de riesgos inherentes al trabajo o conectados con él[31].

4.2. Conceptuación de la enfermedad derivada del trabajo

El concepto de enfermedad del trabajo como tal no se recoge en la LGSS, ni siquiera como un *tertium genus* frente a los demás riesgos profesionales. Tampoco en la LPRL[32] que habla en un sentido amplio de lesiones y patologías relacionadas con el trabajo. Es un concepto más bien de creación jurisprudencial y doctrinal, a partir de la propia configuración histórica del riesgo profesional entendido en un sentido amplio y de la toma en consideración de nuevas patologías y de su relación con el trabajo, es decir, en contraposición al riesgo común, como los infartos, el estrés o el *mobbing*. En este sentido, el art. 158 LGSS define la enfermedad común por defecto, esto es, en contraposición a la laboral o la profesional, de manera que sería enfermedad común aquella que no esté contemplada en el cuadro legal que enumera las enfermedades profesionales. Por tanto, cualquier enfermedad que contraiga el trabajador, aun cuando sea en el trabajo, de no estar recogida en la lista legal, tendría la consideración de enfermedad común. No obstante, el art. 156.1 LGSS dispone que se considera accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena. De este modo, desde la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1903 se entiende que el concepto de accidente de trabajo comprende no sólo las lesiones externas causadas por accidentes, sino también las lesiones internas provocadas por enfermedades cuando estén causadas por el trabajo, ampliando así el concepto para no dejar desprotegidos a los trabajadores ante enfermedades contraídas en el puesto de trabajo, debido a que no se había configurado todavía la noción de enfermedad profesional.

Las enfermedades del trabajo son enfermedades de naturaleza común, pero cuya etiología se conecta con el trabajo, y su calificación y consideración como accidente de trabajo responde al mismo fundamento que los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, pues el funcionamiento de la empresa es un factor objetivo desencadenante del riesgo del que deriva la contingencia. Son enfermedades no comunes ni profesionales, equiparadas en su tratamiento, por su etiología, al accidente de trabajo, dada la existencia de un nexo causal entre la enfermedad y el trabajo. Para la adecuada delimitación de esta figura ha de tomarse como punto de partida su inclusión dentro del concepto de accidente de trabajo, por cuyo motivo comprenderá no sólo la lesión inmediata, sino la lesión física o enfermedad, y no sólo física, sino también psíquica. Dentro de esta categoría genérica cabe incluir tres supuestos distintos. En primer lugar, las enfermedades del trabajo en sentido estricto a las que el art. 156.2 e) LGSS atribuye la condición de accidente de trabajo cuando, no estando incluidas en la lista de enfermedades profesionales, se contraigan "con motivo de la realización de su trabajo", siempre y cuando "se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo". En segundo lugar, las enfermedades del trabajo en sentido amplio, a las que el art. 156.2 g) atribuye la condición de accidente de trabajo al verse "modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes", y por último las enfermedades en sentido genérico que según el art. 156.2 f) también tienen la conceptuación de accidentes de trabajo y son aquellas enfermedades previas que se agravan como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.

Para el caso de COVID-19, la que interesa es la primera de estas tres manifestaciones. La clave de la consideración del COVID-19 como accidente de trabajo se halla en la necesaria relación

[31] STSJ Madrid, de 20 de junio de 2005, rec. núm. 1635/2005.
[32] De 8 de noviembre de 1995, Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

causa-efecto entre enfermedad y trabajo, ya que para considerar una enfermedad como accidente de trabajo ha de reunir los mismos requisitos, salvo su desarrollo temporal, que sí exige el accidente de trabajo genérico, como se desprende de nuestro alto tribunal[33].

Hasta ahora, el debate se había centrado básicamente en las enfermedades cardiovasculares, siendo el punto estrella, el infarto de miocardio, con relación a los cuales existe una amplia jurisprudencia[34] que les otorga tal calificación. El factor central es que el hecho de que la lesión tenga etiología común no es suficiente para excluir que el trabajo pueda ser el factor desencadenante.

Otro grupo ha sido el de las enfermedades psíquicas y psicológicas, como el estrés, depresión, ansiedad, *mobbing* o *burn-out*. En este caso, si queda demostrado la relación causa-efecto entre el trabajo y la dolencia, se considera también accidente de trabajo. De esta forma, nuestro alto tribunal[35] y la doctrina judicial ha considerado que este tipo de dolencias, aunque, en un principio, podrían ser consideradas como enfermedad común, al tener conexión directa con el trabajo, deben ser calificadas de accidente laboral. Así se ha considerado en relación al trastorno ansioso depresivo[36], la crisis de ansiedad[37], la depresión[38], el estrés agudo[39], el *mobbing*[40], o el *burn-out*[41], entre otras.

[33] SSTS de 24 de mayo de 1990; de 12 de junio de 1989; de 14 de abril de 1988; de 24 de abril de 1985. En el mismo sentido, SSTSJ Canarias, de 28 de febrero de 1992; Aragón, de 5 de febrero de 1992; Madrid, de 9 de abril de 1991; Madrid, de 18 de marzo de 1991. También SSTCT de 27 de enero de 1975; de 14 de febrero de 1977; de 4 de mayo de 1989.

[34] SSTS de 27 de febrero de 2008, rec. núm. 2716/2006; de 10 de abril de 2001, rec. núm. 2200/2000; de 23 de noviembre de 1999, rec. núm. 2930/1998; de 14 de julio de 1997, rec. núm. 892/1996; de 27 de diciembre de 1995, rec. núm. 1213/1995. Entre las sentencias que califican el infarto de miocardio como accidente de trabajo se hallan lasSSTS de 27 de diciembre de 1995, rec. núm. 1213/1995; de 15 de febrero de 1996, rec. núm. 2149/1995; de 18 de octubre de 1996, rec. núm. 3751/1995; de 27 de febrero de 1997, rec. núm. 2941/1996; de 23 de enero de 1998, rec. núm. 979/1997; de 18 de marzo de 1999, rec. núm. 5194/1997; de 12 de julio de 1999, rec. núm. 4702/1997; de 28 de septiembre de 2000, rec. núm. 3690/1999; de 23 de noviembre de1999, rec. núm. 2930/1998; de 17 de julio de 2000, rec. núm. 3303/1999; de 24 de septiembrede 2001, rec. núm. 3414/2000; de 25 de noviembre de 2002, rec. núm. 235/2002; de 13 deoctubre de 2003, rec. núm. 1819/2002; de 30 de enero de 2004, rec. núm. 3221/2002; de 11 dejunio de 2007, rec. núm. 199/2006; de 27 de septiembre de 2007, rec. núm. 853/2006. En concreto, en la STSJ del País Vasco, de 23 de abril de 2013, rec. núm. 519/2013, se enjuicia el caso de una trabajadora que sufre un infarto de miocardio mientras se encontraba prestando servicios, es decir, en tiempo y lugar de trabajo, si bien antes de incorporarse al trabajo había estado realizando ejercicios de tonificación muscular, circunstancia que podría haber determinado que el infarto se considerase enfermedad común si la empresa hubiese acreditado de manera fehaciente que el ejercicio físico previamente realizado fue causa directa del infarto. Por su parte, la STSJ de Asturias, de 12 de diciembre de 2014, rec. núm. 2448/2014, considera que falta el nexo causal entre trabajoy la patología; en concreto, un informe médico que puso de manifiesto que se trataba de un infarto evolucionado cuyo inicio tuvo lugar tres días antes, lo que en el caso específico implica que no sucedió en tiempo y lugar de trabajo.

[35] Entre otras, STS de 18 de enero de 2005, rec. núm. 6590/2003.

[36] SSTSJ País Vasco, (dos) de 4 de marzo de 2008, rec. núm. 58/2008 y 133/2008; País Vasco, de 7 de octubrede 2008, rec. núm. 1720/2008.

[37] SSTSJ País Vasco, de 29 de diciembre de 2006, rec. núm. 2374/2006; País Vasco, de 6 de septiembre de 2005, rec. núm. 798/2005; País Vasco, de 11 de octubre de 2005, rec. núm. 1130/2005; Castilla–La Mancha, de 15 de septiembre de 2005, rec. núm. 624/2004; Castilla-La Mancha, de 30 de diciembre de 2005, rec. núm. 831/2004; País Vasco, de 17 de diciembre de 2002, rec. núm. 2018/2002.

[38] SSTSJ Cataluña, de 12 de julio de 2006, rec. núm. 827/2004; País Vasco, de 7 de septiembre de 2004, rec. núm. 1326/2004.

[39] STSJ País Vasco, de 26 de abril de 2005, rec. núm. 121/2005.

[40] SSTSJ Cataluña, de 6 de noviembre de 2008, rec. núm. 4954/2008; Castilla y León, de 30 de octubre de 2008, rec. núm. 509/2008; Madrid, de 16 de octubre de 2008, rec. núm. 3013/2008; Navarra, de 18 de mayo de 2001, rec. núm. 134/2001; Navarra, de 15 de junio de 2001, rec. núm. 220/2001.

[41] STSJ Castilla y León, de 30 de octubre de 2008, rec. núm. 509/2008, que señala que "por falta o insuficiencia en la definición de tareas, desproporción entre funciones, responsabilidad y retribución, careciendo de margen de maniobra para modificar su situación personal poniendo en práctica sus ideas con respecto a cómo debe ser

(...)

En todos estos casos la calificación como contingencia profesional se lleva a cabo sin necesidad de que concurra culpa o responsabilidad del empresario, ni medie una actuación culpable de cualquier miembro de la empresa, bastando con que la enfermedad se manifieste como reacción del trabajador a determinadas situaciones laborales, existiendo, por tanto, un necesario nexo de causa-efecto entre la aparición de la dolencia y las condiciones concretasen las que se desarrolla el trabajo[42].

De esta forma, como se observa, el art. 9 RDL 19/2020 considera que el personal que presta servicios en centros sanitarios y socio-sanitarios que se contagia por el virus SARS-CoV-2, deriva de accidente de trabajo. Para ello, se parte de la presunción de considerar que se entienden cumplidos los requisitos del art. 156.2 e) LGSS, indicados anteriormente.

5. PROPUESTAS PARA LA CONSIDERACIÓN COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL

Aunque la regulación actual, como se ha señalado, considera como accidente de trabajo la enfermedad COVID-19, y en ciertos casos, además, así la considera "a todos los efectos", sin embargo, están surgiendo propuestas para su consideración como enfermedad profesional.

Como es sabido, el concepto de enfermedad profesional se recoge en el art. 157 LGSS que indica que "se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado en las actividades que se especifiquen en el cuadro de enfermedades profesionales y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional". Esta regulación se complementa con el RD 1299/2006 que recoge el listado de enfermedades profesionales, de tal forma que para que una enfermedad se considerada como profesional deben concurrir tres requisitos, cuales son estar recogida como tal en el citado cuadro legal; que sea causada por el agente y subagente señalado en el citado cuadro; y que la profesión aparezca listada en el RD como actividades en las que se esté expuesto a dicho riesgo profesional.

Con relación al "Cuadro de enfermedades profesionales" del Anexo I, la conexión entre el trabajo y la enfermedad se presume iuris et de iure. Es decir, si el trabajador contrae una de las enfermedades listadas y ha realizado actividades o manejado sustancias incluidas en el Anexo I, existe una presunción iuris et de iure de que existe una enfermedad profesional. La relación de causalidad entre la enfermedad y la prestación de servicios se presume. Así lo afirma claramente nuestro alto tribunal cuando indica que "en virtud de la presunción contenida en el artículo 116 de la Ley General de la Seguridad Social tal prueba no se exige al trabajador en ningún caso en las enfermedades profesionales listadas"[43].

Este sistema de lista cerrada tiene diversos inconvenientes, como es la falta de actualización. Por ello, para evitar desfases entre las enfermedades profesionales listadas y la realidad productiva, tecnológica y organizativa del mercado laboral, el artículo 2.1 del cuadro de enfermedades profesionales establece que "las enfermedades no incluidas en el Anexo I que sean incorporadas como enfermedades profesionales a la lista europea, serán objeto de inclusión por el Ministerio de Sanidad y Consumo en el cuadro de enfermedades profesionales".

A los efectos del proceso de enfermedad por Coronavirus como enfermedad profesional, sería encuadrable como tal la contraída a consecuencia del trabajo que se realiza por personal de riesgo recogido en dicho cuadro de enfermedad profesional, en el Grupo 3 de Enfermedades Profesionales causadas por Agentes Biológicos Infecciosos Agente A, Subagente 01, Anexo I RD

realizado su trabajo, cuyas manifestaciones se producen de forma larvada, produciendo cansancio, sentimiento de ineficacia, incompetencia".

[42] ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Accidente de trabajo y sistema de prestaciones*; Albacete, Bomarzo, 2009, p. 13.

[43] STS de 19 de mayo de 1986.

1299/2006. Concretamente, se refiere a las "enfermedades infecciosas causadas por el trabajo de las personas que se ocupan de la prevención, asistencia médica y actividades en las que se ha probado un riesgo de infección (excluidos aquellos microorganismos incluidos en el grupo 1 del RD 664/1997, de 12 de mayo, regulador de la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo)" y entre las actividades comprendidas incluye (códigos 01 a 10): personal sanitario; personal sanitario y auxiliar de instituciones cerradas; personal de laboratorio; personal no sanitario, trabajadores de centros asistenciales o de cuidados de enfermos, tanto en ambulatorios como en instituciones cerradas o a domicilio; trabajadores de laboratorios de investigación o análisis clínicos; trabajos de toma, manipulación o empleo de sangre humana o sus derivados; odontólogos; personal de auxilio; trabajadores de centros penitenciarios; y personal de orden público.

A diferencia de otros supuestos del cuadro, en este grupo 3, agente A, subagente 01, para todos los colectivos profesionales incluidos no contiene una relación más o menos cerrada o detallada de las enfermedades profesionales, que sustituye por la mención a "enfermedades infecciosas causadas por el trabajo", que recalca la necesidad de una conexión causal entre la enfermedad infecciosa y el trabajo. El padecimiento por un miembro de uno de estos colectivos (una médica, una trabajadora de un centro penitenciario, etc.), de cualquier enfermedad infecciosa es por sí solo insuficiente para la consideración de enfermedad profesional, pues el reglamento exige y en ello no contradice la norma legal del art. 157 LGSS, que al menos se pueda presumir la conexión con el trabajo.

Por tanto, puede entenderse que es enfermedad profesional el contagio por coronavirus de trabajadores con riesgo previsto en la evaluación de riesgos de su puesto de trabajo, ya que es exposición habitual o supuesta en su puesto de trabajo.

Pero recordemos que no basta con pertenecer a estas profesiones, sino que se ha de acreditar que se contrajo la enfermedad expuesto al riesgo de infección por coronavirus en la prestación del servicio. Bastaría con acreditar el tipo de trabajo, el posible contacto trabajando, y la posterior aparición de la infección.

En este sentido, el pasado 22 de abril de 2020, el grupo parlamentario popular en el Congreso de los Diputados registró una proposición no de ley para pedir que las bajas, fallecimientos o "cualquier otro perjuicio derivado de la atención sanitaria a la crisis del coronavirus COVID-19" se reconozca como enfermedad profesional. Se alega que "uno de los efectos más negativos que la crisis generada por el coronavirus (COVID-19) está teniendo en España es su impacto en la salud de los profesionales sanitarios. De acuerdo con los datos oficiales más actualizados en el momento en el que se redactaba la presente iniciativa, son más de 30.000 los sanitarios contagiados por el COVID-19, en nuestro país. La carencia permanente de equipamiento de protección individual –mascarillas, guantes, batas, gafas, caretas...– tanto en cantidad como en calidad, y la falta continuada de pruebas de diagnóstico fáciles para controlar la evolución de los contagios –tanto test rápidos como pruebas PCR– son, entre otras, las principales razones por las que los profesionales representan más del 15 % del total de contagios".

A nivel internacional, de la OIT destacan el Convenio núm. 121 y la Recomendación núm. 121, sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y la Recomendación núm. 194, sobre la lista de enfermedades profesionales.

El Convenio núm. 121 prevé que los Estados miembros pueden determinar las enfermedades profesionales a través de tres medios, cuales son: prescribiendo una lista de enfermedades profesionales reconocidas, que comprenda al menos las enfermedades enumeradas en el Cuadro I del Convenio; incluyendo en su legislación una definición general de enfermedad profesional lo suficientemente amplia para comprender las enfermedades enumeradas en el Cuadro I; prescribiendo una lista de enfermedades suplementada por una definición general. La columna de la izquierda del Cuadro I enumera 29 categorías de enfermedades profesionales y la columna de la

derecha los tipos de trabajo que involucran una exposición al riesgo. Si una persona protegida contrae una de las enfermedades listadas y está empleado en un trabajo que supone exposición al riesgo correspondiente, se presume que la enfermedad es de origen profesional.

La Recomendación núm. 194 invita a los Estados a formular una lista de enfermedades profesionales a los fines de la prevención, registro, declaración y reparación. La lista debería contener al menos aquellas enfermedades enumeradas en el Cuadro I del Convenio núm. 121. Asimismo, puede incluir las enfermedades listadas en un anexo a la Recomendación que también requiere que las listas sean periódicamente actualizadas. El punto 1.3.9. cubre claramente el COVID-19 contraído en el trabajo pues indica que "concierne las enfermedades causadas por otros agentes biológicos en el trabajo no mencionados en los puntos anteriores cuando se haya establecido, científicamente o por métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, un vínculo directo entre la exposición a dichos agentes biológicos que resulte de las actividades laborales y la(s) enfermedad(es) contraída(s) por el trabajador".

No obstante, debe recordarse que esta norma tiene el nivel de una Recomendación, no siendo vinculante como un Convenio.

Además, la OIT ha publicado un documento con preguntas y respuestas titulado "*Las Normas de la OIT y el COVID-19*". En la pregunta ¿Se puede clasificar el COVID-19 como una enfermedad profesional? La OIT responde que "La enfermedad del COVID-19 y el trastorno de estrés postraumático contraídos por exposición en el trabajo, podrían considerarse como enfermedades profesionales. En la medida en que los trabajadores sufran de estas afecciones y estén incapacitados para trabajar como resultado de actividades relacionadas con el trabajo, deberían tener derecho a una indemnización monetaria, a asistencia médica y a los servicios conexos, según lo establecido en el Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121)".

En definitiva, considero, como así lo ha realizado un sector doctrinal[44], que el contagio por el SARS-CoV-2 para el colectivo de personal en centros sanitarios y socio-sanitarios, hubiera debido ser considerado como enfermedad profesional. A la postre, debe destacarse que la regulación del art. 9 RDL 19/2020 no es tan beneficiosa que si hubiera sido considerado como enfermedad profesional, pues, por un lado, como es sabido, el AT se basa en una presunción iuris tantum que admite prueba en contrario, mientras que la consideración de EP es una presunción *iures et de iure* donde el trabajador no debe demostrar el origen profesional de la enfermedad. Además, el art. 217.2 LGSS establece una presunción iuris et de iure de sin límite temporal quienes han fallecido como pensionistas de incapacidad permanente en los grados de absoluta o gran invalidez cuando deriva de enfermedad profesional, mientras que cuando deriva de accidente de trabajo existe un límite temporal de cinco años.

Además, la regulación de la EP otorga una mejor protección preventiva que la del AT, ya que el art. 169.1 b) LGSS prevé que exista un período de observación durante el cual se estudiará y diagnosticará la enfermedad. Y, además, el art. 243 LGSS impone a las empresas la obligación de realizar reconocimientos médicos a las personas trabajadoras que ocupen puestos de trabajo con riesgo de enfermedad profesional. Y, de hecho, el incumplimiento de esta obligación no solo constituye una infracción administrativa grave (art. 12.2 LISOS), sino que además sitúa a la empresa *"en responsable directa de todas las prestaciones que puedan derivarse"* de dicha enfermedad (art. 244.2 LGSS).

A la postre, debe añadirse como en diversos países latinos se ha calificado como enfermedad profesional. En México la Circular 099001300000/2020, de la Dirección de Prestaciones

[44] ARAGÓN GÓMEZ, C., "Contagio del personal sanitario: ¿accidente de trabajo? Reflexiones en torno al art. 9 RDLey 19/2020", [blog] *El Foro de Labos*. Disponible en https://forodelabos.blogspot.com/2020/06/contagio-del-personal-sanitario.html

Económicas y Sociales del Instituto Mexicano de Seguro Social, establece unos criterios de calificación para considerar la enfermedad COVID-19 como enfermedad profesional. En dicho documento se determinan los criterios para que el personal médico pueda establecerla relación causa-efecto, esto es, trabajo-daño, en los casos de enfermedad por Coronavirus SARS-CoV-2 a fin de ser calificados como enfermedad profesional. Para ello, realiza una clasificación de riesgo de los trabajadores por la exposición al citado virus en muy alto, alto, medio o bajo. El nivel de riesgo depende del contacto repetido o extendido con fuentes posibles de contagio por SARS-CoV-2.

En Argentina, ha sido el DNU 367/2020, el que ha considerado la enfermedad COVID-19 como enfermedad de carácter profesional no listada, en los términos del apartado 2 inc. b) del art 6 de la ley 24557 de Riesgos del Trabajo, respecto de las y los trabajadores dependientes excluidos mediante

En Chile, la Superintendencia de Seguridad Social, mediante los Oficios 1013-2020 del 13 de marzo, 1124-2020 del 16 de marzo y el 1220-2020 del 27 de marzo, ha fijado como criterio de calificación de enfermedad profesional el COVID-19, la posibilidad de determinar que el origen del contagio fue por causa directa la prestación laboral. El primero de los oficios señalados da ciertos ejemplos de dónde podría determinarse esta relación de causalidad, esto es, trabajadores de la salud con contacto con infectados, trabajadores que han debido viajar fuera del país por razones de trabajo y trabajadores que prestan servicios en puertos, aeropuertos y pasos fronterizos.

En Uruguay, ha sido la Ley 19873, de 25 de marzo de 2020, la que ha declarado también el COVID-19 como enfermedad profesional. Concretamente, su art. 2 señala que "interprétase que la enfermedad coronavirus COVID-19 será considerada enfermedad profesional, en las condiciones mencionadas por el artículo 1º de esta Ley y durante el período de tiempo que abarque la emergencia sanitaria nacional declarada por el Poder Ejecutivo para el personal de salud médico y no médico. En el caso de comprobarse los requisitos mencionados anteriormente, el Banco de Seguros del Estado asumirá el pago de la renta temporaria, durante el periodo de la enfermedad y con el límite máximo de cuarenta y cinco días".

No cabe duda de que la consideración como enfermedad profesional aportaría múltiples ventajas. Por un lado, a nivel burocrático, ya que, desde el punto de vista administrativo, es mucho más ágil y rápido su tramitación y consiguiente consideración como enfermedad profesional. Un segundo beneficio es de carácter jurídico, pues se consigue una seguridad jurídica al establecerse una presunción *iures et de iure* de que la misma es considerada enfermedad profesional. Ello supondría una menor litigiosidad judicial, y un menor número de reclamaciones.

6. BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN GÓMEZ, C., "Contagio del personal sanitario: ¿accidente de trabajo? Reflexiones en torno al art. 9 RDLey 19/2020", [blog] *El Foro de Labos*. Disponible en https://forodelabos.blogspot.com/2020/06/contagio-del-personal-sanitario.html

ARENAS, M., "Sigue la urgencia legislativa. Ahora el RDLey 19/2020. Aspectos de Seguridad Social", [blog] *Reflexiones de un abogado laboralista –pero sobre todo de Seguridad Social–*. Disponible en https://miguelonarenas.blogspot.com/2020/05/sigue-la-urgencia-legislativa-ahora-el.html

BLASCO LAHOZ, J. F., *Las Contingencias Profesionales de la Seguridad Social. Un estudio sistemático del accidente de trabajo y la enfermedad profesional (trabajadores por cuenta ajena y trabajadores autónomos).* Valencia: Tirant lo Blanch, 2019 (versión on line)

CAVAS MARTÍNEZ, F. "El esperado desarrollo reglamentario de las mejoras producidas en la acción protectora de los trabajadores autónomos", *Aranzadi Social,* núm. 15, 2001. p. 289

CENTRO DE COORDINACIÓN DE ALERTAS Y EMERGENCIAS SANITARIAS: *Enfermedad por coronavirus, COVID-19,* Madrid, Ministerio de Sanidad. Disponible en https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/20200417_ITCoronavirus.pdf

DIRECCIÓN DEL ORGANISMO ESTATAL INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Criterio Operativo nº 102/2020Sobre medidas y actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social relativas a situaciones derivadas del nuevo Coronavirus (SARS-CoV-2),* Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Disponible en https://www.sesst.org/wp-content/uploads/2020/03/criterio20itss20covid.pdf

MARTÍNEZ BARROSO, M. R., "Extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (artículo 40, cuatro, de la Ley 53/2022, de 30 de diciembre)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 240, 2003. p. 29

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: *"*La incapacidad temporal como primera medida laboral y de protección social ante el COVID-19", *Trabajo, Derecho, Persona y Mercado* [blog]. Disponible en http://grupo.us.es/iwpr/2020/04/09/incapacidad-temporal-y-covid-19-tras-el-rdl-13-2020/

PENDÁS DÍAZ, V.: *Ensayo doctrinal y jurisprudencial sobre el infarto de miocardio y otras dolencias de repentina aparición como accidente de trabajo,* Madrid, Acarl, 1984.

ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Accidente de trabajo y sistema de prestaciones*; Albacete, Bomarzo, 2009.

La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo
The paradox of forced retirement and active aging

ALEJANDRO MUROS POLO Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-6192-8481

Cita sugerida: MUROS POLO, A. "La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 26 (2021): 91-112.

Resumen

El presente trabajo pretende ofrecer una visión crítica sobre la nueva introducción de la jubilación forzosa en el ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, no solo porque se vea injustificadamente recortado el derecho del trabajador a decidir sobre su jubilación, sino porque esto entra en contradicción con los planteamientos de envejecimiento activo, que, desde instancias europeas e internacionales, se viene defendiendo, como mecanismo para la integración de una población cada vez más creciente, y a su vez, para la sostenibilidad *parcial* del sistema público de pensiones.
Con esta finalidad de crítica, se abordará previamente un estudio analítico y sistemático de la incesante evolución jurídico-normativa de la jubilación forzosa y su jurisprudencia, lo cual reflejará la utilización de esta institución más como un instrumento de política de empleo. También se abordará una caracterización de la figura actual de la jubilación forzosa, introducida por el citado RD-Ley, sus requisitos y sus consecuencias en materia de Seguridad Social.

Palabras clave

jubilación forzosa, envejecimiento activo, discriminación por razón de edad, sostenibilidad pensiones públicas, trabajadores maduros

Abstract

This paper aims to offer a critical view of the introduction of forced retirement into Spanish law through Royal Decree-Law 28/2018, of 28 December, not only because it unjustifiably curtails workers' rights to decide on their own retirement, but also because it contradicts the idea of active aging, which has been defended across Europe and the world as a way of integrating an ever-growing segment of the population and for the *partial* sustainability of the public pension system.
To form this critical view, we first address a previous analytic and systematic study of the constant regulatory evolution of forced retirement and its jurisprudence, which will reflect its use as a political tool in employment. We also present the current figures on forced retirement, introduced by the Royal Decree mentioned above, its requirements and consequences for Social Security.

Keywords

forced retirement, active aging, age discrimination, public pension sustainability, mature workers

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN: PLANTEAMIENTO

La pensión de jubilación es aquella protección social que provee el Estado ante la carencia de rentas como consecuencia del cese de la vida laboral. Tradicionalmente, sus notas configuradoras han sido: el cese total en el trabajo, su acceso voluntario y el cumplimiento de una edad determinada.

Sin embargo, debido a las modificaciones "erráticas e improvisadas" del legislador desde los años 1980[1], no podemos asistir hoy en día a estas características delimitadoras[2], pues, por un lado,

[1] *Vid.,* en un sentido amplio, MONEREO PÉREZ, J.L.: "Las reformas de las pensiones. Un análisis global del proceso reformista", en VVAA.: *La pensión de Jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma,* MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ CUMBRE, L. (Dirs.), MALDONADO MOLINA, J.A. y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015, págs. 1-15.

[2] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso* *(...)*

Fecha Recepción: 25-3-2020 – Fecha Revisión: 22-4-2020 – Fecha Aceptación: 23-4-2020
Pags. 91-112

se establece con carácter general la obligatoriedad de la jubilación una vez el empleado público llegue a la edad de 65 años, y por otro, objeto del presente trabajo, se posibilita la jubilación forzosa a través de su inclusión en el convenio colectivo, desnaturalizando el requisito de la voluntariedad en el acceso a la pensión de jubilación, debiendo también mencionar las jubilaciones anticipadas involuntarias, si bien tasadas en la legislación. Además, se permite la compatibilidad de la pensión con el trabajo, y lo que es más problemático como se expondrá, su acceso de forma anticipada a la edad ordinaria de jubilación, a través de un amplio abanico: prejubilaciones, jubilaciones anticipadas, jubilación parcial y flexible.

Estos cambios en la pensión de jubilación han sido numerosos, como comentábamos, no tratándose de una cuestión menor, pues la pensión de jubilación es el mayor gasto para las arcas de la Seguridad Social, debido a su gran número de beneficiarios, aunque, sin embargo, mayor alternatividad configura la jubilación forzosa, pues tal y como se abordará, su configuración ha dependido de una u otra determinada política de empleo. Y en este sentido, se ha vuelto a introducir la jubilación forzosa, en virtud del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, como mecanismo de "rejuvenecimiento de plantillas".

Empero, las modificaciones deberán de focalizarse de nuevo en una determinada dirección, aunque de manera ampliamente consensuada, pues el aumento de la esperanza de vida, la disminución de la natalidad, así como el previsible aumento de las altas en las pensiones de jubilación con la incorporación a este sector de aquellas personas que provienen del *baby boom* español[3], hace repensar el modelo de financiación de la Seguridad Social, ya de por sí sobrecargado. En otras palabras, atendiendo a estas premisas, la tasa de dependencia (número de pensionistas por trabajadores que cotizan para una pensión en virtud del sistema de reparto) aumentaría, con la consiguiente reducción de la tasa de sustitución o reemplazo[4], e incluso, llegando a producirse la insostenibilidad del sistema de pensiones.

En consecuencia, la cobertura de las personas más vulnerables, como son los mayores, se vería recortada, un colectivo, que ya de por sí se ve afectado por situaciones de discriminación, pues asistimos a una "situación de minusvaloración y subalternidad social de las personas mayores en una sociedad dominada por la racionalidad instrumental y la desconsideración en todos los aspectos o dimensiones de una sociedad orientada a garantizar efectiva y adecuadamente la tan repetida –como cumplida– *solidaridad intergeneracional* en todos los ámbitos"[5].

Es por ello, que se necesita de una acción, la cual pasa, siguiendo directrices europeas, por integrar a la persona mayor socio-laboralmente, favoreciendo lo que se denomina envejecimiento activo, que no solo busca que las personas mayores lleguen a su última etapa de la vida en unas condiciones saludables, entendido esto en un sentido amplio, sino que también promueve el alargamiento de la vida laboral como medida para paliar las deficiencias del modelo.

Sin embargo, esto entra en contradicción con lo que el legislador español ha promovido, que ha sido en definitiva la expulsión de los trabajadores maduros, en mayor medida a partir de la crisis económica de 2008 y la consecuente Reforma laboral del año 2012. En concreto, se "facilitó" el

Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social, ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2019, pág. 28.

[3] https://intereconomia.com/noticia/la-generacion-del-baby-boom-espana-doblemente-penalizados-jubilacion-20180207-1448/

[4] "La relación que existe entre la cuantía neta de la primera pensión recibida respecto al último salario neto", FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: "La protección social complementaria de la jubilación: las pensiones privadas", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo II, Murcia, Laborum, 2019, pág. 373.

[5] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Repensar críticamente el modelo de regulación…", *op. cit.*, pág. 74.

despido colectivo, convirtiéndose en la gran estrella de las reestructuraciones empresariales[6], pues tanto se objetivaron las causas como se suprimió el control vinculante de la administración laboral. De este modo, ha sido frecuente el recurso a las prejubilaciones como medida de reestructuración empresarial, destacando el caso conocido de la Banca, aunque también se ha hecho un uso fraudulento y desvirtuado de la jubilación anticipada, parcial y flexible.

No contento con ello, una vez ya se ha superado en cierto modo el catastrofismo de la crisis económica, el legislador en el año 2018, a través del Real Decreto-ley 28/2018, vuelve a introducir la figura de la jubilación forzosa, como un nuevo mecanismo de expulsión de los trabajadores maduros que desean seguir trabajando una vez llegados a la edad de jubilación, en contradicción con lo que establece la Unión Europea para la sostenibilidad de las pensiones y el alargamiento de la vida activa laboral.

Pero las críticas a este modelo siguen estando vigentes, pues aunque se intente justificar más bien como modo de inclusión de los más jóvenes en el panorama laboral, buscando reducir la tasa de desempleo, esto se fundamenta en la equivocada idea de que este sistema de reparto del empleo represente un "juego de suma cero", pues que se despidan a unos trabajadores por considerarse que han agotado ya su vida laboral no tiene por qué desencadenar en creación de empleo[7], además de ser un potencial factor de discriminación por razón de edad.

En fin, con el objetivo de analizar esta discutida figura de política de empleo, atenderemos a una exposición sintética de los vaivenes legislativos de la jubilación forzosa y su principal jurisprudencia, incidiendo en mayor medida en un estudio de la disposición adicional 10ª actual del ET, la cual introduce de nuevo esta medida en el ordenamiento jurídico español, para poder en última instancia finalizar con unas conclusiones críticas de *lege data* y propositivas de *lege ferenda.*

2. RECORRIDO HISTÓRICO POR LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. IDAS Y VENIDAS

Fue ya en el primigenio Estatuto de los Trabajadores de 1980 cuando se introdujo esta figura de la jubilación forzosa u obligatoria[8], en concreto, en su Disposición Adicional Quinta, la cual, dividida en dos párrafos y sin ningún encabezado, recogía:

"La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación.

En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos."

Poco tiempo después se planteó cuestión de inconstitucionalidad, que fue resuelta por el Tribunal Constitucional en su sentencia 22/1981, de 2 de julio, aunque de una forma no concluyente, pues si bien es cierto, que determinó la inconstitucionalidad de la medida como una presunción *iuris et de iure* de incapacitación por parte del trabajador que ocasionara "de forma

[6] LÓPEZ INSUA, B.: "La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones", *e-Revista Internacional de la Protección Social,* Vol. III, Nº1, 2018, pág. 77.

[7] DURÁN LÓPEZ, F.: "Vuelve la jubilación forzosa", *Newsletter laboral Garrigues,* enero 2019, pág. 3. Disponible en https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/newsletter-laboral-enero-2019 (visit. 1/03/2020)

[8] Con anterioridad, el ordenamiento preconstitucional se oponía a esta figura, pues tanto la Orden de 1 de julio de 1953 como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, indicaban que la extinción del contrato por jubilación era una facultad que correspondía al trabajador, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: "Extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad legal de jubilación", en VVAA: *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019: estudio sistemático del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y normas concordantes,* MONEREO PÉREZ, J.L., y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), ORTIZ CASTILLO, F. (Coord.), Murcia, Laborum, 2019, págs. 102-103.

directa e incondicionada la extinción de la relación laboral" a la edad de 69 años[9], por otro lado, permitió que se aplicara la jubilación forzosa supeditándola a valores inherentes a la política de empleo, realizando una interpretación teleológica y sistemática del precepto, como la propia sentencia indica. Es decir, es aquí donde ya se reconoce la jubilación forzosa como instrumento de política de empleo, representando un sacrificio de la vertiente individual del Derecho del trabajo en favor de un colectivo que quiere acceder al mercado laboral, y, en consecuencia, como objetivo de disminución de la tasa de desempleo que "no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo". Además, el TC entendió que para que este tratamiento desigual fuera justificado, debería de garantizarse el acceso a la pensión de jubilación como una "compensación", evitando así una lesión desproporcionada de un bien constitucionalmente garantizado como es el derecho al trabajo (artículo 35.1 CE).

La polémica se reavivó con la segunda cuestión de inconstitucionalidad, por la que el Tribunal Constitucional esta vez, en su sentencia 58/1985, de 30 de abril, se pronunció a favor del segundo párrafo de la citada disposición adicional quinta del ET, pues lo declaró constitucional al ser el convenio colectivo competente para imponer una edad máxima de trabajo, siempre y cuando se observaran las normas relativas al acceso a la pensión de jubilación de la Seguridad Social como forma de compensación, reiterando la citada STC 22/1981, de 2 de julio, aunque omitiendo parcialmente referencia expresa a su vinculación con la política de empleo[10].

Además, el TC aprovechó este momento para hacer una serie de precisiones respecto al convenio colectivo de gran importancia, tales como que su sistema de fuentes se ordena a través del principio de jerarquía normativa, estando por debajo de la Constitución y la Ley, aunque, sin embargo, ello no significa que haya una relación de delegación entre ley-convenio, pues la fuerza vinculante del convenio proviene directamente de la Constitución. También indicó, que de la Constitución no se deduce ni expresa ni tácitamente que los convenios colectivos no puedan regular las condiciones de ejercicio de derechos fundamentales, si bien es cierto, que de las relaciones existentes entre la autonomía colectiva e individual se suscitan los problemas más complejos en el ámbito del Derecho del Trabajo, y para ello el TC expuso dos principios que deben de regir en estas relaciones, como son que el convenio no puede anular la autonomía individual aunque sí puede incidir en ella, y que sí puede limitarla cuando sea necesario para conseguir intereses colectivos.

Sin embargo, el Tribunal Supremo a finales de los ochenta y principios de los noventa[11], en contraposición a la interpretación del Tribunal Constitucional, realizó una serie de matizaciones en sentido aperturista de los objetivos de política de empleo exigidos, pues permitía la amortización del puesto de trabajo en el marco de una política global de empleo, ya que "solo sería necesario que se observe con este sacrificio una mejora de las condiciones de trabajo y de la vida de los trabajadores y el bienestar social del colectivo"[12], todo ello en base al principio de libertad negocial. Por ende, con esta interpretación extensiva, no se exigía la incorporación del desempleado al puesto de trabajo vacante para justificar la jubilación forzosa.

La nueva redacción del Estatuto de los Trabajadores en 1995, modificó el primer párrafo de la Disposición Adicional Quinta comentada, y la introdujo en la Disposición Adicional 10ª del nuevo ET, dejando inalterado el segundo (nuevo tercer) párrafo. Quedó así esta nueva disposición,

[9] Opinión contraria recoge el voto particular de la citada STC 22/1981, de 2 de julio, realizado por D. Jerónimo Arozamena Sierra.

[10] Sobre esta interpretación, *vid.,* GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: "La jubilación forzosa pactada en convenio colectivo: la política de empleo como límite a la disponibilidad colectiva de derechos individuales del trabajador (comentario a la STS de 14 de julio de 2000)", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 2000, pág. 680.

[11] *Vid.,* SSTS de 27 de diciembre de 1993 (RA 10011), de 27 de febrero (RA 1233) y dos de 27 de octubre de 1987 (RA 7210 y 7211).

[12] ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: *op. cit.*, pág. 105.

rubricada "límite máximo de edad para trabajar"[13], haciendo caso en cierta medida a los pronunciamientos del TC:

"Dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo.

La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación.

En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos."

Pero de nuevo, el TS, desprendiéndose y desvirtuando cada vez más la doctrina constitucional, en sus sentencias utilizaba una interpretación extensiva de lo que sería una política de empleo adecuada para legitimar la cláusula de jubilación forzosa en el convenio. Y para ello entendió, que al ser la cláusula convencional "una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios" (STS 5822/2000 de 14 de julio), ello llevaba implícito una política de empleo, que no es necesaria explicitar, exigiéndose tan solo la garantía del derecho a la pensión pública para que no se vulnerara el principio de igualdad. De este modo, ya no solo no se exige la no amortización del puesto de trabajo, sino que, además, esta cláusula no tiene que estar vinculada expresamente a políticas de empleo por ser expresión de la autonomía colectiva.

Empero, fue el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, posteriormente Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, la primera que derogaría la jubilación forzosa, aunque no de manera pacífica, pues se suscitaron numerosas dudas interpretativas en la doctrina[14] y en los Tribunales acerca de si era todavía posible adoptar límites máximos a la edad de trabajo en virtud de convenio colectivo. Este aspecto fue resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia 1592/2004, de 9 de marzo, resolviendo en contrario, aunque reconoció la vigencia de las cláusulas convencionales contraídas con anterioridad a la derogación[15]. Los argumentos esgrimidos por el Tribunal para privar a la negociación colectiva en este sentido, versaron sobre el carácter habilitador de la D.A. 10ª ET, y, por ende, el deber que tiene el convenio de respetar la reserva de ley impuesta por la Constitución (art. 53.1 CE), así como la necesidad de respetar la Directiva 2000/78/CE y las nuevas orientaciones adoptadas en el Pacto de Toledo para la sostenibilidad de las pensiones. De este modo, los argumentos utilizados por el TS para establecer la prohibición de negociar cláusulas de jubilación en convenio, entrarían en aparente contradicción con lo establecido por la STC 58/1985.

Sin embargo, las peticiones de los agentes sociales, y más aún tras la citada STS 1592/2004, fundamentadas en la preocupación de que les quedara vetada una facultad que se presentaba como necesaria en la gestión de los recursos humanos de la empresa[16], provocó que, la Ley 14/2005, de 1

[13] El legislador hizo uso de un eufemismo para evitar referirse a la jubilación forzosa u obligatoria.

[14] Sobre las diferentes posturas, *Vid.,* SEMPERE NAVARRO, A.V., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., y GÓMEZ CABALLERO, P.: *Apuntes sobre la Jubilación Forzosa,* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006, págs. 55 y ss.

[15] Para un estudio pormenorizado del pronunciamiento del Tribunal Supremo y su problemática, *vid.,* PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: "Las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa", *Relaciones Laborales,* Nº 11, Sección Doctrina, Quincena del 8 al 23 Jun. 2004, Año XX, La Ley, págs. 509-521, y también en www.laleydigital ref. 1085/2004.

[16] "Esta interpretación jurisprudencial ha supuesto que, a día de hoy, se haya producido cierta inseguridad jurídica que está motivando problemas en la negociación colectiva en determinados ámbitos. Como consecuencia de ello, las organizaciones empresariales y sindicales firmantes del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva, vigente para 2004 (la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, la Confederación Española de la Pequeña y la Mediana Empresa, la Unión General de Trabajadores y Comisiones Obreras), se han dirigido al Gobierno para expresar su preocupación por los efectos que la doctrina judicial pudiera tener en el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, en la negociación colectiva, cuyo equilibrio interno, *(...)*

de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, volviera a introducir la vigencia de la Disposición Adicional 10º, siendo fruto del primer acuerdo entre el Gobierno y los interlocutores sociales (CEOE, CEPYME, CCOO y UGT) en el marco de la Declaración para el Diálogo Social 2004 "Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social", de fecha 8 de julio de 2004. De este modo, el artículo único de la Ley 14/2005, modificó la D.A. 10ª ET, rubricada ahora "cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación" y dejando su contenido:

"En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo.

b) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el período mínimo de cotización o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva".

Así, esta nueva regulación presentó ciertas modificaciones respecto a la normativa anterior, pues solo facultaba a los interlocutores sociales vía convenio colectivo para imponer edades de jubilación, y no al Gobierno, aunque no hubiera hecho uso de su facultad[17]. Pero, además, como novedad, sustituyó la anterior referencia de "edades de jubilación" por el término "edad ordinaria", debido a las dificultades interpretativas que esta representaba, significando que los sujetos negociadores no podrían establecer edades diferentes a la edad ordinaria impuesta por la Seguridad Social[18]. Por último, también estableció que el convenio debía de justificar la medida con alusión a "objetivos coherentes con la política de empleo", "tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo".

Sin embargo, lo que podría parecer una restricción a la adopción de estos acuerdos, en mayor consonancia con la doctrina constitucional y la Directiva 2000/78/CE, no fue tal, puesto que el legislador utilizó una definición abierta de objetivos de política de empleo, configurando más un *numerus apertus*[19]. Por otro lado, la disposición transitoria única, convalidaría las cláusulas y consiguientes convenios suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, pero de forma "relajada"[20], pues no exigía este requisito de justificación en políticas de empleo para las cláusulas convencionales adoptadas con anterioridad, siendo el único requisito *sine qua non* el acceso a la

continúan diciendo las indicadas organizaciones, está construido sobre mutuas renuncias de las partes negociadoras". Exposición de Motivos I, Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

[17] Para comprender sus potenciales razones, *vid.,* SEMPERE NAVARRO, A.V., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., y GÓMEZ CABALLERO, P.: *op. cit.*, pág. 38.

[18] FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: "La vuelta de las cláusulas de jubilación forzosa a los convenios colectivos", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2019, pág. 222.

[19] CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: "La jubilación forzosa y la gestión de la diversidad generacional en la empresa: ¿dos conceptos antagónicos?", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo II, Murcia, Laborum, 2019, pág. 211.

[20] ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: *op. cit.*, pág. 111.

pensión de jubilación[21]. Debido a esto, la retroactividad de esta disposición suscitó harta controversia en la doctrina y en los tribunales tanto por posible vulneración del artículo 9.3 CE, tanto por si a estas cláusulas le eran exigibles la justificación en política de empleo[22], hasta que la STJUE de 16 de octubre de 2007, *Palacios de la Villa,* C-411/05, resolviera que a las cláusulas convencionales, con independencia de que la norma no lo determine expresamente, le eran exigibles los dos requisitos de: a) vinculación a la política de empleo y; b) el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva[23].

Seis años más tarde, la Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (LAAMSS), en virtud de su Disposición Adicional Trigésima Sexta, que entró en vigor el 2 de agosto, día en que se publicó en el BOE la citada ley, modificó de nuevo la disposición adicional 10ª del ET 1995, aunque solo en su segundo requisito, quedando intacta la primera parte del citado precepto:

"En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas …

b) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el periodo mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un 80 por ciento a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva".

De este modo, se aludió a un periodo mínimo de cotización exigido superior al mínimo legal, exigido por la normativa anterior, lo que supuso un aumento de la pensión de jubilación a recibir, aumentando de igual modo la tasa de sustitución, e imposibilitando la extinción del contrato de aquellos trabajadores que al menos no reunieran 25 años de cotización, con el objetivo de poder llegar al porcentaje del 80% de la base reguladora (artículo 163.1.2º TRLGSS 1994)[24].

Sin embargo, esta nueva redacción no tuvo mayores consecuencias pues apenas un año después, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, suprimió la habilitación legal[25], por segunda vez, para establecer cláusulas de jubilación forzosa u obligatoria en convenio colectivo, esta vez de una manera más concisa[26], pues establecía que: "se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas" (Disposición Final 4ª.dos).

Pero este retiro de la jubilación forzosa de la negociación colectiva, tampoco complació a todos los sectores de la sociedad, pues el Tribunal Constitucional tuvo que resolver un recurso de constitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Socialista y por el de la Izquierda Plural del Congreso de los Diputados, en la sentencia 8/2015, de 22 de enero, para determinar que el derecho a la negociación colectiva es un derecho "esencialmente de configuración legal", y como tal, si el mismo tribunal ha estimado válidas la utilización de la jubilación forzosa como política de

[21] *Vid.,* ALZAGA RUIZ, I.: "Jubilación forzosa pactada en convenio: el respeto de las situaciones jurídicas que han alcanzado firmeza con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/2005, de 1 de julio", *Aranzadi Social,* 2006, tomo I, págs. 3176-3181.

[22] SEMPERE NAVARRO, A.V.: "¿Valen las jubilaciones forzosas al amparo de convenios negociados entre 2001 y 2005?", *Repertorio de Jurisprudencia*, Nº23, 2007, *passim.*

[23] TOMÁS JIMÉNEZ, N.: "La jubilación forzosa y su evolución legislativa", en VVAA.: *La edad de jubilación,* MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2011, págs. 253-254.

[24] CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: *op. cit.*, pág. 212.

[25] Aunque no derogó expresamente la disposición adicional 10ª del ET de 1995, como sí hizo la Ley 12/2001.

[26] Sin embargo, esta redacción también suscitó diversas dudas interpretativas respecto a su alcance en relación con las cláusulas de jubilación forzosa a edad anterior o posterior a la ordinaria, para ello, *Vid.* BARRIOS BAUDOR, G.L.: "El regreso de la jubilación forzosa"*, Revista Aranzadi Doctrinal,* Nº3, 2019, pág. 4, disponible en www.aranzadidigital.es ref. BIB 2019\1469.

empleo, "no cabe sino afirmar ahora que otra política de empleo basada en la facilitación de la continuidad en el empleo de quienes habiendo superado la edad legal de jubilación desean continuar con su vida laboral activa, con sustracción, en consecuencia de esta materia a la potestad negociadora de los representantes de los trabajadores y los empresarios, encuentra perfecto acomodo también a los mandatos y objetivos constitucionales".

Por otro lado, para entender qué ocurrió con aquellos convenios que contuvieron cláusulas de jubilación forzosa, suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, esto es, el 8 de julio de 2012, hubo que acudir a su régimen transitorio, recogido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la citada ley (incorporada con posterioridad a la Disposición Transitoria Novena con la refundición del ET en 2015).De este modo, se produjo una diferenciación en función de la fecha de finalización de la vigencia inicial del convenio, pues si esta era anterior a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, las cláusulas decaerían "nulas y sin efecto" a partir de esta fecha (8/07/2012), sin embargo, si la finalización de la vigencia inicial fuera posterior, las cláusulas de jubilación forzosa serían operativas hasta la citada finalización, sin que tuvieran efectos por estar el convenio prorrogado o en situación de ultraactividad (arts. 86.2 y 86.3 ET de 1995).

Podemos decir que, aunque anteriormente, tanto el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2011, como la Estrategia 55 y más[27], estaban ya promoviendo el envejecimiento activo, y en concreto, el alargamiento de la vida laboral, el legislador, hizo uso de una interpretación *public choice* del Derecho, pues devolvió la facultad exclusiva de decidir sobre su jubilación al trabajador, como único mecanismo para reducir el gasto en pensiones en una situación de crisis económica[28].

Y tras todo este maremágnum, lo cual ha sido denominado incluso como un "auténtico culebrón jurídico"[29], llegamos a la regulación actual, que ha introducido una vez más la figura de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa, aspecto para el que me remitiré al siguiente apartado.

3. LA JUBILACIÓN FORZOSA DEL REAL DECRETO-LEY 28/2018

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[30], introdujo de nuevo la figura de la jubilación forzosa u obligatoria en los convenios colectivos, haciendo caso a las indicaciones de los interlocutores sociales, pues así se solicitó en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva[31], y en línea con lo establecido en el "Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021", aprobado por el Consejo de Ministros[32], estrategia propiciada para alcanzar el "relevo

[27] Resolución de 14 de noviembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011, por el que se aprueba la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más), publicada en el BOE el 24 de noviembre de 2011, ref. BOE-A-2011-18500, https://www.boe.es/eli/es/res/2011/11/14/(1)

[28] GALA DURÁN, C.: "La reforma de la pensión de jubilación en las leyes 27/2011 y 3/2012: avances hacia un nuevo modelo", *Revista Internacional de Organizaciones,* Nº8, 2012, pág. 101.

[29] MOLINA NAVARRETE, C.: "A vueltas con las «cláusulas de jubilación forzosa»: nuevos capítulos para una ¿«historia interminable»?", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 1, 2007, pág. 1711, también disponible en: www.laleydigital ref. 406/2007.

[30] Críticos con el recurso a la figura del Real Decreto-ley por su aparente falta de la "extraordinaria y urgente necesidad", *vid.,* MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema pensiones y en la «jubilación forzosa»", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Nº 18, 2019, págs. 13-16.

[31] Resolución publicada en el BOE el día 18 de julio de 2018, ref. BOE-A-2018-10096, https://www.boe.es/eli/es/res/2018/07/17/(1)

[32] Resolución de 7 de diciembre de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021, publicada en el BOE el 8 de diciembre de 2018, ref. BOE-A-2018-16793, https://www.boe.es/eli/es/res/2018/12/07/(2)

generacional" y disminuir la situación de desempleo juvenil, de entorno al 25%, tal y como se recoge en el punto VI de la Exposición de Motivos de la citada ley.

La técnica legislativa no fue la de la derogación, sino que se optó por modificar el contenido de la Disposición Adicional 10ª del ET, a través de la Disposición Final Primera del citado RD-Ley 28/2018, si bien es cierto que sí se derogó la Disposición Transitoria Novena ET relativa al régimen transitorio de la anterior Ley 3/2012 (Disposición Derogatoria Única RD-Ley 28/2018). Estos efectos tuvieron validez el 1 de enero de 2019, fecha de entrada en vigor del citado Real Decreto-ley.

Sin embargo, esta redacción de la disposición adicional décima del ET, no es ajena a su devenir histórico, pues su contenido se asemeja bastante al empleado por la Ley 14/2005, y en mayor medida por la Ley 27/2011, tal y como se puede observar:

"Los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá cumplir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.

b) La medida deberá vincularse a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo."

De este modo, tal y como se desprende del tenor literal de la disposición, las cláusulas convencionales de jubilación forzosa a la luz de la nueva redacción deberán de reunir las siguientes consideraciones: cumplimiento de la edad legal de jubilación; acceso al "cien por ciento (*sic*) de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva"; y vinculación de la medida con "objetivos coherentes de política de empleo", aspectos que merecerán un especial análisis.

En primer lugar, indicar que se ha sustituido el anterior término utilizado de "edad ordinaria" por el de "edad legal". Por tanto, por un lado, la negociación colectiva no podrá fijar libremente edades de jubilación forzosa, como reconocían las anteriores disposiciones del ET; y por otro, en todo momento deberá de respetar lo dispuesto en el artículo 205.1.a) y su régimen transitorio[33] contenido en la disposición transitoria séptima del TRLGSS[34]. Siguiendo tales preceptos, la edad legal de jubilación en España para 2020 será de 65 años y 10 meses, siempre y cuando se cumplan los otros requisitos (afiliación y alta o situación asimilada y periodo mínimo de cotización); o de 65 si llegada a esa edad la persona en cuestión, además de los anteriores requisitos, ha cotizado 37 años o más.

En segundo lugar, procede resaltar la mejora en la tasa de sustitución de las personas jubiladas forzosamente[35], pues se ha transcurrido desde la exigencia meramente de la cotización mínima, con las primeras intervenciones legislativas, esto es, 10 o 15 años[36], lo que se traducía en el acceso a una pensión mínima (el 50% de su base reguladora), posibilitando la expulsión de estos trabajadores y trabajadoras, con el riesgo que ello provocaba para su pobreza y calidad de vida; pasando por la ley 27/2011, de 1 de agosto, también conocida como LAAMSS, que exigía que la

[33] Este régimen transitorio se hará plenamente efectivo en 2027, cuando se sitúe la edad mínima de jubilación en: a) 67 años; o b) 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización.

[34] BARRIOS BAUDOR, G.L.: *op. cit.*, pág. 10.

[35] En sintonía con lo que ya establecía el TC en sus sentencias, especialmente, STC 22/1981, en lo que tiene que ser una "compensación adecuada".

[36] Hasta 1985 el período mínimo de cotización necesario fue de 10 años, cambio introducido por la Ley 26/1985, de 1 de julio.

cotización supusiera un 80% de la base reguladora para la jubilación forzosa del trabajador; hasta llegar a la regulación actual donde se reconoce el "derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva".

En este sentido, el legislador español ha dado un paso más hacia la protección del trabajador, pues solo se jubilará forzosamente a aquellas personas que tengan derecho al 100% de la pensión ordinaria de jubilación, entendiendo la doctrina que este porcentaje será el aplicable a la base reguladora[37], calculada en función del artículo 209 y su régimen transitorio contenido en la D.T.8ª TRLGSS, por el que en 2020 se tienen en cuenta las bases de cotización de los 23 últimos años. Pero en lo que respecta al porcentaje aplicable a la base reguladora, para obtener el 100% en 2020 habrá que cotizar 36 años, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 210 TRLGSS y su régimen transitorio (D.T.9ª TRLGSS); aunque si la jubilación se produce a los 65, habrá que cotizar un año extra, es decir, 37, tal y como se exige en el citado 205.1.a) y su régimen transitorio.

En tercer lugar, el segundo requisito que recoge la disposición final primera RD-Ley 28/2018, será el de vinculación de la jubilación forzosa con "objetivos coherentes de política de empleo", expresadas en el propio convenio regulador[38], aspecto que ya introdujo la Ley 14/2005, y de forma reproducida la LAAMSS. Sin embargo, a pesar de que se ha seguido esta definición abierta de los objetivos de política de empleo, a través de términos genéricos[39], el presente RD-Ley ha suprimido la referencia al "sostenimiento del empleo" y ha introducido la referencia al "relevo generacional", en consonancia con la preocupación expuesta en su Exposición de Motivos. Y lo más preocupante, se ha reiterado la expresión "cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo", apartándose de la exigente doctrina jurisprudencial temprana, ya expuesta, que exigía la "no amortización del puesto de trabajo", expresión de la idea de reparto de los puestos de trabajo[40].

Buena prueba de ello es la interpretación flexible que ha elaborado el Tribunal Supremo[41], en lo que respecta a la legislación anterior (Ley 14/2005), pero plenamente aplicable[42], pues la política de empleo no se circunscribe a la "ocupación de la vacante dejada por el cesado", ni siquiera a la contratación de un nuevo trabajador. La fórmula de "cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo" se entiende en su "referencia a medidas de la más variada naturaleza, como promoción profesional, conciliación de la vida laboral y familiar, implantación de innovaciones tecnológicas, etc., que repercutan en bondad del empleo", incluso a políticas de prevención de riesgos laborales.

Aunque también es preciso indicar que, a pesar de esta interpretación abierta de los objetivos, el Tribunal Supremo ha determinado que no basta cualquiera de ellos ni una reproducción abstracta en convenio para que medie un "razonable y proporcionado equilibrio justificativo" (*v.gr.:* STS 847/2015, de 4 de febrero).

No obstante, algunas voces indican que la inversión de los requisitos (inédita), esto es, que aparezca la exigencia del 100% de la pensión ordinaria en primer lugar, y su vinculación con objetivos coherentes de política de empleo en el segundo, podría condicionar la aplicabilidad

[37] *Vid.*, BARRIOS BAUDOR, G.L.: *op. cit.*, pág. 10.

[38] Esta justificación podrá encontrarse en el propio precepto que se dedique a la jubilación forzosa o en el contexto del mismo, *Vid.,* STJCE de 16 octubre 2007, *Palacios de la Villa,* C-411/05.

[39] Pues no debemos de olvidar que esta lista es meramente ejemplificativa según indicó la STJUE de 5 de marzo de 2009, *Age Concern England,* C-388/07.

[40] Muy crítico con esta expresión que no garantiza un "equilibrio virtuoso" de la medida se sitúa MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *op. cit.*, pág. 25.

[41] *Vid.*, SSTS 22 de diciembre de 2008 (recs. 856/2007 y 3460/2006), 12 de mayo de 2009 (rec. 2153/2007), 10 de noviembre de 2009 (rec. 2514/2008), 24 de noviembre de 2011 (rec. 4011/2010), 4 de julio de 2012 (rec. 2776/2011), 11 de julio de 2012 (rec. 4157/2011), 20 de noviembre de 2012 (rec. 4229/2011), 12 de noviembre de 2014 (rec. 3245/2013), 4 de febrero de 2015 (rec. 233/2014), 9 de marzo de 2015 (rec. 651/2014), 30 de junio de 2015 (rec. 2533/2014), 28 de abril de 2016 (rec. 3062/2014) y 4 de mayo de 2017 (rec. 2238/2015).

[42] BARRIOS BAUDOR, G.L.: *op. cit.*, pág. 9.

judicial del segundo[43]. Aunque esto no debería de ser así, pues la compensación en la vertiente individual del derecho del trabajo no se produce por la justa pensión de jubilación, generada por el propio trabajador, sino por la adecuada justificación coherente y concisa en políticas de empleo adecuadas y vinculadas a un interés colectivo[44].

En síntesis, la "nueva" jubilación forzosa exige la vinculación a "objetivos coherentes de política de empleo" en el convenio colectivo y que se extinga el contrato de trabajo a la edad legal con una pensión que suponga el 100% de la base reguladora. De este modo, se podrá jubilar forzosamente tanto a la edad de 65 años con 37 años cotizados (en 2020)[45], lo que se conoce por la doctrina como "jubilación legal anticipada"[46]; o bien, a partir de la edad de 65 años y 10 meses habiendo cotizado 36 años (en 2020), lo cual será más usual pues sería necesaria una larga carrera de seguro para jubilarse a los 65, en concreto, desde los 28 años de forma continuada, aspecto que se dificulta con el modelo de precariedad laboral implantado en los últimos años[47].

Asimismo, reduciendo el número de personas que podrían ser jubiladas forzosamente en la empresa, por no reunir los requisitos, la litigiosidad se presupondrá menos elevada, pues previsiblemente quienes se opongan a esta medida serán aquellos trabajadores que vean mermadas sus rentas de manera considerable al ser su sueldo muy elevado[48], superando, por tanto, el tope máximo de pensión pública anual recogido en los PGE, situado en 2.683,34 euros mensuales o 37.566,76 euros anuales para 2020. Buena muestra de ello ha sido y es la elevada litigiosidad a la que se han prestado los controladores aéreos y sus cláusulas de jubilación forzosa[49].

Sin embargo, esto podría cambiar pues han sido numerosos convenios de importancia relativa los que han introducido esta medida, ya sea en el ámbito sectorial (convenios colectivos del sector de la construcción, de las empresas de seguridad o de la industria, tecnología y servicios del sector del metal); así como a nivel de empresa, destacando Telefónica, Orange o Iberdrola.

De este modo, se configura nuevamente el instituto jurídico de la jubilación forzosa, calificado como guadianesco por la doctrina[50], a través de una regulación simplista, que deja muchas dudas interpretativas al respecto[51]. Así, existe la duda de si el cambio terminológico de "edad legal", posibilitará jubilaciones legales anticipadas, lo que a mi parecer resulta bastante probable, pues la citada STSJ de Asturias, confirmada, así lo permitió. Por otro lado, también se desconoce si la aplicación de la cláusula es automática, o necesita de la voluntad del empleador ("cláusulas que posibiliten")[52]; o si se puede oponer el derecho recocido en el artículo 210 TRLGSS al incremento de la base reguladora para la denominada *jubilación postergada* o *prorrogada*.

---

[43] "No parece que, cumplido el primer requisito, este segundo vaya a tener una virtualidad condicionadora de la jubilación forzosa pactada", DURÁN LÓPEZ, F.: *op. cit.*, pág. 4.

[44] TOMÁS JIMÉNEZ, N.: *op. cit.*, pág. 262.

[45] *Vid.,* STSJ de Asturias 618/2014, de 28 febrero.

[46] FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: "La jubilación forzosa como causa extintiva de la prestación de servicios. El perpetuo viaje de ida y vuelta en el devenir del instituto jurídico guadianesco por excelencia de la seguridad social y la negociación colectiva", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2019, pág. 252.

[47] *Vid.,* MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, *passim.*

[48] ARUFE VARELA, A.: "Prolongación de la edad y elección del momento de la jubilación. Sus efectos sobre el trabajo. Realidades y fantasías", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2019, págs. 97 y 98.

[49] *Vid.:* STSS 2680/2011, de 3 de mayo; 700/2020 de 18 de febrero; y 767/2020 de 21 de febrero.

[50] FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *op. cit.*, pág. 237.

[51] DURÁN LÓPEZ, F.: *op. cit.*, pág. 4.

[52] Buena muestra de ello son las diferentes fórmulas que utilizan los convenios colectivos, v.gr.: el CC de Mahou utiliza el verbo "podrá" extinguir y el CC de Iberdrola Grupo utiliza la extinción automática.

Por último, la expresión utilizada por el legislador es la de "tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación", lo cual podría plantear la siguiente duda acerca de si a aquellos trabajadores, situados en los estratos salariales más altos, que aun no habiendo alcanzado el 100% de su base reguladora, alcanzan la pensión ordinaria máxima (anteriormente recogida), le serían aplicables las cláusulas de jubilación forzosa. Aspecto que deberá de determinar la jurisprudencia, aunque me atrevo a indicar que presumiblemente, atendiendo al sentido de la norma, se posibilitará la extinción del contrato.

4. TRAJADORES JUBILADOS FORZOSAMENTE Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD

Tal y como se ha podido comprobar, la jubilación forzosa se implanta una vez más, especialmente como mecanismo de "rejuvenecimiento de plantillas" a través de su inclusión en el convenio colectivo. Sin embargo, esta extinción del contrato de trabajo tendrá efectividad *a posteriori* por voluntad unilateral del empresario, dejando a salvo las nuevas dudas interpretativas[53], pues así lo ha calificado tradicionalmente la doctrina[54], encajándolo en el artículo 49.1.f) ET[55], con todo lo que ello ocasiona para el recorte de derechos de un trabajador, que, a la edad de 65 años, en el caso más extremo, no puede decidir ni planificar su jubilación, recurriendo a otras modalidades de jubilación en la propia empresa, ni elegir seguir trabajando en la misma para no ver mermadas sus capacidades adquisitiva, mental y social.

De este modo, la expulsión de los trabajadores mayores de la empresa y del mercado de trabajo[56], con la diferencia de trato que esto implica, y su interrelación con diversos intereses (colectivos, empresariales, individuales y de política de protección social)[57], hace necesario que se haga un tratamiento diferenciado sobre si este recorte del derecho supone o no un factor de discriminación por razón de edad.

Con este objetivo, se expondrá brevemente la normativa que contenga previsiones en materia de no discriminación por razón de edad, tanto a nivel nacional, comunitario como internacional. Empero, desgraciadamente, los grandes convenios de derechos, dígase el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la conocida como Carta Internacional de Derechos Humanos de la ONU (conformada por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) no prevén disposiciones específicas para la prohibición de la discriminación por razón de edad, aunque existen en la actualidad movimientos a favor de una Convención de Naciones Unidas en Defensa de los Derechos de las Personas Mayores que unifique y aborde un problema tan acusado hoy en día[58]. Tampoco se referirá expresamente el Convenio nº 111 de la OIT de 1958,

[53] Que no son tales, pues se viene defendiendo el carácter no automático de las cláusulas convencionales desde la inclusión de la expresión "cláusulas que posibiliten" en la Ley 14/2005, *vid.,* FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *op. cit.*, págs. 247-249.

[54] Por todos, MELLA MÉNDEZ, L.: "La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador: Notas sobre su naturaleza jurídica", en VVAA.: *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación,* LÓPEZ CUMBRE, L. (Coord.), Madrid, Iustel, 2007, págs. 1338-1339, FERNÁNDEZ COSTALES, J.: "La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador", en VVAA: *La extinción del contrato de trabajo,* SEMPERE NAVARRO, A.V., y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coords.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, págs. 181-214 y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Ley 3/2012, jubilación forzosa y extinción del contrato: ¿un 'término' en un contrato indefinido", *Relaciones Laborales*, Nº 4, Sección Cuestiones prácticas, Abril 2013, Año 29, pág. 107, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer, ref. La ley 1780/2013, que incluso califica el contrato indefinido como sometido a "término".

[55] Para MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *op. cit.*, pág. 24, es un tipo de despido por razón de la edad.

[56] *Vid.,* punto 4.

[57] ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: *op. cit.*, págs. 100 y 101.

[58] Para una mejor comprensión, *Vid.:* MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A.: "Igualdad y no discriminación por razón de edad y derechos de los mayores", en *El sistema Universal de los Derechos Humanos,* MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.), Granada, Comares, 2014, págs. 105-127, y Dossier *(...)*

aunque sí encontraremos trato diferenciado, en primer lugar, en la Carta Social Europea (revisada)[59] y en la acción del Comité de Ministros del Consejo de Europa[60], y por otro lado, en el ámbito de la UE, la CDFUE, en su artículo 21, y especialmente, el artículo 25 de la citada Carta de Niza, "punto de inflexión en la política comunitaria de atención a los mayores"[61], enfocando más el problema del edadismo o *ageism* hacia la solución del envejecimiento activo. Resultado de lo anterior en el ámbito de la UE, será la Directiva 2000/78/CE, ya citada, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Por último, en el ordenamiento jurídico interno español destacará el artículo 14 CE, entendido de forma amplia[62], y el 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, con referencia expresa a la nulidad de aquellas previsiones, incluyendo dentro de ellas a las cláusulas de los convenios colectivos, que ocasionen tanto discriminación directa como indirecta por razón de edad.

Sin embargo, a pesar de que a la luz de la normativa expuesta esta medida bien podría ser considerada discriminatoria, el Tribunal Constitucional ya determinó en 2006 en su sentencia 280/2006, de 9 de octubre, que la D.A. 10ª del ET no era contraria al principio de igualdad del artículo 14 CE, en sintonía con la propia doctrina del mismo tribunal en tiempos pasados (*v.gr.:* STC 22/1981, de 2 de julio). En concreto, el TC recogió en la citada sentencia la doctrina constitucional anterior a través de las llamadas "precondiciones de constitucionalidad que pueden llegar a justificar el tratamiento desigual y el sacrificio que la jubilación forzosa supone para el trabajador afectado", siendo estas: la percepción de la pensión de jubilación, de manera que "no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado", y por otro, se garantice una oportunidad de trabajo a las personas en paro, "por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo", expresión del sistema de reparto en un marco de política de pleno empleo que tiene que ser desarrollada por los poderes públicos (art. 40 CE), que hoy en día ha sido desvirtuada, tal y como indicábamos con anterioridad, no exigiéndose estrictamente el requisito de "no amortización", sino políticas generales de empleo.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia 16 octubre 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05*,* determinó que la previsión española de jubilación forzosa (en concreto, la Ley 14/2005, de 1 de julio) no era contraria al principio de no discriminación por razón de edad de la Directiva 2000/78/CE[63], pues si bien es cierto que supone una diferencia de trato basada directamente en la edad, esta discriminación no es tal al ser objetiva y razonable, "en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional", siempre que los medios para lograr este objetivo sean "adecuados y necesarios", en cohesión con el artículo 6.1 de la Directiva 2000/78/CE. Así, el TJCE, entendió legítima esta medida, no solo porque se

HelpAge España "Derechos de las personas mayores: Hacia una Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas mayores", elaborado en febrero de 2019. Disponible en: https://www.helpage.org/spain/noticias/convencin-internacional-sobre-los-derechos-de-las-personas-mayores/ (visitada: 2/03/2020)

[59] *Vid.,* GUINDO MORALES, S., "Normas europeas en materia de ocupación y protección social en relación con el ámbito local", en, VVAA.: *Las políticas de empleo en el ámbito local: Especial atención a colectivos desfavorecidos: Jóvenes, mayores y discapacitados,* ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (Dir.) y VILA TIERNO, F. (Ed.) et al, Málaga, AMEIS, 2017, pp. 55 y ss.

[60] MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: "La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad", *LA LEY Unión Europea*, Nº 58, abril 2018, Editorial Wolters Kluwer, págs. 3 y 4.

[61] MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: *op. cit.*, pág. 5.

[62] Aunque el artículo no se refiere expresamente a la discriminación por razón de edad, se puede encuadrar dentro del *cajón de sastre* "circunstancia personal", CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: *op. cit.*, pág. 213.

[63] De este modo, el Tribunal se apartó del principio general comunitario de no discriminación por razón de edad que estableció en la STJCE de 22 de noviembre de 2005, Caso *Mangold*, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo", *Relaciones Laborales*, Nº 13, Sección Editorial, Quincena del 8 al 23 Jul. 2008, pág. 8, también disponible en www.laleydigital ref. 28467/2008.

garantizara el acceso a la pensión de jubilación, sino porque se estableció "en el marco de una política nacional destinada a favorecer el acceso al empleo mediante su mejor distribución intergeneracional, así como a regular el mercado nacional de trabajo con el fin, en particular, de reducir el desempleo"[64]. Sin embargo, el tratamiento tenue que le dio el TJCE a los objetivos de política de empleo fue criticable, calificado de oportunidad desaprovechada, pues el Tribunal dio "unos argumentos esquivos y en ocasiones demasiado forzados para terminar presuponiendo la existencia de objetivos de empleo tanto en la Ley 14/2005 como en los convenios colectivos"[65].

De este modo, debemos de indicar que en líneas generales el TJUE ha mantenido una postura favorable a la extinción del contrato de trabajo ligado al cumplimiento de la edad de acceso a la pensión de jubilación, aunque con ciertos matices, que han determinado que no todos los argumentos esgrimidos justifiquen la medida[66]. Merece especial atención, entre la abundante jurisprudencia del TJUE, la sentencia de 12 de octubre de 2010, *Ronsenbladt,* C-45/09[67], en la que se reconoció una cláusula alemana de jubilación forzosa como justificada objetiva y razonable, siendo los medios adecuados y necesarios, en base a las siguientes consideraciones: i) reparto del empleo entre varias generaciones; ii) beneficio directo hacia la inserción de los jóvenes en el contexto de desempleo existente; iii) el favor que les proporciona a los empresarios evitarles el despido de trabajadores mayores por su falta de eficacia; y, y lo más llamativo, iv) evitar la sensación humillante para los trabajadores de más edad causada por el despido[68]. En cambio, el TJUE estableció el papel protagonista de los agentes sociales en la negociación de la cláusula convencional[69], así como el necesario control judicial, en cuanto a la salvaguarda de la adecuación y necesidad de la medida.

En otras palabras, el principio de igualdad "es un concepto complejo que es perfectamente compatible con el reconocimiento de la diferencia"[70], y derivado de esto "toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación", como ya determinó el TC en su sentencia 22/1981, de 2 de julio. Sin embargo, esta diferencia de trato debe de estar justificada objetiva y razonablemente, y siempre y cuando la medida sea proporcionada. Por este último requisito de proporcionalidad, susceptible de control judicial, habrá que atender a tres facetas interrelacionadas, como son la medida adoptada ("juicio de idoneidad"), el resultado producido ("juicio de indispensabilidad o estricta necesidad") y la finalidad pretendida o ponderación de los intereses en juego ("juicio de proporcionalidad en sentido estricto"), argumentación plenamente extrapolable a la reciente sentencia del TJUE, de fecha 28 de febrero de 2018, *Hubertus John y Freie Hansestadt Bremen,* C46/17[71].

Sintetizando, el tratamiento desigual de los trabajadores situados en la edad de jubilación debe de residir en una política de empleo que supere la "triple comprobación sobre la objetividad,

[64] En el mismo sentido, SSTJUE de 5 de marzo de 2009, *Age Concern England,* C-388/07*;* y de 18 de junio de 2009, *Hütter*, C-88/08.

[65] TOMÁS JIMÉNEZ, N.: *op. cit.*, págs. 256-257.

[66] Vid., STJUE de 12 de enero de 2010, *Petersen,* C-341/08, donde se indicó que la Directiva 200/78 "se opone a una medida nacional … que establece un límite de edad máxima para el ejercicio de la profesión de dentista concertado (de 68 años), cuando dicha medida tiene la única finalidad de proteger la salud de los pacientes contra la disminución de las facultades de los referidos dentistas a partir de la citada edad, puesto que ese mismo límite de edad no se aplica a los dentistas no concertados".

[67] Doctrina reiterada por la sentencia del TJUE, de fecha 28 de febrero de 2018, Asunto *Hubertus John y Freie Hansestadt Bremen,* C46/17.

[68] MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: "La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* Nº 191, 2016, pág. 151-152.

[69] Son también numerosas las sentencias del TJUE que analizan la inclusión de la jubilación forzosa vía ley en el sector público de manera positiva, *v.gr.:* STJUE de 18 de noviembre de 2010, *Georgiev*, asuntos acumulados 250/09 y 268/09; STJUE de 21 de julio de 2011, *Fuchs,* asuntos acumulados C-159/10 y C-160/10.

[70] MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: *op. cit.*, págs. 4 y 5.

[71] *Ibidem*, pág. 17 y 18.

razonabilidad y proporcionalidad de las desigualdades"[72], además, de garantizarse el acceso a la pensión de jubilación, pues de lo contrario, se calificaría esta extinción del contrato como despido nulo[73]. Tampoco puede suponer una falta de concreción o de mínima enumeración de las medidas en el convenio colectivo, esto es, una exposición vaga o global de política de empleo en la empresa[74], que aumente excesivamente los poderes del empresario[75], en el marco de una extinción por voluntad unilateral del empresario gratuita o subvencionada, como mecanismo de reestructuración empresarial, y sin vinculación a una política de empleo clara, razonable, objetiva y proporcionada. Aunque también existe el riesgo de que en virtud de la fórmula "cláusulas que posibiliten", contenida en la regulación legal, esto pueda suponer que el empresario decidiera a quien despedir y a quien no, habiendo supuestos claros de discriminación por razón de edad, incluso para quien se quiere echar, sin tener que abonar la indemnización[76].

Sin embargo, también es cierto que la jurisprudencia nacional[77] y comunitaria[78] ha determinado que, más allá de la justificación en objetivos de política de empleo, para determinados sectores (*v.gr.*: de los controladores o pilotos aéreos), la extinción del contrato de trabajo se encuentra justificada por factores objetivos, como pueden ser la seguridad y el orden público. Esto entraría en perfecta sintonía con lo establecido en los arts. 2.5 y 4.1 de la Directiva 200/78/CE.

En definitiva, la jubilación deja de ser un derecho o facultad del trabajador, "una opción libre de éste, y adquiere, como en otros supuestos extintivos, un cierto carácter de instrumento empresarial, y en una dimensión colectiva, de instrumento para el sistema económico y para el mercado de trabajo"[79].

5. ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES PÚBLICAS *VERSUS* EXPULSIÓN DE LOS TRABAJADORES MAYORES

El envejecimiento activo ha sido definido por la OMS como un proceso de optimización de oportunidades, estructurado en cuatro pilares básicos: salud, participación, seguridad y aprendizaje continuo. En otras palabras, lo que se pretende es aumentar los estándares de calidad de las personas en general a medida que envejecen, y para ello, se tienen que tomar una serie de medidas, que van desde la promoción de hábitos saludables, la integración sociolaboral de los mayores, la garantía de una serie de prestaciones, la erradicación de su estigmatización, el aprovechamiento de sus conocimientos, fomentar su readaptación a un mundo cambiante, etc[80].

Esta preocupación por la integración de las personas mayores en la sociedad para que contribuyan a su desarrollo, es más acusada tras el denominado "envejecimiento poblacional" que afecta al Mundo Occidental, y en especial, a la Unión Europea, y dentro de esta, a España. Sus factores principales son, no solo un aumento de la esperanza de vida, que en España se sitúa en

[72] *Ibidem,* pág. 15.

[73] Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 409/2016 de 11 May. 2016, Rec. 2530/2014, aunque esto entra en contradicción con otras sentencias del mismo tribunal que han determinado el despido como improcedente, v.gr.: STS 2 de febrero de 2016 (rec. 1624/2014), SSTS 9 de marzo de 2015 (rec. 651/2014), 28 de abril de 2016 (rec. 3062/2014) o 4 de mayo de 2017 (rec. 2238/2015).

[74] Lo que suele ocurrir en la realidad, pues los convenios colectivos se limitan a reproducir el tenor literal RD-Ley 28/2018, así como no prevén medidas específicas que se amolden a las circunstancias propias de un determinado sector, provincia o empresa, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: *op. cit.*, pág. 234.

[75] CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: *op. cit.*, pág. 214 y 215.

[76] FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *op. cit.*, pág. 252.

[77] Entre otras, la STS 767/2020 de 21 de febrero, donde se recogen las SSTS 18 febrero 2010 (rec. 787/2009); 3 mayo 2011 (rec. 3594/2010); 22 febrero 2017 (rec. 138/2016).

[78] *Vid.,* SSTJUE 5 de julio de 2017, *Fries*, C-190/16 y de 7 de noviembre de 2019, *Cafaro,* C-396/18.

[79] RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo", *Relaciones Laborales*, Nº 13, Sección Editorial, Quincena del 8 al 23 Jul. 2008, pág. 6, también disponible en www.laleydigital ref. 28467/2008.

[80] Para un tratamiento amplio y técnico, *vid.,* VVAA: *Envejecimiento activo y vida laboral,* MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019, *passim.*

torno a 80 años para los hombres y 85 años para las mujeres, con previsiones de aumento[81], sino una disminución de la natalidad[82], que hace que hablemos de una pirámide poblacional envejecida, pues según proyecciones del INE, para 2033la población de 65 y más años supondría el 25,2% del total de la población, alcanzando la tasa de dependencia el 40%, frente al 30% actual. Sin embargo, este problema será más grave, pues previsiblemente para 2066 se espera un porcentaje de población de 65 años y más del 34,6%[83], representando más de un tercio del total de la población española.

Teniendo en cuenta estos datos, no es cuestión baladí preocuparse por la sostenibilidad del sistema de pensiones público español, pues progresivamente habrá menos personas en edad de trabajar *estricto sensu*, con la consiguiente reducción de las cotizaciones a este sistema, cuestión que queda agravada con el sistema precario implantado tras la crisis donde los salarios se han reducido, y con ello, la contribución media, aunque no habrá que olvidarse de otro factor, como es el retraso en la incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo[84].

Por ende, en este línea, tanto para garantizar el envejecimiento activo, como en mi opinión, más bien, garantizar el sistema de pensiones, es decir, favorecer que haya más trabajadores contribuyendo al sistema, la UE ha tomado cartas en el asunto y lleva estableciendo una política de integración de las personas mayores desde el año 2000, con la cumbre de Lisboa, pudiendo destacar, el Libro Verde de la Comisión Europea "en pos de unos Sistemas de Pensiones Europeos Adecuados Sostenibles y Seguros" (COM(2010)365 final, de 7 de julio de 2010), el Libro Blanco de la Comisión Europea: "Ayuda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles" (COM (2012) 55 final, de 16 de febrero de 2012), la Decisión Nº 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2011 sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional (2012), y en general, la Estrategia Europea 2020 para el Empleo, donde se prevé un aumento de la vida laboral como mecanismo de integración y sostenibilidad de pensiones[85].

Siguiendo las directrices europeas, España aplicó estas orientaciones en mayor medida en el Pacto de Toledo y en la Ley 27/2011 (LAAMSS), donde se recoge un régimen transitorio con el objetivo de retrasar la edad de jubilación hasta los 67 o 65 años si se han cotizado 38 años y 6 meses. Sin embargo, en el marco de políticas de empleo activas el tratamiento ha sido deficitario[86], destacando en materia de Seguridad Social, tanto la exención de cotización por contingencias comunes para el empresario y trabajador que tenga 65 o 67 años, dependiendo de su cotización, con contrato indefinido (artículo 152 TRLGSS), como la promoción de la jubilación postergada (210.2 TRLGSS) u otras, destacando la modalidad de jubilación activa.

Pero, a pesar de todo lo anterior, el legislador ha vuelto a introducir en el ordenamiento jurídico español las cláusulas convencionales de jubilación forzosa, aspecto que entra en chocante contradicción con lo establecido en las instancias europeas para la sostenibilidad de las pensiones, pues a pesar de que la integración laboral del trabajador mayor no sea la panacea en este asunto[87], sí que es una medida más que ayuda a la sostenibilidad del sistema, siempre que la decisión de alargar la vida laboral más allá de la edad legal permanezca voluntaria y no impuesta.

En este sentido, los argumentos esgrimidos en esta ocasión han versado sobre la necesidad de "medidas inmediatas para reducir la brecha generacional en relación con el empleo y la asimetría

[81] *Nota de prensa: Proyecciones de Población 2018-2068,* Instituto Nacional de Estadística, 10 de octubre de 2018. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/pp_2018_2068.pdf

[82] *Ídem.*

[83] *Nota de prensa: Proyecciones de Población 2016-2066,* Instituto Nacional de Estadística, 20 de octubre de 2016. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/np994.pdf

[84] En este sentido, véase ampliamente MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas,* Madrid, Tecnos, 2014.

[85] CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: *op. cit.*, 2019, pág. 216.

[86] LÓPEZ INSUA, B.: *op. cit.*, pág. 86.

[87] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Repensar críticamente el modelo…", *op. cit.*, pág. 85.

entre España y los países de nuestro entorno"[88] tras la acusada tasa de desempleo juvenil. Sin embargo, una vez más se vuelve resaltar que no hay evidencias empíricas de que esta medida pretenda favorecer la integración del joven trabajador[89], y más aún, tras la ambigüedad de la disposición, e incluso de las cláusulas convencionales, pues la fórmula "cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo", hace que se puedan tomar medidas que no tengan que ver con introducir jóvenes trabajadores en la empresa, tal y como se ha explicitado con anterioridad.

Además, si las cláusulas convencionales se utilizaran para contratación de nuevos trabajadores jóvenes, también se vería la Seguridad Social perjudicada doblemente, no solo por la expulsión de trabajadores que quieren seguir trabajando, pasando a ser pasivos del sistema, sino porque el empresario puede aprovechar esta oportunidad para contratar mano de obra joven, que por desgracia, tiene que sufrir unas condicionales laborales más precarias[90], donde los sueltos son más reducidos, por lo que la cotización media también descendería[91].

Y digo "expulsión", porque a pesar de que el trabajador jubilado forzosamente podría desempeñar nueva actividad fuera de la empresa, si así lo quisiera, a través de la figura de la jubilación flexible o activa, la escasa integración de este colectivo, lo dificulta[92].

En suma, la contradicción no acaba aquí, pues venimos asistiendo en los últimos años a expulsiones del mercado de trabajo prematuras a través de la anticipación de la jubilación, ya sea por las conocidas como prejubilaciones o por el uso fraudulento y abusivo por parte del empresario de las jubilaciones anticipadas y parcial, acumulando todas las jornadas al comienzo, desincentivando que el trabajador siga su carrera laboral y propiciando que se una a la situación de jubilado con anterioridad[93].

Lo cual nos lleva a la siguiente cuestión: ¿cómo se puede asegurar una pensión de jubilación, adecuada, segura, y sostenible, si se facilita no solo la terminación de la vida laboral a la edad de 65 años, sino, además, con anterioridad, a través de las facultades de reestructuración empresarial del empresario?

Podríamos decir que hay un cambio de paradigma, la pensión de jubilación ya no protege al colectivo de los ancianos sino a los trabajadores mayores, por lo que el sistema ternario por el que se organizaba la Seguridad Social ha mutado, convirtiéndose en un sistema cuaternario, donde se observan cuatro colectivos: los que no están en edad de trabajar o no han accedido, los que trabajan, los trabajadores mayores que aún en edad o capacidad y voluntad de trabajar reciben la pensión, y el colectivo de la vejez que verdaderamente tiene otras necesidades de atención y cuidado, siendo este al que originariamente estaba destinado la pensión[94].

6. CONCLUSIONES

El tratamiento legislativo de la jubilación forzosa, tal y como hemos podido observar, no ha sido ni el adecuado ni el necesario, no solo porque se ha utilizado como un instrumento de política de empleo para influir sobre los aspectos económicos más que en los sociales, anteponiendo los

[88] Exposición de Motivos VI Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre.

[89] FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *op. cit.*, pág. 251.

[90] LÓPEZ INSUA, B.: *op. cit.*, págs. 78 y 79.

[91] Llama la atención el convenio colectivo de Telefónica donde por cada jubilado forzosamente se contratan a dos nuevos empleados, uno de ellos menor de 35 años.

[92] Es por ello que tenemos la tasa de actividad más baja de Europa para los mayores de 65 años, *Vid.,* MALDONADO MOLINA, J.A.: "Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral", en VVAA: *Envejecimiento activo y vida laboral,* MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019, págs. 517-550.

[93] MONEREO PÉREZ, J.L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración,* nº Extra 1, 2010, págs. 159-217 y LÓPEZ INSUA, B.: *op. cit.*, págs. 93-96.

[94] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante", *RMTS,* Número extraordinario (2008), *passim.*

primeros a los segundos, sino porque muchas veces ha sido objeto de intereses partidistas, más allá del consenso que esta institución necesita.

La jubilación, conquista de los trabajadores desde que se consiguiera el retiro obrero, supone el *derecho a descansar después de una larga vida de trabajo*, y, por tanto, esta inclusión de su obligatoriedad, debemos de indicar y resaltar una vez más, que no es inherente a ella, sino ajena. Y más aún, cuando no hay evidencias empíricas de que la jubilación de un trabajador suponga la contratación de otro, y más aún, de un trabajador nuevo y joven, aspecto que ni siquiera juega a favor de la implantación de esta medida como contraprestación al recorte del derecho.

Es así, que se recogen una serie de aspectos críticos por los que, en mi opinión, la jubilación forzosa, debería de ser revisada y parcialmente derogada, pero eso sí, con vocación de permanencia a través de un amplio consenso político, el cual podría ser conseguido en un nuevo Pacto de Toledo. Esta motivación girará, como se ha desprendido de mi exposición, en torno a tres pivotes: la discriminación por razón de edad, el conocido como envejecimiento activo y la sostenibilidad del sistema de pensiones, los cuales unos tendrán mayor incisión que otros.

Por tanto, partiendo de la premisa de que el funcionamiento del mercado de trabajo es complejo, y no se equilibra por la salida de unos y la entrada de otros, este *rejuvenecimiento* de la jubilación forzosa, valga la redundancia, supone una discriminación por razón de edad, no solo porque se desvirtúe el derecho a la jubilación, sino porque esta figura puede suponer un mecanismo más en manos del empresario para ordenar su actividad, atendiendo a justificaciones vagas e inconcretas de política de empleo en el convenio colectivo. De este modo, estaríamos hablando de un nuevo mecanismo de reestructuración empresarial, sin causa y sin contraprestación indemnizatoria, que aumentaría la flexibilidad en la empresa, o si se quiere, una subvención o abaratamiento del despido por el que la Seguridad Social, pasaría a recoger a unos trabajadores que aun estando en posición de trabajar se adhieren a la pensión de jubilación.

No debemos de olvidar, que el empresario ya dispone y disponía de mecanismos para reestructurar su empresa, ya fuera mediante despido colectivo u objetivo por causas empresariales, o concretamente, por ineptitud sobrevenida del trabajador (artículo 52.a) ET)[95], siendo lo más frecuente, aunque también podía acudir, si se encadenaban bajas por incapacidad temporal por enfermedad común, de forma continuada, y como consecuencia de la pérdida de capacidades, al ya derogado despido por faltas justificadas, letra d)[96].

Además, la utilización de la jubilación forzosa en convenio colectivo, aunque ahora es incipiente, podría ser mayor tras el nuevo panorama que acecha, como es el de la Industria 4.0., en donde el riesgo de que las personas llegadas a una cierta edad sean consideradas inservibles por no adaptarse a la tecnología, podría propiciar la negociación de estas cláusulas en las empresas, hecho que aumentaría considerablemente la estigmatización de este colectivo, además de ir en contra de lo que se considera envejecimiento activo[97].

Sin embargo, aunque la derogación parcial de la jubilación forzosa no tenga mucha incidencia en la sostenibilidad de las pensiones públicas, pues no serían muchos los que optaran por seguir trabajando con la regulación actual, esto es, la garantía del 100% de su base reguladora, ello no justifica, en mi opinión, su permanencia. Esto es, aun cuando la supresión de la jubilación forzosa no sea el antídoto único que nuestro sistema de pensiones necesita, sí que ayuda que los trabajadores en edad de jubilación, por pocos que sean y que quieran seguir trabajando por encontrarse en plenas facultades lo hagan, pues así tanto se mantiene un cotizante como se ahorra

[95] *Vid.,* MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales: estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017.

[96] GALA DURÁN, C.: *op. cit.*, pág. 100.

[97] En este sentido, *vid.,* Convenio colectivo de Telefónica donde se indica que: "el sector de las telecomunicaciones se ha visto afectado en los últimos años por procesos relevantes tales como la convergencia, o el más reciente de la disrupción digital y la inteligencia artificial" para justificar la jubilación forzosa.

una pensión las arcas de la Seguridad Social. Aspecto que no se produciría con la jubilación forzosa, y más aún, si se amortiza el puesto de trabajo, pues la Seguridad Social gana un pasivo y pierde un activo.

De este modo, el camino a seguir será el fomento de la jubilación voluntaria, que no será la obligación de trabajar más, sino que la jubilación forme parte, como ya lo hizo en sus inicios, del haz de derechos que el trabajador posea, concretamente para organizar o programar su jubilación como mejor convenga, pudiendo elegir entre la jubilación si considera que ya ha terminado su vida laboral y quiere el descanso; o bien, si considera que quiere seguir trabajando para mejorar su integración sociolaboral y económica, pueda decantarse por la jubilación postergada, o acudir a las modalidades de jubilación parcial (la cual es negada en la jubilación forzosa), flexible o activa.

Se debe acabar con la visión de la "estandarización y cronologización estricta de los ciclos vitales"[98], pues no debemos de olvidar el uso también de las prejubilaciones y jubilaciones anticipadas, en las que el trabajador en edad de jubilación o próximo a la edad, se ve como un trabajador obsoleto, desactualizado, incluso, como un estorbo, y, por tanto, es el primer trabajador del que se prescinde en una reestructuración empresarial.

El legislador debe de focalizar sus esfuerzos en promover la denominada "gestión de la diversidad generacional"[99] en la empresa, pues se debe de revitalizar el papel del trabajador más experimentado en la misma, no solo con políticas de formación constantes, sino con programas de *mentoring* o *coaching* que hagan posible la integración de los más jóvenes en la empresa, sin renunciar a la mano de obra más longeva, la cual pasaría a desarrollar otro tipo de rol.

Dicho todo lo anterior, ello no empece a que, en virtud de la derogación parcial defendida, se mantenga la jubilación forzosa en aquellos sectores o actividades que por motivos de seguridad y orden público sea necesario el establecimiento de una edad máxima de trabajo (*v.gr.:* sector de la construcción o del transporte).

Aunque también sería necesario tener en cuenta el problema del "uso fraudulento del alargamiento de la vida laboral" si se estima la derogación parcial. Es decir, aquellas situaciones en las que los grupos profesionales superiores, que ya no reúnen los requisitos físicos o psíquicos del puesto de trabajo, no quieren acceder a la pensión de jubilación para no ver mermadas sus rentas considerablemente y/o percibir la cuantiosa indemnización por el despido. En este sentido, será necesario reflexionar y discutir una solución, proponiéndose aquí una exención o limitación a la cuantía de la indemnización del despido objetivo por ineptitud sobrevenida, siempre y cuando, la causa quede acreditada, se ostente el 100% de la base reguladora, y el trabajador tenga la edad de 68 años. Si bien es cierto que la acreditación de la causa podría generar también situaciones de estigmatización o discriminación en la empresa.

Como alternativa, pues, si no se estima la derogación parcial, debería de endurecerse aún más la medida, posibilitándola solo en caso de efectiva contratación de nuevos trabajadores, sin que haya una amortización del puesto de trabajo en ningún caso; además de aumentar la edad para jubilar forzosamente, como mínimo a los 68, en línea con las políticas de envejecimiento activo, más allá de la edad legal de jubilación. Asimismo, en el caso de que no se respetaran estas exigencias, el despido debería de calificarse de nulo, pues supondría un despido por razón de edad discriminatorio, contrario al artículo 14 CE y 17 ET.

[98] LÓPEZ INSUA, B.: *op. cit.*, pág. 77.
[99] CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: *op. cit.*, págs. 216 y 217.

7. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: "Extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad legal de jubilación", en VVAA: *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019: estudio sistemático del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y normas concordantes,* MONEREO PÉREZ, J.L., Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), ORTIZ CASTILLO, F. (Coord.), Murcia, Laborum, 2019.

ALZAGA RUIZ, I.: "Jubilación forzosa pactada en convenio: el respeto de las situaciones jurídicas que han alcanzado firmeza con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/2005, de 1 de julio", *Aranzadi Social,* 2006, tomo I.

ARUFE VARELA, A.: "Prolongación de la edad y elección del momento de la jubilación. Sus efectos sobre el trabajo. Realidades y fantasías", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2019.

BARRIOS BAUDOR, G.L.: "El regreso de la jubilación forzosa"*, Revista Aranzadi Doctrinal,* Nº3, 2019, pág. 4, disponible en www.aranzadidigital.es ref. BIB 2019\1469.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Ley 3/2012, jubilación forzosa y extinción del contrato: ¿un 'término' en un contrato indefinido", *Relaciones Laborales*, Nº 4, Sección Cuestiones prácticas, Abril 2013, Año 29.

CHARRO BAENA, P. Y GUERRERO JAREÑO, R.: "La jubilación forzosa y la gestión de la diversidad generacional en la empresa: ¿dos conceptos antagónicos?", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo II, Murcia, Laborum, 2019.

DURÁN LÓPEZ, F.: "Vuelve la jubilación forzosa", *Newsletter laboral Garrigues,* enero 2019.

FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: "La protección social complementaria de la jubilación: las pensiones privadas", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo II, Murcia, Laborum, 2019.

FERNÁNDEZ COSTALES, J.: "La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador", en VVAA: *La extinción del contrato de trabajo,* SEMPERE NAVARRO, A.V., Y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coords.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011.

Fernández Martínez, S.: "La vuelta de las cláusulas de jubilación forzosa a los convenios colectivos", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* Ortiz Castillo, F. (Ed.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2019.

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: "La jubilación forzosa como causa extintiva de la prestación de servicios. El perpetuo viaje de ida y vuelta en el devenir del instituto jurídico guadianesco por excelencia de la seguridad social y la negociación colectiva", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2019.

GALA DURÁN, C.: "La reforma de la pensión de jubilación en las leyes 27/2011 y 3/2012: avances hacia un nuevo modelo", *Revista Internacional de Organizaciones,* Nº8, 2012.

GUINDO MORALES, S., "Normas europeas en materia de ocupación y protección social en relación con el ámbito local", en, VVAA.: *Las políticas de empleo en el ámbito local: Especial atención a colectivos desfavorecidos: Jóvenes, mayores y discapacitados,* ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (Dir.) y VILA TIERNO, F. (Ed.) et al, Málaga, AMEIS, 2017.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: "La jubilación forzosa pactada en convenio colectivo: la política de empleo como límite a la disponibilidad colectiva de derechos individuales del trabajador (comentario a la STS de 14 de julio de 2000)", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 2000.

LÓPEZ INSUA, B.: "La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones", *e-Revista Internacional de la Protección Social,* Vol. III, Nº1, 2018.

MALDONADO MOLINA, J.A.: "Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral", en VVAA: *Envejecimiento activo y vida laboral,* MONEREO PÉREZ, J.L. Y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: "La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* Nº 191, 2016.

MELLA MÉNDEZ, L.: "La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador: Notas sobre su naturaleza jurídica", en VVAA.: *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación,* LÓPEZ CUMBRE, L. (Coord.), Madrid, Iustel, 2007.

MOLINA NAVARRETE, C.: "A vueltas con las «cláusulas de jubilación forzosa»: nuevos capítulos para una ¿«historia interminable»?", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 1, 2007.

MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas,* Madrid, Tecnos, 2014.

MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: "La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad", *LA LEY Unión Europea*, Nº 58, abril 2018, Editorial Wolters Kluwer.

MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema pensiones y en la "jubilación forzosa"", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Nº 18, 2019.

MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A.: "Igualdad y no discriminación por razón de edad y derechos de los mayores", en *El sistema Universal de los Derechos Humanos,* MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.), Granada, Comares, 2014.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante", *RMTS,* Número extraordinario (2008).

MONEREO PÉREZ, J.L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración,* nº Extra 1, 2010.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Las reformas de las pensiones. Un análisis global del proceso reformista", en VVAA.: *La pensión de Jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma,* MONEREO PÉREZ, J.L. Y LÓPEZ CUMBRE, L. (Dirs.), MALDONADO MOLINA, J.A. Y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2019.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales: estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017.

PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: "Las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa", *Relaciones Laborales,* Nº 11, Sección Doctrina, Quincena del 8 al 23 Jun. 2004, Año XX, La Ley.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo", *Relaciones Laborales*, Nº 13, Sección Editorial, Quincena del 8 al 23 Jul. 2008.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo", *Relaciones Laborales*, Nº 13, Sección Editorial, Quincena del 8 al 23 Jul. 2008.

SEMPERE NAVARRO, A.V., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., y GÓMEZ CABALLERO, P.: *Apuntes sobre la Jubilación Forzosa,* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: "¿Valen las jubilaciones forzosas al amparo de convenios negociados entre 2001 y 2005?", *Repertorio de Jurisprudencia*, Nº23, 2007.

TOMÁS JIMÉNEZ, N.: "La jubilación forzosa y su evolución legislativa", en VVAA.: *La edad de jubilación,* MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2011.

VVAA: *Envejecimiento activo y vida laboral,* MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019.

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

Poligamia y pensión de viudedad. Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de diciembre de 2019

Polygamy and widow's pension. Judgment of the Supreme Court (Contentious-Administrative Chamber) of 17 December 2019

PILAR CHARRO BAENA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos
https://orcid.org/0000-0003-3665-9694

SERGIO GONZÁLEZ GARCÍA
Profesor Ayudante Doctor
Universidad Rey Juan Carlos
https://orcid.org/0000-0002-2359-9656

Cita sugerida: CHARRO BAENA, P. y GONZÁLEZ GARCÍA, S. "Poligamia y pensión de viudedad. Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de diciembre de 2019". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 26 (2021): 115-124.

Resumen

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo reconoce el derecho a cobrar la pensión de viudedad a las dos esposas de un ciudadano marroquí, polígamo, que sirvió para el ejército español en el Sáhara, y que percibía una paga con cargo al Estado español, al amparo de lo dispuesto en el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979. En cuanto al reparto de la prestación, se establece que la pensión debe distribuirse a partes iguales entre las dos viudas. Nuestro más Alto Tribunal despeja las dudas que existían hasta la fecha. Aunque la poligamia resulta contraria al orden público español, cuando el Estado suscribe un convenio internacional con otro país donde se reconocen efectos a dicho matrimonio hay que estar a lo dispuesto en el mismo.

Palabras clave

poligamia; pensión de viudedad; igualdad y Seguridad Social

Abstract

The Contentious-Administrative Chamber of the Supreme Court recognises the right to collect a widow's pension of both wives of a polygamous Moroccan citizen who served for the Spanish army in the Sahara, and who received a payment from the Spanish State, under the provisions of article 23 of the Agreement on Social Security between Spain and Morocco, of 8 November 1979. In terms of the distribution of the pension, it is established that the pension must be distributed equally between the two widows. Our highest Court has cleared up the doubts that existed to date. Although polygamy is against Spanish law, when the State signs an international agreement with another country where such a marriage is recognised, their provisions must be complied with.

Keywords

polygamy; widow's pension; equality and Social Security

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

El 18 de enero de 2012 falleció un soldado de las fuerzas especiales del ejército español, en particular, de la Compañía de Ingenieros del gobierno General del Sáhara, Grupo de Tiradores, que se encontraba en situación de «retirado» y que hasta ese momento había estado percibiendo una pensión de la Pagaduría de Pensionistas Saharauis de Las Palmas. El causante contaba con dos esposas, pero solo una de ellas pudo acceder a la correspondiente pensión viudedad. La viuda que no resultó beneficiaria reclamó en vía administrativa y, ante la negativa del Ministerio de Defensa, decidió acudir a la vía judicial.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio del recurso de alzada presentado contra la referida resolución del Ministerio de Defensa de 20 de junio de 2014, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de

Fecha Recepción: 18-5-2020 – Fecha Revisión: 20-5-2020 – Fecha Aceptación: 22-5-2020
Pags. 115-124

Justicia de Madrid de 2 de marzo de 2017 (Rec. 874/2015) dictó sentencia desestimatoria señalando, entra otras cuestiones, que las situaciones de bigamia no se encuentran recogidas en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que resultan incompatibles con la legislación española y repugnan al orden público español, límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero. Como argumento de refuerzo se indica que RDLeg. 670/1987 de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, no contempla la pensión de viudedad para este tipo de supuestos, puesto que su artículo 38 hace referencia al «cónyuge», en singular.

El posterior recurso de casación ante el Tribunal Supremo presentado por la segunda esposa del fallecido contra la referida sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se consideró de interés casacional por auto de 8 de enero de 2018 (Rec. 2679/2017), como ya sucediera en el auto de 21 de marzo de 2017 (Rec. 8/2017), con respecto a las siguientes cuestiones: 1) «Si la constatación de una situación de poligamia impide, por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado, regulado por RDLeg. 670/1987, de 30 de abril, a favor de todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español»; 2) «Si el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979,resulta aplicable a efectos de ampliar o extender la condición de beneficiarias de pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas, en una situación de poligamia, con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español»; y 3) «En caso afirmativo, cuál ha de ser el criterio para el cálculo del importe de la pensión de viudedad correspondiente a las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante».

En el momento en el que se presenta el escrito de interposición ya existía un pronunciamiento análogo, y con idénticas cuestiones de interés casacional, favorable a los intereses de la segunda viuda, por lo que la recurrente tenía todo a su favor.

En efecto, la STS de 24 de enero de 2018 (Rec. 98/2017), reconoce el derecho a la percepción de la pensión de viudedad generada por un soldado de origen marroquí, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente a su fallecimiento, y calculándose su importe partiendo de que la pensión se distribuye por parte iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante. Asimismo, declara su derecho al cobro de los haberes dejados de percibir desde esa fecha y hasta la efectiva percepción de la pensión que se le reconoce, más los intereses legales que procedan desde la presentación de la solicitud y hasta su efectivo pago. Recuerda la Sala que el artículo 96 de la Constitución española establece que «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». El Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979 y en vigor desde 1 de octubre de 1982 (modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 27 de enero de 1998), dispone en el artículo 23 que: «La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación». A la luz de este precepto, extiende la condición de beneficiarias de pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante.

El escrito de oposición se apoyó en los dos votos particulares de la STS de 24 de enero de 2018 (Rec. 98/2017) y en la doctrina anterior de la Sala que afirma que la situación de bigamia es contraria al orden público por resultar lesiva para los derechos fundamentales de las personas, implicando la sumisión de la mujer al varón [SSTS de 4 de julio de 2011 (Rec. 5031/2008), 26 de febrero de 2010 (Rec. 5507/2006), 6 de junio de 2012 (Rec. 5247/2011) y 14 de diciembre de 2017 (Rec. 1178/2016)].Recuerda que el artículo 12.3 del Código Civil español establece que «En ningún caso tendrá aplicación la Ley extranjera cuando resulta contraria al orden público». De hecho, ascendiendo al orden público internacional, se señala la incompatibilidad de la poligamia con el

«conjunto de principios esenciales en los que se funda la convivencia y que resultan absolutamente indispensables». La poligamia supone «una infracción manifiesta del principio de igualdad y más concretamente de la igualdad entre la mujer y el varón, al suponer la sumisión de las mujeres al varón». Más allá de su carácter delictivo en el ámbito nacional (artículo 217 del Código Penal), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en su de 13 de febrero de 2003 (caso Refch Partisi y otros contra Turquía) que esta forma de unión constituye una discriminación basada en el sexo de los interesados.

La decisión final de la Sala se alinea con el fallo de 24 de enero de 2018 (Rec. 98/2017) y, después de reconocer que la poligamia resulta contraria al orden público, esto es, a los «principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social de un país y que inspiran su ordenamiento jurídico», entiende que el estado español, como sujeto de derecho internacional, ha admitido un determinado efecto al matrimonio polígamo en el artículo 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979, al disponer que «La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación». El orden público internacional actuaría con una doble intensidad, según los casos: absoluta, si el matrimonio se pretende celebrarlo en España, y atenuada[1], si el matrimonio se celebrase en el extranjero, dando entrada a los efectos denominados «periféricos» porque no producen un daño sustancial a la sociedad ni perjudican a ningún particular[2].

La Sentencia no aplica directamente el artículo 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos al régimen de clases pasivas del Estado, pues el régimen especial de la Seguridad Social al que están sometidos no se incluye en el ámbito de aplicación del referido Convenio, si no que aquél artículo convencional lo utiliza como criterio de interpretación válido del artículo 38 del RDLeg. 670/1987cuando anuda el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad al hecho de ser «cónyuge supérstite» del causante. Esta interpretación le lleva a concluir que las sucesivas esposas del trabajador marroquí causante de la pensión puedan ser en España beneficiarias de esa pensión generada por el esposo polígamo y siempre que fuesen beneficiarias de dicha prestación según la propia legislación marroquí.

2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo considera que la poligamia es contraria al orden público español. El análisis de la aplicación de la cláusula de orden público del artículo 12.3 del código civil atiende «al sistema de valores reconocidos en la Constitución Española (STC 43/1986, de 15 de abril), a las previsiones de Tratados Internacionales que formen parte de nuestro ordenamiento jurídico por la dispuesto en el artículo 96 de nuestra Norma Fundamental y, además, por remisión de su artículo 10.2 de la Constitución Española, pudiendo estar en juego el sistema de derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce, éstos deberán ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». El matrimonio polígamo atenta «contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer».

Sin discutir esta primera conclusión, la Sala puntualiza que cuando el propio Estado, como sujeto de derecho internacional –y a pesar de la proscripción del matrimonio polígamo en nuestro ordenamiento jurídico– suscribe un convenio internacional con otro país donde se reconocen efectos

[1] Como acertadamente ha puesto de manifiesto Rodríguez Iniesta, G. «La protección (II). La protección por supervivencia (I»), en *La viudedad en el sistema español de Seguridad Social.* Ediciones Laborum, 2006, Murcia, p. 2011, «Con este mecanismo se logra reconocer efectos a situaciones en principio intolerables para el foro, que no quiere decir que se asuman, sino un mal menor».

[2] SOUTO PRIETO, J. «La poligamia y sus efectos en el ordenamiento jurídico español», en *Derecho Social y Administración Pública.* Escola Galega de Administración Pública. Xunta de Galicia, 2013, p. 150.

a dicho matrimonio, hay que estar a lo dispuesto en el mismo. Por este motivo, se señala, como se ha advertido anteriormente, que el artículo 23 del Convenio de Seguridad Social firmado entre España y Marruecos el 8 de noviembre de 1979, donde se establece que «la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación» ha de servir de pauta de interpretación.

Aunque el artículo 38 del RDLeg. 670/1987 anuda el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad al hecho de ser «cónyuge supérstite» del causante de los derechos pasivos, se opta por una interpretación flexible al amparo del artículo 14 de la Constitución española. La posición jerárquica de la regla prevista en el artículo 23 del Convenio dentro del ordenamiento jurídico español y el reconocimiento que le otorga el artículo 96 de la Constitución española permite que, por vía interpretativa, se amplíe la condición de beneficiarias en el régimen general de clases pasivas del Estado a las mujeres que estuvieran casadas en una situación de poligamia con un hombre que estuviese percibiendo una pensión con cargo al Estado español antes de su fallecimiento siempre que hubiesen sido beneficiarias de la misma conforme a la legislación marroquí[3]. La Sala considera que la situación de poligamia «no impide por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad a favor de todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español». Y como criterio para calcular el importe que corresponde a cada una de las esposas se basa en el artículo 23 del citado Convenio, donde se establece la división de la pensión por partes iguales entre las beneficiarias de acuerdo con la legislación marroquí[4].

La STS de 24 de enero de 2018 (Rec. 98/2017) recogía un voto particular suscrito por los magistrados José Luis Requero y Jorge Rodríguez-Zapata quienes, al igual que el abogado del Estado, se oponían a la concesión de la pensión por ser la poligamia contraria al orden público y defendían la necesidad de realizar una interpretación restrictiva del Convenio razonando que «lo contrario implica reconocer un derecho para quien ha estado unido matrimonialmente no ya bajo una forma matrimonial no reconocida en España, sino que se asienta sobre una base constitutiva de delito por ser contrario al sistema de valores que protege el ordenamiento español». Uno de los argumentos más interesantes que arrojan los referidos votos particulares es el del cambio en la situación social española desde la firma del convenio. El aumento del número de personas procedentes de países de religión musulmana dentro del territorio español nos situaría ante un escenario distinto que justificaría una interpretación respetuosa con la cultura y los valores españoles: «Es necesario posibilitar su integración, lo que es compatible con la idea de que su acogida en España no debe implicar la renuncia a sus costumbres ni a su religión, pero dentro de los límites que marca nuestra cultura y nuestro sistema de valores, lo que tiene su reflejo en el orden público constitucional que protege la dignidad de la mujer»[5].

Aunque la sentencia que constituye el objeto de nuestro análisis no contiene votos particulares como los que se acaban de indicar, es necesario volver sobre el concepto de orden público y, en particular, sobre su relación con la ley y la moral, antes de realizar una valoración jurídica. ¿Acaso no hay uniones poligámicas de carácter informal entre los nacionales españoles? ¿Es posible que el cambio en la moral social esté modificando las reglas y principios de orden público?

[3] Sobre la pensión de viudedad en el ordenamiento jurídico marroquí, véase el muy completo capítulo IV de BURGO GOYE, Mª del C. *La protección social en Marruecos.* Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.

[4] Opción más correcta que la regla del reparto de la cuantía de la pensión en función del tiempo de convivencia, en opinión de LÓPEZ MOSTEIRO, R. «La poligamia y algunas prestaciones de Seguridad Social», en AA.VV. *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. T.II. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Gobierno de Cantabria, 2003, p. 1328.

[5] Vid. el amplio comentario que realiza de esta sentencia BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Pensión de viudedad y bigamia» *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 4 (2018).

3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

El ordenamiento jurídico extranjero puede variar con el paso del tiempo, a veces de forma sustancial, debido a cambios políticos o sociales, sin que ello exija la modificación de los convenios o tratados que se hayan suscrito en el ámbito internacional, ya que dicha legislación solo puede aplicarse cuando no resulte contraria al orden público español (artículo 12.3 del Código Civil). De hecho, y esto es tal vez lo más interesante, nuestro propio ordenamiento jurídico se encuentra en continua evolución. La autonomía privada se sujeta a tres límites que interactúan de forma constante: la ley, la moral y el orden público (artículo 1255 CC).La ley es el resultado de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos –expresada por sus representantes– que, en ausencia de norma imperativa o prohibitiva, deben guiarse por la moral social («el conjunto de las convicciones de ética social imperantes, en un determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad»[6] o, si se prefiere, «lo que ordinariamente practica la generalidad de las personas honestas en una determinada comunidad y en un determinado momento»[7]) y el respeto al orden público (o «principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas»[8]). Las leyes cambian conforme va evolucionando la moral social y las reglas o principios de orden público que rigen en un determinado momento y lugar; y viceversa.

La pensión de viudedad surge en un contexto social y económico distinto del actual, con la finalidad de proteger la situación de necesidad que se producía con motivo de la muerte del cónyuge. La estructura familiar tradicional situaba a la mujer a cargo de las tareas del hogar y atribuía al hombre la función de proveedor de medios materiales y económicos[9], por lo que el fallecimiento de este último dejaba a la viuda en una situación de necesidad. La sociedad actual ha evolucionado en otra dirección. El modelo de familia más extendido en nuestros días es aquel en el que ambos miembros de la pareja aportan ingresos al hogar (sin perjuicio de la existencia de otro tipo de uniones de hecho). La mujer está plenamente integrada en el mercado de trabajo y no depende económicamente de nadie, por lo que la pensión de viudedad se ha convertido en una ayuda económica para todas las familias, con independencia de sus recursos. En este sentido, nuestro propio Tribunal Constitucional ha señalado que «la naturaleza de la pensión de viudedad no funciona como neutralizadora de una situación de necesidad surgida de la muerte del sujeto causante, sino como reparación del daño ocasionado por la minoración de ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad»[10].

La doctrina científica lleva tiempo reivindicando la necesidad de volver a los orígenes de la norma y revisar el fundamento de la pensión de viudedad, de forma que la prestación cubra situaciones reales de dependencia económica o de necesidad y sirva para proteger a quien verdaderamente lo necesite, en función de la capacidad económica o volumen de ingresos, edad, estado de salud, etc.[11]. Y, a la vista de los acontecimientos, puede que haya buenas razones para apoyar este planteamiento.

---

[6] DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción teoría del contrato.* 6ª. Navarra: Thomson Civitas-Aranzadi, 2007, p. 156.

[7] DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica.* 10ª. Vol. I. Madrid: Tecnos, 2001, p. 373.

[8] DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil,* p. 373-374.

[9] VALENCIANO SAL, A. «Una imprescindible reforma en el sistema de pensiones: la pensión de viudedad, su estado de necesidad hacia la dependencia y sus derivados.» *Temas Laborales*, nº 109 (2011), p. 112.

[10] STC 31/1991, de 14 de febrero (Rec. 188/2003).

[11] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. «La pensión de viudedad: nuevas perspectivas.» *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 771 (2009) y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. «La pensión de viudedad entre la contributividad automática y la asistencialidad contributiva. Breve crónica de cómo el tiempo va poniendo -poco a poco- cada cosa en su lugar.» *Justicia Laboral*, nº 41 (2010) p. 13-34.

La pensión de viudedad se ha ido adaptando a los cambios que se han producido dentro de la estructura familiar: con el Mutualismo Laboral, se incluyó por primera vez al hombre como perceptor de la pensión; la Ley 30/1981, de 7 de julio, del Divorcio, posibilitó el acceso a la prestación a las personas separadas y divorciadas; la Ley 13/2005 reconoció jurídicamente los matrimonios del mismo sexo, permitiéndose el acceso a dicha pensión por parte de los mismos[12];y la Ley 40/2007 concedió también la pensión a las parejas de hecho[13]. Sin embargo, todavía no se ha producido el paso del modelo monógamo al modelo polígamo, tradicionalmente vinculado –todo sea dicho– al dominio del hombre sobre «sus mujeres»[14].

El artículo 32 de la Constitución española dispone que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La doctrina del Tribunal Constitucional reconoce el derecho de los cónyuges a contraer matrimonio en régimen de plena igualdad jurídica «regla que supone una manifestación específica del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley» (artículo 14 de la Constitución Española). El propio artículo 45 del Código civil garantiza esta igualdad al establecer que no hay matrimonio sin consentimiento mutuo (nos encontramos ante un derecho de titularidad individual que no puede ejercitarse de forma individual). El Estado español ha asumido la competencia exclusiva para regular los requisitos y la forma del matrimonio(artículo 149.1.8 de la Constitución española) a través del Código civil, norma que desarrolla el mandato del artículo 32 de la Constitución española y permite contraer matrimonio en forma civil o en la forma religiosa legalmente prevista (artículo 49), circunstancia que, a su vez, remite a las leyes que aprobaron los acuerdos con las distintas confesiones religiosas, y, en concreto, a la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Comunidad Islámica de España. El artículo 46 del Código civil configura un modelo familiar que se basa en el matrimonio monógamo (impide contraer matrimonio a los que estén ligados con vínculo matrimonial). Los españoles no pueden celebrar un matrimonio poligámico ni en España ni en el extranjero. El artículo 217 del Código Penal español tipifica como delictivo el matrimonio poligámico al afirmar que el que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

La creciente presencia de ciudadanos pertenecientes a otros países en los que se permite la poligamia supone un desafío para el modelo monógamo español. El régimen matrimonial se rige por la Ley personal de los contrayentes (artículo 9.1 del Código civil), por lo que el extranjero originario de un país en el que se permita la poligamia tiene plena capacidad para contraer un segundo matrimonio, aun estando vigente el primero. El artículo 12.3 del Código Civil impide la aplicación de la ley extranjera cuando esta resulta contraria a los principios y valores fundamentales de la sociedad en la que pretende hacerse valer. Y, en nuestro caso, la concepción española del matrimonio y el respeto constitucional a la dignidad de la mujer son incompatibles con el modelo polígamo marroquí. ¿Cómo se resuelve el conflicto entre el modelo polígamo y el orden público español?

Nuestro más Alto Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los conflictos que genera el modelo polígamo en el orden jurisdiccional social. Aunque no existe un pronunciamiento en Unificación de Doctrina, sí que encontramos dos posiciones bien definidas.

En primer lugar, se defiende una aplicación atenuada –o restrictiva– del orden público y se reconoce la pensión de viudedad dividida por mitad entre las esposas argumentando que, si bien el régimen matrimonial poligámico está proscrito en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 217 del

[12] GUTIÉRREZ PÉREZ, M. «Pensión de viudedad y la nueva Ley de matrimonios homosexuales» *Relaciones Laborales*, nº 3 (2006), p. 13 y ss.

[13] MOLINS GARCÍA-ATENCE, J. «La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social» *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº 6 (2008).

[14] GUTIÉRREZ PÉREZ, M. «La pensión de viudedad frente a las distintas realidades familiares y sociales: poligamia y violencia de género bajo el foco de los últimos pronunciamentos judiciales» *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 210 (2018).

Código Penal), cuando el vínculo con el causante se contrajo de forma legítima de conformidad con la legislación de su país, según las normas personales de los contrayentes y del lugar de su celebración, nos encontramos fuera el marco normativo español. El artículo 49.2 del Código Civil –norma básica del sistema de reconocimiento de los matrimonios extranjeros– no contempla de forma expresa el matrimonio celebrado entre extranjeros ante autoridades extranjeras fuera del territorio español, por lo que se propone integrar la laguna aplicando analógicamente el referido precepto, de forma que el matrimonio puede ser reconocido a los efectos del derecho español si ha sido contraído conforme al ordenamiento donde ocurrió su celebración. De este modo, a pesar de la proscripción en nuestro país de la poligamia y de la excepción de orden público (el artículo 12.3 del Código Civil), se atribuyen efectos jurídicos al vínculo matrimonial –en nuestro país– en el contexto prestacional de Seguridad Social[15]. La aplicación atenuada de la reserva del orden público garantiza de este modo una adecuada protección jurídica y económica de la familia, el reconocimiento de alimentos, derechos sucesorios y la pensión de viudedad a los sucesivos cónyuges[16].

La segunda línea argumental propone una interpretación rígida del orden público y no concede ningún tipo de eficacia a la poligamia. Para ello se apoya en la necesidad de proteger el modelo de familia que conforma la Constitución española; la prohibición de contraer matrimonio a quienes estén ligados con vínculo matrimonial (artículo 46.2 del Código Civil);el reconocimiento constitucional del *ius connubis* (artículo 32 de la Constitución española); la estrecha relación que guardan los requisitos previstos en los artículos 42, 46 y 73 del Código civil con la Constitución española y con los Convenios de Derechos Humanos ratificados por España; el carácter de mínimos del Acuerdo entre el Gobierno español y la Comisión islámica de España de 20 de febrero de 1992, que impide la aplicación de las normas coránicas cuando estas sean contrarias a la Constitución española; la proscripción de la poligamia y de sus efectos como supuesto de orden público en el ámbito penal; y la existencia de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que niegan la celebración del segundo matrimonio sin previamente haberse disuelto el primero. A diferencia de la primera línea argumental, este segundo planteamiento niega efectos jurídicos a un matrimonio perfectamente válido en el extranjero y, con el fin de garantizar la dignidad de la mujer, puede llegar a favorecer su desprotección[17].

El debate parece que se ha resuelto –al menos de forma parcial– en la vía contencioso–administrativa, donde se pone de manifiesto la total repulsa que genera el modelo polígamo al orden público español[18], a la vez que se reconoce la necesidad de respetar los convenios suscritos en el ámbito internacional y proteger los derechos de las viudas de forma proporcional. Es decir, se confrontan dos principios importantes: la excepción de orden público y el deber de proteger a determinadas personas en estado de necesidad. Y, para dar cumplimiento a este último, se reconoce eficacia –en el ámbito material– a una situación que repugna a nuestro ordenamiento

[15] STSJ Galicia 2 abril 2002 (AS 2002, 899), comentada por DE VAL TENA, A. L. «Poligamia y pensión de viudedad , a propósito de la Extensión del concepto de beneficiario. Comentario a la STSJ de Galicia de 2 abril 2002» *Actualidad Laboral*, nº 1 (2003). En la misma línea SSTSJ Andalucía 30 enero 2003 (JUR 2003, 96144) y 18 junio 2015 (rec. 591/2015), si bien en este último pronunciamiento ciertas circunstancias lo hacen singular, pues la esposa con la que había contraído segundas nupcias en España había fallecido años antes de que se produjese el fatal desenlace del trabajador marroquí polígamo, por lo que el debate jurídico se centraba en si la inscripción en el Registro Civil español del primer matrimonio constituye o no un requisito de orden constitutivo.

[16] LEONÉS SALIDO, J. M. «Pensiones de viudedad y modelos familiares» *Diario La Ley*, nº 7453 (2010), p. 8.

[17] DESDENTADO AROCA, E. «Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver y una propuesta de solución» *Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº 228 (2009), p. 24. Exponente de esta línea argumental es la STSJ Cataluña 30 julio 2003 (rec. 2864/2002): «a efectos de la ley española el segundo matrimonio es nulo y por lo tanto quod nullum est ab initio, nullum efectum producet, y por ello no cree la Sala posible convalidar el criterio contenido en la resolución del INSS del reparto del 50% a cada una de las dos mujeres».

[18] PÉREZ VAQUERO, C. «Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad, en España y en la Unión Europea» *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1 (2015), p. 6-7.

jurídico[19].Aunque no se indique de forma expresa, la doctrina judicial parece distinguirla relación de poligamia que une al hombre y a «sus mujeres», contraria al orden público; y la situación de necesidad en la que se pueden encontrar estas últimas cuando fallece el primero, cuya desprotección puede resultar inmoral, contraria a la ley (principio de igualdad) y, en última instancia, afectar al propio orden público español.

El Derecho islámico prohíbe el matrimonio de la mujer con más de un varón. Sin embargo, permite el matrimonio del varón con hasta cuatro esposas a la vez siempre que pueda mantenerlas (aunque la tendencia en la mayor parte de las legislaciones es limitarla e incluso prohibirla, como vimos al principio)[20]. El matrimonio polígamo –tal y como aparece configurado en el modelo islámico– parte de la desigualdad del hombre y la mujer –camuflado en una especie de «falso paternalismo»[21]– y contrasta con los principios y valores de los ordenamientos occidentales y, en particular, con los de nuestro ordenamiento jurídico. La poligamia vulnera los principios fundamentales que inspiran el modelo monógamo español: la igualdad, la libertad y la dignidad de los contrayentes. La existencia de una pluralidad de vínculos matrimoniales simultáneos es incompatible con nuestro orden público, pero «en ocasiones es deseable un efecto atenuado de la reserva del orden público para garantizar una adecuada protección jurídica y económica de la familia, reconocer alimentos, derechos sucesorios, incluso la pensión de viudedad a los sucesivos cónyuges»[22]. Un ejemplo evidente de esta atenuación del orden público en nuestro ordenamiento jurídico es la regulación que la Ley de Extranjería otorga al cónyuge reagrupable, al disponerse en el art. 17.1.a) LO 4/2000, en su redacción vigente que «en ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial [poligamia]». Debe advertirse que esta solución, aunque comprensible desde una perspectiva de política migratoria[23], genera una desigualdad entre las esposas[24], pues condición de cónyuge se otorga, a estos efectos, no a la primera sino a cualquiera de ellas, la que desee el reagrupante.

Ahora bien, como señala la doctrina más autorizada «no es la norma abstracta lo que atenta o se enfrenta de forma absoluta con los principios fundamentales del país, sino el resultado material de la misma»[25]. Dicho con otras palabras, hay que diferenciar la relación jurídica que une a un hombre con sus mujeres (relación polígama) del vínculo material entre estas últimas y el Estado español (relación prestacional). ¿Acaso tiene que responder la mujer víctima de violencia de género por la conducta violenta de su marido?¿No existen reglas específicas que protegen a las mujeres víctimas de violencia de género y reconocen su derecho a acceder a la pensión de viudedad aun cuando estén separadas o divorciadas del sujeto causante?[26].

[19] GARCÍA VALVERDE, M. D. «Mujer musulmana en España. Especial consideración del derecho a la pensión de viudedad» *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 181 (2015).

[20] AZNAR DOMINGO, A. y VALENZUELA MARTÍN, A. «El matrimonio musulmán y su eficacia en España» *Actualidad Civil*, nº 7-8 (2018).

[21] FERNÁNDEZ-CORONADO, A. «Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamenales» *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85 (2009), p.144.

[22] LABACA ZABALA, L. «El matrimonio poligamico islámico y su repercusión en el Derecho Español» *Revista Jurídica de Castilla y León* (Universidad del País Vasco), nº 18 (2009), p. 276.

[23] SOSA MOYA, M. «Comentario al artículo 17», en *Comentarios a la Ley de Extranjería y a su nuevo Reglamento* (Dir. Cavas Martínez, F.). Thonson Reuters/Civitas, 2011, p. 286.

[24] ZABALO ESCUDERO, E. «Comentario al artículo 17», en *Comentarios a la Ley de Extranjería* (Dir. Aguelo Navarro, P.), Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 90.

[25] MAYER, P. «La convention européenne des Droits de l'Homme et l'application des normes étrangéres» *Revista Derecho Internacional Privado*, 1991 p. 651-656.

[26] GUTIÉRREZ PÉREZ, «La pensión de viudedad frente a las distintas realidades familiares y sociales: poligamia y violencia de género bajo el foco de los últimos pronunciamentos judiciales», p. 16.

4. CONCLUSIONES

Las sociedades crean vínculos culturales y actúan conforme a unas costumbres, usos y prácticas determinadas[27]. La ley y el orden público son el resultado de la moral social. Y esta cambia constantemente. No hay que descartar que la sociedad occidental de un paso más en la evolución del modelo de familia y, dentro de unos años, se empiecen a reconocer los derechos de las familias polígamas que conviven en régimen de igualdad. Las relaciones interpersonales son cada vez más líquidas. Podemos llegar a un modelo de familia mixta o múltiple en donde convivan varias personas con sus respectivos hijos comunes. Es difícil saber lo que nos deparará el futuro. De hecho, ni siquiera podemos asegurar que se vaya a mantener la pensión de viudedad dentro del cuadro prestacional de la Seguridad Social.

Las nuevas realidades pueden alterar el paradigma que caracteriza al modelo polígamo (desigualdad y sumisión de la mujer), pero, por el momento, lo único cierto es que, en el contexto actual, cabe diferenciar dos situaciones: la más que posible situación de dominación del hombre sobre sus mujeres, contraria al orden público; y la situación de necesidad en la que se pueden encontrar estas últimas si fallece el primero, cuya desprotección –desde el enfoque social del Estado, *ex* art. 1.1. CE– puede resultar inmoral, contraria a la ley (principio de igualdad) y, en última instancia, afectar al propio orden público español. Desde esta última situación sin desdecirse un ápice de la repulsa que genera la admisión de la poligamia, se comparte que puedan admitirse ciertos efectos.

5. BIBLIOGRAFÍA

AZNAR DOMINGO, A. y VALENZUELA MARTÍN, A. «El matrimonio musulmán y su eficacia en España» *Actualidad Civil*, nº 7-8 (2018).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Pensión de viudedad y bigamia» *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 4 (2018).

BURGO GOYE, Mª del C. La protección social en Marruecos. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.

CERVILLA GARZÓN, M. J. «Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio polígamico en el sistema español de la Seguridad Social» *Cuadernos de Derecho Transnacional* 11, nº 1 (2019): 235-266.

DE VAL TENA, A. L. «Poligamia y pensión de viudedad , a propósito de la Extensión del concepto de beneficiario. Comentario a la STSJ de Galicia de 2 abril 2002» *Actualidad Laboral*, nº 1 (2003).

DESDENTADO AROCA, E. «Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver y una propuesta de solución» *Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº 228 (2009).

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción teoría del contrato.* 6ª. Navarra: Thomson Civitas-Aranzadi, 2007.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica.* 10ª. Vol. I. Madrid: Tecnos, 2001.

FERNÁNDEZ-CORONADO, A. «Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales» *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85 (2009),

GARCÍA VALVERDE, M. D. «Mujer musulmana en España. Especial consideración del derecho a la pensión de viudedad» *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 181 (2015).

[27] LIÑÁN GARCÍA, A. «Los retos del sistema matrimonial español: la poligamia un asunto sin resolver» *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 42 (2016).

GUITÉRREZ PÉREZ, M. «La pensión de viudedad frente a las distintas realidades familiares y sociales: poligamia y violencia de género bajo el foco de los últimos pronunciamentos judiciales» *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 210 (2018).

GUTIÉRREZ PÉREZ, M. «Pensión de viudedad y la nueva Ley de matrimonios homosexuales» *Relaciones Laborales*, nº 3 (2006).

LABACA ZABALA, L. «El matrimonio poligamico islámico y su repercusión en el Derecho Español» *Revista Jurídica de Castilla y León* (Universidad del País Vasco), nº 18 (2009).

LEONÉS SALIDO, J. M. «Pensiones de viudedad y modelos familiares» *Diario La Ley*, nº 7453 (2010).

LIÑÁN GARCÍA, A. «Los retos del sistema matrimonial español: la poligamia un asunto sin resolver» *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 42 (2016).

LÓPEZ MOSTEIRO, R. «La poligamia y algunas prestaciones de Seguridad Social», en AA.VV. *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. T.II. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Gobierno de Cantabria, 2003.

MAYER, P. «La convention européenne des Droits de l'Homme et l'application des normes étrangéres» *Revista Derecho Internacional Privado*, 1991.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. «La pensión de viudedad entre la contributividad automática y la asistencialidad contributiva. Breve crónica de cómo el tiempo va poniendo –poco a poco– cada cosa en su lugar» *Justicia Laboral*, nº 41 (2010).

MOLINS GARCÍA-ATENCE, J. «La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social» *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº 6 (2008).

PÉREZ VAQUERO, C. «Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad, en España y en la Unión Europea» *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1 (2015).

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. «La pensión de viudedad: nuevas perspectivas» *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 771 (2009).

RODRÍGUEZ INIESTA, G. «La protección (II). La protección por supervivencia (I»), en La viudedad en el sistema español de Seguridad Social. Ediciones Laborum, 2006, Murcia

SOSA MOYA, M. «Comentario al artículo 17», en *Comentarios a la Ley de Extranjería y a su nuevo Reglamento*(Dir. Cavas Martínez, F.).Thonson Reuters/Civitas, 2011.

SOUTO PRIETO, J. «La poligamia y sus efectos en el ordenamiento jurídico español», en *Derecho Social y Administración Pública.* Escola Galega de Administración Pública. Xunta de Galicia, 2013.

VALENCIANO SAL, A. «Una imprescindible reforma en el sistema de pensiones: la pensión de viudedad, su estado de necesidad hacia la dependencia y sus derivados» *Temas Laborales*, nº 109 (2011).

ZABALO ESCUDERO, E. «Comentario al artículo 17», en *Comentarios a la Ley de Extranjería* (Dir. Aguelo Navarro, P.), Lex Nova, Valladolid, 2013.

La incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo como artista en espectáculos públicos: cálculo de la pensión indebidamente percibida por los días efectivamente trabajados. Comentario a la STS núm. 773/2020, de 16 de septiembre (JUR 2020, 280023)

The incompatibility of the retirement pension with work as an artist in public performances: calculating the pension unduly received for days actually worked. Comment on Supreme Court Ruling No 773/2020, of 16 September (JUR 2020, 280023)

ÁNGEL LUIS DE VAL TENA *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Zaragoza
https://orcid.org/0000-0003-3276-5983

Cita sugerida: DE VAL TENA, Á.L., "La incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo como artista en espectáculos públicos: cálculo de la pensión indebidamente percibida por los días efectivamente trabajados. Comentario a la STS núm. 773/2020, de 16 de septiembre (JUR 2020, 280023)". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 26 (2021): 125-132.

Resumen

La pensión de jubilación es incompatible con el trabajo del artista, aunque solo sea de manera ocasional. El problema a resolver es si se debe reintegrar únicamente la cantidad correspondiente a los días efectivamente trabajados o también los días considerados cotizados, aunque no se perciba salario o retribución. No debería aplicarse por analogía las reglas sobre cotización a los supuestos de reintegro de prestaciones.

Palabras clave

Artistas; cotizaciones a la Seguridad Social; pensión de jubilación; incompatibilidad con el trabajo; reintegro de la prestación

Abstract

The retirement pension is incompatible with work as an artist, even occasional work. The question is whether to reimburse only for the amount corresponding to the days actually worked or also for days considered as contributions, even if no salary or compensation is received. The rules on contributions should not be applied by analogy to cases of reinstatement of benefits.

Keywords

Artists; Social Security contributions; retirement pension; incompatibility with work; refund of the benefit

1. EL SUPUESTO DE HECHO Y EL *ITER* PROCESAL

El Tribunal Supremo admitió el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), contra la STSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2017(JUR 2018, 33840), que había resuelto el previo recurso de suplicación formulado por el INSS contra la SJS núm. 1 de San Sebastián, de 7 de julio de 2017.

En los hechos probados de la sentencia primera, no modificados, consta que la persona interesada percibía, como beneficiaria, una pensión de jubilación desde el año 2009. Pese a ello, ha trabajado como actriz de manera puntual; en concreto, durante 4 días en el año 2013 y 2 días en el año 2014.

Fecha Recepción: 23-11-2020 – Fecha Revisión: 2-11-2020 – Fecha Aceptación: 24-12-2020
Pags. 125-132

Conocida esta situación, el INSS inició el procedimiento para el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas. Por Resolución de 10 de noviembre de 2016, la Entidad Gestora notificó a la pensionista de jubilación que había comprobado el percibo indebido de su pensión de jubilación, al compatibilizarlo con una actividad laboral, en los siguientes periodos:

-Regularización de artistas del año 2013, efectuada por la TGSS-32 días.

-Regularización de artistas del año 2014, efectuada por la TGSS-16 días.

Por ello, la pensionista de jubilación quedaba obligada a reintegrar el importe de 3.454,27 euros.

Hechas las oportunas alegaciones por parte de la beneficiaria de la pensión de jubilación, el INSS las desestimó por Resolución de 5 de diciembre de 2016, resolviendo indebidas las prestaciones correspondientes a los periodos citados por un importe total de 3.454,27 euros, ya que las ha compatibilizado con una actividad laboral en el régimen de artistas, tiempo durante el cual debe dejarse en suspenso la pensión, coincidente con el número de días que la Tesorería considera como cotizados de acuerdo con las previsiones sobre regularización de las cotizaciones contenidas en el artículo 9delRD 2621/1986, de 24 de diciembre, y el artículo 10 de la OM de 20 de julio de 1987, normas relativas a la integración del colectivo de artistas en el Régimen General de la Seguridad Social. Interpuesta la reclamación previa, igualmente se desestimó por Resolución de fecha 3 de enero de 2017.

Pues bien, la SJS núm. 1 de San Sebastián, de 7 de julio de 2017, que estimó la demanda interpuesta, dejó sin efecto la Resolución del INSS, que declaró indebido el cobro de 3.454,27 euros correspondientes a la pensión de jubilación del Régimen General, sistema especial de artistas, a consecuencia de haberla percibido en días en que desarrolló actividad laboral. El fallo toma en consideración que los únicos días trabajados como actriz en esos años fueron 4 días en 2013 y 2 días en 2014, admitiendo la incompatibilidad de la pensión con el trabajo desarrollado, pero no con los días de regularización de cotizaciones de los artistas conforme a aquella normativa específica.

El INSS, no conforme, recurrió en suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco. Denunciaba la infracción del artículo 9 del RD 2621/1986 y del artículo 10 de la OM de 20 de julio de 1987, en relación con los artículos 55.1 y 213 del vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad (TRLGSS), argumentando esencialmente que la regularización de cotizaciones no está excluida en el caso de quien trabaja como artista siendo beneficiario de pensión de jubilación y que si las cotizaciones propias del sistema de regularización son computables para reunir el período de carencia de la pensión de jubilación, así como para fijar su base reguladora y el porcentaje de esta, también deben tenerse en cuenta como días de cobro incompatible con la pensión, pues en realidad vienen a compensar los días de ensayos previos, etc.

La Sala de lo Social del TSJ del País Vasco desestimó el recurso, al considerar que no resultaba de aplicación el criterio expuesto por el INSS, esto es, el cálculo del periodo de incompatibilidad y consiguiente percepción indebida de la pensión de jubilación sobre la base de la denominada regularización de cotizaciones propia del sistema especial de artistas en espectáculos públicos (art. 9 RD 2621/1986), que –en el caso enjuiciado– supondría, entre cotizaciones reales por los días efectivamente trabajados y ficticias, un total de 32 días en el año 2013 y 16 días en el año 2014, sino exclusivamente del periodo de días efectivamente trabajados, a saber, 4 días en el año 2013 y 2 días en el año 2014. Y ello porque ni del artículo 213.1 del TRLGSS ni del artículo 9 del RD 2621/1986 se deduce que la incompatibilidad lo sea con el periodo tenido por cotizado en virtud de la peculiar regularización de cotizaciones en lugar de con el periodo de días de trabajo efectivo.

Finalmente, por la representación del INSS y la TGSS se formalizó el recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de noviembre de 2001 (AS 2002, 3226).

Pese a que el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, mediante providencia, admitió a trámite el recurso.

2. EL MARCO NORMATIVO APLICABLE

El legislador, como regla común, establece que "el disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen" (art. 213.1, párrafo primero, TRLGSS). No obstante lo anterior, "las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan" y durante dicha situación "se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable" (art. 213.1, párrafo segundo, TRLGSS).

Sin considerar, por ser ajena al presente debate jurídico, la situación de trabajo a tiempo parcial que realice la persona beneficiaria de la pensión de jubilación, la incompatibilidad se vincula con el trabajo remunerado del pensionista y no a los servicios que el pensionista preste voluntariamente con carácter gratuito, pues la razón de la incompatibilidad está en que deja de darse la causa por la que se percibe dicha prestación.

Por su parte, el RD 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integran diferentes Regímenes Especiales de la Seguridad Social en el Régimen General, entre otros los artistas, establece reglas específicas "a efectos de acreditación de los días cotizados, dentro de cada año natural"; a saber (art. 9.1):

- Se dividirá entre 365 la suma de las bases por la que haya cotizado, que en ningún caso podrán superar el tope anual de cotización correspondiente a cada categoría profesional. Si el cociente resultante es superior a la base mínima diaria aplicable a la respectiva categoría profesional, se considerarán como cotizados todos los días del año natural, siendo la base de cotización diaria, que surtirá efectos en orden a las prestaciones, el cociente señalado.

- En el supuesto de que el cociente a que se refiere la regla anterior sea inferior a la base mínima diaria aplicable a cada categoría profesional, se procederá a dividir la suma de las bases de cotización por la cifra correspondiente a dicha base mínima, siendo el resultado el número de días que se considerarán como cotizados.

La misma norma reglamentaria, continúa afirmando que "con independencia de las situaciones de asimilación al alta que, para las distintas contingencias y situaciones, se prevén en el Régimen General de la Seguridad Social, *se considerarán como asimilados al alta los días que resulten cotizados por aplicación de las reglas contenidas en los números* –guiones– *anteriores, y que no se correspondan con los de prestación real de servicios*" (art. 9.2).

Asimismo, la OM de 20 de julio de 1987, de desarrollo de aquella norma reglamentaria, aborda también la problemática de la consideración de días cotizados y en alta de los artistas. Al respecto, establece que, para la acreditación de días cotizados dentro de cada año natural, los días asimilados al alta que resulten del artículo 9.1. del RD 2621/1986y que no correspondan con los de prestación real de servicios, se distribuirán entre los meses del año por partes iguales, sin que, en ningún caso, puedan resultar dentro de un mismo mes más días cotizados de los que lo integran; una vez efectuada dicha distribución, los días que excedan se asignarán al último mes, o meses, del año en que subsistan días sin cotizaciones efectivas y asimiladas y los días que correspondan a cada mes, se entenderán cumplidos a partir del inicio de dicho mes, y en los días en que no haya existido prestación real de servicios (art. 10).

El INSS fundamenta en esos preceptos –del RD 2621/1986 y de la OM de 20 de julio de 1987– su posición jurídica a favor de la incompatibilidad de los días de regularización de cotizaciones proyectado por la TGSS.

Sin embargo, ciertamente, ni de forma expresa ni de manera implícita se dispone en tales preceptos, titulados "Consideración de días cotizados y en alta", una incompatibilidad entre esos días y el cobro de la pensión de jubilación, pues ni siquiera es su objeto. En efecto, lo que se establece es una fórmula para regularizar[1] en el año las cotizaciones que corresponden a los artistas por la prestación de sus servicios, según las siguientes pautas:

- Las bases de cotizaciones se determinan siguiendo el criterio general, esto es, por los salarios que perciba correspondientes a los días de relación laboral.
- Ahora bien, en lugar de imputar esas bases a los días de prestación de servicios, se procede a prorratearlas a lo largo de todos los días del año –si dan para ello, sobre la base de respetar que al menos sea la base mínima de cotización aplicable a la categoría del trabajador– o en los que resulten de partir de esa base mínima, lo cual no significa que se haya trabajado en todos ellos, sino que únicamente se reparten de ese modo las bases propias de los días sí trabajados, a modo de ficción destinada a que se computen más días de cotización –que no más bases de cotización–, cuya razón de ser proviene, probablemente, de compensar a este colectivo por la dificultad de prestar servicios todos los días del año en atención a la propia singularidad de su trabajo, caracterizado por la intermitencia u ocasionalidad de la actividad artística, y, con ello, evitarle un perjuicio, en el ámbito de la protección del sistema de Seguridad Social, en las prestaciones cuyo derecho y cuantía se vincula con los períodos de cotización.
- El exceso de días que resulta de dicha regularización, respecto a los de efectiva prestación de servicios, no se consideren días en alta, que únicamente son estos últimos, sino días asimilados al alta.

Esta argumentación contraria[2] a descontar los días de más –sobre los reales de trabajo efectivo– que resultan una vez regularizada la cotización en el año es, precisamente, la que deduce la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco para desestimar el recurso de suplicación presentado por el INSS contra la primera sentencia.

3. LAS –SUPUESTAMENTE– DOCTRINAS CONTRADICTORIAS A EXAMEN

Como se conoce, el recurso planteado ante el Tribunal Supremo tiene por objeto "la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos" (art. 219.1 LRJS). La contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

[1] Vid. HURTADO GÓMEZ, L.: *Artistas en espectáculos públicos: régimen laboral, propiedad intelectual y Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 600 y ss.

[2] En la doctrina, a favor descontar los solo días reales de trabajo y no los que resultan una vez regularizada la cotización en el año, aunque sea al analizar la suspensión de la pensión reconocida a petición del beneficiario que realiza una actividad artística, vid. MURCIA MOLINA, S.: *La seguridad social de los artistas profesionales en espectáculos públicos*, tirant lo blanch, Valencia, 2013, pág. 348; que añade: no cabe plantear "la absurda discusión de si este período trabajado puede tener, en función a las reglas aplicables a la cotización, un equivalente a más días que los realmente trabajados, que perjudique el poder adquisitivo del pensionista."

De una parte, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco sigue, en el supuesto de hecho examinado, el mismo criterio ya adelantado en su sentencia de 14 de junio de 2011 (AS 2011, 2330) y confirmado en otra posterior de 7 de marzo de 2017 (JUR 2017, 134549). Expuestos los hechos *ut supra*, la doctrina, en síntesis, es la siguiente: "los días de regularización de cotizaciones de los artistas, que se añaden a los efectivamente cotizados por ellos por sus días de prestación efectiva de servicios, no son días de trabajo ni el artista percibe una retribución añadida a la devengada por los días de prestación efectiva de servicios y tampoco se ha dispuesto que resulte incompatible con ellos que perciban la pensión de jubilación durante los mismos".

De otra parte, el INSS aporta como sentencia de contraste la dictada por el TSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de noviembre de 2001 (AS 2002, 3226). En esta, se analiza un supuesto en el que un pensionista de jubilación, con fecha de efectos 1 de marzo de 1985, había venido prestando servicios por cuenta y orden de un Ayuntamiento desde 1946, con la categoría de músico en la Banda de Música, hasta el 16 de julio de 1998, en que el Consistorio procedió a su despido. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) levantó actas de liquidación de cuotas al Ayuntamiento, al reputar que la relación era laboral especial de artista en espectáculos públicos. A consecuencia de ello, el INSS inició expediente, considerando que se había percibido indebidamente la pensión de jubilación durante el periodo comprendido entre 1993 y 1998 –periodo no caducado– por incompatibilidad entre el percibo de la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena como artista en espectáculos públicos, y declaró al actor deudor por las prestaciones indebidamente percibidas en la cantidad de 1.756.263 pesetas, según el criterio de regularización de cotizaciones sociales del sistema especial de artistas en espectáculos públicos del artículo 9 del RD 2621/1986.

Confirmando la sentencia de instancia, tampoco la Sala del TSJ de la Comunidad Valenciana admitió la petición del trabajador recurrente, que pretendía que le considerasen exclusivamente como días incompatibles con el percibo de la pensión de jubilación los realmente trabajados durante el periodo quinquenal previsto en el expediente del INSS y a razón de 125 días al año o la parte proporcional que correspondiera para aquellos periodos de prestación de servicios inferiores al año. En su opinión, debería ser el trabajo el que determine tal incompatibilidad y no el período de cotización que del mismo se pudiera derivar con arreglo a las concretas normas de cotización que solo regulan este aspecto de la relación jurídica de Seguridad Social.

Para rechazar la petición, la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana tomó esta decisión basándose en los artículos 9 del RD 2621/86 y 10 de la OM de 20 de julio de 1987. A tal efecto, razonó que "no podemos escindir la consideración de los días cotizados y en alta, auténticos periodos del Régimen General que sirven para generar el derecho a las prestaciones, con el tema del reintegro por incompatibilidad con la pensión de jubilación durante esos períodos, pues ninguna base legal existe para ello debiendo conectarse el reintegro con ese período de cotización por mucho que no se corresponda con la prestación real de servicios". Se expone esta interpretación "integradora"[3] de las normas concurrentes de manera que si la cotización ficticia ha servido para calcular la pensión igualmente debería influir cuando se trate de calcular el periodo de prestación indebida por haber realizado trabajados incompatibles con el percibo de la prestación.

Se argumentó, para la desestimación del recurso, que a la hora de regular la cotización en el colectivo de artistas la normativa ha contemplado su singularidad, en concreto que los integrantes del colectivo no tienen una jornada de trabajo normal, pues su trabajo se concreta en una serie de actuaciones y sus previos ensayos. Atendiendo a esa circunstancia y para facilitar el acceso a las prestaciones del sistema, que bien pudiera verse mermado por su peculiar modo de trabajo, aquella

[3] Así se ha denominado cuando -*mutatis mutandis*- se determina el periodo de suspensión de la prestación por desempleo por reanudación de la actividad por parte de un artista [STSJ de Galicia de 30 de septiembre de 2002 (AS 2002, 3358)]. En contra de esa interpretación "integradora" se manifiesta DESDENTADO DAROCA, E.: *La protección social de los artistas y de los profesionales taurinos*, Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 98.

regulación específica se refiere a días "cotizados y en alta" cuando realiza la asimilación en función de los salarios devengados, persiguiendo esta asimilación considerar como cotizados un número mayor de días que los efectivamente trabajados.

A la vista de los hechos enjuiciados en cada sentencia, el Tribunal Supremo admite, por ser cierto, que los supuestos examinados son semejantes en cuanto que se trata de pensionistas de jubilación que realizaron trabajos incompatibles, por lo que el INSS reclama el reintegro de prestaciones sobre la base de lo dispuesto en el RD 2621/1986 y su orden de desarrollo. No obstante, advierte de seguido que "concurren circunstancias fácticas muy diferentes que justifican las distintas soluciones alcanzadas por los pronunciamientos comparados". Así, en el caso de la sentencia de contraste, el pensionista de jubilación, beneficiario desde 1985, prestó servicios como músico para un Ayuntamiento hasta 1998 y, como consecuencia de que la ITSS levantara actas de liquidación de cuotas, el INSS le reclamó 1.756.263 pts. por un periodo de 5 años, de 1993 a 1998. Pero, dicha situación –así lo considera el Tribunal Supremo– no es homologable a la descrita en la sentencia recurrida, donde resulta que una pensionista de jubilación desde el año 2009 había realizado trabajos como actriz durante 4 días en el año 2013 y 2 días en el año 2014. De ahí que la conclusión sea que "la proyección temporal de la incompatibilidad no resulta, por tanto, comparable al ser diametralmente distinta –125 días al año en un período de cinco años, sin contar el período prescrito– en la sentencia de contraste y únicamente 5 días en dos años en la sentencia recurrida"; además, resulta que "en la sentencia referencial, la incompatibilidad se produce, sin solución de continuidad, desde el momento mismo de la jubilación, mientras que en la recurrida se produce de forma sobrevenida y por escasos 5 días, años después del acceso a la jubilación".

Tan notables diferencias –prosigue el Tribunal Supremo– "explican y justifican las respectivas respuestas judiciales e impiden, en esta sede, apreciar la igualdad sustancial de hechos que exige el referido artículo 291 LRJS", por lo que "el recurso debió ser inadmitido", como informó el Ministerio Fiscal; causa de inadmisión que, a la postre, "se convierte en causa de desestimación del recurso".

El fallo de la sentencia del Tribunal Supremo que se comenta desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS y la TGSS, a la vez que declara la firmeza de la STSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2017 (JUR 2018, 33840).

4. REFLEXIÓN FINAL: LA INNECESARIA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO BENEFICIARIO*

La cuestión de fondo que se plantea en el recurso de casación unificadora es determinar cómo debe realizarse el cómputo del importe de la prestación de jubilación indebidamente percibida por un artista en espectáculos públicos que ha realizado trabajos –actuaciones– siendo beneficiario de la pensión. Concretamente, si el cálculo se debe realizar por los días reales efectivamente trabajados o bien sumando también el número ficticio de días que deben tenerse por cotizados, aunque no se haya devengado salario, según lo dispuesto en el artículo 9 del RD 2621/1986.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre dicha cuestión, tampoco en la sentencia que se comenta, que sin hacer valoración alguna, salvo la relativa a la diferencia fáctica, desestima el recurso, cuando lo correcto hubiera sido inadmitir el recurso. Queda, por tanto, pospuesta una solución unificada, bien sea confirmando la interpretación que defiende el INSS o bien la más favorable a los intereses dela persona beneficiaria de la pensión de jubilación.

No cabe la mínima duda sobre la incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta ajena del beneficiario de esa prestación pública de Seguridad Social. *Ex lege*, "el disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen" (art. 213.1, párrafo primero, TRLGSS). Respecto del trabajo de los artistas, no se contemplan excepciones a esa regla general, a salvo de la

situación compatible del trabajo a tiempo parcial que realice la persona beneficiaria de la pensión de jubilación.

Sobre esa premisa, el legislador no ha previsto –tampoco en otras normas de rango inferior– cualquier particularidad que determine la forma de calcular el reintegro de la prestación, sin duda indebidamente percibida, según los periodos trabajados. Es por ello que se ha de considerar ajustada a derecho aquella argumentación –reiterada– de la Sala del TSJ del País Vasco, según la cual los días de regularización de cotizaciones de los artistas, que se añaden a los efectivamente cotizados por ellos por sus días de prestación efectiva de servicios, no son días de trabajo ni el artista percibe una retribución añadida a la devengada por los días de prestación efectiva de servicios y tampoco se ha dispuesto que resulte incompatible con ellos que perciban la pensión de jubilación durante los mismos. Una deducción en sentido contrario no tendría asidero legal, resultando perjudicado el beneficiario de la pensión de jubilación.

No es debe aplicar, por analogía, lo determinado en los artículos 9 del RD 2621/86 y 10 de la OM de 20 de julio de 1987, que no regulan la compatibilidad o no de la pensión de jubilación con el trabajo de artista en espectáculos públicos. Por consiguiente, no cabe trasladar las reglas sobre consideración de días cotizados y en alta que llevan a computar como asimilados al alta los días que resulten cotizados por aplicación de esas mismas reglas, puesto que no se correspondan con los de prestación real de servicios. De todos modos, ni siquiera es necesario defender una interpretación de aquellos preceptos de la manera más favorable para el beneficiario, pues en realidad la conclusión debe ser que resulta inaplicable.

Por más que podamos compartir, únicamente en supuestos similares o próximos al enjuiciado por la STSJ de la Comunidad Valenciana, la solución que defiende el INSS y se presenta como doctrina de contraste, la verdad es que dicha respuesta jurídica debería ser refrendada por la normativa en vigor, mediante su reforma. Como no existe ninguna cobertura legal para ello, solamente cabe defender intervención normativa[4] en ese sentido, de optar por esa solución como la más adecuada desde la perspectiva de la "justicia material". Entre tanto, se ha de aplicar, rigurosa y estrictamente, el marco jurídico general sobre la incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo que pudiera realizar la persona beneficiaria, según los días de trabajo efectivo. Estos son los inconvenientes para la Entidad Gestora de una falta de regulación expresa, que no puede suplir mediante una interpretación administrativa que limite los intereses o, mejor dicho, derechos de los beneficiarios de una prestación pública de Seguridad Social.

Si el mecanismo de la cotización ficticia se creó para facilitar a los artistas una mayor protección, al incrementar de ese modo los periodos cotizados y así poder causar derecho a las prestaciones, su traslación a la hora de calcular el periodo de incompatibilidad de la pensión de jubilación, según el lapso considerado como cotizado en función del tiempo trabajado y retribuido,

[4] Cuando el legislador ha decidido regular situaciones particulares lo ha hecho: por ejemplo, para admitir la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística; cfr. RD 302/2019, de 26 de abril, por el que se regula la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística, en desarrollo de la disposición final segunda del RD-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía. Así, "los beneficiarios de una pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social que, con posterioridad a la fecha de reconocimiento de dicha pensión, desempeñen una actividad de creación artística por la que perciban ingresos derivados de derechos de propiedad intelectual, incluidos los generados por su transmisión a terceros, con independencia de que por la misma actividad perciban otras remuneraciones conexas" (art 2, párrafo primero, RD 302/2019). En la doctrina, vid. CRISTÓBAL RONCERO, R.: "Artistas y jubilación", en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenibl*e, III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, T. I, Laborum, Murcia, 2019, págs. 521-524, y SOLÍS PRIETO, C.: "Pensión de jubilación y desarrollo de actividades de creación artística: un nuevo supuesto de compatibilidad en favor de la cultura", en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenibl*e, III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, T.II, Laborum, Murcia, 2019, págs. 297-305.

se presenta como desproporcionada e injusta[5], al abrir la posibilidad de no cubrir situaciones de necesidad cuando el beneficiario deja de percibir la pensión y, en ese periodo añadido, carece de ingresos, por no estar trabajando.

5. BIBLIOGRAFÍA

CRISTÓBAL RONCERO, R.: "Artistas y jubilación", en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenibl*e, III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, T. I, Laborum, Murcia, 2019.

DESDENTADO DAROCA, E.: *La protección social de los artistas y de los profesionales taurinos*, Bomarzo, Albacete, 2013.

HURTADO GÓMEZ, L.: *Artistas en espectáculos públicos: régimen laboral, propiedad intelectual y Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2006.

MURCIA MOLINA, S.: *La seguridad social de los artistas profesionales en espectáculos públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SOLÍS PRIETO, C.: "Pensión de jubilación y desarrollo de actividades de creación artística: un nuevo supuesto de compatibilidad en favor de la cultura", en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenibl*e, III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, T.II, Laborum, Murcia, 2019.

[5] Como subraya DESDENTADO DAROCA, E.: *La protección social de los artistas y de los profesionales taurinos*, cit., pág. 104, esas reglas sobre cotización se limitan a ampliar el periodo de cotización del trabajador, sin que su extensión a otros efectos se aceptable puesto que, de lo contrario, "se estará introduciendo una especialidad *in peius* del trabajador y sin cobertura legal".

La necesaria interpretación del sistema de seguridad desde un enfoque de género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo social) nº 79/2020, de 29 de enero

The necessary gender-focused interpretation of the benefits system. Comment on the Supreme Court (social security chamber) ruling no 79/2020 of 29 January

ISABEL MARÍA VILLAR CAÑADA *Profesora Titular de Universidad*
Área de Dª del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén
https://orcid.org/0000-0002-3539-8173

Cita sugerida: VILLAR CAÑADA, I.M., "La necesaria interpretación del sistema de seguridad desde un enfoque de género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo social) nº 79/2020, de 29 de enero". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 26 (2021): 133-140.

Resumen

En sentencia nº 79/2020, de 29 de febrero, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, rectificando doctrina anterior, desestima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas de 2 de mayo de 2017 (AS 2017, 255) en la cual se reconocía el derecho a prestación en favor de familiares a la hija de una beneficiaria de pensión del extinto Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI).

En esta importante sentencia el Tribunal Supremo lleva a cabo una reinterpretación desde un enfoque de género de la normativa aplicable en materia de Seguridad Social, en cuanto el principio de igualdad entre mujeres y hombres es un principio transversal que debe ser aplicado en las actuaciones de los poderes públicos, también del poder judicial, las cuales han de estar dirigidas hacia la consecución de una igualdad real y efectiva, evitando discriminaciones –directas o indirectas– por razón de género. Con este objetivo, el TS aplica también por primera vez el concepto de "discriminación por asociación", construcción jurisprudencial del TSJUE.

Palabras clave

Igualdad; género; Seguridad Social; SOVI

Abstract

In ruling No. 79/2020, of 29 February, the Social Chamber of the Supreme Court, rectifying previous doctrine, dismisses the appeal for unification of doctrine filed by the National Institute of Social Security and the General Social Security Treasury against the ruling of the Social Chamber of the Superior Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas of 2 May 2017 (AS 2017, 255) which recognised the right to receive benefits of relatives of the daughter of a beneficiary of a defunct Compulsory Old Age and Disability Insurance (SOVI) pension.

In this important ruling, the Supreme Court carries out a reinterpretation from a gender perspective of the applicable regulations on Social Security, in which the principle of equality between women and men is a transversal principle that must be applied in the actions of public authorities, including the judiciary, which must be directed towards achieving real and effective equality, avoiding discrimination –direct or indirect– on the basis of gender. With this objective, the Supreme Court also applies the concept of "discrimination by association", a jurisprudential construction of the Supreme Court, for the first time.

Keywords

Equality; gender; Social Security; SOVI

1. CONTEXTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Incluidas en el ámbito de las prestaciones por muerte y supervivencia, el art. 216.1 e) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) establece las pensiones vitalicias o, en su caso, los subsidios temporales en favor de familiares del sujeto causante.

Las líneas generales de su régimen jurídico (cuyo desarrollo reglamentario deriva de la Orden de 13 de febrero de 1967 y del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Prestaciones), aparecen recogidas en el art. 226 LGSS, el cual determina

Fecha Recepción: 26-6-2020 – Fecha Revisión: 6-7-2020 – Fecha Aceptación: 8-7-2020
Pags. 133-140

que, en todo caso, se reconocerá derecho a pensión a los hijos o hermanos de personas beneficiarias de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad (art. 217.1 c) LGSS) en quienes concurran una serie de requisitos: a) haber convivido con el causante y a su cargo; b) ser mayores de cuarenta y cinco años y solteros, divorciados o viudos; c) acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante; y d) carecer de medios propios de vida.

En el supuesto analizado no existen dudas sobre la condición de beneficiaria de la demandante. El debate se centra, por el contrario, en si en su madre fallecida, beneficiaria de una pensión del SOVI, concurrían los requisitos legalmente exigidos para ser sujeto causante de este tipo de prestaciones familiares por muerte y supervivencia.

Las prestaciones del SOVI aparecen expresamente contempladas en la Disposición Transitoria segunda LGSS, según la cual aquellas personas que a 1 de enero de 1967, cualquiera que fuese su edad en dicha fecha, tuviesen cubierto el período de cotización exigido por el extinguido Seguro de Vejez e Invalidez o que, en su defecto, hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen de Retiro Obrero Obligatorio, "conservarán el derecho a causar las prestaciones del primero de dichos seguros, con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación del mismo, y siempre que las personas interesadas no tengan derecho a ninguna pensión a cargo de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, con excepción de las pensiones de viudedad de las que puedan ser beneficiarias; entre tales pensiones se entenderán incluidas las correspondientes a las entidades sustitutorias que han de integrarse en dicho sistema, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria vigésima primera".

Pues bien, en varias ocasiones el TS había tenido ocasión de pronunciarse acerca del alcance del concepto de sujeto beneficiario de una pensión contributiva de incapacidad permanente o jubilación a los efectos de causar prestaciones por muerte y supervivencia; en concreto, sobre la pretensión de prestaciones en favor de familiares por la muerte de los progenitores de las partes actoras, quienes habían fallecido siendo beneficiarios de una pensión de vejez SOVI[1].

Pues bien, con carácter general en estos pronunciamientos el Tribunal Supremo había venido negando la condición de sujeto causante a estos pensionistas del SOVI, al considerar que estas pensiones no resultaban equiparables a las del Régimen General de la Seguridad Social. Asimismo en dichas sentencias se establecía que, puesto que el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez no contemplaba la prestación en favor de familiares no resultaba posible completar dicho régimen con unas prestaciones creadas posteriormente. Una solución está a la que llegaba el Tribunal porque, a su juicio, la contraria supondría otorgar efectos retroactivos a la Ley 24/1972, de 21 de julio, de Financiación y de Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, que creó la prestación en favor de familiares sin incluir ningún precepto de Derecho intertemporal en dicho sentido.

2. EL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO. SÍNTESIS DEL RELATO FÁCTICO DE LA SENTENCIA

En el caso ahora enjuiciado, el origen del litigio se halla en la solicitud presentada por la demandante al INSS el 30 de enero de 2016 de una prestación en favor de familiares derivada del fallecimiento de su progenitora, ocurrido el 18 de enero del mismo año. La fallecida era titular de una pensión contributiva de viudedad y de una pensión de jubilación del SOVI.

El INSS, en resolución de 22 de marzo de 2016 denegó la prestación solicitada por no concurrir en el caso concreto la condición de pensionista de jubilación o incapacidad permanente de la causante, requerida, como hemos visto con anterioridad, por el art. 217.1 c) LGSS.

La solicitante presenta demanda judicial, siendo desestimada por sentencia nº 281/2016, de 26 de julio de 2016 del Juzgado de lo Social nº 7 de las Palmas de Gran Canaria que confirma la

[1] Vid. STS/4ª de 10 de diciembre de 1992 (rcud. 832/1992) y STS/4ª de 19 de noviembre de 1993 (rcud. 1436/1993).

resolución administrativa con el mismo argumento de "no reunir la causante el requisito de ser pensionista de jubilación o incapacidad contributiva, al excluirse de tal consideración la pensión contributiva de jubilación SOVI".

Contra dicha sentencia se presenta recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas, que, en sentencia de 2 de mayo (AS 2017, 255), establece la estimación de dicho recurso y la revocación de la sentencia de instancia, reconociendo a la demandante el derecho a percibir prestación en favor de familiares, causada por la muerte de su madre, con una base reguladora de 6,85 euros y un porcentaje a aplicar del 72%, con efectos desde el 1 de febrero de 2016.

Para llegar a esta conclusión, el TSJ en primer lugar analiza el régimen del SOVI y su impacto de género desde el momento en que la mayoría de personas perceptoras de pensiones de jubilación de este régimen son mujeres. Así, pone de manifiesto que se trata el SOVI de un régimen de protección genérico que integraba distintos seguros sociales en una época en que las mujeres españolas debían asumir obligatoriamente el rol doméstico y los cuidados familiares, hecho este que, en la mayoría de los casos, las obligaba a abandonar el mercado laboral precipitadamente para ocuparse de un trabajo invisible, el de los cuidados, carente de valoración social, económica o curricular. Por lo tanto, acredita el TSJ que "el perfil típico de persona con derecho a pensión SOVI es mayoritariamente el de mujeres que trabajaron previamente al año 1967 y posteriormente abandonaron sus empleos tras contraer nuevo matrimonio, siendo este el destino social para el que eran educadas las mujeres de la España franquista". Y esto determina que el SOVI se configure como "una de las pocas soluciones para obtener una pensión de jubilación por parte de estas mujeres que no cotizaron posteriormente al régimen de la Seguridad Social".

A continuación la sentencia recurrida lleva a cabo un detenido estudio de la necesaria integración del enfoque de género en la interpretación normativa que realizan los jueces y tribunales, siguiendo la línea jurisprudencial ya marcada por el TS en la sentencia de 21 de diciembre de 2009 (rcud. 201/2009)[2] y en la sentencias del TC nº 216/1991 (RTC1991\216), de 14 de noviembre y nº 12/2008, de 29 de enero (RTC 2008\12). Y a la luz de esta doctrina, de la jurisprudencia comunitaria sobre discriminación por razón de sexo, tanto directa como indirecta, y de los datos estadísticos disponibles sobre preceptores de pensiones SOVI desagregados por sexo, el TSJ concluye que resulta necesario realizar "una interpretación contextual e integradora de la dimensión de género y a tenor del injustificado impacto negativo (desventaja) existente entre las personas perceptoras de la pensión de jubilación SOVI (mayoritariamente mujeres) debe igualarse con las pensiones de jubilación contributivas derivadas del actual sistema de la Seguridad Social, a los efectos de tener por cumplido el requisito establecido en el art. 226.2º de la LGSS".

La representación del INSS y la TGSS presenta recurso de casación para la unificación de doctrina que viene a resolver la sentencia que ahora analizamos. En dicho recurso se denuncia la infracción de los arts. 217 y 226 LGSS y la incorrecta aplicación del art. 14 CE, así como de la Ley 9/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) con las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social y del art. 14.6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH).

Como sentencia de contraste la Entidad Gestora aporta la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 5 de febrero de 2016 (AS 2016, 484)[3]. En ella se trataba también sobre el

[2] En esta sentencia el TS aplica esta perspectiva de género al régimen SOVI al extender el derecho a los 112 días cotizados, establecidos en la Disp. Adic. cuadragésimo cuarta LGSS, a efectos de lucrar pensión a las beneficiarias de este extinto régimen, fuera del sistema de Seguridad Social.

[3] Sentencia esta que, según el Tribunal Supremo, se limita, casi en exclusiva, a reiterar literalmente lo razonado en el Auto TC 306/2008, en el cual, el Alto Tribunal viene a establecer que "El principio de igualdad ante la Ley no exige que todas las situaciones, son independencia del tiempo que se originaron o produjeron sus efectos deban *(...)*

reconocimiento del derecho a lucrar una prestación en favor de familiares tras el fallecimiento de la madre de la actora, quien, en el momento de su muerte era beneficiaria de pensión de invalidez del SOVI. Igual que en el caso que ahora analizamos, la causa de la denegación en vía administrativa fue la de no cumplir la causante con el requisito de ser pensionista de jubilación o incapacidad permanente.

Se aprecia por el Tribunal la existencia de contradicción pues, pese a la analogía de ambos supuestos, las dos sentencias comparadas llegan a soluciones distintas. Así, mientras la de contraste realiza una interpretación literal de la Ley que la lleva a concluir que un/a pensionista SOVI no puede ser causante de una prestación en favor de familiares, puesto que ese régimen no tenía establecido este tipo de prestación (sin que, además, ello suponga poner en riesgo el respecto al principio de igualdad por razón de género), la sentencia recurrida, partiendo de un criterio interpretativo más amplio, sustentado en el necesario enfoque de género, sí viene a admitir el acceso a la prestación a una persona beneficiaria de pensionista SOVI.

3. EL FONDO DEL ASUNTO. LA NECESARIA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO EN LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL

Como ha ido quedando puesto de manifiesto, el supuesto que se analiza en la sentencia comentada hace referencia a si resulta admisible, según nuestro ordenamiento jurídico, la exclusión de las personas beneficiarias de una pensión –de jubilación– del SOVI como sujetos causantes de las prestaciones por muerte y supervivencia en favor de familiares y si dicha exclusión puede dar lugar a una discriminación indirecta por razón de género, al afectar mayoritariamente a mujeres.

Antes de abordar el fondo del asunto, el TS procede a diferenciar claramente el litigio ahora examinado del resuelto por el mencionado Auto TC nº 306/2008, sobre el que, como decíamos, se basa la sentencia de contraste aportada por la representación de la Entidad Gestora. Para el Tribunal, el citado Auto se limita a recordar "la jurisprudencia constitucional sobre las facultades del legislador para establecer diferencias ante supuestos dispares en relación a la aplicación temporal de las modificaciones normativas en materia de incapacidad permanente, cuya cuantía se veía afectada allí en atención a la norma a aplicar según la fecha del reconocimiento de la situación", sin abordar ni la cuestión de la eventual desigualdad que pudiera derivar del sistema de pensiones SOVI ni la diferencia de trato por razón de género. Sin embargo, en el caso ahora enjuiciado el debate es más amplio y complejo, al dilucidarse si la exclusión de los pensionistas SOVI como causantes de la prestación solicitada puede dar lugar a diferencias de trato entre mujeres y hombres y, por tanto, conculcar el principio de igualdad.

3.1. La existencia de discriminación indirecta

Entrando ya en el fondo, el TS realiza en primer lugar un repaso tanto de la normativa aplicable a las prestaciones por muerte y supervivencia y al régimen del SOVI como de la jurisprudencia anterior sobre esta materia (STS de 10 de diciembre de 1992 (rcud 832/1992) y STS de 19 de noviembre de 1993 (rcud1436/1993). En ellas se negaba la equiparación a pensionistas de jubilación del RGSS de las personas beneficiarias de pensiones SOVI, puesto que al no contemplar este régimen la prestación en favor de familiares, no resultaba posible completarlo con prestaciones creadas a posteriori sin expresa inclusión de estas en aquel[4].

Pues bien, pese a que, tal y como deja constancia el Tribunal, esas sentencias se ajustaban a una interpretación literal de la normativa aplicable, en la medida en que la aplicación de las mismas

recibir un tratamiento igual por parte de la Ley, puesto que con ello se limitaría el margen de actuación de que ha de gozar el legislador a fin de hacer posible el desarrollo del ordenamiento jurídico".

[4] Lo contrario supondría, según el TS, "dar efectos retroactivos a la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, que fue la que creó e implantó la prestación en favor de familiares, sin incluir precepto de Derecho intertemporal en dicho sentido"

pueda afectar al principio de igualdad por razón de género, se hace necesario ahora revisar los criterios seguidos en las mismas conforme a la evolución normativa experimentada tanto en el ordenamiento jurídico interno como a nivel europeo e internacional.

Así pues, partiendo el TS de que la diferenciación del SOVI respecto a las prestaciones del Régimen General continúa plenamente vigente (STS/4ª de 21 de diciembre de 2009 (rcud. 201/2009) y que, por tanto, las normas reguladoras de este último no son aplicables a las pensiones SOVI (STS/4ª de 16 de junio de 2006 (rcud. 3995/2004),sostiene que este carácter residual y externo al sistema de Seguridad Social no puede ser interpretado en el sentido de que el extinto régimen protector quede al margen de los principios que resultan esenciales en nuestro sistema de derechos fundamentales.

Pues bien, el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres constituye uno de esos principios informadores de nuestro Ordenamiento, de alcance transversal y vinculante para todos los poderes públicos (art. 15 LOIEMH)[5]. Y corresponde, por tanto, a los jueces y tribunales incorporar el enfoque de género, integrándolo y observándolo en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 LOIEMH)[6].Y es que la igualdad entre mujeres y hombres constituye un "criterio hermenéutico jurídico imprescindible" para la interpretación normativa[7]; una igualdad que no resulta suficiente en el plano formal, sino que ha de ser real y efectiva, según mandato constitucional y tal y como pone de manifiesto la propia tendencia legislativa marcada por el RD 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.

Así pues, con este punto de partida, el TS viene a realizar en la sentencia que ahora comentamos una reinterpretación de la normativa reguladora del SOVI, incorporando de manera expresa la perspectiva de género como criterio interpretativo. En particular se detiene a analizar si "la interpretación literal del art. 217.1 c) LGSS, que se refiere a la percepción de "pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente" como requisito a cumplir por el sujeto causante de las prestaciones por muerte y supervivencia, y, por ende, la exclusión del mismo de otras pensiones de invalidez y vejez, como las del SOVI, cuya naturaleza contributiva no se cuestiona[8], puede constituir un supuesto de discriminación indirecta por razón de género, al tener un impacto negativo superior sobre las mujeres.

La propia Ley 9/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) con las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social, partía ya de la situación de desigualdad por razón de género en el régimen del SOVI cuando señalaba en su Exposición de Motivos que "las pensiones SOVI son las más bajas de nuestro sistema de protección social contributiva y que, tal y como vienen afirmando diversos informes,

---

[5] Un interesante análisis al respecto en LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

[6] En este sentido, vid. Sts. TS/4ª de 13 de noviembre de 2019 (rcud. 75/2018) o TS/4ª de 26 de septiembre de 2018 (rcud. 1352/2017). Un detenido análisis de la primera de ellas en ROJO TORRECILLA, E.: "El personal cedido por una empresa de trabajo temporal tiene derecho a que le apliquen los planes de igualdad de la empresa usuaria. Una nota a la sentencia del TS de 13 de noviembre de 2019 y amplio recordatorio de la sentencia de la AN de 11 de diciembre de 2017", en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/11/el-personal-cedido-por-una-empresa-de.html (consultado el 16 de junio de 2020).
Para la profesora Rivas Vallejo, además de la aplicación del enfoque de género en la interpretación de la normativa aplicable al SOVI, también la regulación de las prestaciones en favor de familiares ha de ser reformada desde esa perspectiva. Vid. RIVAS VALLEJO, P.: "Las beneficiarias de pensiones SOVI pueden causar prestaciones en favor de familiares". *Revista de Jurisprudencia Laboral,* nº 2, 2020.

[7] STS/4ª de 13 de noviembre de 2019 (rcud. 75/2018).

[8] Esta naturaleza es puesta de manifiesto por la propia Sala Cuarta del TS en Sentencia de 21 de diciembre de 2009 (rcud. 2101/2009), en la que de manera expresa señala que "las pensiones SOVI tienen un carácter que puede calificarse de contributivo (precisaban de prestación de servicios, inscripción, afiliación y cotización), diferenciadas de las que hoy no requieren ningún tipo de aportación al sistema".

desde mediados de los años 90 se está configurando en nuestro país una importante bolsa de pobreza formada por personas mayores, principalmente mujeres". Esta realidad, y el hecho de constituir estas pensiones el principal medio de subsistencia de un importante colectivo de personas mayores (mujeres sobre todo) llevó al legislador en 2005 a flexibilizar el régimen de incompatibilidades al que estaban sujetas las pensiones SOVI, admitiendo su compatibilidad con las pensiones de viudedad del sistema de Seguridad Social o del Régimen de Clases Pasivas.

Y es que resulta una realidad incontestable la absoluta feminización de este régimen protector. Según datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, a fecha de 1 de mayo del presente año del total de 284.412 pensiones SOVI, en más del 90% de los casos (257.942) su titularidad corresponde a mujeres[9]. Pues bien, tanto la sentencia recurrida como la ahora comentada admiten la utilización del criterio estadístico como medio de prueba para acreditar la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo; una utilización que también ha sido avalada de forma reiterada y siempre que los datos resulten significativos y no se refieran a fenómenos meramente fortuitos y coyunturales, tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)[10] como por nuestro Tribunal Constitucional[11].

Pues bien, esta realidad es, como decíamos, la que lleva ahora al Tribunal Supremo a revisar su doctrina en materia de pensiones SOVI desde una perspectiva de género con el objetivo de eliminar no solo –y evidentemente– las formas de discriminación directa o "abierta" sino también aquellas desigualdades más sutiles que, de forma encubierta, den lugar al mismo resultado discriminatorio por conllevar unos efectos desproporcionados para el colectivo femenino.

Así pues, sin cuestionar en ningún momento el carácter neutro del precepto en cuestión, el TS supera la interpretación literal de la norma sobre la que venía sustentado su doctrina y la sustituye por una interpretación finalista, en virtud de la cual la referencia a las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad del art. 217.1 c) LGSS permitiría integrar en ella otras pensiones que, aun perteneciendo a regímenes protectores ajenos al de Seguridad Social, hayan sido generadas por la contribución al sistema, como es el caso de las del extinto régimen SOVI.

3.2. Y un paso más: la existencia de "discriminación por asociación"

Si importante es, sin duda, esta asunción que hace el TS de la perspectiva de género como criterio interpretativo y la consiguiente acreditación de la existencia en el caso enjuiciado de una discriminación indirecta para las mujeres, no menos trascendente resulta la incorporación en la fundamentación jurídica de la sentencia del concepto de "discriminación por asociación", una

[9] http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/c1149230-028d-42b5-a745-b2972d791428/REG3202004.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&ContentCache=NONE&CACHE=NONE&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_9H5AH880M8TN80QOV0H20V0000-c1149230-028d-42b5-a745-b2972d791428-n9v38Pl (consultado el 14 de junio de 2020).

[10] Vid. entre otras, Sentencias TSJUE de 3 de octubre de 2019, Minoo Schuch-Ghannadan y Medizinische Universität Wien, asunto 274/18; de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz, asunto C-161/18; o de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez, asunto C-167/97.
No obstante esta tendencia mayoritaria, la STSJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18 no tiene en cuenta los datos estadísticos aportados por el INSS que reflejaban las diferencias estructurales de los importes de las pensiones contributivas de mujeres y hombres en España como criterio para justificar la legitimidad del reconocimiento del complemento por maternidad exclusivamente a las mujeres como acción positiva. Un comentario de esta sentencia en VILLAR CAÑADA, I.M.: ¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, Asunto C-450/18. Revista Internacional de Protección Social, nº 1, 2020.

[11] Entre otras, Sts. TC 128/1987, de 16 de julio (RTC 1987, 128); 253/2004, de 22 de diciembre (RTC 2004, 253); o, más recientemente, 91/2019, de 3 de julio (RTC 2019, 91).

discriminación refleja o transferida, por cuanto afecta a "personas vinculadas a la persona perteneciente al colectivo vulnerable"[12].

Esta construcción jurisprudencial, delimitada por el TJUE en sentencias de 17 de julio de 2008, Coleman. C-303/06, 16 de julio de 2015, CHEZ Razpredeleine Bulgaria AD, C-303/06, aparece expresamente recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 63 RD legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social[13].Y también se ha empleado de manera expresa por la Fiscalía General del Estado en la Circular 7/2019, de 14 de mayo sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 del Código Penal[14], que contempla la figura de la discriminación por asociación en relación con la agravante del art. 22.4 CP.

Pues bien, en aplicación de este concepto al caso enjuiciado, el Tribunal considera que el principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación no debe limitar su aplicación a las personas en las que concurre la condición personal amparada, sino que la protección que deriva del mismo debe ser aplicable también a quien sufra un trato desfavorable por el mismo motivo, pese a no ser la persona sobre la que concurría la situación de discriminación.

Por tanto, la exclusión de las pensiones SOVI de aquellas que pueden dar lugar a la generación del derecho a prestaciones en favor de familiares, además de perjudicar de forma particularmente intensa a las mujeres, en cuanto son ellas las beneficiarias mayoritarias de las mismas, extiende sus consecuencias negativas también a las personas que resulten beneficiarias de ellas por su conexión directa. Y también en este caso, como refleja un análisis cuantitativo de la realidad actual, de forma mayoritaria las afectadas son mujeres, hecho este, sin duda, derivado del mantenimiento en la actualidad de los tradicionales roles de género y de la asunción mayoritaria por parte del sexo femenino de las responsabilidades familiares, de las tareas de cuidados.[15]. Así, la tradicional interpretación del alcance del requisito de ser "beneficiario de una pensión contributiva de incapacidad permanente o jubilación" recogido en el art. 217.1 c) LGSS a los efectos de causar derecho a prestaciones en favor de familiares daría lugar, pues, a una doble discriminación indirecta por razón de género, la de la causante y la de la beneficiaria de prestaciones en favor de familiares en el ámbito del SOVI.

4. REFLEXIÓN FINAL. LA CONSECUCIÓN DE LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA POR RAZÓN DE GÉNERO EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COMO OBJETIVO A ALCANZAR

Como ha ido exponiéndose, en la sentencia objeto de este comentario el TS rectifica su doctrina anterior llevando a cabo una reinterpretación finalista de la normativa en materia de Seguridad Social –en concreto la aplicable a las prestaciones por muerte y supervivencia y al régimen SOVI–

[12] Vid. Sentencias del TSJ de Canarias/Las Palmas nº 281/2017, de 2 de mayo de 2017 (AS 2017, 255) y 882/2019, de 29 de agosto de 2019 (JUR 2019\265491).
Un interesante comentario al respecto del concepto de "discriminación por asociación" es el realizado por el profesor ROJO TORRECILLA, E.: "Aplicación de la construcción jurisprudencial del TJUE sobre discriminación por asociación. Trabajadora que es despedida por razón de la actividad sindical de su pareja. Una nota a la sentencia del TSJ de Canarias de 29 de agosto de 2019", en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/09/aplicacion-de-la-construccion.html (consultado el 15 de junio de 2020).

[13] Según el mencionado artículo *Se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, definidas en el artículo 4.1, cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas.*

[14] BOE nº 124, de 24 de mayo de 2019.

[15] En mayo de 2020, de un total de 30.674 personas beneficiarias de una pensión en favor de familiares en el Régimen General, 20.739 son mujeres, frente a 9.935 hombres. Fte. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/c1149230-028d-42b5-a745-b2972d791428/REG3202004.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&ContentCache=NONE&CACHE=NONE&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_9H5AH880M8TN80QOV0H20V0000-c1149230-028d-42b5-a745-b2972d791428-n9v38Pl

desde un enfoque de género, con el objetivo de compensar la discriminación que sufre la mujer por su situación en el mercado de trabajo y la proyección de la misma en el ámbito de la protección social.

Se consagra así jurisprudencialmente la transversalidad del principio de igualdad entre mujeres y hombres y su necesaria aplicación como criterio interpretativo por parte de juzgados y tribunales, en cuanto poderes del Estado, según el mandato contenido en los arts. 4 y 15 LOIEMH. Una aplicación que debe realizarse tanto sobre las instituciones que se encuentran vigentes como sobre aquellas otras que, como en el caso del régimen SOVI, aun estando extintas, siguen siendo de aplicación en la práctica de forma transitoria. Lo contrario llevaría a que las personas que siguen integradas en este tipo de regímenes, creados en un contexto histórico y socio-económico determinado, quedaran al margen del actual marco constitucional de derechos fundamentales. Resulta fundamental, por tanto, esa labor jurisprudencial de "adaptación" normativa a la realidad vigente, de la que no puede excluirse la necesaria dimensión de género.

Partiendo, pues, de esa interpretación normativa desde un enfoque de género, la conclusión a la que llega la sentencia comentada es la ampliación del concepto de beneficiario/a de pensión contributiva de jubilación o de incapacidad permanente, como requisito necesario para causar prestaciones en favor de familiares, permitiendo integrar en el mismo a personas beneficiarias de pensiones de naturaleza contributiva aunque estas sean ajenas al sistema de Seguridad Socia, como ocurre en el caso de las/os pensionistas SOVI.

Los posibles recelos que desde el punto de vista económico-financiero pudiera suscitar la ampliación del número potenciales beneficiarios/as de prestaciones en favor de familiares –con el consiguiente incremento del coste para el sistema– derivada del cambio de doctrina jurisprudencial carecerían de fundamento. Y es que el impacto económico de la misma es absolutamente residual, tanto por el número y edad media de las personas que en el momento actual perciben una pensión SOVI –y el más escaso aún número de beneficiarios de prestaciones en favor de familiares que puedan derivar de las mismas– como por la cuantía de estas prestaciones, de la que el caso enjuiciado es una muestra clara (72% de 6,85 euros, cantidad fijada como base reguladora).

Nuestro Tribunal Supremo da, pues, con esta sentencia, un paso más en la línea, ya iniciada en 2009 tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Igualdad, de la implementación de la perspectiva de género en las resoluciones judiciales, un avance este que no puede sino ser valorado de forma muy positiva desde la perspectiva de la consecución de una igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en nuestro sistema de protección social.

5. BIBLIOGRAFÍA

LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

RIVAS VALLEJO, P.: "Las beneficiarias de pensiones SOVI pueden causar prestaciones en favor de familiares". *Revista de Jurisprudencia Laboral,* nº 2, 2020.

ROJO TORRECILLA, E.: "Aplicación de la construcción jurisprudencial del TJUE sobre discriminación por asociación. Trabajadora que es despedida por razón de la actividad sindical de su pareja. Una nota a la sentencia del TSJ de Canarias de 29 de agosto de 2019", en http://www.eduardo rojotorrecilla.es/2019/09/aplicacion-de-la-construccion.html (consultado el 15 de junio de 2020).

ROJO TORRECILLA, E.: "El personal cedido por una empresa de trabajo temporal tiene derecho a que le apliquen los planes de igualdad de la empresa usuaria. Una nota a la sentencia del TS de 13 de noviembre de 2019 y amplio recordatorio de la sentencia de la AN de 11 de diciembre de 2017", en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/11/el-personal-cedido-por-una-empresa-de.html (consultado el 16 de junio de 2020).

VILLAR CAÑADA, I.M.: ¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, Asunto C-450/18. Revista Internacional de Protección Social, nº 1, 2020.

nº 26 (1er Trimestre 2021)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El derecho de los trabajadores temporales a las mejoras voluntarias de Seguridad Social. Comentario a la STS, 4ª, 12-2-2020, RCUD 2802/2017

The right of temporary workers to voluntary Social Security supplements. Comment on Supreme Court Ruling, 4th, 12-2-2020, RCUD 2802/2017

JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO

Profesor titular (s.e.) de Derecho del trabajo y de la seguridad social
Universidad de Salamanca
Asesor del Defensor del Pueblo (Seguridad Social)
https://orcid.org/0000-0002-4442-3369

Cita sugerida: VIVERO SERRANO, J.B., "El derecho de los trabajadores temporales a las mejoras voluntarias de Seguridad Social. Comentario a la STS, 4ª, 12-2-2020, RCUD 2802/2017". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 26 (2021): 141-148.

Resumen

El Tribunal Supremo reconoce en esta sentencia el derecho de los trabajadores temporales a las mejoras voluntarias de Seguridad Social. La negociación colectiva creadora de las mejoras voluntarias no puede excluir a los trabajadores temporales en virtud del principio europeo (y legal español) de no discriminación de dichos trabajadores. No tiene en cuenta esta sentencia que el trabajador fallecido en accidente de trabajo no era un trabajador temporal ordinario, sino un trabajador temporal contratado al amparo de un programa de fomento del empleo de trabajadores desempleados. Esta omisión justifica la valoración crítica de la sentencia.

Palabras clave

No discriminación de los trabajadores temporales; Mejoras voluntarias de Seguridad Social; Negociación colectiva; Fomento del empleo

Abstract

In this ruling, the Supreme Court recognises the right of temporary workers to voluntary Social Security supplements. The collective negotiation which creates voluntary supplements cannot exclude temporary workers by virtue of the European (and Spanish legal) principle of non-discrimination against such workers. This ruling does not take into account whether or not the worker who died in a work accident was an ordinary temporary worker, or a temporary worker hired under a program to promote employment. This omission justifies a critical evaluation of the ruling.

Keywords

Non-discrimination against temporary workers; Voluntary Social Security Supplements; Collective negotiation; Promoting employment

1. UNA SENTENCIA CON MÁS SOMBRAS QUE LUCES: A MODO DE INTRODUCCIÓN

La apariencia relativamente sencilla y previsible de la sentencia del Tribunal Supremo objeto del presente comentario esconde en realidad un problema litigioso de gran calado y alcance general, eludido por el alto tribunal, sin que alcance a comprender este comentarista si la elusión en cuestión es un ejercicio de escapismo judicial o más bien es una consecuencia derivada de la defectuosa técnica empleada por el empleador público recurrente en casación para la unificación de doctrina, el Ayuntamiento de Guijuelo. En todo caso, se adelanta ya que el referido problema litigioso tiene que ver no ya con el derecho de los trabajadores temporales a las mejoras voluntarias de Seguridad Social, tal y como reza el título de este trabajo, sino con el eventual derecho de determinados trabajadores temporales, los contratados por las Administraciones Públicas al amparo de programas de fomento del empleo de desempleados con cargo a fondos ajenos.

Fecha Recepción: 18-5-2020 – Fecha Revisión: 19-5-2020 – Fecha Aceptación: 10-6-2020
Pags. 141-148

Se deja para el final esta peliaguda cuestión, que acaso hubiera justificado la intervención del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y se aborda a continuación la solución dada por el alto tribunal al asunto litigioso desde las perspectivas sustantiva y procesal, incorporando también este comentario un apartado dedicado al complejo juego del principio de igualdad de trato de los trabajadores temporales desde la perspectiva de la tutela multinivel de los derechos fundamentales, una de las materias de mayor enjundia en la actualidad y llamada a protagonizar numerosos estudios monográficos.

Vaya por delante que esta sentencia, objeto de una notable divulgación en los medios jurídicos y en internet, presenta más sombras que luces y ello tanto en lo que se refiere a la solución judicial como en lo que atañe a la argumentación empleada, a lo que se dice y, todavía más, a lo que se deja de decir[1].

2. EL DERECHO DE LOS TRABAJADORES TEMPORALES A LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE SEGURIDAD SOCIAL

En lo que a la vertiente sustantiva se refiere, se enfrenta el Tribunal Supremo a una mejora voluntaria de Seguridad Social[2], concretamente una indemnización por fallecimiento por cualquier causa, lógicamente a favor de los derechohabientes del trabajador fallecido, siendo el importe de la indemnización una cantidad fija, igual a 30.050 euros. En el caso de autos, el fallecimiento del trabajador se produjo por un infarto de miocardio acaecido en el lugar de trabajo y durante el horario de trabajo, con la consiguiente calificación del fallecimiento como derivado de accidente de trabajo (art. 156.2.e] LGSS), no existiendo litigiosidad alguna a este respecto.

Llama la atención, eso sí, que el Ayuntamiento de Guijuelo empleador tardara casi un año en formalizar el accidente de trabajo, el 26 de julio de 2016, y además a resultas de la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En cualquier caso, la mejora voluntaria de Seguridad Social reclamada por los derechohabientes incluye el fallecimiento de determinados empleados públicos del Ayuntamiento de Guijuelo por cualquier causa, no solo por contingencias profesionales.

Mejora voluntaria creada por un producto de la negociación colectiva regulado por el EBEP, un acuerdo mixto de condiciones de trabajo comunes para contratados laborales y funcionarios públicos *ex* artículo 36.3 EBEP[3]. Se trata del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo y retribuciones del personal al servicio del Excmo. Ayuntamiento de Guijuelo, de 6 de junio de 2009, todavía vigente en el momento del fallecimiento del trabajador por infarto de miocardio, el 18 de septiembre de 2015, sin que haya constancia de su vigencia o no a la fecha de cierre de este comentario.

Resulta que los artículos 73.1 y 79.2 del citado acuerdo mixto[4], los que prevén la mejora voluntaria de Seguridad Social en cuestión, solo se aplican a los funcionarios públicos (de carrera e interinos) y a los contratados laborales fijos, no así a los laborales indefinidos no fijos de plantilla y a los laborales temporales, regidos por una normativa convencional *ad hoc*, la del anexo V del

[1] Una breve reseña crítica de esta sentencia puede verse en VIVERO SERRANO, J. B., «Las sentencias anotadas», en *Trabajo y Derecho*, 2020, núm. 66, versión digital en smarteca.

[2] Entre otros muchos, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *Protección social complementaria de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, y GALA DURÁN, C., *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social,* Bosch, Barcelona, 1999.

[3] Por todos, MARÍN ALONSO, Mª. I., «La negociación colectiva conjunta de los "empleados públicos" en el EBEP», en *REDT,* 2009, núm. 141, pp. 115 ss.

[4] Dice literalmente el artículo 73.1: «El Ayuntamiento de Guijuelo formalizará un Seguro de accidentes y asimismo un Seguro de Responsabilidad Civil, extensible ambos a todos los trabajadores. Este seguro cubrirá las 24 horas del día y los siguientes riesgos: a) Muerte por cualquier causa. b) Invalidez laboral permanente, absoluta y gran invalidez».
Y el artículo 79.2 reza así: «El Seguro de Accidentes que el Ayuntamiento debe formalizar tendrá una cobertura mínima de 30.050 €; en caso de fallecimiento y hasta 90.150 €; en función del grado de minusvalía del trabajador».

referido acuerdo mixto, sin que la misma contemple esa mejora voluntaria de Seguridad Social u otra similar. Sobre esta exclusión se volverá en el último apartado de este comentario, bastando por el momento con dar por buena la exclusión de cualesquiera trabajadores temporales establecida por los titulares de la autonomía colectiva.

Así las cosas, considera el alto tribunal que dicha diferencia de trato entre los trabajadores fijos y los trabajadores temporales, a efectos de mejoras voluntarias de Seguridad Social en general y de la concreta indemnización por fallecimiento por cualquier causa en particular, constituye una vulneración del principio de igualdad de trato de los trabajadores temporales del artículo 15.6 ET, producto de la transposición de la Directiva 1999/70/CE, en especial de la cláusula 4ª del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura como anexo de dicha directiva, tal y como la misma ha sido interpretada por la copiosa jurisprudencia del TJUE.

Literalmente: «Este trato desigual, vulnera el principio de igualdad ante la ley entre trabajadores temporales e indefinidos, al no estar amparado de justificación objetiva y razonable, sin perjuicio de que ello suponga o no una vulneración de lo dispuesto en el art. 14 CE» (F. J. 4 *in fine)*.

En el caso de autos, desestima el Tribunal Supremo, con el parecer contrario del Ministerio Fiscal, el recurso de casación para la unificación de doctrina presentado por el empleador público condenado en suplicación al pago, a favor de los padres del trabajador fallecido, de la indemnización de 30.050 euros del artículo 79.2 del acuerdo mixto tantas veces citado, habiendo quedado exonerada tanto en la instancia como en la suplicación la compañía aseguradora codemandada (Mapfre), al no haber incluido el Ayuntamiento empleador a los trabajadores temporales en el correspondiente contrato de seguro colectivo de accidentes, junto a otras razones que no vienen al caso[5]. Puesto que en la casación unificadora los padres del trabajador fallecido no impugnaron la confirmación en suplicación de la absolución de la compañía aseguradora en la instancia, dicha absolución devino firme y no es, lógicamente, objeto de discusión alguna en sede de casación unificadora.

3. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES DE INTERÉS, EN ESPECIAL LA DESCOMPOSICIÓN ARTIFICIAL DE LA CONTROVERSIA

Desde el punto de vista procesal, hay dos cuestiones de algún interés en el presente litigio. La primera y menos importante, una incidencia con la reclamación administrativa previa presentada el día 11 de abril de 2016 por los padres del trabajador fallecido, consistiendo la pretensión indemnizatoria en tan solo 18.030 euros, el importe fijado por el convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Guijuelo, derogado mucho antes de la fecha del fallecimiento del empleado público. La desestimación expresa de la reclamación administrativa previa por parte del Ayuntamiento empleador se basó en la normativa convencional en vigor en la fecha del accidente mortal, el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo y retribuciones del personal al servicio del Excmo. Ayuntamiento de Guijuelo, de 6 de junio de 2009, siendo la indemnización contemplada en el mismo muy superior a la del convenio colectivo tiempo atrás derogado, igual a 30.050 euros.

Esta circunstancia seguramente motivaría que los padres del empleado fallecido en accidente de trabajo ampliasen la reclamación administrativa previa, con fecha 11 de julio de 2016, el mismo día de la presentación de la demanda ante la jurisdicción social. Ampliación de la reclamación administrativa previa en la que, al igual que en la demanda, se interesaba ya la indemnización por importe de 30.050 euros, la finalmente obtenida en suplicación y confirmada en casación unificadora.

Téngase en cuenta que en las fechas mencionadas en los dos párrafos anteriores seguía siendo preceptiva la reclamación administrativa previa, suprimida por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, si bien a partir del 2 de octubre de 2016.

[5] Véase la completa argumentación empleada por la STSJ de Castilla y León/Valladolid, 17-5-2017, rec. 401/2017, F. J. 4, la sentencia de suplicación recurrida en casación unificadora por el Ayuntamiento de Guijuelo.

Mayor interés presenta la otra cuestión de carácter procesal, que además tiene que ver directamente con el recurso de casación para la unificación de doctrina resuelto por la sentencia que se comenta. En este sentido, llama la atención que el Tribunal Supremo comience admitiendo la existencia de una descomposición artificial de la controversia[6], esto es, la inadecuada utilización en el escrito de interposición del recurso de casación unificadora de cuatro motivos aparentemente distintos de casación, constituyendo los mismos en realidad meros aspectos complementarios de una misma controversia jurídica, a saber, la aplicación o no a los trabajadores temporales del Ayuntamiento de Guijuelo de la mejora voluntaria de Seguridad Social consistente en una indemnización de 30.050 euros por fallecimiento por cualquier causa. Descomposición artificial de la controversia vedada por los apartados 2º y 3º del artículo 224 LRJS, a tenor de la copiosa jurisprudencia sobre el particular[7].

Consecuencia de la descomposición artificial de la controversia es la inadecuada e ilícita selección de cuatro sentencias de contraste diferentes por la parte recurrente, pese a lo cual el alto tribunal pasa revista a los cuatro motivos del recurso y a las cuatro sentencias de contraste, admitiendo la existencia de contradicción del artículo 219.1 LRJS solo respecto de una de esas sentencias de contraste, la seleccionada para el primer motivo. Esta rareza seguramente traiga causa de la ausencia en el momento procesal oportuno de una providencia de comunicación a la parte recurrente de la posible concurrencia de descomposición artificial de la controversia, con la consiguiente selección de una sola sentencia de contraste y la advertencia de selección de oficio de la sentencia más moderna de las cuatro invocadas, en caso de silencio de la parte recurrente, o bien de persistencia en la descomposición artificial de la controversia. No habiéndolo hecho así el Tribunal Supremo (no consta, desde luego, en el antecedente de hecho 5º), ya en sede de sentencia se decanta el mismo por la renuncia a la descomposición artificial de la controversia, pese a su apreciación inicial, efectuando el análisis de la contradicción respecto de los cuatro motivos del recurso y con manejo de las cuatro sentencias de contraste. Un análisis de la contradicción poco cuidado desde el punto de vista técnico, sobre todo en lo que se refiere al segundo motivo y a la segunda sentencia de contraste, ofreciendo una explicación de la solución adoptada y de la argumentación empleada ciertamente mejorables.

En cualquier caso, la deficiencia técnica de la parte recurrente en la articulación del recurso de casación para unificación de doctrina, que hubiera podido perjudicarle seriamente, es salvada por el Tribunal Supremo gracias a la apreciación de concurrencia de contradicción respecto del primer motivo del recurso y de la primera sentencia de contraste seleccionada, justo la más idónea de las cuatro, aunque finalmente sin éxito para el Ayuntamiento de Guijuelo recurrente, tal y como ya se ha visto.

4. LA ELUSIÓN DEL JUICIO DE IGUALDAD DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: UNA PRAXIS DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA QUE PRIMA EL DERECHO DE LA UNION EUROPEA EN DETRIMENTO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Tras haber efectuado un análisis relativamente neutro de la sentencia del Tribunal Supremo objeto del presente comentario, con atención a las vertientes sustantiva y procesal, se lleva a cabo a continuación una valoración crítica de la misma. Se deja para el siguiente apartado la principal crítica, reflexionando ahora acerca de una praxis de la jurisdicción ordinaria española (y no solo de la jurisdicción social) tan actual como preocupante.

[6] Literalmente: «Contra la referida sentencia, recurre en casación para la unificación de doctrina el Ayuntamiento de Guijuelo, articulando su recurso en cuatro motivos, aunque con una clara descomposición artificial del recurso, señalando para cada uno de ellos una sentencia de contraste, en los términos que seguidamente se dirá» (F. J. 2.1).

[7] Sobre la descomposición artificial de la controversia, ente otras muchas, la STS, 4ª, 19-2-2015, rcud 51/2014.

Se trata del enjuiciamiento a partir del Derecho de la Unión Europea, en su caso a través de la transposición de la normativa europea por parte de la legalidad ordinaria española, con relegación o postergación, más o menos disimulada, de la Constitución española, pese a resultar la misma inequívocamente aplicable para la solución del caso concreto. Constituye esta sentencia uno más de los muchos ejemplos de esta praxis, que conecta con la cada día más importante tutela multinivel de los derechos fundamentales, pero que ofrece la versión más pobre posible de dicha tutela multinivel[8].

En efecto, de manera sorprendente prescinde el Tribunal Supremo del análisis del problema litigioso desde la perspectiva del principio constitucional de igualdad de trato del artículo 14 CE, como si el Derecho de la Unión Europea (Directiva 1999/70/CE) y su trasposición a nivel de la legalidad ordinaria española (art. 15.6 ET) permitieran en un caso como este eludir la perspectiva constitucional, sin perjuicio de llegar a partir de la misma exactamente al mismo punto (reconocimiento del derecho de los trabajadores temporales a las mejoras voluntarias de Seguridad Social), aunque con una mayor riqueza argumentativa, más la debida consideración que merece la Constitución española. Y es que la Constitución española, mucho antes de la moda judicial del recurso al TJUE de la mano de las cuestiones prejudiciales[9], ha permitido tanto al Tribunal Constitucional como al Tribunal Supremo la protección de los trabajadores temporales desigualmente tratados (sin justificación objetiva, razonable y proporcionada) en un sinfín de ocasiones y respecto de las más diversas materias sociales.

Más sorprendente si cabe por el hecho de haber partido el alto tribunal en la presente sentencia de la aplicación del principio constitucional de igualdad de trato del artículo 14 CE a los productos de la negociación colectiva con eficacia normativa, de conformidad con la consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional[10]. Sin que, obviamente, esté en discusión la eficacia normativa del acuerdo mixto del artículo 36.3 EBEP, a tenor de lo dispuesto por el artículo 38.8 EBEP. Es más, siendo el empresario demandado una Administración Pública, un municipio para ser exactos, en cualquier caso resultaría de aplicación el principio constitucional de igualdad de trato, de nuevo conforme a la jurisprudencia constitucional sobre el particular[11]. Dicho de otra manera, no tenía en ningún caso el Tribunal Supremo que salvar el obstáculo de la inaplicación del principio constitucional de igualdad de trato en el ámbito de la autonomía de la voluntad o autonomía individual por la vía de la legalidad ordinaria, que impone a cualesquiera empresarios el respeto de la igualdad de trato de los trabajadores temporales respecto de los trabajadores fijos *ex* artículo 15.6 ET.

Pues bien, como se acaba de decir, empieza el Tribunal Supremo invocando la aplicación del principio constitucional de igualdad de trato o igualdad en la ley a las mejoras voluntarias de Seguridad Social establecidas por la negociación colectiva de eficacia normativa, para acto seguido prescindir del juicio de igualdad en clave constitucional a la hora de rechazar la exclusión de los trabajadores temporales como beneficiarios de las mejoras voluntarias de Seguridad Social reservadas a los empleados fijos. Y todo ello, por supuesto, con invocación del artículo 14 CE por las partes procesales en la instancia, en la suplicación y en la casación unificadora, como no podría ser de otra manera. Es más, el único motivo del recurso de casación para la unificación de doctrina respecto del que el Tribunal Supremo aprecia la contradicción del artículo 219.1 LRJS alega precisamente la vulneración del principio de igualdad en la ley, esto es, el artículo 14 CE.

Dice así literalmente la sentencia que se comenta: «Este trato desigual, vulnera el principio de igualdad ante la ley entre trabajadores temporales e indefinidos, al no estar amparado de

[8] VALDÉS DAL-RÉ, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras,* Bomarzo, Albacete, 2016.

[9] MOLINA NAVARRETE, C. (coord.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,* CARL, Sevilla, 2019. Del mismo coordinador, el estudio «La cuestión prejudicial y ¿el fin de los tribunales de "última palabra"?: Experiencias de tutela del contratante débil», en *Diario La* Ley, núm. 9008, 2017, versión digital.

[10] Por todas, la STC 177/1988.

[11] STC 161/1991.

justificación objetiva y razonable, sin perjuicio de que ello suponga o no una vulneración de lo dispuesto en el art. 14 CE» (F. J. 4 *in fine)*. Sin palabras.

5. ¿QUÉ SUCEDE CON LOS TRABAJADORES TEMPORALES CONTRATADOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS AL AMPARO DE PROGRAMAS DE FOMENTO DEL EMPLEO DE DESEMPLEADOS CON CARGO A FONDOS AJENOS?

La principal crítica que merece esta sentencia del Tribunal Supremo es haber silenciado una circunstancia fundamental para la resolución del litigio, a saber, el hecho de que el trabajador fallecido no era un trabajador temporal ordinario, contratado sin más al amparo del contrato para obra o servicio determinados (art. 15.1.a] ET), sino un trabajador contratado mediante esa modalidad contractual temporal bajo la cobertura de un programa de fomento del empleo de trabajadores desempleados para la realización de obras y servicios de interés general y social[12], con cargo a una subvención directa y total del coste retributivo otorgada por el Servicio Público de Empleo de Castilla y León[13].

Esa circunstancia capital debería haber conducido al alto tribunal a la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina presentado por el Ayuntamiento empleador, al derivarse de la misma una justificación, objetiva, razonable y proporcionada de la diferencia de trato dispensada por la normativa convencional creadora de la mejora voluntaria de Seguridad Social controvertida, la indemnización por fallecimiento por cualquier causa. Una justificación de la diferencia de trato basada en la singularidad del vínculo contractual del trabajador fallecido y que podría concretarse a través de una doble argumentación.

Primer argumento, de alcance general, la habitual exclusión del ámbito de aplicación personal de los convenios colectivos de las Administraciones Públicas de los trabajadores temporales contratados al amparo de programas de fomento del empleo de desempleados y con cargo a fondos proporcionados por organismos ajenos. Una práctica convencional muy extendida y no solo en las corporaciones locales más pequeñas. Sirvan como ejemplos los convenios colectivos únicos del personal laboral del Ayuntamiento de Madrid y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid[14].

Pues bien, salvo error u omisión, dicha práctica convencional no ha sido rechazada ni por el TJUE ni por el Tribunal Constitucional ni por el Tribunal Supremo. Es verdad que tanto el Tribunal Constitucional (por todas, STC 136/1987) como el Tribunal Supremo (por todas, STS, 4ª, 5-5-2009, rcud 2019/2008) han establecido una regla general de obligada inclusión de los trabajadores temporales en el ámbito de aplicación personal de cualesquiera convenios colectivos, pero también es cierto que han admitido las exclusiones convenientemente justificadas en las singularidades de colectivos específicos de trabajadores, temporales o no: por ejemplo, la STS, 4ª, 9-10-2003, rcud 103/2002, respecto de los profesores de religión de las administraciones educativas autonómicas.

Ni que decir tiene que los contratados temporales al amparo de programas de fomento del empleo de desempleados con cargo a fondos ajenos constituyen sin la menor duda un colectivo singular de empleados públicos susceptibles de exclusión convencional, entre otras razones por no integrarse los mismos en las plantillas de las correspondientes Administraciones Públicas a través de los principios constitucionales de mérito y capacidad, sin ocupación de puestos de la relación de puestos de trabajo y sin que la financiación discurra a través de partidas presupuestarias propias.

[12] Sobre este tipo singular de empleados públicos temporales, GIL PLANA, J., «La tipología contractual laboral aplicable en las entidades locales», en CARDENAL CARRO, M. (coord.), *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales,* La Ley, Madrid, 2010, pp. 431 ss.

[13] Antecedente de hecho 2º, que recoge el hecho probado segundo de la sentencia de instancia, no revisado en suplicación.

[14] Artículo 3.4.e) del Acuerdo-Convenio sobre condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos para el periodo 2019-2002 (BOAM, 2-1-2019).
Artículo 2.h) del Convenio colectivo único del personal laboral de la Administración de la Comunidad de Madrid (BOCM, 23-8-2018).

Pues bien, el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo y retribuciones del personal al servicio del Excmo. Ayuntamiento de Guijuelo, de 6 de junio de 2009, excluye de su ámbito personal de aplicación, bien es cierto que *a contrario sensu*, a los trabajadores temporales contratados al amparo de programas de fomento del empleo de desempleados con cargo a fondos ajenos (art. 1.2), sin perjuicio de la aplicación de algunas reglas fijadas en el Anexo V (art. 1.3), entre las que no se encuentran las relativas a las mejoras voluntarias de Seguridad Social. Y si la exclusión del convenio colectivo de este colectivo singular de trabajadores temporales es en principio lícita, carece de sentido plantearse el reconocimiento de una mejora voluntaria de Seguridad Social al margen de la autonomía colectiva que la ha creado exclusiva y excluyentemente para sus destinatarios, los incluidos en el ámbito personal de aplicación del correspondiente producto de la negociación colectiva.

Segundo argumento, mucho más concreto, tendente a la justificación de la diferencia de trato convencional en materia de mejoras voluntarias de Seguridad Social. Resulta más que razonable la exclusión de los trabajadores temporales contratados al amparo de programas de fomento del empleo de desempleados con cargo a fondos ajenos y ello por no integrarse realmente los mismos, y a todos los efectos, en la plantilla de la correspondiente Administración Pública, careciendo de sentido que la financiación del coste retributivo principal, el salario y las cotizaciones sociales del empleador, corra a cargo del organismo público responsable del programa de fomento del empleo, habitualmente vía subvención directa, y en cambio esté obligada la Administración empleadora, pese a la inexistencia de crédito presupuestario *ad hoc*, a asumir el coste retributivo secundario derivado de las mejoras voluntarias de Seguridad Social, inequívocamente pensadas para el personal de plantilla, el recogido en la RPT.

Llevado hasta sus últimas consecuencias, el reconocimiento de las mejoras voluntarias de Seguridad Social a los singulares trabajadores temporales singulares de los que se viene tratando, sin específico crédito presupuestario para ello, podría contribuir tarde o temprano a la supresión convencional de las mejoras voluntarias de Seguridad Social para la totalidad de los empleados públicos.

Y sin dejar este segundo argumento, el notable volumen anual de trabajadores temporales contratados por muchas Administraciones Públicas al amparo de programas de fomento del empleo de desempleados, normalmente por periodos de duración relativamente cortos, dificultaría y encarecería sobremanera el coste de la póliza del correspondiente seguro colectivo de vida y/o accidentes, al ser el riesgo cubierto de más probable materialización. Téngase muy en cuenta que un argumento de este tipo fue el utilizado por la única sentencia de contraste[15] admitida a efectos de contradicción por la presente sentencia, aunque ya se sabe que sin éxito a la hora de la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina presentado por el Ayuntamiento de Guijuelo.

Tanto la sentencia de suplicación como la presente sentencia de casación unificadora eluden por completo la valoración de esta más que posible justificación objetiva, razonable y proporcionada de la diferencia de trato convencional en materia de mejoras voluntarias de Seguridad Social. Le queda la duda a este comentarista de la eventual responsabilidad en este sentido de la parte recurrente en casación unificadora, el Ayuntamiento de Guijuelo, quizá por un planteamiento del recurso poco o nada centrado en la doble justificación que se acaba de ofrecer. Es verdad que de los motivos primero, segundo y tercero del recurso parece deducirse implícitamente el manejo de argumentos más o menos similares a los aquí empleados. En todo caso, si realmente en el recurso se hubiesen planteado frontalmente estos argumentos, el silencio del alto tribunal bien podría justificar

[15] STSJ de Andalucía/Sevilla, 22-11-2017, rec. 3291/2006, que justifica la exclusión de los peones agrícolas eventuales, a la vista de las singularidades de los puestos de trabajo ocupados por los mismos, de las mejoras voluntarias de Seguridad Social contempladas por los convenios provinciales del campo para los trabajadores dotados de una mínima estabilidad laboral, siendo la cobertura de los riesgos por las compañías aseguradora tan difícil como onerosa para los empresarios asegurados.

primero un incidente de nulidad de actuaciones y posteriormente un eventual recurso de amparo por posible vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, vía incongruencia omisiva o *ex silentio*.

Y para concluir esta valoración crítica, insisten tanto la sentencia de suplicación recurrida como esta sentencia del Tribunal Supremo confirmatoria de la anterior en la ilícita desigualdad de trato dispensada al trabajador fallecido en su calidad de trabajador temporal, lo cual sería irreprochable si realmente se hubiese tratado de un trabajador temporal ordinario, integrado en la plantilla del Ayuntamiento de Guijuelo, pero, tal y como se acaba de ver, la situación laboral no era así de simple, sino algo más compleja.

Téngase muy en cuenta, para concluir, que el pleito resuelto por esta sentencia no discurre por la modalidad especial de impugnación de convenios colectivos, sino por la modalidad ordinaria, tratándose de una reclamación de cantidad. Eso significa que el objeto del pleito no es ni mucho menos la eventual expulsión del ordenamiento jurídico de la norma convencional de exclusión de cualesquiera trabajadores temporales del disfrute de las mejoras voluntarias de Seguridad Social, sino de forma mucho más precisa la existencia o no de una justificación objetiva, razonable y proporcionada de la diferencia convencional de trato en materia de mejoras voluntarias de Seguridad Social, teniendo muy presente a efectos de dicha justificación no la condición sin más de trabajador temporal del empleado fallecido, sino su singular condición de trabajador temporal contratado al amparo de un programa de fomento del empleo de desempleados con cargo a fondos ajenos.

Por cierto, pese a lo que dice el artículo 1.3 del acuerdo mixto del Ayuntamiento de Guijuelo que se viene tratando, que establece la exclusión del ámbito personal del mismo de los trabajadores temporales sin mayor precisión y de los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla, la verdad es que el Anexo V del mismo acuerdo mixto al que se remite a dichos colectivos excluidos solo resulta de aplicación, conforme a su artículo 1, a los trabajadores temporales contratados al amparo de programas de fomento del empleo de desempleados y al resto de trabajadores temporales distintos de los interinos por sustitución o por cobertura de vacante. Todo un ejemplo de mala praxis reguladora, que bien hubiera podido contribuir a confundir a los órganos judiciales encargados de la resolución de este pleito, incluido el propio Tribunal Supremo.

6. BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *Protección social complementaria de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GALA DURÁN, C., *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social,* Bosch, Barcelona, 1999.

GIL PLANA, J., «La tipología contractual laboral aplicable en las entidades locales», en CARDENAL CARRO, M. (coord.), *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales,* La Ley, Madrid, 2010.

MARÍN ALONSO, Mª. I., «La negociación colectiva conjunta de los "empleados públicos" en el EBEP», en *REDT,* 2009.

MOLINA NAVARRETE, C. (coord.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,* CARL, Sevilla, 2019.

MOLINA NAVARRETE, C. «La cuestión prejudicial y ¿el fin de los tribunales de "última palabra"?: Experiencias de tutela del contratante débil», en *Diario La* Ley, núm. 9008, 2017, versión digital.

VALDÉS DAL-RÉ, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras,* Bomarzo, Albacete, 2016.

VIVERO SERRANO, J. B., «Las sentencias anotadas», en *Trabajo y Derecho*, 2020, núm. 66, versión digital.

El tránsito de una incapacidad permanente total a una incapacidad absoluta por diferente contingencia: consolidación de la doctrina del tribunal supremo sobre la determinación de la base reguladora y otros aspectos

The transition from permanent total disability to absolute disability due to different contingencies: consolidation of the Supreme Court doctrine on determining the regulatory basis and other aspects

PEPA BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO *Profa. Agregada (A.T.) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social Universidad de Barcelona*
https://orcid.org/0000-0002-5426-3493

Cita sugerida: BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P., "El tránsito de una incapacidad permanente total a una incapacidad absoluta por diferente contingencia: consolidación de la doctrina del tribunal supremo sobre la determinación de la base reguladora y otros aspectos". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 26 (2021): 149-164.

Resumen

La STS 325/2020, de 16 enero 2020, en recurso de casación para la unificación de doctrina analiza un supuesto en el que un trabajador, perceptor, al mismo tiempo, de una pensión de incapacidad permanente total por accidente de trabajo, agrava sus dolencias, pero derivadas de enfermedad común al cabo de los años. La cuestión central gira en torno a la determinación de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente absoluta que le corresponde al pensionista, ahora bien, para ello se deben analizar detenidamente otras cuestiones, cuyo centro son el estado de salud único de una persona

Abstract

Supreme Court Ruling 325/2020, of 16 January 2020, in appeal for the unification of doctrine, analyses a case in which a worker, who was receiving a total permanent disability pension due to a work accident, aggravated his conditions which were derived from common disease over time. The central question revolves around the determination of the regulatory basis of the pension for absolute permanent disability that matches the recipient, however, for this, other questions must be carefully analysed. The central question is a person's individual health status.

Palabras clave

incapacidad permanente total, incapacidad absoluta, base reguladora, pensión única

Keywords

total permanent disability, absolute disability, regulatory base, single pension

1. ANTECEDENTES DEL CASO

El recurso de casación para la unificación de doctrina del presente análisis (Sentencia del Tribunal Supremo 325/2020, de 16 enero 2020, rcud. núm. 3700/2017[1]) trae causa de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (sala de lo social, sección primera), rec. de suplicación núm. 1115/2007, de 18 de julio de 2017[2], que a su vez resuelve la impugnación de la Sentencia del Juzgado de lo social núm. 3 de Vigo, de 2 de diciembre de 2016 (Sentencia núm. 576/2016), autos núm. 915/2015. En este último caso, la demanda ante el Juzgado de lo social fue interpuesta por D. Arcadio contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS), la Tesorería General de la Seguridad social (en adelante, TGSS), la mercantil Frutas Sol Vigo S.L. y la Mutua Fremap.

[1] Ponente: Mª L. ArasteySahún.
[2] Ponente: I. Olmos Pares.

Fecha Recepción: 25-4-2020 – Fecha Revisión: 26-4-2020 – Fecha Aceptación: 27-4-2020
Pags. 149-164

El recurso ante el Tribunal Supremo es interpuesto por el INSS y por D. Arcadio. Siendo también partes recurridas Fremap, Mutua colaboradora con la Seguridad social núm. 61.

La pretensión fundamental del actor (trabajador-pensionista) en casación es que la pensión de incapacidad permanente absoluta que se le reconoció en instancia y confirmó en suplicación, sea calculada en base a la pensión de incapacidad permanente total por contingencias profesionales que le fue reconocida el 6 de julio de 2012.

1.1. Los hechos probados

Como punto de partida básico, atendiendo a la sucesión de acontecimientos en el presente caso, se reproducen los hechos probados de la Sentencia del juzgado de lo social núm. 3 de Vigo; para una mayor comprensión, se completará la descripción de la situación con la Sentencia de suplicación, y se ordenarán cronológicamente para mayor coherencia. A saber:

Primero. El actor, trabajador, afiliado al Régimen General de la Seguridad social tiene reconocida una situación de incapacidad permanente en grado total por accidente de trabajo en su última profesión, "repartidor-conductor" en el ámbito comercial, por resolución de la Dirección provincial del INSS de 6 de julio 2012.

El informe de 2 de julio de 2012 del Equipo de Valoración de Incapacidades médicas (en adelante, EVI), concretaba que la *"(...) calificación del trabajador como incapacitado permanente en grado de total, por accidente de trabajo, siendo su cuadro residual síndrome subacromial de hombro derecho (rector), jartropatía traumática acro mioclavicular derecha, lesión del nervio espinal derecho con secuela de limitación de la movilidad escapulotorácica derecha*"[3].

El actor tenía cotizados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en el momento del hecho causante, es decir, referido al momento de esta primera incapacidad, un total de 153 días[4], periodo de carencia insuficiente para una prestación derivada de este Régimen especial.

Segundo. El actor es declarado en incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, por un ictus sufrido[5], para "su nueva profesión de comercial", a través, nuevamente, de resolución de la Dirección provincial del INSS, esta de fecha 14 de octubre de 2014, tras la valoración del EVI del 9 de septiembre de 2014[6] (hecho probado tercero de la Sentencia núm. 576/2016 del Juzgado de lo social núm. 3 de Vigo).No consta el contenido del informe de valoración del EVI que da lugar a esta nueva incapacidad permanente, por enfermedad común.

Tercero. El trabajador interpuso reclamación previa administrativa, contra la resolución previa de reconocimiento de incapacidad permanente total, derivada de enfermedad común, que fue desestimada de manera expresa a través de resolución del 10 diciembre de 2014[7].

Cuarto. El 27 de agosto de 2015 se produce la solicitud de inicio del procedimiento de revisión por posible mejoría de la incapacidad permanente del actor –recordemos que se encontraba en situación de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo desde el 6 julio de 2012–.

Tras la correspondiente valoración del EVI, la revisión por mejoría es desestimada, por resolución administrativa expresa de 28 de octubre de 2015, al considerarse que no había variación en el estado de las lesiones[8].

[3] Hecho probado primero y segundo de la Sentencia núm. 576/2016 del Juzgado de lo social núm. 3 de Vigo, reproducido en los Antecedentes de Hecho Primero, segundo punto, de la STS 325/2020.
[4] Hecho probado primero de la Sentencia núm. 576/2016 del Juzgado de lo social núm. 3 de Vigo.
[5] Puede leerse así, en la STSJ de Galicia, núm. 1115/2007, de 18 de julio de 2017, FD Cuarto.
[6] Debe apreciarse que en la Sentencia del juzgado de lo social de Vigo hay una ligera confusión de fechas -2015 en lugar de 2014- que ha ido pasando sin corrección a las Sentencias del TSJ y a la del TS sobre el caso de autos.
[7] Hecho probado tercero de la Sentencia núm. 576/2016 del Juzgado de lo social núm. 3 de Vigo.

En este punto, se ha de mencionar que el actor-trabajador no interpone reclamación administrativa contra la resolución denegatoria del expediente de revisión, pero entre la fecha de reclamación de solicitud de revisión por mejoría y la resolución del expediente, media la interposición de demanda –y su desistimiento– contra la resolución del INSS de 10 de diciembre de 2014.

Quinto. Como se señalaba, el actor presenta demanda ante la jurisdicción social, contra la resolución administrativa –tras la reclamación administrativa previa pertinente– que le situaba en incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, conociendo el asunto el juzgado de lo social núm. 2 de Vigo, quién a través de los autos SSS56/2015, de 7 septiembre de 2015 y ante la incomparecencia del actor, le tiene por desistido.

Sexto. El informe de revisión del EVI de 26 de octubre de 2015, que da lugar a la resolución administrativa denegatoria del 28 de octubre de 2015en el procedimiento de revisión por mejoría de la primera incapacidad permanente concedida (total por accidente de trabajo, el 6 julio 2012), se acordó que *"(...) el actor padece accidente de cerbro (sic) vascular, ictus isquémico protuberencial y cerebeloso, trastorno de la arteria basilar. Se indica que persiste el mismo grado de limitaciones, moderada para deambulaciones irregulares y para aquellas de riesgo para sí y/o terceros, así como actividades que precisen comunicación verbal fluida y para aquellos trabajos que requieran moderados-requerimientos intelectivos*"[9].

Se puede apreciar con la simple lectura que las patologías derivadas de la primera incapacidad permanente reconocida y de la segunda, difieren significativamente, pese a que la conclusión que pueda derivarse de las mismas en el ámbito del trabajo, sea la de la persistencia de limitaciones para el trabajador.

Séptimo. El actor presenta una nueva reclamación previa el 25 de septiembre de 2015, frente a la resolución administrativa del 14 de octubre de 2014 contra la que ya había interpuesto reclamación previa y demanda, desistiendo de esta última al no presentarse en el juzgado.

Esta nueva reclamación es desestimada nuevamente y de manera expresa, el 9 de octubre de 2015, agotando la vía previa[10].

Octavo. La base reguladora de la prestación derivada de enfermedad común es determinada por el INSS en 703.87 euros[11], cuestión significativa a tener en cuenta en nuestro análisis, pues, como se comprobará posteriormente, la base reguladora de la primera incapacidad concedida al trabajador se había fijado en una cantidad mayor.

De los hechos anteriores, pueden derivarse dos fechas claves en el presente caso, la fecha de concesión de la primera incapacidad permanente (la total derivada de accidente de trabajo), 6 julio de 2012 y, la fecha de la segunda incapacidad permanente concedida por el INSS (total derivada de enfermedad común), 14 octubre de 2014.

1.2. Los pronunciamientos judiciales previos al Tribunal Supremo

Para situar completamente el debate casacional, nos referimos ahora a las concretas soluciones y resoluciones dictadas tanto por la Sentencia de instancia, como por el Tribunal Superior de Justicia.

[8] Hecho probado quinto de la Sentencia núm. 576/2016 del Juzgado de lo social núm. 3 de Vigo.

[9] Hecho probado sexto de la Sentencia del juzgado, aunque debería poner séptimo, pues hay dos sextos, y que es reiterado en los Antecedentes de Hecho Primero, sexto, STS 325/2020,

[10] Hecho probado cuarto de la Sentencia núm. 576/2016 del Juzgado de lo social núm. 3 de Vigo, trascrito por el FD Primero de la STS 325/2020.

[11] Hecho probado sexto de la Sentencia núm. 576/2016 del Juzgado de lo social núm. 3 de Vigo.

Por lo que se refiere a la primera de ellas, la Sentencia núm. 576/2016 del Juzgado de lo social núm. 3 de Vigo, estima parcialmente la demanda del actor-trabajador en cuanto a declarar que se encuentra en una situación de incapacidad permanente absoluta derivada de contingencias comunes –y no total como pretendía el INSS– con los efectos correspondientes, entre ellos, el derecho a percibir una prestación económica al respecto. Pero, a su vez, desestima uno de los motivos de la demanda del actor contra la resolución administrativa (que extraemos de la STJS de la que trae causa): la compatibilización de dicha prestación de incapacidad permanente absoluta por enfermedad común con la incapacidad permanente total que le fue reconocida en el año 2012 derivada de accidente de trabajo. El juzgado considera que no ha lugar[12].

Con respecto a la decisión de STSJ de Galicia de 18 de julio de 2017, en primer lugar, al haberse presentado recurso de suplicación por ambas partes, el Tribunal analiza el recurso del INSS que pretende la revisión del grado de incapacidad reconocido, pues de esta apreciación derivaría la necesidad de continuar con las restantes pretendidas en el recurso. No aprecia el Tribunal que deba producirse una revisión del grado, por cuanto el trabajador no ha impugnado la resolución sobre su expediente de revisión, sino, por segunda vez, y de manera válida, la resolución de incapacidad permanente total derivada de accidente común de 14 de octubre de 2014, que no ha variado en cuanto a la determinación de las dolencias del trabajador.

A continuación, y tras el análisis correspondiente, el Tribunal estima parcialmente el recurso presentado por el actor-trabajador, de nuevo pensionista (confirmando el pronunciamiento de la Sentencia de instancia), desestimando al mismo tiempo, como indicábamos, el recurso presentado por la Administración de la Seguridad social, reconociendo la incapacidad permanente absoluta con efectos desde el 13 de octubre de 2014, que es cuando surtía efectos la comunicación administrativa de la incapacidad permanente total por contingencias comunes.

En este sentido, el trabajador solicitaba que se le reconociera la incapacidad derivada de accidente y no de enfermedad, al considerar el ictus como "ataque repentino e imprevisto", cuestión que no es acogida por el Tribunal Superior de Justicia al considerar que se trata de una patología de etiología común que debe ser catalogada como enfermedad sin más (FD Cuarto del TSJ). La petición que sí acoge y estima el Tribunal es la subsidiaria del actor-trabajador, relativa a la modificación de los hechos probados; así, se introduce en la resolución del recurso de suplicación una modificación de los hechos probados, para introducir cual era la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente total derivada de accidente que el actor tenía reconocida desde el 6 de julio de 2012, esto es, 1090.6 euros, por si –manifiesta el TSJ– "(…) tuviera trascendencia para resolver la cuestión litigiosa" (FD Segundo de la STJS).

De esta manera, la incapacidad permanente absoluta le es reconocida al actor con fecha de efectos del 13 de octubre de 2014, pero, derivada de contingencias comunes y dentro del Régimen General de la Seguridad social, tal y como había declarado previamente el juzgado de lo social ante el que se recurre. Se añade, de manera significativa, a los hechos probados el montante de la base reguladora de la primera pensión del actor, un –si me permiten– "por si acaso" del Tribunal Superior de Justicia, que se va a convertir en el centro del debate en el Tribunal Supremo.

2. CUESTIONES PRINCIPALES DEL CASO Y LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA STS 325/2020

D. Arcadio, a quién el TS denomina demandante inicial, basa su pretensión en que la Sentencia de suplicación del TSJ infringe la siguiente normativa: art. 143 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio de 1994, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS-1994), los arts. 17 a 19 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, los arts. 36 a 40 de la Orden Ministerial de 15 abril de 1969 y, por último, los arts. 17 a 21

[12] FD primero de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (sala de lo social), rec. de suplicación núm. 1115/2007, de 18 de julio de 2017.

del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre. Presenta a su vez, como Sentencia de contraste, la STS, sala de lo social, sala general, de 12 junio 2000, rcud. núm. 898/1999[13]. Es en este punto donde debemos detenernos pues el Tribunal Supremo razona a partir de la misma, y de su doctrina consolidada al respecto, la cuestión central del presente recurso.

En la Sentencia de contraste presentada se da un caso en esencia idéntico. Se trata de un trabajador que es declarado, conforme a la normativa vigente en su momento, inválido permanentemente, derivado de enfermedad profesional; con el paso del tiempo, se le presentan nuevas dolencias comunes, y solicita la revisión de su estado de incapacidad para que le sea declarada la invalidez permanente absoluta por enfermedad común. Si bien es cierto que tras el *interim* procesal consigue lo indicado en recurso de suplicación, reclama ante el Tribunal Supremo al entender que la base reguladora para el cálculo de su incapacidad permanente absoluta debería haberse fijado en atención a la pensión de incapacidad permanente total que venía percibiendo el trabajador-pensionista. Se discutía por el Tribunal entonces si existía una unidad o conexión entre el estado de salud del trabajador en el momento de la primera incapacidad y el segundo, y, cuál debía ser la base reguladora en tal caso, para el cálculo de la segunda pensión.

2.1. Sobre la revisión de la incapacidad permanente: identidad con el procedimiento declarativo

El estado de salud de las personas no es inmutable, de ahí que la propia legislación en materia de Seguridad social haya previsto, tanto en la ya derogada LGSS-1994 (art. 143), como en la actual LGSS (art. 200), la revisión de la incapacidad permanente basándose en la posible variación de las patologías, enfermedades o dolencias de la persona trabajadora incapacitada[14].

En un examen omnicomprensivo de la legislación puede entenderse que las causas de revisión pueden ser debidas en este caso a tres circunstancias, a saber: agravación, mejoría y error de diagnóstico. Si bien las situaciones de revisión de la incapacidad permanente no han sido pacíficas en la doctrina de los tribunales[15], la revisión más frecuente, la relativa a la agravación del estado de salud de la persona trabajadora-pensionista ha exigido dos circunstancias esenciales y básicas: que las dolencias hayan empeorado por si mismas o por la concurrencia con otras, en detrimento del estado de salud del pensionista que se ha tornado más grave, y que tal situación repercuta directamente en la capacidad laboral de la persona, disminuyéndola o eliminándola.

En definitiva, cualquier nueva revisión del estado de salud de una persona en situación de incapacidad permanente[16] estaría realizando un juicio comparativo entre dos situaciones objetivables.

---

[13] Ponente: L. Gil Suárez.

[14] En un sentido similar se expresa BARBA DE ALBA, A., "Revisión de la incapacidad permanente", BIB 2012\8046 Dentro de *Monografías. Incapacidades laborales y Seguridad Social*. BIB 2012\188, p. 1. Por su parte, GARCÍA NINET, J.I y MIÑARRO YANINI, M., "Revisión por enfermedad común de la incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional previamente reconocida que da lugar a la declaración de incapacidad permanente absoluta: base reguladora y responsables del pago de la nueva prestación (a propósito de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2000)", BIB 2001\989, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 9/2001, expresan que: "Dada la variabilidad del estado de salud de las personas, la declaración de Incapacidad Permanente, en sus distintos grados (Parcial, Total, Total Cualificada, Absoluta y Gran Invalidez), no puede ser fija e inmutable, sino que está sometida a los acaecimientos que se produzcan en relación con las secuelas que han determinado la declaración de incapacidad", p. 5.

[15] En este sentido, puede leerse GARCÍA MURCIA, J., "Las modificaciones en el régimen jurídico de la invalidez permanente total", *Relaciones laborales* Tomo I, 1985, p. 321, entre otras.

[16] Sobre los diferentes efectos que una revisión en incapacidad permanente puede generar, resumidos en ocho, puede leerse GARCÍA NINET, J. I, "Cien años de Seguridad Social. Situaciones protegidas: Incapacidad Temporal, Incapacidad Permanente y Supervivencia. Régimen jurídico de las prestaciones y revisión de las incapacidades» en AA VV Madrid (Muprespa), 2000, pp. 490 y ss.

En el caso presente, (STS 325/2020) no estamos ante un tema puro de revisión por agravamiento, mejoría o error, pues pese a que el trabajador-pensionista lo instó en fecha 27 de agosto de 2015, no es esta la cuestión objeto del debate casacional, pues el pensionista inició otro procedimiento, diferente, de incapacidad permanente absoluta derivada de una enfermedad común[17]. Sin embargo, señala la propia STS 325/2020 objeto de análisis conforme a su doctrina que "(…) no existen diferencias sustanciales en los procedimientos administrativos de declaración y revisión de incapacidad", afirmación que se basa en la idéntica finalidad de los dos procedimientos, a saber y en palabras del Tribunal: "(…) la evaluación conjunta del estado del trabajador desde la óptica de su capacidad para prestar servicios"[18], cuestión sobre la que volveremos más adelante. Con cita a dos Sentencias históricas[19], señala el Alto Tribunal que no puede olvidarse que el solicitante " (…) *no siempre estará en condiciones de saber en el momento de la incoación del expediente si el resultado de la evaluación practicada va a ser la revisión de la invalidez por secuelas ya apreciadas que se han agravado, o la declaración de una invalidez derivada de secuelas de dolencias distintas. Así las cosas, va en contra del principio de eficacia administrativa el obligar al asegurado a recorrer de nuevo el circuito del procedimiento de declaración de invalidez, cuando el procedimiento de revisión ha producido o ha podido producir el mismo efecto de verificación de su estado físico y de comprobación del cumplimiento de requisitos para el reconocimiento de prestaciones*" (FD Segundo STS 2 octubre 1997, rcud. núm. 4575/1996, citada).

Con respecto a la afirmación del Tribunal de que no existen diferencias sustanciales entre ambos procedimientos, el de revisión y la incoación de un nuevo expediente, cabe destacar que, la citada STS de 2 octubre de 1997 analizaba cuales eran las consecuencias que para un asegurado se podían derivar en caso de haber incoado un procedimiento de revisión por agravación del grado de incapacidad, en lugar de iniciar un procedimiento declarativo de una situación independiente de invalidez. Se indicaba allí, que en el caso "(…), coexisten en el caso dos contingencias que operan con independencia, es decir, ni las lesiones del accidente se han visto agravadas ni contribuyen al estado de invalidez absoluta, ni las lesiones por enfermedad común precisan de aquélla para alcanzar tal grado" (FD Primero STS 2 octubre 1997); lo que viene sucediendo en el caso de la STS 325/2020, pues el ictus padecido por el pensionista en su nuevo trabajo, difiere completamente de las secuelas que dieron lugar a su incapacidad por accidente de trabajo.

Ahora bien, reiteramos, como hace el Supremo que obligar al pensionista a iniciar la revisión de su situación de incapacidad cuando procede incoar un nuevo procedimiento –o viceversa– adolecería de eficacia en el sistema, aplicando el principio de eficacia administrativa[20] recogido en la actualidad en el art. 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, pero que encuentra su máximo exponente en la Constitución española, art. 103.1[21]; y, esto obliga a una apreciación conjunta de las dolencias del trabajador-pensionista, que se haría, y con el

[17] En este sentido, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, interpretativa de los plazos para solicitar la revisión de la situación declarada de invalidez, se encuentra exceptuado el caso en el que el pensionista realice trabajos por cuenta ajena o por cuenta propia, sin que haya que respetar un plazo mínimo fijado por la resolución administrativa inicial (que es la que debe indicar un plazo de posible revisión cuya concreción en la fecha debe obedecer a criterios razonables y razonados). Y, esta previsión no alcanza al trabajo del pensionable de incapacidad permanente total en profesión distinta a la suya habitual por la que fue declarado inválido, lo que, en esencia, sucede en el supuesto de hecho analizado por la STS de 2020 analizada.

[18] FD Segundo STS 325/2020.

[19] Se refiere a las SSTS de 7 julio 1995, rcud. núm. 1349/1993, Ponente: J. García-Murga Vázquez y a la de 2 octubre 1997, rcud. núm. 4575/1996, Ponente: A. Martín Valverde.

[20] Un magnífico estudio sobre este principio puede encontrarse en BOCANEGRA SIERRA, R., "La distinción entre la eficacia interna y la eficacia externa de los actos administrativos", *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 152/2011, parte Estudios. Entre otras cuestiones, el autor, afirma como la actuación de la administración pública a través de los actos y procedimientos administrativos van dirigidas a satisfacer el interés público, pp. 2-3.

[21] Principio de eficacia que es completado –entre otros, por el criterio de eficiencia que recoge el art. 31.2 CE, según PADILLA RUIZ, P., "Los principios de eficacia y eficiencia en la actuación del empleado público y su conexión con la evaluación del desempeño", *Revista Aranzadi Doctrinal* num.10/2018, BIB 2018\14130**,** p. 2.

mismo rigor, objetivando las patologías, en cualquier de los dos procedimientos, sin entrar en consideraciones sobre las variaciones de plazos o trámites complementarios que existen en ambos casos.

2.2. Consideración unitaria de la salud del pensionista

El Tribunal Supremo afirma en base a su doctrina consolidada que debe realizar una valoración conjunta, unitaria, de la salud del pensionista, pese a que, en el caso las dolencias o secuelas procedan de diferentes contingencias, accidente de trabajo en el primer caso, enfermedad común en el segundo.

En este sentido, el Alto Tribunal refuerza su consideración (FD Segundo) con alusión a la STS de 2000 presentada para el demandante inicial como Sentencia de contraste, cuyos razonamientos han sido mantenidos, posteriormente, entre otros, en los siguientes pronunciamientos, a saber: STS de 29 septiembre 2004 (rcud. núm. 60/2003)[22], 4 noviembre 2004 (rcud. núm. 1045/2003)[23] y 5 julio 2010 (rcud. núm. 3367/2009[24]).

En la STS de contraste, se produce una revisión de la incapacidad inicialmente por accidente de trabajo y después común, similar a lo que sucede en la STS 2020 analizada, y donde los argumentos del Tribunal en aquel entonces reflejan la consideración de interrelación de riesgos protegidos o, dicho con otras palabras, si la salud de una persona es única, el análisis de sus patologías también debe serlo. Ahora bien, la consideración conjunta de las lesiones de un trabajador-pensionista derivadas de diferente contingencia no ha sido la doctrina inicial de la jurisprudencia del Tribunal, habiéndose transitado por otras decisiones de carácter contrario, hasta la consolidación de esta doctrina en el año 2000[25].

Consideración unitaria de la salud y de la incapacidad resultante era el criterio seguido también por la STS de 5 julio de 2010 citada[26], dado que la cuestión controvertida en este caso giraba en torno a la compatibilidad de dos prestaciones, derivadas del regímenes distintos (incapacidad permanente total por enfermedad común en el ámbito del Régimen de Trabajadores Autónomos, y años después, realizando otra actividad, en esta ocasión encuadrado en el Régimen General de la Seguridad, a causa de un accidente de trabajo es declarado en incapacidad permanente absoluta). Al no caber dos prestaciones que de por sí o en sí mismas son incompatibles, la valoración del estado del pensionista debía realizarse conjuntamente.

Como señalábamos previamente, la salud es única, como también lo es la capacidad o aptitud para el trabajo; por ello, la decisión objetiva sobre la concesión o revisión de una prestación de Seguridad social encaminada a suplir los ingresos por la falta o la merma de la capacidad para trabajar de una persona, debe englobar todos los aspectos que concurran en la persona, puesto que de lo que se trata, en definitiva, es de una acumulación de lesiones o patologías que afectan objetivamente a una persona, y con clara evidencia de que la primera situación de incapacidad, condiciona la segunda. Asimismo, cabe tener en cuenta, que el art. 143.2 LGSS-1994 aplicable al caso analizado no prohíbe de ninguna manera la valoración conjunta de las dolencias en la revisión de las incapacidades, y si hemos señalado que la finalidad del procedimiento de revisión y la incoación de un nuevo, por nueva situación, es la misma, al igual que su función, el art. 143

[22] Ponente: M. Sampedro Corral. En esta Sentencia de 29 septiembre de 2004 no se introduce nada nuevo, es idéntica a la STS del 2000 en su argumentación jurídica, utilizada como Sentencia de contraste, esto es, se trata de una solicitud de revisión de la incapacidad, y de resultas, de una incapacidad permanente total derivada de contingencia profesional, el pensionista pasa a una incapacidad permanente absoluta por enfermedad común.

[23] Ponente: M. Calvo Ibarlucea.

[24] Ponente: A. Desdentado Bonete.

[25] Al respecto, ALONSO OLEA, M., TORTUERO PLAZA, J.L*., Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2000, p. 105, insistían hace dos décadas, de que se trataba de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo.

[26] FD Cuarto.

tampoco estaría prohibiendo la valoración conjunta de la salud en un nuevo procedimiento de incapacidad.

Como señalan García Ninet y Miñarro Yanini[27], el Tribunal Supremo tardó en aplicar, con carácter general y para todo tipo de incapacidades del trabajador, el principio de valoración conjunta de las dolencias en la revisión de las incapacidades, con base a la globalidad del estado de salud de las personas, permitiendo esa valoración conjunta tanto en un nuevo procedimiento como en una revisión de la situación de incapacidad previa.

En base a todo esto, el TS en su Sentencia 325/2020 explicita que (FD Segundo punto 5), la relación que guardan entre sí las declaraciones, administrativa y judicial, del estado de salud del trabajador implican que existe una alteración general de su estado de salud, por tanto no tendría sentido, no sería lógico que una persona estuviera incapacitada de manera absoluta para cualquier trabajo (sin tener en cuenta esa capacidad residual que puede mantener un pensionista de IPA) y, al mismo tiempo, estar incapacitado solo para una profesión concreta, que es la que dio lugar en el presente caso, *prioretempus*, a la declaración de incapacidad permanente total. Y este argumento, además, guarda coherencia y congruencia con nuestro sistema de protección social señala el Tribunal, donde dentro del régimen general de la Seguridad social existe una importante norma de incompatibilidad de prestaciones, que analizaremos en un epígrafe separado.

2.3. Cálculo de la base reguladora: la pensión única

El Tribunal Supremo en la Sentencia 325/2020 analizada es muy parco con respecto a la cuestión central del recurso, que es el cálculo de la base reguladora de la nueva pensión de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común; se limita a señalar en su FD Segundo, con base a su doctrina consolidada y a la Sentencia de contraste, que no es admisible la reducción de la protección del incapacitado a través de la disminución de la base reguladora.

Pues bien, situado ya el posicionamiento del Tribunal, debemos considerar el porqué de tal afirmación.

Como se indicaba anteriormente, la doctrina consolidada del Tribunal Supremo se inclina por la valoración conjunta, global, del estado de salud del pensionista que solicita tanto la revisión de su prestación de incapacidad como la incoación de un nuevo procedimiento, y este razonamiento nos lleva a la consideración de que, si la salud de un individuo y el propio individuo son únicos, la pensión también debe serlo como ya anticipó la STS de 4 noviembre anteriormente citada[28].

La determinación de la base reguladora en prestaciones derivadas de situaciones de incapacidad permanente o muerte, ocasionadas por la contingencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, se establece en atención al salario real que percibe el trabajador al momento de producirse el accidente[29], como le sucedió al trabajador-pensionista del caso analizado, habiéndose fijado su base reguladora en la cuantía de 1090.06 euros.

[27] GARCÍA NINET, J.I y MIÑARRO YANINI, M., *op. cit.*, p. 10. Incluso señalan los autores que esta valoración global de las dolencias que se acoge proviene en cierta medida de la normativa específica de la Minería del Carbón (arts. 8.1 del Decreto 298/1973 de 8 febrero y 17 de la Orden de 3 abril de 1973), y el TS aplicando esta normativa se inclinaba a la consideración global del estado del beneficiario con independencia del origen de las dolencias que determinaron la revisión. Al mismo tiempo, como recuerdan los autores, el TS rechazaba la aplicación de esta normativa en otros sectores, y si la dolencia procedía de otro hecho, instando a la incoación de un nuevo procedimiento: pp. 7-9.

[28] STS 4 de noviembre de 2004 añade algo nuevo con respecto a la STS 2000 utilizada por el actor inicial o pensionista como Sentencia de contraste, esto es: "(…) aunque la incapacidad permanente resultante de la revisión se declare que está causada por una contingencia distinta de aquélla por la que se otorgó la invalidez de grado inferior primeramente reconocida, no cabe duda que la prestación que corresponde abonar a consecuencia de tal revisión, es una pensión única" (FD Tercero).

[29] Decreto 22-6-1956, que en esta materia se encuentra vigente a tenor de lo dispuesto en el Decreto 1646/1972

Como señala De Barba, la cuestión sobre si la base reguladora de una incapacidad debería permanecer inalterada o no, ha sido frecuente tanto en la jurisprudencia como en la doctrina judicial[30], pareciendo establecerse como regla general que lo que se revisa es la incapacidad, no la base reguladora. Y en este sentido, la ausencia de una respuesta normativa clara[31] y de las diferentes casuísticas que pueden presentarse, ha contribuido sobre manera a una pluralidad de pronunciamientos hasta la aparición de la STS del 12 de junio de 2000.

La importancia de este pronunciamiento radica en varias de sus consideraciones jurídicas y en su claridad con respecto a las mismas, partiendo de que la cuestión sobre cuál debe ser la base reguladora debe atender a las circunstancias concurrentes del caso concreto a resolver; pero, no obstante, afirmando que si la pensión de incapacidad permanente absoluta reconocida al actor, como consecuencia de la revisión de su grado de invalidez, es una sola prestación de la Seguridad Social, la base reguladora de la misma ha de ser también única (FD Tercero de la STS 2000); señalándose en el caso en cuestión que "(…), no es admisible efectuar el cálculo del importe de una sola prestación de la Seguridad Social, computando dos bases reguladoras distintas", como había establecido la Sentencia de suplicación en el supuesto concreto.

Y la afirmación de que son una sola prestación se infiere, conforme al Alto Tribunal, incluso aunque cada una de ellas derive o se genere por diferentes contingencias, profesionales primero y, posteriormente, comunes, al igual que sucede en el caso de la STS 325/2020, analizada, pues como hemos afirmado la capacidad para el trabajo y la salud de la persona incapacitada es única y así debe valorarse.

La STS de 12 junio del 2000 (FD Tercero) pone encima de la mesa dos cuestiones que revisten especial interés a nuestro modo de ver, pues condicionan la resolución de caso analizado de 2020: primero, si un trabajador pasa de un grado de incapacidad a otro, derivado de la misma contingencia, su base reguladora no experimentaría ninguna modificación; segundo, y más complejo, si un trabajador en situación de incapacidad permanente total, realiza a posteriori de esa declaración, un nuevo trabajo remunerado y solicita posteriormente la revisión del grado por nuevas dolencias "(…) *es casi seguro que la cuantía de la base reguladora de la nueva pensión será más elevada que la anterior, dado que lógicamente se habrán de tener en cuenta las cotizaciones o las retribuciones del nuevo período de actividad laboral desarrollado por el interesado*". En este sentido, se ha manifestado la doctrina del propio Tribunal Supremo de manera más reciente, indicando, por ejemplo, en la STS 1805/2018, de 25 de abril de 2018, rcud. núm. 2322/2018[32], que en el caso de una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común, debía realizarse un re-cálculo de la base reguladora atendiendo a las nuevas cotizaciones efectuadas por el trabajo por cuenta ajena desarrollado por el pensionista, después del reconocimiento inicial de la pensión.

Al respecto, traemos a colación, la importante STS 23 septiembre de 2003, rcud. núm. 1971/2002[33] que no es incluida por el Tribunal Supremo en la fundamentación jurídica de la Sentencia 325/2020, objeto de este comentario. En este supuesto se produce el reconocimiento de una incapacidad permanente parcial por accidente de trabajo y el trabajador-pensionista pretende el reconocimiento de una incapacidad permanente total por accidente de trabajo o, subsidiariamente, por enfermedad común. Una vez alcanzado el reconocimiento de esta última, la cuestión, de nuevo, pivota en torno al cálculo de la base reguladora, utilizando el Tribunal la doctrina sentada en la STS 2000 ya citada. Ahora bien, destacamos cómo en la Sentencia se pone de manifiesto que las prestaciones –y en el caso de autos más–, no son homogéneas, pero que tienen un tratamiento unitario, que se desprende del art. 40 e) de la Orden de 15 abril de 1969. Es más, afirma en su FD

[30] DE BARBA, óp. Cit, el autor, además, realiza una revisión de los pronunciamientos más significativos al respecto, p. 21, entre otras.

[31] Aquí, GARCÍA NINET y MIÑARRO YANINI, *op. cit.*, destacaban que no podía darse una solución única a la pluralidad de supuestos, p. 16.

[32] Ponente: Mª L. García Paredes.

[33] Ponente: A. Desdentado Bonete.

Segundo que "este tratamiento unitario se proyecta no sólo en la coordinación del devengo de las prestaciones, sino también sobre la determinación de su cuantía y en este sentido la diferencia apuntada no puede considerarse trascendente en orden a la decisión".

Ahora bien, pese a que la norma general en materia de incapacidades permanentes haya sido mantener la base reguladora intacta, hacerlo, como apreciaba la STS de 12 junio de 2000 y reitera la Sentencia analizada, STS 325/2020, conllevaría a disminuir el nivel de protección del trabajador-pensionista, lo que no tiene encaje lógico en la estructura de nuestro sistema de protección de Seguridad social; y esto, máxime cuando la situación de una persona que se encuentra en incapacidad permanente absoluta es más grave en términos de afectación de la salud que la incapacidad permanente total, e impide en la práctica la realización de trabajos remunerados, salvo que sean compatibles con el estado de salud de la persona incapacitada.

Por ello, en el presente caso, el Tribunal Supremo considera en la STS 325/2020 que no debe aplicarse la base reguladora que legalmente correspondería a una incapacidad permanente absoluta derivada de una enfermedad común, pues sería inferior a la que le correspondía al trabajador-pensionista por la incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo que se le concedió el 6 julio de 2012.

La base que debe aplicarse es la que inicialmente se aplicó a la pensión de incapacidad permanente total, pues dado que las normas de desarrollo no concretan esta cuestión, no parece admisible, como afirma el Alto Tribunal, la reducción de la protección a través de la aplicación de una base reguladora inferior en el segundo caso[34]. Este argumento, viene reforzado por las cuestiones que desarrollábamos previamente, dado que se trata de una valoración conjunta del estado de salud de una persona, estado que se ha agravado al habérsele reconocido –en nuestro caso, por vía judicial– una pensión de incapacidad permanente absoluta. Pero, también, cabe apreciar, que se trata de una pensión única porque la vinculación jurídica del pensionista con el sistema de Seguridad social ha permanecido inalterable, en el sentido de que no se ha roto en ningún momento desde su primera declaración como incapacitado y ha sido beneficiario de la pensión desde el 6 julio de 2012 hasta la fecha de incoación de un nuevo procedimiento de incapacidad.

En este sentido, se hace plenamente aplicable la doctrina de la STS de 12 de junio de 2000, en cuanto al mantenimiento de la unidad, tanto en cuanto a los procedimientos de revisión –o en nuestro caso, nuevo procedimiento– como en cuanto a la salud y a la vinculación con la situación previa del trabajador; dice el Tribunal en dicha resolución que, además, la situación de declaración de incapacidad permanente absoluta, aunque provenga de una enfermedad común, en parte guarda relación con la incapacidad permanente total, por contingencias profesionales, en ese sentido de que la salud y dolencias de una persona son únicas. "Concausa" llega a decir el Alto Tribunal, que suponen los riesgos profesionales o las patologías previas, que generaron la incapacidad inicial. Se produce, en definitiva, una confluencia de todas las lesiones y dolencias de una persona, pero en la Sentencia analizada de 2020 se produce, al igual que en la de 2000, la aplicación de la solución más favorable para la persona trabajadora, pese a que este principio no está establecido firmemente en materia de Seguridad social. Y, en este sentido, como manifestaban García Ninet y Miñarro Yanini con respecto a la Sentencia del 2000, la firmeza con la que el Tribunal Supremo sostuvo allí ese argumento podría contribuir sin lugar a dudas a su consolidación, insistiendo, además, que su importancia radica en que "(…) matiza el aún persistente trato de privilegio que reciben las contingencias profesionales en nuestro ordenamiento de Seguridad social, al extender la aplicación

[34] En la STS 325/2020 se afirma ya en su FD Segundo, lo indicado, pudiendo leerse del literal que "(…) *no resulta admisible la reducción de la protección, vía disminución de la base reguladora y, en consecuencia, ésta deberá ser la misma ya aplicada a la prestación inicial que obedecía a una situación que ahora se ha agravado y, por ello, aquella pensión se ve sustituida por la que corresponde a la mayor afectación de la salud del trabajador*".

de sus reglas a situaciones en las que confluyen causas comunes".[35] Veinte años después de esa Sentencia, tales consideraciones no han calado normativamente.

3. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS DE LA SENTENCIA 325/2020

3.1. Incompatibilidad de prestaciones: un breve apunte

El argumento esgrimido por el Tribunal Supremo en su STS 325/2020 acerca de la unicidad de la prestación y de la valoración global de la salud del trabajador-pensionista, se refuerza con la indicación por el mismo, en el FD Segundo, de que una solución diversa, incongruente, en la valoración de las incapacidades y estados de salud, de manera separada, no tiene cabida en nuestro sistema, dado que, además, el beneficiario de las prestaciones en el caso de autos estaría sometido a la propia incompatibilidad de prestaciones de la Seguridad social del sistema del Régimen General que se le aplica. Nos detenemos brevemente en este punto.

En este sentido, se ha de indicar que en el sistema de Seguridad social en su conjunto, "(…) inicialmente no se prohíbe la compatibilidad de pensiones en distintos regímenes, siempre que se trate de actividades y cotizaciones simultáneas y no sucesivas (…), sino únicamente dentro del propio RGSS"[36].

Así es, el art. 163. LGSS (equivalente al art. 122 LGSS-1994) consagra el principio de incompatibilidad y pensión única de las prestaciones del Régimen General de la Seguridad social, cuando recaigan dos o más pensiones en un mismo beneficiario. Esta regla general, puede ser exceptuada legal o reglamentariamente, pero tiene como base el estado de necesidad que la prestación pretende cumplir[37] y la Seguridad social cubrir, de manera que, si la naturaleza y la función de dos o más prestaciones a las que tenga derecho un mismo sujeto, son las mismas, no pueden ser acumuladas[38]. El Tribunal Supremo ha reiterado en continuas ocasiones[39] que se trata de evitar la duplicidad de la cobertura social y dado que la finalidad de la Seguridad social y, por ende, de las prestaciones sociales, es atender situaciones de necesidad generadas por contingencias variadas –sustituir, en definitiva, las rentas que no pueden generarse–, no tendría sentido para el Alto Tribunal, sustituir dos veces.

En el caso analizado, en el actor-trabajador no pueden, por tanto, recaer simultáneamente las dos pensiones que se declaran –ni por cuestión de valoración de la capacidad ni por cuestión económica–, la incapacidad permanente total por accidente de trabajo inicialmente reconocida y la incapacidad permanente absoluta, ambas del Régimen General de la Seguridad social[40], pese a que deriven de diferentes circunstancias o contingencias.

---

[35] GARCÍA NINET, J.I. y MIÑARRO YANINI, M., *op. cit.*, p. 21.

[36] BLASCO LAHOZ, J.F., "La convergencia en el derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social. La compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones", *Revista de Información Laboral* núm.10/2017, BIB 2017\13277, p. 3 y reiterado por el autor en la p. 4.

[37] En este sentido, puede leerse, OLARTE ENCABO, S., "Comentario al artículo 122 de la Ley General de la Seguridad Social", VV. AA. (dir. MONEREO PÉREZ, J.L.) *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social,* ed. Comares, Granada, 1999, p. 1146.

[38] Pudiendo establecerse que, ante la incompatibilidad, el sujeto beneficiario deba optar entre una de ellas, sin más requisitos o aclaraciones. Una crítica del antiguo art. 122 LGSS-1994 que ha pasado a la actual LGSS sin más precisiones puede leerse en Olarte Encabo, S., *op. cit.*, p. 1148, entre otras. La autora insiste en que la parquedad del precepto lo hace especialmente flexible hasta el punto de que permitiría a un sujeto la renuncia de una pensión que percibiera, para disfrutar de la percepción de otra, más favorable y generada posteriormente.

[39] Así, pueden citarse, la STS de 9 julio 2001, Rcud. núm. 3432/2000, Ponente: V. Fuentes López, o la más reciente STS de 10 de septiembre de 2019, Rcud. núm.: 404/2017, Ponente: S. MoraloGallego.

[40] En este sentido, puede leerse RODRÍGUEZ INIESTA, G., "Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente", *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm.184/2016, BIB 2016\705, en especial pp. 22, 25 y 32. Un excelente análisis sobre los numerosos los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la posible compatibilidad o no de las prestaciones por incapacidad permanente se encuentra en Blasco Lahoz, J.F., *op. cit.*, pp. 21-23.

Por otra parte, como se ha podido observar y ha manifestado el Tribunal Supremo en doctrina consolidada[41], el art. 163 LGSS al establecer la incompatibilidad de prestaciones, salvo norma en contrario, en el Régimen general, está aceptando la posibilidad de compatibilizar pensiones de diferentes regímenes de la Seguridad social, siempre que el interesado cumpla los requisitos que al respecto se establezcan en cada caso, y si no existe norma que prohíba la percepción conjunta. En el presente caso, como ha quedado establecido en los hechos probados, la cotización en el Régimen Especial de Autónomos del actor o demandante inicial no alcanza al cumplimiento de los requisitos para devengar esta prestación.

3.2. Fecha de efectos de la incapacidad o de la revisión de la misma

El INSS basa su pretensión en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo en la modificación de la fecha de efectos de la prestación de incapacidad permanente absoluta concedida judicialmente al actor-trabajador, fijando la misma en los tres meses anteriores a la reclamación previa, refiriéndose la Entidad Gestora a la segunda reclamación previa que interpuso el trabajador-pensionista el 25 de septiembre de 2015.

Así, el INSS reclama que se ha producido la infracción de los siguientes preceptos jurídicos: art. 43 LGSS-1994[42] (actual art. 53 LGSS) en relación con el art. 71 LRJS, sosteniendo que, pese a que es posible reiterar la reclamación previa contra una resolución administrativa mientras no haya prescrito el derecho, esta posibilidad se haya limitada al efecto retroactivo de los tres meses anteriores a dicha solicitud y, por tanto, sin pretender la prescripción del derecho, la fecha a tener en cuenta es la última reclamación previa que se presentó y que dio lugar al procedimiento actual.

Aunque el TS considera que no se ha explicitado convenientemente este argumento (FD Tercero) entra a valorar y analizar la cuestión sobre cuál debe ser la fecha de efectos de la nueva situación del demandante inicial (trabajador).

Para ello se han de tener en cuenta dos cuestiones fundamentales: la primera, el agotamiento, defectuoso o no, de la vía administrativa previa; y, la segunda, cual es la resolución definitiva que ha de surtir efectos.

Respecto a la primera cuestión, el Tribunal no entra en detenimiento, pero es doctrina del mismo desde el 2015, reiterada, entre otras, en STS 2183/2017 de 12 de mayo de 2017, rcud. núm. 3188/2015[43] que el defectuoso agotamiento de la vía administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad social, por inobservancia del plazo de 30 días del art. 71.2 LRJS no afecta al derecho material en cuestión, y no puede suponer la prescripción del mismo; únicamente, señala el TS en dicha Sentencia, conlleva la caducidad en la instancia y la correlativa pérdida del trámite, sin que se pueda señalar –como pretende el INSS, desde mi punto de vista– que este defecto sea un obstáculo para el nuevo ejercicio de la acción, siempre que esta no estuviera ya afectada por prescripción o caducidad.

Se añade a esta cuestión lo señalado por el Alto Tribunal en la STS 4049/2015, de 16/09/2015, Rcud. núm. 1779/2014[44], en el FD Segundo que : *"(...) si el demandante, después de formular una primera reclamación previa –previsiblemente sin asesoramiento legal, dado su*

[41] Entre ellas, SSTS de 20 enero 1993, Rcud. núm. 1729/1991, Ponente: J.A. Riego Fernández y de 22 abril de 1997, Rcud. núm. 3738/1998, Ponente: P. M. Cachón Villar. También al respecto de la compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones de Seguridad social ha tenido ocasión de manifestarse el Tribunal Constitucional para confirmar que se trata de una cuestión de "mera legalidad ordinaria", entre otras en STC 375/1993, de 20 diciembre.

[42] El art. 43.1 párrafo segundo de la LGSS-1994 señala que: *"Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud"*.

[43] Ponente: J. Gullón Rodríguez.

[44] Ponente: J. Agustí Julia.

contenido (voto particular)–, actuó diligentemente al formular una segunda reclamación previa, dentro del plazo legal; y a través de esta segunda reclamación la Administración de la Seguridad Social adquirió cumplido conocimiento de las pretensiones del demandante, deducidas posteriormente con idéntico contenido y pretensión en el proceso, es claro, que dicha reclamación previa cumplió con las dos señaladas finalidades de esta institución jurídica; no causando indefensión alguna al derecho de defensa de la Administración, cumpliéndose el requisito establecido en el artículo 71.1 de la LRJS, y respetando la vinculación entre procedimiento administrativo y proceso, a la que hace referencia el artículo 72 de la misma Ley procesal".

En esencia esta es la situación que se plantea en el caso de autos, realmente, el trabajador-pensionista, no ha pedido la revisión en su segunda reclamación, sino que al no haber prescrito el derecho a la prestación (5 años desde el hecho causante), vuelve a plantear reclamación, quizá con una mejor técnica o más específicamente o con asesoría jurídica como indicaba el texto transcrito de la Sentencia del 2015, sobre la resolución administrativa de concesión de fecha 14 de octubre de 2014.

Ahora bien, en segundo lugar, debemos detenernos en concretar cuál es la fecha de la resolución definitiva y, por tanto, del inicio de los efectos de la nueva situación del pensionista, pues la doctrina y la jurisprudencia se han dedicado *in extenso* a la cuestión, de una manera no siempre pacífica.

El criterio que debemos acoger es el establecido en la STS 2436/2009, de 8 abril de 2009, rcud. núm. 1940/2008[45], donde la expresión "resolución definitiva" se entiende referida a la primera resolución que se dicta en el expediente administrativo en el que se declara la nueva situación y pensión del trabajador. No cabe entender que tal fecha debe ser la de la resolución posterior que se pronuncie sobre la reclamación previa, en caso de que el trabajador no esté conforme con la misma, dado que el acto administrativo que concluye el procedimiento y que es ejecutivo es el inicial; la reclamación previa y las respectivas resoluciones administrativas al respecto, son requisitos previos para acceder a la vía judicial, que no pueden ni deben desvirtuar la efectividad del acto administrativo que resuelve el expediente administrativo del pensionable.

Es por ello, que la fecha de efectos de la incapacidad permanente absoluta en nuestro caso debe ser el 13 de octubre de 2014, pues es en esta fecha cuando el acto que se comunica (14 de octubre de 2014) declara haber lugar a una situación de incapacidad diferente, situación que, como es su derecho, puede generar disconformidad del trabajador que inicie, como es el caso, los trámites administrativos y judiciales correspondientes de impugnación del acto; esto así, aunque la nueva situación del incapacitado haya sido declarada a través de Sentencia judicial como es el caso de autos, Sentencia del juzgado de lo social que versa sobre esa resolución administrativa contra la que el acto-trabajador reclama administrativa y judicialmente[46]. En esta línea, además, se ha de tener que el criterio objetivo de valoración médica del EVI está fijado en esa fecha, no posterior ni anteriormente, y, por tanto, su variación sería del todo arbitraria.

En la presente Sentencia 325/2020, el Tribunal distingue, como es su doctrina, entre la declaración de incapacidad permanente derivada de una situación previa de incapacidad temporal de la persona trabajadora y la declaración de incapacidad permanente precedida por una prestación de servicios del trabajador/a.

En el primer caso, en el que se causa incapacidad permanente siendo ya perceptor de una prestación económica de la Seguridad social, el hecho causante coincide con la fecha de extinción de la incapacidad temporal que se venía percibiendo; pero, la fecha de efectos económicos y

[45] Ponente: B. Varela Autran.

[46] Así se expresa también, VV.AA., "Comentario al artículo 143 de la Ley General de la Seguridad Social. Calificación y revisión de la situación de invalidez permanente", BIB 2008\3867, dentro de VV.AA. *Códigos con Jurisprudencia. Ley General de la Seguridad Social*, BIB 2008\2841, p. 10.

derivados de la incapacidad permanente se fija en la fecha de la resolución que así lo califica, salvo dice el TS, que el importe de esta sea superior, en cuyo caso se retrotraerá a la fecha del dictamen del equipo de valoración médica de incapacidades conforme a la doctrina de la sala[47].

En este segundo caso, además, se diferencia entre la fecha del hecho causante, identificada con la fecha de emisión del dictamen por el EVI (ex. art. 13.2 párrafo segundo, OM de 18 enero de 1996) y la fecha de efectos económicos de la prestación que se corresponde con la fecha del cese en el trabajo.

Por eso afirma el Alto Tribunal que "(…) no cabe alterar la protección del beneficiario en atención a una limitación de efectos que no resulta aplicable a un supuesto como el presente en el que, como hemos indicado, no se produce prescripción del derecho" (FD Tercero), y que la fecha de efectos de la prestación estaba correctamente fijada en la propia resolución administrativa inicial.

4. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

La STS 325/2020 analizada reviste una especial significación por sí misma pese a su brevedad en algunos de sus fundamentos jurídicos.

En primer lugar, y como cuestión central, afirma que los procedimientos de revisión de las incapacidades y la incoación de un nuevo procedimiento, ambos recayentes en una misma persona y su salud, no son en esencia diferentes.

La jurisprudencia previa del Alto Tribunal se había manifestado al respecto en diversas ocasiones como hemos podido comprobar, siendo la Sentencia de 12 junio de 2000, la Sentencia de contraste que el propio trabajador-pensionista utiliza en su recurso, la referencia en esta materia. Ahora bien, tanto en esa Sentencia como en las posteriores en las que se apoya la Sentencia analizada, la consideración de la identidad de ambos procedimientos queda diluida en la consideración de la valoración conjunta o unitaria de la salud de la persona incapacitada, que conlleva a que sea indistinto el origen de las patologías, común o profesional; pero, salvo error u omisión por nuestra parte, el Alto Tribunal no había manifestado recientemente, de manera clara e inequívoca, que la función y finalidad de ambos procedimientos es la misma y, por tanto, debía primar, como en cualquier actuación de la Administración Pública, el principio de eficacia administrativa, sin que sea necesario cambiar de procedimiento o incoar uno nuevo, cuando lo único que se pretende por el pensionista es que se analicen sus dolencias y patologías previas y actuales, para considerar su nuevo derecho.

En segundo lugar, e interconectado con lo anterior, se destaca lo absurdo de una hipotética situación –administrativa o judicial– que reconociera a una persona una incapacidad absoluta y una incapacidad permanente total al mismo momento, pues de la propia definición legal de la primera, y de la gravedad de esta, en cuanto a capacidad laboral de esa persona, se infiere ya una incapacidad permanente total. Junto a esto, como se ha desarrollado, ambas prestaciones son incompatibles no solo por prescripción legal sino por lógica, por lo que impera el estudio conjunto de todas y cada una de las patologías que padezca una persona en estos casos, en los que se pretende examinar su situación relacionada con el trabajo, y su derecho o no a una pensión diferente.

En tercer lugar, pese a que el cambio de capacidad laboral se haya producido por la aparición de nuevas enfermedades o patologías, derivadas de contingencia diferente a las que dieron lugar a una primera pensión de incapacidad, carece de sentido reducir la protección del pensionista aplicando una nueva base reguladora, diferente de la que sirvió de cálculo para la primera pensión; y esto así, porque al margen de la inexistencia de norma concreta desarrolladora de esta cuestión, el sistema de protección de nuestra Seguridad social no casa bien con la disminución de las rentas de sustitución del trabajo a través de las pensiones, cuando precisamente la situación del pensionista se

[47] En este sentido, el propio Tribunal cita la STS/4ª de 24 abril 2002, Rcud. núm. 2871/2001, Ponente: M. Calvo Ibarlucea.

ha agravado desde el reconocimiento de su primera pensión, mermando su capacidad laboral significativamente y dejando, exclusivamente, lo que el Tribunal Supremo ha venido denominando "capacidad laboral residual". Es principio general del Derecho de la Seguridad Social el mantenimiento del poder adquisitivo del pensionista, y así lo ha entendido el Tribunal Supremo.

En cuarto lugar, destacar la insistencia del Tribunal Supremo en esta Sentencia en cuanto a la fecha de efectos de la nueva pensión y la consideración, remitiéndose a su doctrina consolidada, de cuando existe "resolución definitiva" y de cómo el defectuoso agotamiento de la vía administrativa previa –aunque no se da en el caso de autos– no puede limitar el ejercicio del derecho del trabajador-pensionista.

En definitiva, estamos ante una Sentencia garantista que no permite por la vía de la determinación de la base reguladora ni de la fecha de efectos de una nueva pensión de incapacidad, una limitación o restricción de la protección del trabajador-pensionista, realizando así una interpretación favorable de la normativa a aplicar, y enmarcándose en la línea de lo que los órganos judiciales de un Estado del bienestar, que quiera seguir llamándose así, deben realizar: la máxima protección de las personas vulnerables cuya capacidad laboral ha mermado casi completamente. Eso nos lleva a terminar con la siguiente interrogante: ¿No deberíamos incluir normativamente esta interpretación pro operario-beneficiario en el sistema de Seguridad social para evitar que una persona trabajadora debe seguir un cauce tan largo para obtener una protección social a la que tiene derecho?

5. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M., TORTUERO PLAZA, J.L*., Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2000.

BARBA DE ALBA, A., "Revisión de la incapacidad permanente", BIB 2012\8046 Dentro de VV.AA., *Monografías. Incapacidades laborales y Seguridad Social*. BIB 2012\188.

BLASCO LAHOZ, J.F., "La convergencia en el derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social. La compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones", *Revista de Información Laboral* núm.10/2017, BIB 2017\13277.

BOCANEGRA SIERRA, R., "La distinción entre la eficacia interna y la eficacia externa de los actos administrativos", *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 152/2011 parte Estudios.

GARCÍA MURCIA, J., "Las modificaciones en el régimen jurídico de la invalidez permanente total", *Relaciones laborales* Tomo I, 1985.

GARCÍA NINET, J.I y MIÑARRO YANINI, M., "Revisión por enfermedad común de la incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional previamente reconocida que da lugar a la declaración de incapacidad permanente absoluta: base reguladora y responsables del pago de la nueva prestación (a propósito de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2000)", BIB 2001\989, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*num.9/2001.

GARCÍA NINET, J. I, "Cien años de Seguridad Social. Situaciones protegidas: Incapacidad Temporal, Incapacidad Permanente y Supervivencia. Régimen jurídico de las prestaciones y revisión de las incapacidades» en AA VV Madrid (Muprespa), 2000, pp. 490 y ss.

OLARTE ENCABO, S., "Comentario al artículo 122 de la Ley General de la Seguridad Social", VV. AA. (dir. MONEREO, J.L.) *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social,* ed. Comares, Granada, 1999.

PADILLA RUIZ, P., "Los principios de eficacia y eficiencia en la actuación del empleado público y su conexión con la evaluación del desempeño", *Revista Aranzadi Doctrinal* num.10/2018, BIB 2018\14130.

RODRÍGUEZ INIESTA, G., "Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente", *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm.184/2016, BIB 2016\705.

VV.AA., "Comentario al artículo 143 de la Ley General de la Seguridad Social. Calificación y revisión de la situación de invalidez permanente", BIB 2008\3867, dentro de VV.AA., *Códigos con Jurisprudencia. Ley General de la Seguridad Social*, BIB 2008\2841.

Laborum

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

El desempleo y COVID-19. Afinidades y divergencias en el ordenamiento jurídico marroquí y español

Unemployment and Covid-19. Similarities and divergences in the Moroccan and Spanish legal systems

MARÍA CARMEN BURGOS GOYÉ *Profesora Colaborador Indefinida del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-1447-4018

Cita sugerida: BURGOS GOYÉ, M.C., "El desempleo y COVID-19. Afinidades y divergencias en el ordenamiento jurídico marroquí y español". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 26 (2021): 167-188.

Resumen

En el presente trabajo abordaremos un examen comparativo sobre la configuración jurídica del desempleo contributivo en dos sistemas normativos diferenciados –España y Marruecos– cuya articulación, naturaleza, ámbito subjetivo, contenido, alcance, temporalidad, aspectos procedimentales, eficacia relativa a su disfrute y protección son heterogéneas pero no por ello divergentes. En este contexto, la incidencia de la pandemia del COVID-19, ha tenido en el ámbito socio-laboral unas consecuencias de gran calado y han visibilizado, que junto al mercado formal de trabajo existe un importante segmento de población bicéfala: los pobres y los precarios, a los que se ha tratado de mitigar con un elenco de medidas socio-económicas cuya implantación y efectos aún es pronto para valorar.

Palabras clave

Desempleo; COVID; España; Marruecos

Abstract

In this paper we will address a comparative examination of the legal configuration of contributory unemployment in two distinct legal systems –Spain and Morocco– whose organisation, nature, subjective scope, content, reach, temporality, procedural aspects, effectiveness relative to their use and protection are different but not divergent. The Covid-19 pandemic has had far-reaching consequences in social-labour terms, and these consequences have made it clear that, alongside the formal labour market, there is a significant segment of the population which is both low-income and in a precarious situation. The situation of this demographic has been mitigated with a whole list of social-economic measures, the implementation and effects of which it is still too early to assess.

Keywords

Unemployment; Covid; Spain; Morocco

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el conjunto de derechos sociales de la ciudadanía, el constructo de la prestación por desempleo ha sido objeto de múltiples definiciones. Si realizamos una recopilación convencional[1] de los criterios que se exigen para quedar encuadrado en esta categoría, en el denominador común de su división se distinguen una triada de componentes: 1) carecer de empleo; 2) búsqueda activa del mismo; y, 3) estar disponible para trabajar. De lo que se deduce la vinculación indisociable con el trabajo y su inherente impronta desmercantilizadora. Sin embargo este bucle que, se autoretroalimenta se encuentra en la actualidad en crisis, tal y como refleja su actual cambio remercantilizador debido a las mutaciones en las dinámicas de los cambios productivos, lo cual está generando su proyección, en distorsiones y desarticulación socio-política y jurídica de dos elementos contrapuestos subyacentes empleo *versus* desempleo.

[1] Convenios de la OIT Nº2 de 1919, sobre el desempleo; Nº44 Convenio sobre el desempleo, 1934; Nº168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988; y, Recomendación sobre el desempleo, 1934, entre otros. El texto completo de todos los instrumentos mencionados en esta contribución y las referencias relacionadas con ellos se pueden encontrar en el sitio web de la OIT https://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm

Fecha Recepción: 8-7-2020 – Fecha Revisión: 27-7-2020 – Fecha Aceptación: 28-7-2020
Pags. 167-188

En cualquiera de los casos, la configuración de la dualidad esbozada viene determinada por la situación socioeconómica de cada país en un momento dado. Pero hoy día, debido a la interconexión existente entre ambos fenómenos, motivada por la globalización, mundialización, internacionalización, deslocalización e irrupción de las nuevas tecnologías, ha generado la desregulación en el trabajo.

De otra forma que, a pesar de que sus rasgos vienen fijados por cada Estado, estos figuran imbricados en un *tótum revolútum,* formado por un elenco de factores concatenados: desaceleración económica provocada por la crisis, efecto rezagado de la reconversión industrial, neoliberalismo tardío, en el que el Estado pretende tímidamente desvincularse progresiva de la dirección economía y fractura social. Lo cual no es más que una vuelta de tuerca a la disertación keynesiana, según la cual el desempleo se debe a la deficiencia de la demanda agregada[2], y por tanto, no se debe a carencias de los individuos sino a las condiciones económicas imperantes, que escapan a su control, de modo que, cuando el mercado no consigue por sí mismo resolver el problema de la crisis y del desempleo, el Estado debe intervenir en la economía hasta lograr que la demanda y la inversión se recuperen y reequilibren. En todo caso, nos encontramos ante una situación de "paro involuntario", que debe ser entendida como:"(…) *la situación en que se halla quien, siendo habitualmente un trabajador por cuenta ajena y encontrándose apto para trabajar, ha de permanecer ocioso y sin prestar sus servicios por causa independiente de su voluntad. La noción de paro forzoso resulta de la oposición entre una circunstancia subjetiva (aptitud para el trabajo) y una circunstancia objetiva (imposibilidad de encontrar empleo)*"[3].

Empero, en este estadio post-fordista vigente, la flexibilización de las relaciones laborales (sobre todo de subcontratación) y la salida del mercado de los nichos precarios que no son absorbidos por el mismo, no encuentra su encaje en el marco regulatorio actual, de ahí su tratamiento diferenciado en cada ordenamiento jurídico, que lo legitima y sistematiza de forma diferente conforme a su ideario socioeconómico, siendo exponentes de este tratamiento contrapuesto el *corpus* jurídico alauita y español, en que analizamos las similitudes, su interrelación y divergencias en materia de desempleo contributivo.

2. LA PRESTACION POR DESEMPLEO

2.1. España

2.1.1. Funcionalidad

La finalidad de esta prestación es policausal formada por un elenco de factores jurídico-económico y socio-político. Además tiene una tipología dual que figura articulada en el art. 204 LGSS, ambas de carácter público y obligatorio, en la que se distinguen la modalidad contributiva y la asistencial. La primera, le atribuye una naturaleza de prestación, en concreto contributiva, a la cual se tiene derecho subjetivo en determinadas situaciones de pérdida del trabajo anterior o de la suspensión del contrato o reducción de la jornada y su duración y cuantía, viene determinada por el tiempo que el trabajador haya cotizado por desempleo en el régimen de la Seguridad Social que contemple este tipo de prestación y su finalidad es sustituir la renta salarial que ha dejado de percibir por la prestación. Mientras que el segundo caso, su naturaleza es de subsidio de carácter asistencial bifronte, que se presta a aquellos parados que no tienen derecho a la prestación por desempleo o que se encuentran en alguno de los supuestos específicos a los que va dirigida esta ayuda y a colectivos de difícil integración, es decir, su función es paliar la carencia de recursos económicos de estos colectivos y en ambos supuestos consta de una prestación económica y el

[2] KEYNES, J.M.: *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*. Bibliothèque Scientifique Payot: Paris, 1988, p.6.

[3] ALONSO OLEA, M.: "El paro forzoso y el aseguramiento", *Revista de Política Social* Núm. 129, Enero-Marzo 1981, p.8.

abono a la Seguridad Social de la cotización correspondiente a las prestaciones de asistencia sanitaria, protección a la familia y en su caso jubilación. De modo que, ambos niveles no se encuentran impolutamente diferenciados, sino que por el contrario, se encuentran interconexionados siendo imposible su disociación en la praxis, dando lugar a un sistema mixto[4], que "(…) *produce una asistencialización del sistema global de protección del desempleo en grado mínimo de subsistencia (...) pero esto no significa que se consagre un sistema asistencial de protección por desempleo, sino un modelo mixto con una presencia cada vez mayor de las técnicas asistenciales de organización de la cobertura(...)de modo que, no se articula realmente como un doble sistema de protección, sino como un sistema complejo –e incoherente–,donde los niveles se articulan entre si no como compartimentos estancos sino como vasos comunicantes*" [4]. Si bien, los requisitos para su otorgamiento difieren en ambos casos, uno, el contributivo, si se configura como prestación, se subordina a la cotización previa al estado de necesidad. Y el otro, el asistencial, supeditado al estado de necesidad previo que motivan su otorgamiento, circunstancias que deben quedar objetivamente acreditadas por encontrarse por debajo de determinados umbrales de rentas o bien por quedar incluidos en los supuestos legalmente previstos *ad extra*, configurando grupos particulares vinculados[4]. Ahora bien, conviene precisar que en el primer caso, prestación por desempleo, se produce una extensión del ámbito subjetivo por el ensanchamiento del desempleo al cese de actividad de los trabajadores autónomos (y por asimilación a estos también, a los trabajadores por cuenta propia del sistema especial de trabajadores por cuenta propia del Sistema Agrario y del Mar). Sentado lo expuesto, "(…) *no se trata en el caso de los trabajadores autónomos de una asimilación al desempleo, porque lo que se protege en este supuesto, no es otra cosa que el cese de su actividad, que es lo realmente origina la inviabilidad de proseguir su actividad económica o profesional*[5]".

2.1.2. Requisitos

Para la modalidad contributiva, prestación, se requieren la concurrencia de un elenco de requisitos *sine qua non* para su disfrute: a) Estar afiliado y en situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social (*v.gr.* baja médica);b) Tener como mínimo cotizado 1 año dentro de los 6 años anteriores a la situación legal de desempleo(ambos requisitos se articulan en el art. 266.a) y b)LGSS respectivamente ;c) Encontrarse en "situación legal de desempleo", es decir, el cese de actividad por parte del trabajador debe ser involuntario y por tanto, debe ser inimputable en la pérdida del trabajo(salvo las excepciones como en situación de violencia de género(art.267.b.2 LGSS y 49.1 m) del ET) o bien que, se trate de traslado o modificación sustancial de las condiciones de trabajo ; d) Estar inscritos como demandantes de empleo, este requisito previo adquirió una naturaleza esencial, y por tanto, constitutiva para el nacimiento y mantenimiento de la prestación por desempleo en virtud del RDL11/2013(anteriormente, tenía un mero valor declarativo) y en consecuencia, su omisión *ex tunc,* conlleva la pérdida no solo de la prestación sino también del subsidio ; e) No haber cumplido la edad ordinaria para jubilarse ya que en tal caso, pasaría a cobrar esa prestación de jubilación y no la del desempleo, además hay que tener presente que, el desempleo próximo a la edad de jubilación ocasiona perjuicios económicos considerables en los derechos *acquis* del trabajador, que tras agotamiento de la prestación previa acreditación de determinadas condiciones podrán acceder al subsidio de mayor de 52 años[6](anteriormente era para mayores de 55 años), en función del número de cargas familiares. Actualmente se podrá percibir hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, se incrementa la cuantía de la cotización por la contingencia de

[4] LASAOSA IRIGOYEN, E.: *La prestación por cese de actividad para Trabajadores Autónomos*, Pamplona, Aranzadi, 2011, p.15.

[5] MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: "El desempleo de los trabajadores Autónomos", en Ponencia General en VV.AA. *La protección por Desempleo en España*, XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Laborum, 2007.

[6] RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, Texto Refundido Ley General de la Seguridad Social. Artículo 274. Beneficiarios del subsidio por desempleo, que ha sido modificado por el 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.

jubilación durante la percepción del subsidio del 100% al 125% (del tope mínimo de cotización vigente en cada momento),también se eliminan los posibles coeficientes reductores sobre la cuantía en los casos de jubilación anticipada, como por la mejora de la cotización durante todo el período de devengo del subsidio; f) Suscribir un "compromiso de actividad" por el cual el solicitante se compromete a buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones de formación, orientación o inserción profesional con la finalidad de aumentar las posibilidades de obtener un puesto de trabajo. Sin embargo, hay que traer a colación, que este contenido obligacional conlleva como contraprestación una dualidad de obligaciones de los servicios públicos de empleo: "*De un lado, la realización de un asesoramiento de un tutor que de forma individualizada y tras la realización de las acciones de evaluación y calificación de las capacidades del trabajador le asesore en relación las posibilidades de inserción en el mundo laboral; y por otro lado, la confección de un itinerario de inserción laboral que se adecue a las características y requerimientos personales y profesionales del beneficiario a fin de planificar la inserción profesional del trabajador"*[7]. Ahora bien, hay que tener presente, que tras la reforma operada por Ley 31/2015 de 9 de septiembre, por el que se modifica la normativa en materia de autoempleo y se acuerdan medidas para el fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social, excepcionalmente *ex* art. 33.1 *in fine*, permite la compatibilización del desempleo con el inicio de actividad por cuenta propia, de tal suerte que, se fija *ex lege*, la posibilidad de que el beneficiario de la prestación por desempleo no tenga que cumplir con el compromiso de actividad tal y como se exige al resto de trabajadores.

2.1.3. Gestión

En cuanto a la gestión tanto de la prestación como del subsidio, la tiene encomendada en nuestro sistema de Seguridad Social, según reza *ex* art 294.1 de la LGSS, el Servicio Público de Empleo (SEPE), facultades que recaen sobre todo en materia de vigilancia y control del abono de aquéllas, reanudación de la suspensión de las mismas, reintegro de las abonadas indebidamente, entre otras cuestiones. Por su parte, la demanda de la prestación/subsidio se puede realizar según una modalización dual. Una, presencialmente *in situ,* en las oficinas del referenciado organismo público. O bien, dos, telemáticamente a través de la web de conformidad con el procedimiento articulado en la Resolución de 15 de octubre de 2009, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de diversos procedimientos en materia de protección por desempleo[7] ,disponiendo para ello, de un plazo de 15 días hábiles siguientes al último día trabajado, pero si se realiza esta demanda de derecho de forma extemporánea, no se pierde el derecho, es decir, no rige el principio de preclusividad, sin embargo el legislador establece que no se pagarán todos aquellos días que se hubieran podido cobrar si se hubiera gestionado el paro en el término fijado *ex lege*, con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica. Aunque, obviamente se causa un perjuicio económico a quien por negligencia o descuido incumple los plazos fijados por la administración, en este caso, la indefensión del interesado, es generada *per se*, puesto que indudablemente debe utilizar los mecanismos que le ofrece la administración electrónica pero ajustando sus actuaciones a derecho y no conculcando el mismo.

2.1.4. Procedimiento y cuantía

Con respecto al proceso para tramitar la prestación por desempleo, el interesado puede optar por una dualidad de vías: Una, de forma tradicional, presencialidad. Y otra, de forma telemática, en este supuesto, el interesado habitualmente formula su petición *a priori* de la extinción, cuando aún se encuentra prestando sus servicios, procediéndose en la mayoría de las ocasiones por el SEPE a su revocación tras la revisión de oficio , planteándose la polémica sobre si es nulo esta forma de proceder del órgano administrativo en base a que se carece por el interesado de los requisitos que generan su nacimiento , debido a que se encontraba en el momento de la solicitud de la prestación,

[7] *«BOE»* núm. 251, de 17 de octubre de 2009, *Rec*. 16534, pp. 87516 – 87519.

trabajando y no con la relación laboral extinguida: "*La justificación del SEPE en el ejercicio de revocación del acto obedece a motivos de oportunidad. De modo que, si la Administración puede volver sobre sus propios actos, solo está impedida para hacerlo cuando el interesado tenga un auténtico derecho adquirido por reunir los requisitos para ello, pero no cuando tiene una mera expectativa de derecho*" (postura ratificada por abundante jurisprudencia, entre otras STS de lo contencioso de 5 de febrero de 2014, y en este caso objeto de esta sentencia, se admite esta revisión puesto que, se obliga al interesado a devolver las prestaciones percibidas indebidamente)[8]. En lo que respecta a la cuantía económica de la prestación por desempleo, el cálculo de las cotizaciones se realiza en función del promedio de las bases de cotización por contingencias profesionales que tenga el trabajador durante los últimos 6 meses (este dato debe reflejarse en la nómina) desempleo de los últimos 180 días de ocupación, de modo que, nunca se cobrará durante más de dos años ni tampoco menos de cuatro meses. De la cuantía resultante, se cobrará el 70 % durante los primeros seis meses y el 50 % durante el resto de la prestación. En el importe de la cuantía final también varía en función de que el desempleado tenga o no hijos menores a su cargo, el máximo de la cuantía de la prestación por desempleo es de 1.098,09€ en caso de no tener hijos, si bien este límite puede aumentar a 1.254,98 € si se tiene un hijo, o hasta 1.411,83 € en caso de dos hijos o más. Por el contrario, la cuantía mínima a cobrar es de 501,98 € cuando no se tienen hijos, o bien de 671,40 € en caso de haberlos.

Una vez que se tramite la solicitud de prestación en el SEPE, en el plazo de 15 días este dicta resolución, por la que concede o deniega las prestaciones. Si faltan datos para el cálculo de la prestación, se reconoce por la cuantía mínima.

Por su parte, la prestación se abonará entre los días 10 y 15 de cada mes mediante transferencia a la cuenta bancaria de la que el desempleado es titular o bien en casos excepcionales, por ventanilla en la oficina bancaria que designe el SEPE.

2.1.5. Consecuencias del COVID-19 en la regulación de empleo

Desde que se elevó por la OMS el 11 de marzo de 2020 que la enfermedad era una situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 y se transformó de epidemia a pandemia internacional y después de que el ejecutivo español aprobara el "estado de alarma "el 14 de ese mes[9] , la situación económica tanto de empresarios como de trabajadores en nuestro país se ha visto afectada, los primeros se han visto forzados a adoptar los mecanismos previstos en el Estatuto de los Trabajadores para la regulación de empleo: ERTE (art.47) y ERE (art.51) para solventar la crisis cuyos efectos han tenido impacto en la restructuración de sus plantillas. La diferencia fundamental entre ambos instrumentos es su temporalidad. Así mientras que los ERTEs tal y como se desprende de sus siglas son expedientes de regulación de empleo temporal que permiten al empresario reducir la jornada o suspender la actividad por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y por el supuesto que ahora más nos interesa "derivadas de fuerza mayor". De forma que, para poder reducir la jornada de una parte o de la integridad de la plantilla, a fin de ajustar la mano de obra a las necesidades reales y actuales de la empresa, se atiende al criterio de "cuantificación", de modo que, debe producirse una disminución temporal entre un 10% al 60% de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. En esta circunstancia, «no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor» y el contrato podría ser suspendido «por causa derivada de fuerza mayor con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51.7 (ERE) y normas reglamentarias de desarrollo». Además el trabajador tendrá derecho a la prestación por desempleo si ha cotizado el periodo legal establecido (más de 360

[8] Jover Ramírez, C.: "La cita previa electrónica. Una nueva conducta infractora y sancionable en relación a la prestación por desempleo", en AA.VV. *La protección por Desempleo en España*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Laborum, 2015, p. 428.

[9] RD 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 *«BOE»* núm. 67, *Rec*. 3692, pp. 25390-25400.

días).Mientras que en el caso del empresario opte por la suspensión del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá obligación de prestar sus servicios a la empresa y correlativamente a su vez, el empresario queda liberado de su deber de abonar los salarios, con la salvedad de continuar con su obligación de cotización a la Seguridad Social por todos sus trabajadores , siendo necesario para que se reconozca esta suspensión que la causa alegada sea verificable independientemente del número de trabajadores afectados y éstas tengan encaje en las previstas en el tenor literal del art. 47.1 ET.

En relación al procedimiento, es preciso la comunicación a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores cuya duración no puede ser superior a quince días «. Para el comienzo de dichas consultas es necesaria la creación de una comisión negociadora, «integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes (empresa y trabajadores)», que podrá sustituirse su constitución porque las partes –empresario y la representación de los trabajadores– acuerden optar por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa.

En cambio el ERE, aunque existe similitud causal, varia en cuanto a su temporalidad –es definitivo el despido–, y por lo tanto, tiene el trabajador derecho a la indemnización, la cual se negociará entre ambas partes. Debiendo producirse para su solicitud por el empresario que en un periodo de noventa días, la extinción debe afectar al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores. También conviene apostillar que, estos trámites varían si se extingue la relación laboral del trabajador durante la pandemia y no se aplica un ERTE, en este supuesto, se ha habilitado un formulario de presolicitud, que servirá para que después un gestor del servicio público de empleo (SEPE), se ponga en contacto con el trabajador para tramitar la prestación por desempleo. Su carácter es meramente declarativo y recopilador de datos para agilizar la tramitación de la solicitud y solo es válido para personas desempleadas. En cambio, si el trabajador está afectado por un ERTE provocado por la situación excepcional motivada por el coronavirus, el SEPE articula un procedimiento directo con las empresas para que los trabajadores afectados por ERTE derivado del COVID-19, no tengan que dirigirse al SEPE para solicitar las prestaciones, debido a que las oficinas están cerradas. A raíz de lo expuesto, surgen una serie de cuestiones que afectan al trabajador sometido a un ERTE como son: cuál es el procedimiento a seguir, cuándo y cuánto van a poder cobrar la prestación y de qué forma, cuál es la cuantía a la que tienen derecho y la compatibilidad con otros ingresos.

En este escenario, el primer paso a seguir, será que el empresario sea quien comunique y solicite el desempleo en nombre de los trabajadores, facilitando todos los datos necesarios al SEPE estatal o de la Comunidad autónoma en caso de que esta tenga esta competencia transferida y que además de los requisitos generales articulen otros requisitos adicionales (*v.gr.* Cataluña, están exigiendo adicionalmente que el trabajador se encuentra de alta como demandante de empleo si no lo había estado con anterioridad).El segundo paso, será de conformidad con lo dispuesto en esta disposición , en concreto en su art.25.3, exonerar a estos trabajadores del cumplimiento de los requisitos de cotización mínima para tener derecho al desempleo, en el marco de medidas excepcionales sobre los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por fuerza mayor, y a pesar de que, la administración (en este caso el organismo autónomo público SEPE) tiene la obligación de comunicar la aprobación o denegación del desempleo, en la praxis debido a la gravedad de la situación y excepcionalidad, se recomienda a los afectados pueden consultar, no obstante, el estado de su prestación a través de la sede electrónica del precitado organismo. El tercer paso, con respecto al devengo, según reza *ex* art. 296.1 de la LGSS, la entidad gestora deberá dictar resolución motivada, reconociendo o denegando el derecho a las prestaciones por desempleo, en el plazo de los quince días siguientes a la fecha en que se hubiera formulado la solicitud en tiempo y forma. Y su pago se realiza en el plazo del día 10 y 15 del mes siguiente al que se genera el vencimiento. Sin embargo, debido a la gran cantidad de expedientes presentados estos plazos *de facto* se han incumplido. De modo que, si bien, el trabajador tiene derecho a cobrar el

desempleo desde la fecha de ejecución del ERTE por COVID-19, esta fecha es la que tiene que comunicar a la plantilla afectada. En cambio en los ERTE convencionales, su ejecución se produce en el momento en que la empresa comunique su decisión final tras el período de negociaciones. Sin embargo, el colapso del SEPE, impidió abonar todos los pagos del mes de marzo se pudiesen efectuar el 10 de abril, por este motivo los pagos correspondientes al mes de mayo se adelantó su cobro al día 3 (en lugar, del 10 y 15 de ese mes fecha en la que también se abonaron los atrasos pendiente del mes de marzo y abril). Lo expuesto plantea el dilema de que si por ese retraso imputable a la administración y no al trabajador, es posible reclamar el cobro de interés legal por la cantidad adeudada, la respuesta es que para poder exigir el mismo debe haber transcurrido tres meses siguientes al del reconocimiento del desempleo, en cuyo caso el importe adeudado se deberá incrementar en un 3% (al haberse prorrogado los Prepuestos Generales del Estado para 2020, este es el mismo que en 2016).

En todo caso, hay que precisar una triada de tipologías que recoge nuestro ordenamiento laboral sobre el Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) que puede ser convencional (causas económicas, técnicas, organizativas o de o por fuerza mayor) o bien, por causas objetivas derivadas del COVID-19. Así pues en el primero, tiene una etiología debida a causa objetiva previstas en el art. 47 ET (económicas, técnicas, organizativas o de producción), basado en el análisis y determinación verificable de que se dan algunas de las causas señaladas. Mientras que el segundo, el denominado ERTE por fuerza mayor, su regulación viene articulada en el Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Con respecto a sus diferencias, en el primero, su objetivo es suspender temporal la relación laboral de empleo y sueldo con los trabajadores por las causas citadas de forma unilateral por el empresario y cuya duración limitada se subordina a la situación coyuntural en la que se encuentre la empresa, y siempre previendo que con esta medida se ayudará a la empresa a superar esta situación, y en cuyo numeral párrafo 1, se define por el legislador en qué consisten cada una de las causas referenciadas y cuya dicción literal es la siguiente:

"(…) Se entiende que concurren *causas económicas* cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren *causas técnicas* cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; *causas organizativas* cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y *causas productivas* cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. Si lo que se acuerda es la reducción temporal de jornada la empresa seguirá pagando lo correspondiente a la jornada laboral que realice el trabajador y cobrará la prestación por desempleo correspondiente por desempleo por el porcentaje de jornada inactivo de reducción de su jornada. En cambio si es un ERTE de suspensión de contrato laboral, debido a la imposibilidad de acudir al centro de trabajo, el contrato de trabajo será suspendido, por lo tanto, el empleador dejara de pagar sus salarios y el trabajador comienza a percibir prestación por desempleo, que será de un 70% los primeros seis meses y *ex tunc* 50%. Mientras que, en los ERTEs por causas objetivas derivadas del COVID-19, las causas que lo originan son idénticas, pero las diferencias residen en los plazos y obligaciones para el empresario en relación al mantenimiento del empleo, tramitación, desempleo, exoneración, cuotas, etc.)

Si bien, existen unas características comunes a todos los ERTEs que son los siguientes:

— Suspensión de la relación laboral(prestación de servicios y pago de retribución)

— Su aplicación es independiente del número de trabajadores afectados

— No generan derecho de indemnización a favor del trabajador

— El trabajador tiene derecho al desempleo

Así pues, en el caso del primero, motivado por causas objetivas convencionales son: 1) No se tiene en cuenta el volumen de la plantilla y del número de empleados afectados, sin necesidad de que se supere umbral alguno; 2) Las causas que las justifiquen no pueden ser estructurales sino que deben tener un carácter coyuntural; 3) No se establece un plazo máximo para la aplicación de la situación suspensiva; 4) La tramitación es más acelerada; 5) Comunicación por parte de la empresa a los trabajadores, o a la representación legal de los trabajadores (formación comisión negociadora en el plazo improrrogable de 7 días y resolución de la misma en idéntico plazo).Si no hay representantes de trabajadores, deben acudir todos los trabajadores y constituir con éstos la mesa negociadora; 6) Comunicación por parte de la empresa a y a la autoridad laboral el inicio del procedimiento de la causa alegada, acompañando memoria y diferente documentación de carácter laboral (art. 41 del ET)**.** Por su parte, la autoridad laboral debe solicitar el informe a la Inspección de Trabajo Provincial. El periodo de consultas a los trabajadores, o a la representación legal de los trabajadores es de 15 días; 7) Los efectos se producen desde que se ejecuta, y puede acordarse después del periodo de consulta con los trabajadores o su representación; 8) Obligación de abonar las cotizaciones sociales por parte del empresario; 9) Temporalidad. Su duración es *sine die*, puede durar lo que decida el empresario o lo que acuerde con los trabajadores. No es necesario el permiso de autoridad laboral. Sí que es preciso la negociación de buena fe por ambas partes y el respeto de los procedimientos previstos, pero si finalmente no hay acuerdo se impone la decisión empresarial.

Mientras que en el segundo caso ERTE por fuerza mayor:

— Debe ser motivado por circunstancias excepcionales y temporales

— No tiene que someterte a negociaciones con los trabajadores basta la mera comunicación).

— En el plazo de 5 días, la autoridad laboral debe autorizarlo dictando una resolución en la que debe limitarse a constatar la existencia de fuera mayor

— Concluye con la aplicación del acuerdo final o en su defecto, decisión de la empresa.

En cambio si se trata de un ERTE por fuerza mayor cuya **c**ausa directa sea la pérdida de actividad como consecuencia del debido al COVID-19 es preciso: 1) Solicitud de la empresa acompañada del informe y documentación acreditativa de pérdida de actividad derivada del COVID-19, la comunicación a los trabajadores a sus representantes igual que por fuerza mayor convencional, también la comunicación y resolución por parte de la autoridad laboral; 2) Surte efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor; 3) Mientras dure la suspensión y previa solicitud de la empresa, exonerará íntegramente a la empresa que a 29 de febrero de 2020, tuviera menos de 50 trabajadores en situación de alta en la Seguridad Social, del abono de la aportación empresarial; y exonerará en un 75% a la empresa que tuviera a esa fecha 50 trabajadores o más. En cambio al trabajador respecto al mismo el período de suspensión dicha exoneración no incidirá en el trabajador, al considerar dicho periodo como efectivamente cotizado a todos los efectos; 4) No se exige para el reconocimiento de la prestación, de período de ocupación cotizada mínimo; 5) No se computa el tiempo en que se perciba esta prestación a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción establecidos; 6) El cálculo de la cuantía de la prestación por desempleo será la resultante de computar el promedio de las bases de los últimos 180 días cotizados o, en su defecto, del período de tiempo inferior, inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo, trabajados al amparo de la concreta relación laboral afectada por esta fuerza mayor; y la duración de la prestación se extenderá hasta la finalización del período de suspensión del contrato

de trabajo. Y el porcentaje aplicable a la base reguladora el trabajador será del 70% de la base los seis primeros meses y a partir del séptimo, el 50%(Previsiblemente los ERTE por COVID-19 no durarán tanto); 7) Una vez finalizado el estado de alarma incluidas las prórrogas admitiéndose en virtud del El RDley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial su prórroga hasta el 30 de septiembre), el trabajador volvería a tener su jornada y su sueldo habituales.

Asimismo se debe distinguir dos tipologías diferencias de ERTEs por fuerza mayor total o parcial. En el primero, por fuerza mayor total, si la empresa se ha visto obligada a cesar en sus actividades debido a las restricciones del Estado de Alarma o bien, se trate de empresas que contaran con un ERTE basado en el artículo 22 del RDL 8/2020 y en sus posteriores actualizaciones y estuvieran afectadas por dichas causas que impidan el reinicio de su actividad debido al COVID-19, mientras duren las mismas y en ningún caso más allá del 30 de septiembre de 2020,quedan exoneradas de las cotizaciones, devengadas en los meses de mayo y junio de 2020, y estas serán del 100% para las empresas que a 29 de febrero de 2020 tuvieran menos de 50 trabajadores o asimilados a los mismos en situación de alta en la Seguridad Social, y del 75% para las que tuvieran 50 o más. Es decir, se agiliza y flexibiliza la tramitación de ERTEs, que sean motivados por reducción de la jornada o por suspensión de la relación laboral de parte o toda la plantilla, en virtud del RD 463/2020, produciendo efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor, es decir desde el 15 de marzo de 2020, fecha de entrada en vigor del decreto que declara el estado de alarma en nuestro país. Por lo tanto, a partir de esa fecha ya no es posible tramitar nuevos ERTEs de fuerza mayor al amparo del art. 22 del RDley 8/202**.** No obstante, de producirse nuevas restricciones o medidas de contención las empresas afectadas podrán recurrir a la tramitación de un ERTE de fuerza mayor "ordinario" al amparo de lo dispuesto en el art. 47.3 ET, a lo que debe añadirse que con respecto al cobro de la paga extra de junio no se devenga, en caso de suspensión de la actividad solo se tendría derecho a cobrar la parte proporcional de la paga extra correspondiente al periodo trabajado hasta junio, en cambio si se trata de un ERTE de reducción de jornada, se cobraría la parte proporcional de paga extra por el tiempo que se trabaja en la paga extra del mes de junio. O bien, en el segundo caso, por fuerza mayor parcial derivada del COVID-19, desde el momento en el que las causas permitan la recuperación parcial de su actividad debiendo reincorporarse a los trabajadores afectados en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad, primando los ajustes en términos de reducción de jornada. Respecto de los trabajadores que reinicien su actividad, la exención alcanzará el 85% de la aportación empresarial devengada en mayo de 2020 y el 70% de la devengada en junio de 2020, para las empresas que a 29 de febrero de 2020 tuvieran menos de 50 trabajadores o asimilados, y del 60% y 45% para las que tuvieran 50 o más; todo ello respecto de los periodos y porcentajes de jornada trabajados desde el reinicio de la actividad. Mientras que, respecto de los trabajadores que continúen con sus actividades suspendidas, la exención se aplicará con respecto de aquellos trabajadores que continúen en suspensión a partir del 1 de julio es del 70% en julio, del 60% en agosto y del 35% en septiembre para empresas de menos de 50 trabajadores a 29 de febrero de 2020. La exención es del 50% en julio, del 40% en agosto y del 25% en septiembre para empresas de más de 50 trabajadores a esa misma fecha. Además, se contempla un régimen de exenciones en las cotizaciones sociales en aquellas empresas que vean impedida su actividad por la adopción de nuevas restricciones o medidas de contención que se impongan, en cuyo caso, previa autorización de un ERTE por causa de fuerza mayor, serán del 80% de las aportaciones empresariales durante el periodo de cierre hasta el 30 de septiembre en empresas de menos de 50 trabajadores de alta a 29 de febrero de 2020 o del 60% en caso de empresas de más de 50 trabajadores a dicha fecha.

En cualquiera de los casos, las empresas se quieren acoger obviamente a los ERTEs de fuerza mayor por covid, surgiendo la disyuntiva en este caso, si las actividades desarrolladas por las mismas no figuran enumeradas en el RD 357/2020 del estado de alarma como obligadas al cese total de su actividad, en cuyo caso, deberán probarlo, es decir, que no pueden continuar prestando sus servicios bien porque sus proveedores están cerrados o porque la mayor parte de la plantilla está

afectada por el virus. La solución ideada para lograrlo se pueden sintetizar de forma cuatripartita: Una, crear una bolsa de horas de trabajo, a través de acuerdo con los trabajadores afectados, de forma que, si durante el ERTE por fuerza mayor, el empresario continua pagando un salario y los trabajadores no prestan sus servicios, pactando con ellos que una vez finalizado el mismo estos recuperen las horas que no han prestado pero que han cobrado, de modo que, lo más recomendable es proponer estas solución y solicitar un ERTE por fuerza mayor con efectos retroactivos desde que se produjo el cese de actividad y si este deniega (5 días hábiles) solicitar en tal caso, un ERTE por causas económicas(excepto las referidas a trabajadores fijos-discontinuos y a los que realizan trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas, que se mantienen hasta el 31 de Diciembre).

O bien, la segunda alternativa es tramitar expedientes mixtos, de modo que, se mantiene parte de la plantilla teletrabajando y se presenta solo el ERTE por fuerza mayor para el resto de la plantilla.

Tres, las empresas, aun teniendo vigente un ERTE por fuerza mayor, puedan negociar, durante el periodo comprendido entre el 13 de Mayo y el 30 de Septiembre, un ERTE por causas objetivas**,** por el procedimiento simplificado que el art. 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, estableció a causa del COVID, mientras esté vigente un expediente de regulación temporal de empleo por fuerza mayor, contenido también recogido en el RDley 24/2020, de 26 de junio, en el que se establece que se puedan tramitar procedimientos de regulación temporal de empleo basados en causas económicas, técnicas, organizativas y de producción derivadas del COVID-19.

Cuatro, el ERTE por causas objetivas se encadene al ERTE de fuerza mayor**,** de modo que, cuando finalice éste, se inicien los efectos del ERTE por causas objetivas para aquellas empresas que estén llevando a cabo una recuperación parcial de la actividad, es decir, que hayan desafectado a parte de su plantilla para reabrir su negocio, pero mantengan todavía trabajadores en el ERTE. De este modo, se brinda la oportunidad al empresario para llevar a cabo la recuperación parcial de la actividad de optar, por ejemplo, por reincorporar a dos trabajadores a media jornada, en lugar de incorporar a uno a jornada completa y mantener al otro en el ERTE, siempre y cuando la actividad y estructura de personal lo permitan.

En todo caso, hay que tener presente que el legislador es meridianamente prudente, de ahí que, las dos últimas propuestas descritas, de que la prórroga de los ERTEs hasta el 30 de Septiembre, no va a ser suficiente para muchas empresas y sectores de actividad, que no puedan reanudar su actividad, a pesar del proceso de desescalada, por subsistir causas de fuerza mayor, todos estos escenarios y sus regulaciones jurídicas así como sus efectos, están subordinados a la evolución de la pandemia. En base a lo expuesto, se plantea varios dilemas. Uno, discernir sobre la conveniencia o no de los empresarios de continuar con los ERTEs o no y cuya respuesta, la ofrece una valoración de la económica de costes de su empresa, en la que este deberá evaluar si dicho coste es superior o no al valor añadido que obtiene de su trabajo en función de la evolución de la demanda que de sus productos o servicios se va produciendo hasta 30 de Septiembre de 2020, fecha en la que, previsiblemente, finalizan este tipo de bonificaciones y las prestaciones de los trabajadores en los términos establecidos en el RDL 8/2020 y del RD ley 24/2020. Dos, proceder al despido por causas objetivas, si bien, deberán mantener el empleo de los afectados durante los 6 meses posteriores a la finalización de la suspensión y además deberá reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes que ha obtenido del ERTE .No obstante, el legislador contempla una serie de excepciones: bajas voluntarias, despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador, y en el caso de contratos temporales cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su

objeto[10] siempre y cuando sus no sean fraudulentos o carezcan de una causa clara, ya que, de lo contrario, seria calificable como "despido improcedente ", o bien, utilizar la vía tras el ERTE de presentar un ERE por cese de actividad debido a dificultades económicas en dicho periodo y declararse en concurso de acreedores en los términos previstos en el art. 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en cuyo caso, los trabajadores tendrían derecho a las indemnizaciones a través del FOGASA.

3. LA INDEMNIZACIÓN POR DESEMPLEO

3.1. Marruecos

3.1.1. Origen y funcionalidad

El nacimiento de esta indemnización ha sido lenta y farragosa, sobre todo motivado por las reiteradas trabas empresariales para su implantación, tal y como lo evidencia el hecho de que ha tenido que trascurrir más de una década para su gestación y posterior promulgación, que finalmente se produjo en virtud de la Ley nº 03-14 de 11 de septiembre de 2014, sobre indemnización por pérdida de empleo (PEI)[11], y cuya entrada en vigor se demoró algo más de dos meses (1 de Diciembre de ese año).Cumpliéndose de este modo, lo preceptuado en el Convenio núm.44 de la OIT sobre el desempleo[12] de 1934, que obliga a los Estados que lo ratifiquen a la protección del paro involuntario a través de prestación o bien de subsidio(art.1), así como para poder quedar encuadrado en esta "situación de desempleado" la concurrencia de los siguientes factores. Uno, tener edad necesaria para poder acceder al mercado laboral. Dos, estar buscando trabajo activamente. Tres, estar inscrito en una oficina pública de colocación. Y cuatro, cumplir las condiciones que pueda prescribir la legislación nacional para ser beneficiario del subsidio o prestación (art.4). De modo que, si se produce la sinergia de estos requisitos, se debe garantizar indemnizaciones o subsidios a los desempleados involuntarios[13], o bien a una combinación de ambas modalidades de percepciones[14] por parte del Estado. Sin embargo a pesar de que el país alauita, es proclive a constituir como eje basilar de su legislación social, los acuerdos y recomendaciones del citado organismo internacional y de haber ratificado el Convenio nº 44 de la OIT sobre el desempleo en 2019, no existe una armonización y concomitancia con dicho instrumento, puesto que, la Recomendación 44 que completa el referenciado Convenio en su art. 2, establece según su tenor literal :"Que en los países donde funcionen sistemas de seguro obligatorio o voluntario contra el desempleo debería establecerse un sistema de asistencia complementaria, con el fin de auxiliar a las personas que hayan agotado su derecho a indemnizaciones y, en ciertos casos, a las que no hayan adquirido aún el derecho a percibirlas; este sistema no debería establecerse sobre las mismas bases que las medidas ordinarias de asistencia a los indigentes ".Sin embargo, en Marruecos aun solo se regula el seguro obligatorio o voluntario de desempleo pero no el complementario, debido primordialmente a la falta de recursos económicos del sistema y a la importante población que se encuentra fuera del circulo formal de mercado y al subempleo. Además no ha ratificado (pero si firmado) el Convenio núm. 102 de la OIT (que entrará en vigor para Marruecos presumiblemente el 14 junio 2020 (actualmente se encuentra en fase de revisión), sobre la norma mínima en materia de Seguridad Social de 1952, que entre sus diferentes ámbitos, se encuentra la prestación de desempleo junto a otras (asistencia médica; prestaciones monetarias de

[10] Disposición final primera del Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo.

[11] La Ley Nº 03-14, *BO* N°6290 que modifica y complementa el Dahir N° 1-72-184 de 15 de julio II 1392 (27 de julio de 1972) sobre ordenación y organización de la Seguridad Social y la determinación de los términos y condiciones para la concesión de la indemnización por pérdida de empleo.

[12] Recordar que Marruecos hasta la fecha no ha firmado ni ratificado dicho convenio.

[13] Adoptado en Ginebra, 18ª Reunión de la OIT de 23 junio 1934.

[14] Adoptado en Ginebra, 35ª Reunión del 28 junio 1952(Entrada en vigor: 27 abril 1955), ratificado por Marruecos este Convenio en 2012.

enfermedad; prestaciones de desempleo; prestaciones de vejez; prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedad profesional; prestaciones familiares; prestaciones de maternidad; prestaciones de invalidez y prestaciones de sobrevivientes). De modo que, su protección hasta este momento solo se dispensa a los trabajadores por cuenta ajena[15] que cumplen con la carencia y el resto de requisitos que exige la ley, quedando sin embargo, excluidos *hic et nunc* y por consiguiente fuera de protección, cualquier otro subsidio complementario al desempleo(*contributivo*) tras la extinción del mismo.

Obedeciendo su configuración exclusivamente para los casos de pérdida de empleo por razones objetivas (tecnológicas, económicas y estructurales), por lo que, esta demora normativa no solo afecta a la desprotección del sujeto, sino también a la ordenación tardía en su incorporación al sistema de protección social (aun hoy día, ciertas categorías de trabajadores permanecen fuera de cualquier protección legal, por ej. empleados de artesanías tradicionales). En este sentido, hay que traer a colación que el país alauita (*v.gr.* a diferencia de España que lo abandonó en 1967), subsisten en la actualidad, los sistemas de seguros privados por actividad y protección por mutuas privadas, si bien, en los últimos años se ha producido su aproximación a la estructura de los sistemas europeos de previsión social, de modo que, los asalariados en empresas industriales, comerciales o en profesiones liberales, están actualmente obligados a quedar encuadrados en alguno de los regímenes de previsión establecidos ,cumpliendo los requisitos de aseguramiento si bien, pueden optar por la cobertura de una parte importante de sus prestaciones por el aseguramiento privado.

3.1.2. Ámbito subjetivo

El ámbito subjetivo para esta compensación se circunscribe al trabajador por cuenta ajena que presta sus servicios en el sector privado formal que figura en el campo de aplicación de la CNSS, cuyo número no supera los 2,9 millones de personas, sin embargo, *de facto*, los que prestan servicios en el mismo son aproximadamente alrededor de 3,6 millones de personas, es decir, unos 700.000 trabajadores prestan sus servicios en la económica sumergida o informal según cifras oficiales del HCP [16].Además aunque expresamente no se señale por el legislador en esta ley, *ex* art. 143 del CT[17], fija en los 15 años la edad laboral tal y como se desprende de la dicción literal del mismo: "*Los menores no pueden ser empleados ni admitidos en empresas o empleadores antes de la edad quince años de edad*". De modo que, un menor de 16 años no puede ser un desempleado, porque legalmente no puede trabajar; y por consiguiente, tampoco puede demandar empleo. Así pues, constituye requisito *sine qua non,* para el reconocimiento de la prestación que el trabajador por cuenta ajena se encuentre afiliado y en alta al Fondo Nacional de Seguridad Social (CNSS) y además para poder ser beneficiario del mismo, debe además producirse el cumplimiento de los requisitos objetivos de desempleo involuntario y cubrir el período de la carencia exigida por la ley. De modo que, con esta indemnización lo que se pretende es paliar la situación de necesidad que esta pérdida de empleabilidad provoca al trabajador –el defecto de ingresos– que surge de la ausencia de rentas o ingresos profesionales por pérdida de empleo. En realidad, no es una prestación por

[15] Quedando excluido de su ámbito subjetivo "los trabajadores no asalariados", cuya organización se distribuye según sus profesiones y actividades en categorías, subcategorías y / o grupos de categorías. Y a su vez, cada categoría a la que pertenece el trabajador está regulada por textos legislativos y reglamentarios propios, quedando encuadrados en el esquema de cobertura administrado por el Fondo Nacional de Seguridad Social. No obstante, el seguro obligatorio de enfermedad y el sistema de pensiones para cada categoría y / o subcategorías continúan regulados por un decreto para esta categoría.

[16] Según HCP de 6 de mayo de 2019. Información disponible en: https://www.usinenouvelle.com/article/l-indemnite-pour-perte-d-emploi-premiere-assurance-chomage-au-maroc-entre-en-vigueur-ce-1er-decembre.N300030

[17] También recogido en la referenciada normativa laboral en los artículos siguientes: Artículo 147CT, que prohíbe explícitamente que los menores puedan realizar trabajos peligrosos o contrarios a la moral; art. 180 CT, prohibición expresa a los discapacitados menores de edad de prestar servicios que pueden dificultar su crecimiento o empeorar su condición ; y, Artículo 181 CT, tratamiento conjunto por parte del legislador de mujeres y discapacitados menores de 18 años , de trabajar si la actividad que presente un riesgo para su desarrollo o capacidad.

desempleo al uso, puesto que, su ámbito subjetivo se circunscribe *stricto sensu*, al trabajador que pierde involuntariamente su trabajo y que está buscando un nuevo trabajo y a través de esta indemnización, se pretende ayudar al beneficiario a reincorporarse al mercado laboral.

3.1.3. Requisitos objetivos

La incorporación de esta prestación al Código de Trabajo[18], se ha realizado introduciéndola en la Sección IV, rubricada "La indemnización por pérdida de empleo", arts. 52-60.Cuyo examen sucinto y sistemático de estos preceptos procedemos a examinar. Así pues, según la dicción literal del art.52 del CT: "El trabajador con un contrato de trabajo indefinido tiene derecho a una indemnización, en caso de despido después de seis meses de trabajo en la misma empresa cualquiera que sea el método de remuneración y la frecuencia de pago de los salarios". De lo que se deduce que, para que se reconozca esta compensación es preciso tal y como señala Khalid Boukaich (2017:278)[19]: "*La naturaleza voluntaria o involuntaria de la pérdida del trabajo se determina en primer lugar dependiendo del autor de la terminación del contrato de trabajo. Cuando este último es debida al empleador, la pérdida posterior de empleo siempre se considera involuntario*", precepto que debe ser puesto en concordancia con el art.46 *bis* de la ley nº 03-14, en el que se recogen los requisitos necesarios que surja este derecho, señalando como primero de estos que el trabajador no haya abandonado voluntariamente su trabajo, ya que de lo contrario, no tiene cabida la "involuntariedad en la pérdida del empleo", es decir, si el trabajador renuncia voluntariamente al trabajo (si se autodespide) y" no le despiden"(como consecuencia de la finalización de un contrato a plazo fijo o de un despido), no podrá cobrar el desempleo. Por su parte, el art. 60 del CT, debe ser puesto en correlación con el art. 64 de la ley nº 03-14, en ambos preceptos, se coincide en que no ha lugar a indemnización, cuando el trabajador sea titular de pensión de invalidez o jubilación, puesto que en tal caso, es perceptor de la prestación que corresponde a su incapacidad o jubilación, al estar fuera del mercado de trabajo como sujeto activo. Una vez delimitado la obligatoriedad de que esta situación extintiva corresponde al empresario y no al trabajador. El siguiente requisito que fija el legislador para tener derecho a la indemnización es la carencia(recordemos que Marruecos no existen las prestaciones no contributivas y en consecuencia, no tiene cabida en la actualidad el desempleo asistencial), de modo que, la pérdida del trabajo está subordinada entre otros requisitos, a la justificación de una duración mínima de haber prestado sus servicios en una o varias empresas y figurar incluido en uno de los sistemas de previsión social que fija el sistema de seguridad social marroquí[20], exigiéndose haber cotizado en los mismos al menos durante 780 días en los tres últimos

[18] Aprobado el 8 de diciembre de 2003 y publicado en el *Boletín Oficial* núm. 5167, en vigor desde junio de 2004

[19] BOUKAICH, K.: "Indemnización por pérdida de empleo en la legislación social marroquí", *Lex Social*, vol. 7, núm. 1, 2017, pp. 273-286.

[20] Fondo Nacional de Seguridad Social (CNSS), para trabajadores asalariados y no asalariados del sector privado bajo la supervisión del Ministerio de Trabajo e Integración Profesional; el Fondo de Pensiones de Marruecos (CMR) , para el sector (pensiones civiles y pensiones militares) bajo la supervisión del Ministerio de Economía, Finanzas y Reforma de la Administración; el Plan de subsidio colectivo de jubilación (RCAR), para empleados en el sector semipúblico (personal de las autoridades locales y no estatales, personal contractual); administrada por la Caisse de Dépôt y Gestión (CDG); (ONEP) para empleados del Banco Al Maghrib y la Oficina Nacional de Electricidad y Agua Potable, bajo la supervisión de la Autoridad de Supervisión de Seguros y Seguridad Social (ACAPS) ; la Agencia Nacional de Seguros de Salud (ANAM) establecimiento público con personalidad jurídica y autonomía financiera, que garantiza el correcto funcionamiento de la cobertura médica básica (CMB) del Seguro de Salud Obligatorio (AMO), así como la gestión del Plan de Asistencia Médica (RAMED); el Fondo Nacional de Organizaciones de Seguridad Social (CNOPS) es un sindicato de compañías mutuas en el sector público de Marruecos(que integra a la Mutua de la Policía, a la de Aduana y la Fiscalidad Indirecta (MDII), al Fondo Mutuo de Correos y Telecomunicaciones (MGPT), Mutual General de Educación Nacional de Marruecos (MGEN), al personal mutuo de la Oficina de Operaciones Portuarias (MODEP), a la mutua del Seguro Social de los Trabajadores Ferroviarios (MPSC). También hay 3 planes de pensiones complementarios y opcionales: para trabajadores asalariados en el sector privado: el Fondo de Retiro Interprofesional Marroquí (CIMR), para empleados en el sector semipúblico: el Plan Complementario RCAR (RCAR-RC) y para el sector público y parapúblico: el régimen de Attakmili gestionado por el CMR.
Para una información más detallada: https://www.cleiss.fr/docs/regimenes/regime_maroc.html

años (36 meses), incluidos 260 días en el último año (12 meses), siendo su duración de 6 meses, transcurridos los cuales, el mismo trabajador puede volver a beneficiarse de la referenciada compensación, claro está, siempre y cuando se dé la concurrencia de una triada de circunstancias que son: Una, que trabaje de nuevo. Dos, que cubra la carencia señalada *ex lege*. Y tres, que pierda de nuevo de forma involuntaria su trabajo. Y en caso de reconocimiento de la misma, la cuantía a percibir es del 70% de su salario que no puede exceder el SMIG que hasta julio de 2020 será de 2.698,83 dírhams/ mensuales (249,91€) y a partir de julio de 2020 será de 2.828,71 dírhams /mensuales (261,94 €) en el sector de la industria, comercio y profesiones liberales, en todo caso, el percibo de esta asignación mensual tiene una duración de 6 meses.

En caso de reanudación de la actividad, la parte interesada debe notificar a la CNSS dentro de un período no superior a ocho días para que cese el percibo del cobro de la indemnización y se continúe con el cómputo de los plazos de cotización para una futura pensión y además para generar si procede en el futuro un nuevo subsidio por PEI. La persona que cumpla con las condiciones anteriormente señaladas, debe presentar una solicitud a la agencia CNSS de su elección, dentro de un período que no exceda los 60 días a partir de la fecha de la pérdida del empleo[21], es decir, después de perder su trabajo, el trabajador debe presentar una declaración de pérdida de empleo, que la institución envía el mismo día a la ANAPEC para que esta la registre y se abre *ex tunc* un período de espera de 60 días en la Oficina de Empleo de la Agencia Nacional de Promoción del Empleo y las Competencias (ANAPEC)[22],este servicio público de ocupación nacional creado en el año 2000, tiene como función prestar asistencia con el fin de ayudar a los desempleados a encontrar un nuevo trabajo, y de acogerse a un programa de formación profesional y entre sus singularidades exige para registrarse: tener un diploma igual o superior al bachillerato, certificado de calificación profesional, o tener al menos tres años de experiencia (con certificado de trabajo), obviamente este requisito de cualificación profesional acreditada perjudica palmariamente a las mujeres. En este sentido según la OCDE (2018:42-43)[23]:Que las tasas de actividad femenina sean inferiores a las de los hombres(24% para las mujeres frente al 70% de los hombres),y que el nivel de cualificación era en 2012 según la HCP[24] del 34% frente al 61%), refleja la desigualdad de género, puesto a pesar de que su entrada en el mercado de trabajo se produce tras finalización de la etapa escolar, éstas abandonan el mercado a partir de los 25 años para casarse y no vuelven a trabajar", afortunadamente esta tendencia está desapareciendo.

Actualmente, la formación profesional es dispensada por la Oficina de Formación Profesional y Promoción del Trabajo (OFPPT)[25] que puede subvencionar hasta un 80% de los gastos de formación de personal, tanto si esta es realizada por técnicos de la propia empresa como por personal externo. Para ello, es necesario concluir un "contrato especial de formación" con OFPPT. Además este órgano se encuentra actualmente encuadrado en la "Estrategia Nacional para la Formación Profesional (SNFP) para el periodo 2016-2021".Sin embargo, los resultados no son satisfactorios debido a un elenco de razones entre otras: las informaciones que se tiene sobre las ofertas de empleo son incompletas y de difícil acceso ,de modo que, aunque se conoce información sobre el desempleo en el portal de ANAPEC a través del HCP(esta tiene un carácter trimestral y anual), la información que se tiene sobre las necesidades de las empresas parecen de forma sesgada

[21] Recordemos que el plazo para pedir la prestación contributiva en España es de 15 días hábiles desde la fecha del cese en el trabajo, por lo que la fijación de 60 días para solicitar el PEI lo considero desde mi modesta opinión excesivamente dilatado.

[22] Por Ley nº 51-99, promulgada por el Dahir nº 220-00-1 de 5 de junio de 2000.

[23] OCDE.: *Rutas de desarrollo Examen multidimensional de Marruecos. Análisis en profundidad y Recomendaciones*, Editado por la OCDE, Paris, 2018, pp.42-43.

[24] HCP. *Recomendaciones de 2013 de la OCDE sobre la igualdad de hombres y mujeres en materia de educación, empleo y emprendimiento*, Ediciones OCDE, Paris, 2013.

[25] Creado en 1974 mediante Dahir núm.1-72-183 de 21 de mayo de 1974.B.O. núm.3213 completado por Decreto 2-73-633 de 22 de mayo de 1974, sobre creación de la tasa de formación profesional y fijación de tasas y ayudas relativas a la realización de contratos y programas especiales de formación profesional.

y tardías y para paliar estas deficiencias se ha creado un Observatorio del Mercado de Trabajo(OMT),para intentar sincronizar las ofertas y las demandas. Hoy día, las políticas activas de empleo que se vienen desarrollando ANAPEC, se canalizan en una triada de programas: "Programa Idjmad" para favorecer la contratación de trabajadores por cuenta ajena a través de recibir las empresas ayudas o exoneraciones sociales o fiscales (El más utilizado por los empresarios); "Programa Taehil", para conseguir una formación cualificada de jóvenes que abandonaron sus estudios; y "Programa Moukawalati" destinado a emprendedores. Y para los trabajadores sin cualificación se ha creado en 2019, el "Proyecto de Apoyo a la Inclusión Económica Juvenil ", cuyos destinatarios son mujeres y hombres jóvenes que actualmente no están trabajando, ni en la escuela, ni tienen el certificado de capacitación (NEET, equivalente al término *"ninis*"), sino también jóvenes emprendedores en ciernes o entidades pequeñas y medianas que operan en cadenas de valor con fuerte potencial de crecimiento y a través del mismo, se pretende obtener el fortalecimiento de calificaciones de los destinatarios mejorar la empleabilidad y promover la integración profesional[26].

De modo que, si durante el precitado plazo y tras el reciclaje a través de alguno de los programas referenciados no obtiene trabajo, el legislador crea la ficción jurídica de que a partir de qué momento el trabajador desempleado se encuentra en la línea roja de "estado de especial necesidad".

3.1.4. Requisitos formales. Procedimiento y cuantía

El procedimiento de solicitud de la indemnización además de cumplir los requisitos materiales y objetivos de cotización, afiliación y pérdida involuntaria de empleo, también debe cumplir un elenco de requisitos formales entre los que se encuentran entre otros. Que la reclamación de compensación por pérdida de empleo debe completarse debidamente por el asegurado y el empresario para el que venía prestando sus servicios, pero si el empresario no comunica la extinción del contrato porque no había cumplido con la obligación de darlo de alta, en tal caso, el trabajador debe comunicar todos los datos de que disponga de la existencia de la relación laboral al CNSS, que trasladará esta información a la inspección de trabajo para que actúe y verifique los hechos(si lo corrobora no hay problema se le reconoce la indemnización) o bien puede ocurrir que, el trabajador si se encontraba dado de alta pero el empresario se niega a emitir la declaración del PEI (aduciendo que el empleado se ha ido voluntariamente) , en este caso, al no poder beneficiarse el trabajador del PEI, deberá presentar una apelación administrativa junto al CNSS, y una comisión de mediación intentara llegar a un acuerdo y de no conseguirlo, deberá el trabajador acudir a la vía judicial . En caso de que si exista una declaración del empresario del cese involuntario del trabajador deberá comunicar este hecho a la CNSS y deberá acompañar a su declaración la siguiente documentación: una copia de la tarjeta nacional de identidad electrónica (CNIE), además de una cuenta bancaria o RIB (cuenta abierta en Marruecos) si el asegurado quiere cobrar su compensación por transferencia bancaria o bien, a través de la puesta a disposición de una agencia de BMCE(acrónimo en francés del Banco Marroquí de Comercio Exterior, actualmente filial del banco comercial "Financie Com") si carece de la misma. Pero en el caso en que la presentación de la solicitud se realice fuera de plazo, tendrá derecho a que se apruebe a partir de la fecha en que se solicitó (*dies ad quo*) pero se percibirá por el resto del plazo que le quede desde su demanda hasta la expiración de los seis meses (*dies ad quem*), de tal suerte, que perderá tantos días de prestación como hayan pasado desde la fecha límite del plazo hasta el día de la solicitud. En ningún caso, la indemnización es susceptible de ser exportada, a diferencia de otras prestaciones *(v.gr.* las pensiones de jubilación), ya que se supone que esta ayuda revertirá en la creación de volver a trabajar en Marruecos y no en otro país donde se resida.

A colación con lo expuesto surge la disyuntiva de cual la participación del empresario y del trabajador en la cotización por esta prestación, la contribución la fija conjuntamente por el Ministro

[26] Informe UNICEF: *Mapa de la Protección social en Marruecos*, Reino de Marruecos, 2018, pp.24-25.

de Finanzas y el de Trabajo (art.20 sobre el sistema de Seguridad Social) se calculará aplicando la tasa del 0,57% al salario declarado en el límite del techo en vigor. Por este motivo, las empresas afiliadas están obligadas a pagar esta contribución adicional a partir de diciembre de 2014 y por esta razón , el CNSS procedió a la modificación del boletín de cotización para las contribuciones al esquema general, así pues, a la tasa de contribución correspondiente a beneficios sociales, se incrementó de 12.89 a 13.46%. Quedando la asignación financiada por el trabajador fijada en el 0.19% del salario sin que pueda exceder esta de 6.000 DH y para el empresario (0.38%). Por su parte, el Estado participará en financiación gracias a un fondo que se ha creado de 500 MDH que se distribuyen par un periodo de 3 años (250 MDH el primer año, 125 MDH el segundo y 125 MDH el tercero), con estas ayudas se estima que 34.000 trabajadores al año podrían verse afectadas[27].

Con respecto a la documentación requerida para su reconocimiento es la siguiente:

Copia de la Identidad del Mapa Nacional (si la presentación no se realiza ante el CNSS) y si se realiza en la CNSS copia de la tarjeta de dicha Caja (o copia de la tarjeta Residencia / copia del pasaporte para extranjeros); 2) Copia legalizada del acta del Inspector de trabajo en caso de que la mediación dio lugar a una conciliación; 3) Una copia del contrato de trabajo en el que se especifique el motivo de la pérdida de empleo; 4) Una copia de la sentencia final del tribunal en caso de que el mediador de la inspector de trabajo no haya logrado la conciliación, o una copia de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia con documentos que justifiquen la no objeción; 5) Un estado de cuenta bancaria o una cuenta individual de GDI abierta en Marruecos.

A raíz de lo puesto, surge la problemática de que en la mayoría de las ocasiones que se dilata el reconocimiento de dicha indemnización, por no haber llegado a una conciliación con el empresario a través de la mediación, debiendo acreditar el trabajador el informe sobre dicho acuerdo *interpartes* .De no lograr dicho acuerdo, queda expedita la vía judicial, pudiendo acudir al tribunal de Primera Instancia, cuya sentencia se dictara en un plazo dilatado de 1 a 2 años. Donde el juez suele generalmente fallar a favor del trabajador. Sin embargo, si el empresario está en desacuerdo y recurre a la segunda instancia (Tribunal de Apelación), habrá que espera nuevamente un nuevo plazo (al menos un año y aunque le suponga un incremento en los costes procesales y de abogado, generalmente ante un nuevo periodo de espera el trabajador suele avenirse y llegar a un acuerdo) para poder cobrar la indemnización ; y en este lapso el desempleado continua en una situación económica precaria y sin ingresos hasta que logre conseguir un nuevo trabajo. En cualquiera de los casos, el legislador *ex* art. 59 CT, dispone según su dicción literal: "El empleado se beneficia, en caso de despido improcedente, del pago de daños, interés y el aviso de indemnización previsto en los artículos 41 y 51 respectivamente. Y además para ser perceptor de los siguientes derechos sociales debe tener reconocida la condición de desempleado: asignaciones familiares y seguro de salud obligatorio (AMO) durante todo el período en que este cobrando el PEI, y además, si cuando tiene reconocida la prestación, el trabajador fallece, los herederos pueden reclamar el resto de la indemnización por pérdida de empleo, produciéndose la reversión de la cantidad adeudada a sus familiares por parte de la CNSS ,Mutua o seguro privado si la cobertura la tuviera la empresa con estas.

4. EL COVID 19 Y SU INCIDENCIA SOCIO-LABORAL

En el actual escenario hay que tener en cuenta lo que ha sucedido en Marruecos tras la pandemia provocada por el COVID-19 y su incidencia en el ámbito laboral y en materia de protección social. En primer lugar, conviene apostillar que, el texto constitucional Dahir[28] nº 1-11-91 de 29 de julio 2011, prevé al igual que cualquier país democrático, la regulación ante

[27] Diario La Nueva Fábrica. :La indemnización por pérdida de empleo por primera vez asegurado el desempleo en Marruecos ,entra en vigor a primeros de diciembre", Sección Economía, 01/12/2014 .Disponible en: https://www.usinenouvelle.com/article/l-indemnite-pour-perte-d-emploi-premiere-assurance-chomage-au-maroc-entre-en-vigueur-ce-1er-decembre.N300030

[28] El Dahir, es un decreto emitido por el Rey.

circunstancias excepcionales de formas excepcionales de gobierno, produciéndose una extensión de los poderes policiales y recortes de derechos y libertades públicas para evitar su propagación, ofreciendo dicha legislación una dualidad de vías: Estado de sitio y Estado de emergencia. La primera, tiene su fundamento *ex* art. 49 numeral 7, en el que se señala que corresponde al Consejo de Ministros la deliberación sobre la declaración entre otras cuestiones de dicho estado y en el art. 74 del mismo texto, donde se establece la forma que habrá de adoptarse para su declaración" Dahir refrendado por el Jefe del Gobierno por una duración de treinta días. Ese plazo solo puede prorrogarse por Ley". Mientras que la segunda, estado de emergencia, contemplado *ex* art. 59 CM, se produce cuando exista un peligro inminente resultante de graves violaciones del orden público o de eventos que, por su naturaleza y gravedad, obstaculicen el funcionamiento regular de las instituciones constitucionales ,siendo preciso para su declaración, que esta la realice el rey tras consulta con el Jefe del Gobierno, el Presidente de ambas Cámaras, Presidente del Tribunal Constitucional, dirigir un mensaje a la nación y proclamarlo por dahir y cuyo fin, se produce tras la finalización de las causas que lo motivaron. Así pues, obviamente, Marruecos al igual que el resto de los Estados, ante la virulencia y efectos devastadores de la pandemia, se ha visto obligado a declarar el estado de emergencia sanitaria y adoptar un elenco de las medidas de naturaleza económica, financiera, social y laboral, sanitaria, etc. Para lo cual ha utilizado el instrumento legislativo que fija el constituyente –decreto ley–, que vienen imbricados en el art. 81CM, cuya dicción textual es la siguiente:" (…) *en el intervalo de las sesiones, con el acuerdo del comités pertinentes de las dos cámaras, decretos-leyes que deben presentarse al Parlamento para su ratificación durante la próxima sesión ordinaria. El proyecto de decreto legislativo se deposita en la oficina de la Cámara de Representantes. Es examinado sucesivamente por los comités pertinentes de las dos cámaras con el fin de llegar a una decisión conjunta dentro de los seis días. De lo contrario, la decisión es tomada por el comité pertinente de la Cámara de Representantes.*

Además dada la naturaleza contagiosa o epidemiológica de la causa que motiva este estado de excepción**,** resulta obligado poner en correlación las disposiciones constitucionales referenciadas con el RD Nº. 554-65 de 26 de junio de 1967, que obliga a las autoridades médicas en caso de que aprecien y verifiquen la existencia de alguna tipología de enfermedad contagiosa poner este hecho en conocimiento de las autoridades médicas de los distintos niveles administrativos (Prefectural o provincial) Y que en caso de un peligro grave para la salud pública, requiera medidas de emergencia, el oficial médico jefe de la provincia o la prefectura, debe evaluar el grado de gravedad y la urgencia del caso y está facultado para ordenar la hospitalización de cualquier persona que padezca una de estas patologías o de cualquier persona que pueda propagarla[29].

Sentado lo anterior, el eje vertebrador de la protección social en Marruecos es el art. 31CM, cuya dicción literal es la siguiente:*" El Estado, los establecimientos públicos y las autoridades locales trabajan para movilizar todos los medios disponibles para facilitar la igualdad de acceso de los ciudadanos a las condiciones permitiendo el disfrute de los derechos a la atención médica, la protección social, la cobertura médica y el beneficio mutuo u organizados por el Estado "*.De lo que se deduce que el Estado está obligado a proporcionar protección social a todos sus ciudadanos. Y en base a ello, mediante Decreto Nº 2.20.293, se anunció el estado de emergencia (Boletín Oficial n ° 6867 *bis* del 24 de marzo de 2020). Sin embargo, esta situación paradójicamente fue declarada el 20 de marzo de 2020, completada mediante el DLegislativo N ° 2-20-292 del 23 de marzo de 2020, se promulgan las disposiciones especiales para el estado de emergencia, en todo el territorio nacional para hacer frente a la propagación del coronavirus[30] .Por lo que, una vez delimitada la ineludible responsabilidad institucional, se plantean una serie de cuestiones que procedemos a tratar de dilucidar:

[29] Diario Ecoactualidad. "Estado de emergencia de salud: lo que prevé la ley marroquí en situaciones excepcionales", Sección Actualidad, de 22 de marzo de 2020 .Disponible en: https://www.ecoactu.ma/etat-durgence-sanitaire/

[30] *Vid*, para más información: https://marokko.ahk.de/fileadmin/AHK_Marokko/Dokumente/HB_Law_Impact_du_Covid19_sur_les_entreprises_08_04_20.pdf

1. En el supuesto de que el trabajador se encuentre afiliado y en situación de alta:

En el caso de que se produzca un cierre temporal del negocio puede suceder un elenco de situaciones. Una, que la empresa *motu proprio* cese su actividad, porque no puede garantizar la seguridad, salud y dignidad de sus trabajadores en base al art. 24 CT; o bien, garantizar su remuneración durante el período de suspensión; o que el empleado esté en cuarentena certificada por informe médico , en cuyo caso el contrato de trabajo se encuentra suspendido provisionalmente, tal y como prescribe el art. 32.2 del CT, en cuyo caso, este último tiene el deber de informar de este hecho al empleador en el periodo de las 48 horas de su ausencia y permanecer confinado en su vivienda. Y mientras se encuentra en incapacidad temporal[31] por la pandemia, el empresario no debe pagar ningún salario al empleado ausente debido a una enfermedad, sino que será el CNSS, el que subroga al empleador para garantizar un ingreso mínimo calculado sobre la base de salario recibido por el empleado con un máximo de 6.000 dirhams/mes. O suspender la actividad la empresa de forma obligatoria por cese total o parcial de su actividad, al tratarse de actividades así declaradas por el ejecutivo (turismo, la hostelería, peluquerías, etc.) en cuyo caso, debido al principio de sinalagmaticidad que rige el contrato de trabajo, ambas partes censan sus obligaciones recíprocas, el trabajador debe prestar sus servicios y el empresario abonar el salario, a menos que el mismo Código, convenio colectivo o reglamentos internos dispongan lo contrario (art.273 CT), un Fondo Especial para el manejo de la pandemia de Coronavirus instalado por el Comité de Vigilancia Económica creado por el Estado, prestará una indemnización a tanto alzado de 2.000 DH/mes (183,66 €), durante el tiempo que el contrato este suspendido (sin ninguna actividad, en principio se cobrará a partir de marzo y su duración inicial es de 4 meses) por cada trabajador, además también queda cubierto el seguro de salud obligatorio (AMO) y la asignación familiar, siempre y cuando el empresario haya presentado declaración jurada que confirme el cese de la actividad. De modo que, esta compensación, suprime y reemplaza la Compensación por Pérdida de Empleo (PEI), por lo que, las empresas no tienen que pagar a los empleados, un suplemento para alcanzar el salario mínimo legal, y su finalidad es ser un medio de subsistencia temporal a cargo del Estado.

Otro supuesto distinto es que el trabajador opte voluntariamente debido al confinamiento y sin presentar un certificado médico decida no acudir al centro de trabajo –desistimiento voluntario del trabajador– este supuesto no está regulado por la ley, pero puede acordarse mediante un convenio colectivo o un contrato individual. Este autoconfinamiento puede considerarse como una ausencia justificada y no será remunerada, si bien, el trabajador solo puede abandonar su trabajo sin autorización en los casos manifiestamente peligrosos. En este sentido, hay que recordar que la jurisprudencia marroquí dispone que la prueba del abandono del centro de trabajo corresponde al empleador.[32]

2.Organización del tiempo de trabajo: Al no reconocerse el paro parcial para los trabajadores, se utiliza la vía prevista *ex* art. 158 del CT, que permite la reducción o ampliación del horario de trabajo siempre que no exceda de 60 días al año(continuos o discontinuos), para que de este modo, las empresas que se encuentren de forma involuntaria ante circunstancias excepcionales pueda reducir las horas de trabajo ordinarias siempre y cuando esta reducción horaria no afecte a más del 50% de su salario normalmente recibido(a excepción de que exista una condición más beneficiosa que resulte más favorable**)** , de modo que, si dicho plazo excede del periodo legal previsto, si será preceptiva en este caso, la autorización de la autoridad gubernativa, se trata pues de un supuesto de fuerza mayor, ya que el Estado no ha declarado el estado de alarma, por lo que el

[31] Recordemos que el art. 32 Ley Nº 1.72.184 de 27 de julio de 1972 relativa al Régimen de la Seguridad Social, exige al trabajador en caso de incapacidad temporal inicial por enfermedad común el deber de justificar 54 días de cotizaciones durante los 6 meses anteriores a la incapacidad laboral. Esta condición no es necesaria en caso de un accidente.

[32] STS nº 606, de 11 de marzo de 1991, expediente social nº 9644/88 establece que:" El abandono del lugar de trabajo es un hecho material, cuya prueba puede ser proporcionada por el empleador por cualquier medio, en particular por testimonio".

empresario no declara la situación de fuerza mayor, debido a que las enfermedades no tienen encaje en los supuestos enumerados de fuerza mayor , de ahí que opte por la figura del desempleo parcial y abone el 50% del salario y de este modo, el tiempo de trabajo computa en esta situación. *Sensu contrario*, también puede producirse la necesidad de realizar horas extras, supuesto contemplado en el art. 196 CT por razón de interés nacional o presión excepcional de trabajo[33], respetando los requisitos contemplados en el art. 184 CT cuyas restricciones son: respeto del descanso semanal, no exceder la actividad de 10 horas/día y prohibición de realizar las mismas los siguientes grupos de riesgos: menores de edad, discapacitados y mujeres embarazadas; y notificación, por escrito, a la Inspección de Trabajo(en este último caso, no se permitiría la reducción de salario).

3. Licencia sin sueldo: La legislación alauita solo prevé este supuesto de suspensión para atender al cuidado del hijo recién nacido, este caso, solo se reconoce si hay una comunicación de preaviso al empresario *ope legis,* que podrá solicitarlo y disfrutarlo hasta un máximo de 90 días, claro está, ya sin derecho a remuneración , que podrá ampliarse hasta 1 año (arts. 156-158CT).De forma que aparte de este supuesto excepcional, solo se admite si existe un acuerdo bilateral de suspensión acordado entre empresario y trabajador que deberá figurar por escrito. Ahora bien, si se trata de una decisión unilateral del trabajador que adopta motivado para "la buena marcha de la empresa", la carga de la prueba recae en éste y no puede acordar esta suspensión unilateralmente y puede ser despido.

4 .Acordar que durante el periodo del COVID-19 el trabajador tome vacaciones anuales: La fijación de las vacaciones anuales según dispone *ex* art. 245 CT, serán consensuadas entre los representantes sindicales o por los propios trabajadores (sino existe dicha representación) y el empresario, puede en este caso acordarlas: sin salario, con reducción de salario, o pactando vacaciones pagadas adicionales.

5. El teletrabajo: El CT no prevé esta figura y su justificación en la situación actual de pandemia viene sostenida por parte de la doctrina en base a los arts. 2.3 (que se refiere al trabajo a domicilio de las empleadas de hogar), art.8 (trabajo a domicilio para varios empleadores previa tarifa con trabajador o con su núcleo familiar)[34], art. 264 (representantes de comercio) y art.295 (normas de higiene para trabajadoras del hogar y empleadores de las mismas) del CT, por lo tanto, no puede exigirse su realización a ninguna de las partes –empresario, trabajador–. Sin embargo, esto no es óbice para que estas lleguen de mutuo acuerdo a su formalización, debiendo en tal caso, suscribir un seguro contra accidentes en el trabajo que pueda ocurrir en la vivienda del trabajador y respetando los derechos *acquis* del mismo. Si bien, esto no implica el deber que tiene todo empresario, según predica *ex* art. 24 CT, de adoptar las medidas necesarias para preservar la seguridad, salud y dignidad de sus trabajadores. En consecuencia, el empresario, no puede exponer a sus trabajadores a la pandemia. También puede ocurrir que sea el trabajador el que se niegue al teletrabajo por considerar que no se cumplen las normas de higiene y seguridad necesarias en su hogar para continuar prestando sus servicios, en tal caso, puede comunicar este hecho a la inspección de trabajo o bien acordar con el empresario la suspensión del contrato de trabajo.

6. Despido: Debido a su poder disciplinario, el empleador puede en cualquier momento tomar la decisión de despedir a un trabajador, tal y como sostiene *ex* art. 37 CT, en el que se recoge la figura del despido disciplinario siempre que el trabajador incurra en alguna de las causas enumeradas en el art. 39 CT (el despido sin causa justificada está expresamente prohibido art.35CT) incluido durante una situación de crisis. Asimismo cabe también el despido por razones económicas y estructurales debidas a dificultades económicas particulares consecutivas o cambios tecnológicos,

[33] Que debe ser puesto en concordancia con el decreto 2.04.570 de 29 de diciembre de 2004 que fija las condiciones de empleo de los trabajadores más allá del tiempo de trabajo normal, *Boletín Oficial*, 2005-01-06, nº 5280, p. 28.

[34] Siendo obligatorio cumplir las prescripciones articuladas de salud y seguridad, siempre que cumplan con las condiciones establecidas en el Decreto Legislativo n.º 2-12-262 del 10 de julio de 2012, y justifiquen la suscripción por el empresario del seguro de accidentes en el trabajo de acuerdo con los requisitos de la Ley n ° 18-12.

en estos casos, el procedimiento está detallado en los arts. 66 y ss. del CT e implica la consulta con representantes sindicales(*no autorización*), al menos un mes antes del despido y la autorización para proceder con este plan de despido por parte de la autoridad gubernamental , que debe resolver en el plazo de dos meses desde su presentación (permiso del gobernador de la prefectura o provincia), que de no emitirlo, el despido se considerará "abusivo o injusto" y dará lugar al derecho a indemnización, por lo que en tal supuesto, cada caso debe ser estudiado por el inspector de trabajo de forma individualizada (circunstancias todas ellas de imposible cumplimiento en una situación de emergencia de salud por lo que considero no ha lugar su aplicación y en los escasos supuestos que se aplica, la empresa debe tener al menos diez trabajadores).

4.1. Perceptores del Ramed

En Marruecos el sistema sanitario[35] tiene un carácter dual, público y privado, el primero dependiente del Estado y; el segundo, de las mutuas y empresas de seguro privado. A su vez, el sistema público, se bifurca en dos ramas creadas en virtud de la Ley 65-00 de 2002 sobre el Código de Cobertura Médica Básica. Uno, Seguro de Salud Obligatorio (AMO) de carácter contributivo, que entró en vigor en el año 2005, para los cotizantes activos y los titulares de pensiones pasivos que incluye en el ámbito de aplicación subjetivo a trabajadores por cuenta ajena y propia, estudiantes y jubilados del sector público y privado. Y la otra, Régimen de Asistencia Médica (RAMED), cuya entrada en vigor no se produjo hasta diciembre de 2011, generalizándose su utilización a partir del año siguiente. Cuyo ámbito subjetivo está integrado por la población que carecen de todo tipo de seguro médico obligatorio y que no cuentan con recursos suficientes para cubrir los gastos de atención básica ni tampoco para poder sobrevivir, es decir, tiene una naturaleza asistencial y se basa en el principio de "solidaridad nacional" , que se presta en caso de carecer de recursos(pobreza) o bien, personas que trabajan en actividades económicas vulnerables, pequeños oficios urbanos y pequeñas explotaciones agrícolas que generan ingresos bajos e irregulares(trabajos precarios).Actuando como criterios delimitadores de su ámbito objetivo, el lugar donde vive el beneficiario –medio urbano o rural– y número de personas que estén a cargo del jefe de familia y de los ingresos de la unidad económica que no puede superar el techo mínimo que fija el Estado.

En el actual contexto de crisis sanitaria, el Comité de Vigilancia Económica creado por el ejecutivo para paliar sus efectos, ha acordado compensar económicamente a los trabajadores del sector informal, que carecen de ingresos debido al confinamiento a través del RAMED. Estas medidas se han implantado en dos fases. La primera, para los titulares de la tarjeta Ramed, que hayan hecho sus declaraciones en el 2012 (año real de puesta en funcionamiento de este aseguramiento) y cuyas solicitudes hayan sido aceptadas reciben las siguientes ayudas financieras:

- 800 dirhams/mes para hogares de dos personas o menos.
- 1.000 dirhams/mes para hogares de tres a cuatro personas.
- 1.200 dirhams/mes para hogares de más de cuatro personas.

Estas ayudas solo son entregadas exclusivamente a los jefes de familias. Sin embargo, en caso de que el jefe de familia haya fallecido o se encuentra incapacitado para desplazarse; también en el caso de que el documento nacional de identidad del jefe de familia se haya perdido o caducado, la retirada de la ayuda financiera se podrá efectuar, con carácter excepcional por quien éste autorice .De modo que, si falleció le corresponderá a la viuda, siempre que presente su documento nacional de identidad, el documento nacional de identidad del fallecido, el certificado de defunción y la tarjeta Ramed con los datos de identidad del difunto y del propio cónyuge .En caso de que se trate de una autorización del titular de la tarjeta deberá acreditarse documentalmente la causa de imposibilidad del titular de acudir al banco y residir en la misma dirección que figura en el

[35] Para un examen más exhaustivo de la asistencia social en Marruecos. *Vid,* Burgos Goye, M.C.: *La protección social en Marruecos*, Aranzadi, 2019, pp.85 -107.

documento nacional de identidad del beneficiario o, en su defecto, que resida en las cercanías. Con respecto al número de beneficiarios no hay datos públicos actualizados sobre los hogares o las personas con la tarjeta Ramed [se espera que con la pandemia salgan a la luz, el último informe oficial de la Agencia Nacional de Seguros de Enfermedad (ANAM) data de 2015], y se calcula que el 40% viven en zonas rurales[36].

Mientras que la segunda fase, abarca a los no ramedistas que prestan sus servicios en el sector informal y que han perdido sus ingresos debido al confinamiento, a los cuales está previsto que se les prestara idéntica ayuda económica, y cuyo plazo de solicitud de las mismas es exiguo del 10 al 16 de abril de 2020 y cuya solicitud se debe realizar de forma telemática.

5. CONCLUSIONES

En el examen comparativo de la prestación por desempleo en dos ordenamientos jurídicos en principio aparentemente opuestos –español y marroquí–, se observan concomitancias y disfuncionalidades, sin embargo la *ratio legis* es la misma en ambos casos. En todo caso, el denominador común pivota en garantizar una adecuada cobertura social de los individuos frente al fenómeno del paro, si bien, la configuración jurídica que realizan del mismo, difiere por razones socio-económicas y culturales. En este escenario, en España el desarrollo legal *prima facie* se produjo en 1980, distinguiendo entre un nivel básico (prestación contributiva), que a su vez, se subdividía en total o parcial y un nivel complementario (subsidio) y que desde la entrada en vigor del Decreto-ley 28/2018, sobre la revalorización de las pensiones públicas , ha procedido a extender su ámbito subjetivo también a los trabajadores autónomos, articulándose en una dualidad de niveles de protección –contributivo y asistencial– y complementándose con otros mecanismos asistencialistas "ayudas", para evitar la situación tanto de pobreza como de precariedad, no solo del desempleado sino también del núcleo familiar que depende integralmente de él para subsistir: Renta Activa de Inserción (RAI), Planes complementarios (agrario), subsidios extraordinarios, ayudas extraordinarias (PREPARA).

Sin embargo, la pandemia del COVID-19, ha dejado al descubierto nuevas necesidades asistenciales que han llevado a la implantación del salario mínimo vital y que a corto plazo presumiblemente implicaran la desaparición de alguna de las ayudas citadas y probablemente la modificación de alguno de los requisitos objetivos para acceder al desempleo asistencial.

Mientras en Marruecos, su entrada ha sido tardía (diciembre de 2014), se trata de una ley parca en extensión (modifica nueve artículos de la Ley de Seguridad Social e introduce solo 3 nuevos (1,2 y 46, este último sigue la tendencia romanista de subdividirlos en *bis*, *ter*, *quater*, y *quinquies*), claramente insuficiente, por no ajustarse a las necesidades reales de la población pero que cubre al menos el vacío normativo que existía .En realidad no se trata de una prestación al uso, tal y como se constata en su denominación "Indemnización por pérdida de empleo", su ámbito subjetivo circunscrito es extremada reducido" trabajador por cuenta ajena del sector privado que cotice a la CNSS", además su carencia es más severa(780 días de cotización, durante los 36 meses anteriores a la fecha de la pérdida del empleo, incluidos 260 días durante los 12 meses anteriores a esta fecha) y duración rebajada (como máximo a 6 meses),es fiel reflejo de que no se trata de una prestación sino de un mecanismo compensatorio y disuasorio para que el trabajador se vea forzado a incorporase al más breve plazo posible al mercado laboral .Obviamente para el empresario y para el trabajador suponen un coste adicional, sobre todo para el primero, que debe contribuir con 2/3 de la prestación ,mientras que el segundo lo hace en 1/3, por lo que su implantación ha sido acogida por los empresarios de forma renuente a su desarrollo(al menos hasta el momento, se teme que suban a corto plazo los tipos de cotización de esta indemnización). En este escenario, hay que partir de la

[36] Diario Le360: Ramed: "El subsidio covid-19 del lunes 6 de abril", Sección "Sociedad", edición núm. 5734, de 4 de abril de 2020. Disponible en: https://fr.le360.ma/societe/covid-19-les-affilies-au-ramed-beneficieront-des-aides-financieres-du-fonds-special-des-le-6-avril-212527

premisa de que aún se encuentra esta indemnización en fase embrionaria y que la idea es extenderla a otras categorías socio-profesionales (inicialmente a las que más ingresan: médicos, abogados, farmacéuticos) y progresivamente al resto del sector privado, pero el límite máximo impuesto por el legislador de 6.000 dirhams (550,99 €/mes, no resulta para estos tampoco incentivador).

En este orden de consideraciones, hay que precisar los efectos que la situación de pandemia actual ha producido en el PEI, creo que una vez analizado la situación *ex ante*, hay que tener también en cuenta, lo que ha ocurrido *ex post* de esta nueva situación, que como hemos señalado, siempre que el trabajador se encuentre afiliado y en alta en la CNSS, se pueden producir un elenco de situaciones: suspensión sin actividad por ambas partes y de común acuerdo, el trabajador en lugar de percibir el EPI percibirá una ayuda estatal 2.000 DH/mes (183,66 €/mes mientras continúe el cese de actividad a cargo del Estado) o teletrabajar, actividad no regulada en el CT. Mientras que para los titulares de la tarjeta Ramed (por pobreza o precariedad) percibirán una ayuda económica durante la situación de crisis sanitaria descrita que oscila entre 800 a 1200 DH/mes (73,36 €/mes a 110,04 €/mes). En cualquiera de los casos, esta indemnización pese a su escasa cuantía está permitiendo subsistir a miles de familias y sin duda refleja un avance para la sociedad marroquí, visibilizando la necesidad de incorporar al sector informal y al subempleo, en el mercado formal de trabajo y en el sistema de seguridad social, que hoy por hoy, continua siendo la garantía más sólida para alcanzar, al menos los mínimos de protección que la justicia social exige. Al menos la implantación de la indemnización por desempleo es un paso necesario para lograrlo pero insuficiente que *de lege ferenda* a corto plazo precisa su reformulación.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M.: "El paro forzoso y el aseguramiento", *Revista de Política Social* Núm. 129. Enero-Marzo 1981, Núm. 129. Enero-Marzo 1981, pp. 7-34.

BEIGBEDER, F.: *El amor dura tres años*, Anagrama, Barcelona, 2003.

BOUKAICH, K.: "Indemnización por pérdida de empleo en la legislación social marroquí", *Lex Social*, vol. 7, núm. 1, 2017, pp. 273-286.

BURGOS GOYE, M.C.: *La protección social en Marruecos*, Aranzadi, 2019, pp. 65-107.

JOVER RAMÍREZ, C.: "La cita previa electrónica .Una nueva conducta infractora y sancionable en relación a la prestación por desempleo", en AA.VV. *La protección por Desempleo en España*, XII Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Laborum, 2015, pp. 423-432.

KEYNES, J.M.:*Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*. Bibliothèque scientifique Payot, Paris, 1988, pp. 6-92.

LASAOSA IRIGOYEN, E.: *La prestación por cese de actividad para Trabajadores Autónomos*, Pamplona; Aranzadi, 2011, pp. 5-91.

MONEREO PÉREZ. J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "El desempleo de los trabajadores autónomos", en Ponencia General en AA.VV. *La protección por Desempleo en España, Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2007.

MONEREO PÉREZ, J.L: "Capitulo V. El sistema español de protección por desempleo: Eficacia, equidad y nuevos enfoques", en AA.VV. *La protección de desempleo en España, XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2015, pp. 125-283.

OCDE.: *Rutas de desarrollo. Examen multidimensional de Marruecos. Análisis en profundidad y Recomendaciones*, Editado por la OCDE, Paris, 2018, pp. 42-43.

TRILLO GARCÍA, R.: "Capitulo XXI. Compromiso de actividad, las salidas del desempleo", en AA.VV. *La protección por desempleo en España*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Laborum, 2015, pp. 433-448.

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
https://orcid.org/0000-0002-0600-8332

Laborum

1. CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

1.1. UNIÓN EUROPEA

-Conclusiones del Consejo sobre la experiencia adquirida en materia de sanidad en relación con la COVID-19 (DOUE 28-12-2020 -C nº 450)

Las experiencias adquiridas que se destacan por el Consejo son las siguientes:

1. Mejorar la gestión de las crisis al nivel de la UE

El Consejo de la UE reconoce que, si bien la seguridad sanitaria y la planificación de la preparación frente a pandemias siguen siendo principalmente competencia de los Estados miembros, la pandemia de COVID-19 ha puesto de relieve el valor añadido y la necesidad de solidaridad en la manera de abordar las cuestiones pertinentes a nivel europeo. Por ello destaca la propuesta de la Comisión de un programa sanitario autónomo, EU4Health, dentro del marco financiero plurianual 2021-2027.

Señala la necesidad general de mejorar la gestión de crisis y la preparación de la Unión mediante el refuerzo del marco de seguridad sanitaria de la UE, incluido el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades (ECDC), el Comité de Seguridad Sanitaria (CSS) y la Agencia Europea de Medicamentos (EMA) y la respuesta política integrada a las crisis (DIRPC), y destaca la necesidad de que se garantice el suministro de contramedidas médicas en la UE.

Solicita a la Comisión y a los Estados miembros que lleven a cabo una revisión conjunta tras la superación de la pandemia de COVID-19 de las acciones llevadas a cabo por todos los agentes institucionales dela UE, incluyendo un estudio de los efectos de la pandemia de COVID-19 en la salud pública y en el tratamiento de los pacientes que tengan enfermedades transmisibles o no transmisibles, como el cáncer, y sobre la resistencia a los antimicrobianos.

2. Garantizar el suministro de medicamentos,

El Consejo de la UE destaca que el suministro seguro y sin interrupciones de medicamentos de alta calidad solo puede lograrse en el marco de una estrategia europea a medio y largo plazo basada en un enfoque multidisciplinar de la política de asistencia sanitaria que incluya medidas destinadas a mejorar la transparencia y las inspecciones de calidad, la diversificación de las cadenas de suministro, la creación de reservas estratégicas a distintos niveles de la cadena de suministro y la creación de un entorno propicio para estimular una producción innovadora y limpia, por ejemplo la producción de IFA para medicamentos esenciales, dentro de la UE, incluidas normas y procedimientos simplificados.

Solicita a los Estados miembros y a la Comisión que trabajen conjuntamente en una lista de medicamentos esenciales, asegurando el seguimiento de los medicamentos esenciales durante posibles emergencias sanitarias futuras y consolidando los mecanismos para prepararse y responder a las crisis sanitarias, en particular mediante el seguimiento y la reducción de la escasez de medicamentos.

3. Mejorar el acceso a los datos sanitarios y su intercambio

Solicita a los Estados miembros y a la Comisión que desarrollen un modelo de gestión europeo compartido para el tratamiento de los datos sanitarios, con el fin de complementar, cuando proceda, los historiales médicos electrónicos, previo consentimiento informado de las personas, y establezcan una red de plataformas de intercambio de datos accesibles en toda la UE.

4. Reforzar el papel de la UE en la salud mundial

El Consejo de la UE recuerda las Conclusiones adoptadas por el Consejo y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros sobre el papel de la UE en el fortalecimiento de la OMS como autoridad principal y de coordinación en materia de salud mundial.

-Reglamento (UE) 2020/2221 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de diciembre de 2020 por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 1303/2013 en lo que respecta a los recursos adicionales y las disposiciones de ejecución a fin de prestar asistencia para favorecer la reparación de la crisis en el contexto de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias sociales y para preparar una recuperación verde, digital y resiliente de la economía (REACT UE).(DOUE-28-12-2020 L nº 437 -2020-81957)

Este Reglamento establece normas y disposiciones de ejecución referentes a los recursos adicionales aportados en calidad de Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT-UE) a fin de prestar asistencia para favorecer la reparación de la crisis en el contexto de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias sociales y para preparar una recuperación verde, digital y resiliente de la economía.

Entre las líneas principales respecto a la asignación de estos recursos destacan:

-Utilización de los recursos REACT-UE para reforzar la ayuda a las personas más desfavorecidas y a la Iniciativa de Empleo Juvenil (IEJ), manteniendo la fortaleza operativa del FSE cuando se asignen los recursos REACT-UE en los ámbitos de la política de empleo –en particular el empleo juvenil, en consonancia con el refuerzo de la Garantía Juvenil–, las capacidades y la educación, la inclusión social y la salud, poniendo un empeño especial en llegar a los grupos desfavorecidos y a los niños.

-Permitir a los Estados miembros utilizar los recursos REACT-UE principalmente para inversiones en productos y servicios para los servicios de salud; para prestar apoyo a las pymes, en particular en los sectores más afectados por la pandemia de COVID-19 como el turismo o la cultura; para inversiones en economía digital y verde; para inversiones en infraestructuras; y para medidas de ayuda económica para las regiones más dependientes de los sectores más afectados por la crisis de laCOVID-19.

-En el caso del FSE, los Estados miembros deben utilizar principalmente los recursos REACT-UE para apoyar el acceso al mercado de trabajo y los sistemas sociales, garantizando el mantenimiento del empleo, en particular mediante regímenes de reducción del tiempo de trabajo y el apoyo a los trabajadores por cuenta propia, los emprendedores y los profesionales independientes, los artistas y los trabajadores creativos.

-Debe apoyarse la creación de puestos de trabajo y el empleo de calidad, especialmente para las personas en situación de vulnerabilidad, así como las medidas de inclusión social y erradicación de la pobreza; las medidas de fomento del empleo juvenil; inversiones en educación, formación y desarrollo de capacidades; la igualdad de acceso a los servicios sociales de interés general, también para los niños, las personas mayores, las personas con discapacidad, las minorías étnicas y las personas sin hogar.

-Los recursos REACT-UE deben utilizarse de conformidad con los principios de desarrollo sostenible y de «no ocasionar daños», teniendo en cuenta el Acuerdo de París y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.

1.2. MEDIDAS DE ADAPTACIÓN EN ESPAÑA A LA SITUACIÓN DE ESTADO TERCERO DEL REINO UNIDO: ASPECTOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

-Real Decreto-ley 38/2020, de 29 de diciembre, por el que se adoptan medidas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tras la finalización del periodo transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 31 de enero de 2020 (BOE- 30-12-2020)

El RD-Ley 38/2020 tiene por objeto la adopción de medidas de adaptación del ordenamiento jurídico español, con el fin de hacer frente a las consecuencias de la retirada de la Unión Europea del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (en adelante, Reino Unido), una vez finalizado el período transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 31 de enero de 2020.

1. El Capítulo I, Disposiciones generales, regula el objeto de la norma, la normativa aplicable y el carácter temporal de las medidas establecidas, habilitando la posibilidad de prórroga, así como el mecanismo de reciprocidad exigible para algunas de las medidas.

A partir del 1 de enero de 2021, la normativa aplicable será la propia de los ciudadanos de un Estado tercero salvo lo dispuesto en el Acuerdo de Retirada, en el presente real decreto-ley y su normativa de desarrollo, y en los futuros acuerdos internacionales que puedan celebrarse por España o por la Unión Europea.

2. El capítulo II, referido a las normas aplicables a las "RELACIONES PROFESIONALES Y LABORALES", se divide en cinco secciones:

A). La sección 1ª, «*PROFESIONES Y FUNCIÓN PÚBLICA*», regula el acceso y ejercicio de profesión, y las normas aplicables al acceso y mantenimiento de la condición de empleados públicos de los nacionales del Reino Unido al servicio de las administraciones públicas españolas.

-El artículo 4 aborda diversas situaciones relacionadas con el *acceso y ejercicio de profesiones* para las que se haya obtenido, o quiera obtenerse, el reconocimiento de cualificaciones profesionales, sujetando el régimen recogido al principio de reciprocidad en la mayoría de los supuestos.

-El artículo 5 aborda la situación de los nacionales del Reino Unido que hubieran accedido a la condición de *empleados públicos*, y sus posibilidades de participación en procesos selectivos para el acceso a la función pública, condicionado a la concesión de un tratamiento recíproco por las autoridades británicas competentes.

B). La sección 2.ª, titulada «*RELACIONES LABORALES*», contiene dos artículos, uno sobre régimen transitorio aplicable en relación con los trabajadores desplazados temporalmente en el marco de una prestación de servicios y otro sobre comités de empresa europeos en empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria.

-En materia de *desplazamiento de trabajadores:*

El art. 6 establece un régimen transitorio aplicable en relación con los trabajadores desplazados temporalmente en el marco de una prestación de servicios:

-Las empresas establecidas en España que el 1 de enero de 2021 tengan trabajadores desplazados temporalmente al Reino Unido o Gibraltar de conformidad con la Directiva 96/71/CE, deberán seguir aplicando la legislación del Reino Unido de transposición de la citada Directiva

durante el periodo de desplazamiento de los mismos, siempre que se reconozca por parte de las autoridades competentes un tratamiento recíproco a los trabajadores que estén desplazados temporalmente a España por empresas establecidas en el Reino Unido o en Gibraltar.

-Los trabajadores de empresas establecidas en el Reino Unido o en Gibraltar que hayan sido desplazados a España en el marco de una prestación de servicios con anterioridad al 31 de diciembre de 2020 podrán, a partir del 1 de enero de 2021, permanecer en España para la prestación de dicho servicio hasta que concluya la duración prevista del desplazamiento, sin que sea necesario obtener una autorización previa de residencia y trabajo, y siempre condicionado a la concesión de un tratamiento recíproco.

-En aquellos supuestos en los que, habiéndose iniciado el desplazamiento antes del 31 de diciembre de 2020, se quiera extender la duración inicialmente prevista del desplazamiento, será necesario obtener una autorización previa de residencia y trabajo, no siendo exigible la obtención de visado. Esta autorización será solicitada por la empresa establecida en España a favor del trabajador desplazado y no será de aplicación la situación nacional de empleo.

-Los trabajadores de empresas establecidas en el Reino Unido o en Gibraltar que sean desplazados a España a partir del 1 de enero de 2021 deberán obtener los preceptivos visados o autorizaciones de residencia y trabajo previstas en la normativa de extranjería española sin perjuicio de los compromisos que se asuman en el marco de un eventual acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido.

-En materia de *comités de empresa europeos:*

Una vez finalizado el período de transición, las normas en el ámbito de la información y la consulta de los trabajadores a nivel transnacional establecidas en la Directiva 2009/38/CE ya no se aplicarán al Reino Unido. En consecuencia, en caso de que los umbrales pertinentes ya no se cumplan al final del período de transición, un comité de empresa europeo, aunque ya esté ya establecido, dejará de estar sujeto a los derechos y obligaciones derivados de la aplicación de la Directiva 2009/38/CE. Dicho comité de empresa podrá seguir funcionando en virtud de la legislación nacional pertinente.

C). La sección 4ª, «*SEGURIDAD SOCIAL*», contiene, en un único artículo (art. 9), las reglas para la determinación de la legislación aplicable en los mismos términos establecidos con anterioridad a la fecha de retirada del Reino Unido de la Unión Europea:

-Las personas que perciben una prestación en metálico por el hecho o como consecuencia de su actividad por cuenta ajena o propia serán consideradas como si ejercieran dicha actividad. Esta regla no se aplicará a las pensiones de invalidez, de vejez o supervivencia, a las rentas por accidente de trabajo o enfermedad profesional, ni a las prestaciones por enfermedad en metálico que sean de duración ilimitada.

-La persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado, Reino Unido o España, estará sujeta a la legislación de Seguridad Social de ese Estado.

-Los empleados públicos estarán sujetos a la legislación del Estado, Reino Unido o España, del que dependa la Administración que los ocupa.

-La persona llamada o vuelta a llamar al servicio militar o al servicio civil de un Estado, Reino Unido o España, está sujeta a la legislación de ese Estado.

-Cualquier otra persona a la que no le sean aplicables las disposiciones de los apartados a) a c) estará sujeta a la legislación del Estado, Reino Unido o España, en el que resida.

-A los efectos del presente artículo, una actividad por cuenta ajena o propia ejercida normalmente a bordo de un buque en el mar que enarbole pabellón de un Estado, Reino Unido o España, se considerará una actividad ejercida en dicho Estado. No obstante, la persona que ejerza

una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado, Reino Unido o España, y que sea remunerada por esta actividad por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en el otro Estado, estará sujeta a la legislación de este último si reside en el mismo. La empresa o persona que abone la remuneración será considerada como empresario a efectos de dicha legislación.

-La actividad de un miembro de la tripulación de vuelo o de cabina en el marco de una prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o mercancías se considerará una actividad realizada en el Estado, Reino Unido o España, en el que se encuentra la correspondiente base aérea.

-No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores:

a) La persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado, Reino Unido o España, por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en aquel sus actividades y al que este envíe para realizar un trabajo por su cuenta en el otro Estado, seguirá sujeta a la legislación del primer Estado, 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.

b) La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia en un Estado, Reino Unido o España, y que vaya a realizar una actividad similar en el otro Estado, seguirá sujeta a la legislación del primer Estado, a condición de que la duración previsible de esa actividad no exceda de 24 meses.

D). En la sección 5ª, el artículo 10 regula medidas que tienen como objeto que los nacionales del Reino Unido puedan acceder a las *PRESTACIONES POR DESEMPLEO* por los periodos cotizados hasta el 31 de diciembre de 2020 (finalización del período transitorio), en cualquier Estado miembro de la Unión Europea incluidos los periodos cotizados en el Reino Unido, siempre que las últimas cotizaciones se hayan realizado en España y se mantenga el derecho a residir legalmente en España.

En el apartado 3 de este artículo 10 se ha incluido una medida específica con el objetivo de mantener los derechos en materia de prestaciones por desempleo de los trabajadores fronterizos que se trasladan diariamente a trabajar a Gibraltar, que podrán acceder a dichas prestaciones, hasta el 31 de diciembre de 2022, en los términos previstos en este precepto.

3. El capítulo III, contiene, en el artículo 11, las reglas aplicables a la *PRESTACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA* en defecto de instrumento internacional expreso, bilateral o multilateral, articulándose las mismas en torno a dos principios básicos: continuidad y reciprocidad.

Se prevé expresamente que, desde la entrada en vigor del real decreto-ley, y hasta el 30 de junio de 2021, España continuará prestando asistencia sanitaria en los mismos términos y con las mismas condiciones establecidas con anterioridad al 1 de enero de2021, siempre y cuando el Reino Unido garantice estas mismas condiciones a aquellas personas que tengan derecho a recibir asistencia sanitaria con cargo a España.

Se aclara la validez de las tarjetas sanitarias expedidas, así como aquellos documentos que deberán ser aportados en defecto de estas para poder obtener la asistencia sanitaria en España; se indican las características del procedimiento de facturación y reembolso, y se atribuye al INSS y al Instituto Social de la Marina la competencia para la gestión de los procedimientos correspondientes.

4. El Capítulo IV regula las «Actividades económicas»: servicios financieros (sección 1ª, art. 13), contratación pública (sección 2ª, art. 14), autorizaciones y licencias (sección 3ª, arts. 15-18) y el Capítulo V los servicios aeroportuarios.

5. La disposición adicional sexta prorroga la vigencia del Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL para 2020, durante el periodo necesario para garantizar la continuidad de los trabajos de la mesa de diálogo social en la búsqueda de un incremento pactado del salario mínimo interprofesional.

1.3. PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2021

-Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 (BOE 31-12-2020)

Se indica en la Exposición de Motivos que los Presupuestos Generales del Estado para 2021, elaborados en el marco de la ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, se hallan indefectiblemente condicionados por los efectos de la emergencia de salud pública provocada por la pandemia del COVID-19 y la consiguiente perturbación de la economía, de alcance global.

Se destaca también la adopción del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 6 de octubre de 2020, que suspende los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública (ratificada por el Congreso de los Diputados) y establece un límite de gasto no financiero para 2021de 196.097 millones de euros. Esta cifra incluye transferencias extraordinarias a las Comunidades Autónomas y a la Seguridad Social, así como parte de los fondos europeos procedentes del acuerdo alcanzado por el Consejo Europeo el 21 de julio de 2020 en el marco del plan extraordinario Next Generation EU. A este respecto, la Ley recoge como modificación estructural la creación del Servicio 50 en cada una de las Secciones, correspondientes a los departamentos ministeriales, para la adecuada gestión de dichos fondos.

Entre los aspectos laborales y de Seguridad Social que dispone la LGPE 2021, cabe destacar los siguientes:

1. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL (Capítulo III, Título I, "De la Seguridad Social"):

-Regula la financiación de la asistencia sanitaria prestada por el Instituto de Gestión Sanitaria y por el Instituto Social de la Marina.

-Se recoge la totalidad de las transferencias que se realizan desde el Estado a la Seguridad Social. La Ley recoge el régimen de aportaciones necesarias para el traspaso de la gestión del régimen de clases pasivas al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones conforme a lo dispuesto en el artículo 22 del Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales y la Disposición adicional tercera del Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

-Destacan los apartados Cuatro y Cinco del art. 12: A los efectos de lo previsto en la disposición adicional trigésima segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se realizarán transferencias del Estado a los presupuestos de la Seguridad Social en cumplimiento de la recomendación primera del Pacto de Toledo 2020 [que dispone que se debe acabar con el déficit de la Seguridad Social antes de 2023, dejando de hacer frente a los gastos "impropios", que pasarían a ser sufragados a través de los Presupuestos Generales del Estado], referidas a:

- financiación de la prestación contributiva de nacimiento y cuidado de menor;
- reducciones en la cotización a la Seguridad Social;
- y otros conceptos en cumplimiento de la recomendación 1ª del Pacto de Toledo 2020.

Para la financiación del resto de entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, el Estado realizará aportaciones por una serie de conceptos, entre los que se incluyen: la financiación de las pensiones extraordinarias del personal de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; de las prestaciones no contributivas; de las prestaciones económicas no contributivas por nacimiento y cuidado de menor; de las prestaciones de orfandad no

contributivas en favor de víctimas de violencia de género; de los complementos de pensiones mínimas del Sistema de la Seguridad Social; del Ingreso Mínimo Vital; de las ayudas previas a la jubilación ordinaria a trabajadores mayores de 60 años en el sistema de la Seguridad Social; y otras.

2. GESTIÓN PRESUPUESTARIA (Título II, Capítulo II, "Gestión presupuestaria de la Sanidad y de los Servicios Sociales): recoge competencias específicas en materia de modificaciones presupuestarias en el ámbito del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, e incluye normas sobre la aplicación de remanentes de tesorería en el presupuesto del Instituto de Mayores y Servicios Sociales.

3. SECTOR PÚBLICO (Título III LGPE 2021):

-Se prevé que, durante el año 2021, tanto las retribuciones del personal al servicio del sector público como la masa salarial del personal laboral experimentarán un crecimiento del 0,9 por ciento respecto de los vigentes a 31 de diciembre de 2020 (Capítulo I, art. 18)

-Se incluye la regulación de la oferta de Empleo Público (art. 19), que se sujetará a una tasa de reposición de efectivos del 100 %. Se prevé una tasa adicional del 10 % respecto de determinados ámbitos o sectores que requieran un refuerzo de efectivos. Para el acceso a las carreras judicial y fiscal se fijan el límite máximo, establecido en 240 plazas, así como las plantillas máximas de militares profesionales de tropa y marinería a alcanzar a 31 de diciembre del ejercicio, que no podrán superar los 79.000 efectivos.

-La regulación específica de la oferta de Empleo Público en sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público, consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y organismos que integran el sector público, se regulan en las Disposiciones Adicionales 20, 21 y 22 LPGE 2021.

-Se mantiene por otro lado, la tasa de reposición del 115 % en el caso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cuerpos de Policía Autonómica y Policías Locales.

-Se reserva la contratación de personal temporal o el nombramiento de personal estatutario temporal y de funcionarios interinos para casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables.

-Se actualizan las retribuciones del personal las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social y de sus centros mancomunados, así como los módulos para la compensación económica por la actuación de Jueces de Paz y Secretarios de Juzgados de Paz.

4. PENSIONES PÚBLICAS (Título IV LGPE)

-Se regula (art. 38) la limitación del señalamiento inicial de las pensiones públicas, instrumentando para ello un sistema de doble limitación, al fijar un máximo a la cuantía íntegra mensual y un máximo a la cuantía íntegra anual.

De esta forma, el importe a percibir como consecuencia del señalamiento inicial de las pensiones públicas no podrá superar, durante el año 2021, la cuantía íntegra de 2.707,49 euros mensuales. No obstante, si el pensionista tuviera derecho a percibir menos o más de catorce pagas al año, incluidas las extraordinarias, dicho límite mensual deberá ser adecuado, a efectos de que se alcance o no supere la cuantía íntegra anual de 37.904,86 euros.

-Las pensiones públicas abonadas por el sistema de la Seguridad Social, así como de Clases Pasivas, se revalorizan en 2021 con carácter general un 0,9%,

-Se mantiene la no revalorización de determinadas pensiones, siguiendo los precedentes de leyes anteriores.

-Respecto de las pensiones mínimas, sus cuantías se ven incrementadas en el 0,9%, respecto de los importes vigentes a 31 de diciembre de 2020.

-Las pensiones de jubilación e invalidez del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, se incrementan en el 1,8% respecto de la cuantía establecida para 2020.

-Las prestaciones de orfandad causadas por violencia contra la mujer experimentan en 2021 un incremento igual al que se apruebe para el salario mínimo interprofesional para dicho año.

-La cuantía de las pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), no concurrentes con otras pensiones públicas, se actualizan en un 0,9% En el caso de que las pensiones del SOVI concurran con pensiones de viudedad de alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, o con alguna de estas pensiones y, además, con cualquier otra pensión pública de viudedad, su importe se sitúa en 6.001,80 euros, es decir, un incremento inferior al de las no concurrentes (en cómputo anual se fija en 6.183,80 euros (de ahí la actualización en un 0,9%).

-Prestaciones familiares: Con efectos de 1 de enero de 2021 y de acuerdo a la disposición adicional 41ª LPGE 2021, la cuantía de las prestaciones familiares de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, así como, en su caso, el importe del límite de ingresos para el acceso a las mismas se incrementa con respecto al ejercicio anterior También se establecen las cuantías de las prestaciones familiares de la Seguridad Social, de los subsidios económicos contemplados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre y las pensiones asistenciales (Disp. Adic. 42 y 46).

-Se fija la actualización de las prestaciones económicas reconocidas al amparo de la Ley 3/2005, de 18 de marzo, a las personas de origen español desplazadas al extranjero durante la guerra civil (Disp. Adic. 44).

-Se introducen normas relativas al incremento de las prestaciones por gran invalidez del Régimen especial de las Fuerzas Armadas y se fija la cuantía para el año 2021 de las ayudas sociales a los afectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) (Disp. Adic. 43 y 45).

5. COTIZACIONES SOCIALES (Título VIII LGPE 2021)

El Título VII LGPE 2021 recoge la normativa relativa a las bases y tipos de cotización de los distintos regímenes de la Seguridad Social y procede a su actualización. Este Título consta de dos artículos relativos, respectivamente, a "Bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional durante el año 2021" y "Cotización a derechos pasivos y a las Mutualidades Generales de Funcionarios para el año 2021".

En este sentido, y de acuerdo a las previsiones del TRLGSS, se fijan las bases y topes, así como los tipos de cotización en los diferentes regímenes que conforman el sistema

5.1. Los topes máximos y mínimos de cotización se regulan en el art. art. 119.Uno LPGE 2021. Así:

- El tope máximo de la base de cotización en cada uno de los Regímenes de la Seguridad Social, a partir del 1 de enero de 2021, se mantiene en la misma cuantía que la establecida en 2020 (se fija en 4.070,10 euros mensuales)

- El tope mínimo de las bases de cotización en los Regímenes de la Seguridad Social pasa a tener la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incrementadas en un sexto, salvo disposición expresa en contrario (art. 119.Uno LPGE 2021)

5.2. En relación a las bases máximas y mínimas del RGSS, la LGPE establece lo siguiente:

- las bases máximas, cualquiera que sea la categoría profesional y grupo de cotización, mantienen, a partir del 1 de enero de 2021, el importe vigente en 2020.

-las bases mínimas de cotización, según categorías profesionales y grupos de cotización, se incrementan desde el 1 de enero de 2021, y respecto de las vigentes en 31 de diciembre de 2020, en el mismo porcentaje en que aumente el salario mínimo interprofesional.

5.3. Por lo que se refiere a los tipos de cotización en el RGSS, se mantienen en las mismas cuantías de 2020. Así:

a) Para las contingencias comunes el 28,30 por ciento, siendo el 23,60 por ciento a cargo de la empresa y el 4,70 por ciento a cargo del trabajador.

b) Para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se han de aplicar los porcentajes de la tarifa de primas incluida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, siendo las primas resultantes a cargo exclusivo de la empresa.

c) Se mantiene el tipo de cotización adicional por las retribuciones debidas en función de la realización de horas extraordinarias.

5.4. Por lo que se refiere a la cotización en los contratos para la formación y el aprendizaje, las cuotas por contingencias comunes a cargo del empresario y a cargo del trabajador, por contingencias profesionales, por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial de los contratos para la formación y el aprendizaje se incrementarán, desde el 1 de enero de 2021, y respecto de las cuantías vigentes a 31 de diciembre de 2020, en el mismo porcentaje que aumente la base mínima del Régimen General de la Seguridad Social.

5.5. Se mantiene la bonificación del 50 por ciento en la cotización empresarial en los supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, así como en los supuestos de enfermedad profesional (Disp. Adic. 123).

6. IPREM

El indicador de Rentas de efectos múltiples se incrementa con respecto al 2020: 564,90 euros/mes, 7.908,60 euros/año (Disp. Adic 101).

7. NORMAS EN SUSPENSO

-Se mantiene el aplazamiento de la aplicación de la disposición adicional vigésima octava de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social (relativa al período de asimilación del tiempo del servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria que compense la interrupción de las carreras de cotización) (Disp. Adic. 47).

-Se suspende la aplicación del art. 58 LGSS y art. 27 Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, en relación con el índice de revalorización de las pensiones (Dis. Ad. 48).

-Se aplaza la aplicación de determinados preceptos de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (arts. 1, 24 y 25), respecto a trabajadores por cuenta propia que ejerzan su actividad a tiempo parcial (Disp. Adic. 126)

-Se suspende la aplicación del sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales por disminución de la siniestralidad laboral (Disp. Adic. 127).

8. OTRAS DISPOSICIONES

El contenido de la Ley de Presupuestos se completa con diversas disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales (aparte de las ya indicadas), en las que se recogen preceptos de índole muy variada:

-Se introduce el mandato al Gobierno para presentar un proyecto de ley sobre *Fondos de Pensiones Públicos de Empleo* en el que se atribuya a la Administración General del Estado capacidad legal para su promoción y se regulan los ejes centrales de su contenido: serán de carácter

abierto; podrán adscribirse a estos Fondos de Pensiones de promoción pública los planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación; podrá preverse la integración de planes de pensiones asociados de trabajadores autónomos (Disp. Adic. 40).

-Se prevén aportaciones para la financiación de planes de empleo en Extremadura y Andalucía y aportaciones financieras del Servicio Público de Empleo Estatal al plan Integral de Empleo de Canarias (Disp. Adic. 118. 119 y 120).

-Se recoge la aplicación de los fondos procedentes de la cuota de formación profesional a la financiación del sistema de formación profesional para el empleo. Se atribuye al Servicio Público de Empleo Estatal la gestión de los programas de formación profesional para el empleo que le correspondan normativamente (Disp. Adic. 124).

-Se contempla la gestión por el Servicio Público de Empleo Estatal de los servicios y programas financiados con cargo a la reserva de crédito de su presupuesto de gastos (Disp. Adic. 125).

-Se establecen medidas de apoyo a la prolongación del periodo de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos en los sectores de turismo y comercio y hostelería vinculados a la actividad turística (art.122).

-En relación con el *Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia* (Disp. Adic. 129), se actualizan las cuantías del nivel mínimo de protección garantizado por la Administración General del Estado para cada persona beneficiaria. Se procede al establecimiento del nivel acordado entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas de financiación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

-Respecto a la Moratoria en el pago de cuota mediante aplazamiento con la Seguridad Social, será de aplicación un interés del 0,5 %, en lugar del previsto en el artículo 23.5 LGSS (Disp. Final 3).

-Integración de lagunas de cotización en las pensiones de jubilación de autónomos y trabajadores agrarios: el Gobierno iniciará los trabajos para las reformas normativas que supriman la situación discriminatoria que sufren autónomos y trabajadores agrarios, incluidos los asalariados, respecto de la integración de lagunas de cotización, cuando tal obligación no existe, a efectos del cálculo de la pensión de jubilación aplicadas en el Régimen General, implantando para éstos los mismos o equivalentes mecanismos a los previstos para la integración de lagunas de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social (Disp. Final 44).

9. MODIFICACIONES NORMATIVAS

-Se modifican determinados preceptos (arts. 33.2, 39.3, 41.2 y DA 19) del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (Disp. Final 6).

-Se modifica el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Disp. Final 8), añadiendo una Secc. 5ª, Cap. III, art. 32 bis, sobre infracciones de las mutualidades de previsión social autorizadas para actuar como alternativas al Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

-Se modifica el Texto Refundido de la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por RD-Leg. 1/2002, de 29 de noviembre (Disp. Final 12).

-Se modifica la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (Disp. Final 34).

-Se modifica el Estatuto de los Trabajadores, introduciendo un nuevo número 3 en el art. 11 (contrato para la formación dual universitaria) y dando nueva redacción al apartado 2 del art. 33 en relación con el Fondo de Garantía Salarial.

-Se modifica el Estatuto Básico del Empleado Público, arts. 48, 49 y 50, en relación con los permisos y vacaciones de los funcionarios (Disp. Adic. 37).

-Se modifica la Ley General de la Seguridad Social:

- Artículo 153 (cotización en supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo)
- Apartado 1 del artículo 163 (incompatibilidad de pensiones)
- Artículo 309 (cotización en supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo por cuenta propia)
- Disposición adicional 18 (mutualidades de previsión social)
- Disposición adicional 23(bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social)
- Nueva Disposición Adicional 32 (financiación de la acción protectora de la Seguridad Social en cumplimiento del principio de separación de fuentes consagrado en el Pacto de Toledo)

-Se modifica la Disp. Adic. 4 del RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, "Cotización en el Sistema Especial para manipulado y empaquetado del tomate fresco con destino a la exportación, dentro del Régimen General de la Seguridad Social" (Disp. Final 41).

1.4. SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCIÓN SOCIAL

-Delegación de competencias.- Resolución de 27 de noviembre de 2020, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se modifica la de 23 de julio de 2020, sobre delegación de competencias en sus órganos centrales y provinciales y en el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social. (BOE4-12-2020)

-Ingreso Mínimo Vital.- Resolución de 16 de diciembre de 2020, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 2020, por el que se amplía el plazo de aplicación del régimen transitorio de aplicación del control financiero permanente, como única modalidad de control, para el reconocimiento del derecho y de la obligación de los expedientes de la prestación no contributiva del ingreso mínimo vital.(BOE 19-12-2020)

El Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 2020 aprobó el Acuerdo por el que se amplía el plazo de aplicación del régimen transitorio de aplicación del control financiero permanente, como única modalidad de control, para el reconocimiento del derecho y de la obligación de los expedientes de la prestación no contributiva del ingreso mínimo vital.

Siendo el reconocimiento del derecho a la prestación económica de IMV un acto de contenido económico cuya gestión corresponde al INSS, la función interventora es competencia de la Intervención General de la Seguridad Social, conforme a los arts. 143 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y 1 del Real Decreto 706/1997. El artículo 37 del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, regula el régimen de control de la prestación de IMV, disponiendo que la modalidad de control ejercida sobre el reconocimiento del derecho y de la obligación de la prestación no contributiva de IMV será la función interventora y el control financiero permanente.

No obstante, la disposición transitoria cuarta del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, ha establecido un régimen transitorio de aplicación del control financiero permanente, como única modalidad de control, para el reconocimiento del derecho y dela obligación de los expedientes de la prestación no contributiva de IMV, de acuerdo con el cual hasta el 31 de diciembre de 2020 la modalidad de control será exclusivamente la de control financiero permanente. Este régimen

transitorio no resulta de aplicación a los actos de ordenación y pago material de esta prestación, que se intervienen conforme a lo establecido en el mencionado artículo 37 del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo.

Esta misma disposición transitoria cuarta indica que el Consejo de Ministros, a iniciativa de la Intervención General de la Administración del Estado, previa propuesta dela Intervención General de la Seguridad Social, podrá acordar de forma motivada la ampliación, por un plazo de hasta seis meses adicionales, de dicho periodo transitorio para la aplicación del control financiero permanente como única modalidad de control y añade que en la citada propuesta se indicarán los motivos que justifican la extensión del periodo transitorio y el plazo adicional máximo durante el que se mantendrá dicho plazo. De esta forma, la Intervención General de la Administración del Estado ha remitido al Consejo de Ministros una propuesta de la Intervención General de la Seguridad Social para ampliar dicho período transitorio hasta el 30 de junio de 2021.

Por lo tanto, y de conformidad con lo previsto en el apartado 2 de la disposición transitoria cuarta del Real Decreto Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, se amplía el régimen transitorio de aplicación del control financiero permanente, como única modalidad de control, para el reconocimiento del derecho y de la obligación de los expedientes de la prestación no contributiva de IMV, hasta el 30 de junio de 2021.

-Instituto de Mayores y Servicios Sociales. Cuentas anuales.- Resolución de 27 de octubre de 2020, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por la que se publican las cuentas anuales del ejercicio 2019. (BOE-10-11-2020). Correc de error: (BOE-12-11-2020)

-ISM.- Orden ISM/1178/2020, de 27 de noviembre, por la que se establecen los precios públicos de determinados servicios prestados por el Instituto Social de la Marina. (BOE-9-12-2020)

-Profesionales taurinos.- Resolución de 9 de diciembre de 2020, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se autoriza a diferir el pago de las cuotas resultantes de la regularización definitiva de la cotización de los profesionales taurinos correspondientes al año 2019. (BOE-19-12-2021)

El art. 56.1.a), 2º del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RD 1415/2004, de 11 de junio), establece que las cuotas resultantes de la regularización definitiva de la cotización de los profesionales taurinos se ingresarán dentro del mes siguiente a aquel en que se notifique por la Dirección Provincial o Administración de la Tesorería General la diferencia de cuotas resultante. Dicha regularización deberá realizarse dentro del año siguiente al de finalización del ejercicio a que está referida.

En la actualidad, este requisito de ingreso dentro del mes siguiente a la notificación se entiende de muy difícil cumplimiento durante el mes de enero del año 2021, a causa de la situación provocada por la pandemia de COVID-19, que ha determinado la suspensión de las actividades realizadas en plazas, recintos e instalaciones taurinas, y las medidas de contención y limitaciones acordadas por las autoridades sanitarias competentes. Estas limitaciones se han extendido, además, durante el periodo de mayor actividad para los trabajadores taurinos. Todo ello les ha dificultado disponer de los recursos económicos necesarios para ingresar las cuotas resultantes de la liquidación anual a principios de 2021.

En consecuencia, esta Resolución autoriza a diferir hasta el 30 de septiembre de 2021 el plazo reglamentario de ingreso de las cuotas resultantes de la regularización definitiva de la cotización de los profesionales taurinos correspondiente al año 2019, que será notificada por la Dirección Provincial o Administración de la Tesorería General de la Seguridad Social.

La no utilización del plazo de ingreso diferido, una vez autorizado el mismo, no dará derecho a la devolución de las cuotas ingresadas.

-Recaudación.-Resolución de 21 de diciembre de 2020, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se determina la finalización del ingreso diferido de la cotización a que se refiere el apartado 2 de la disposición transitoria segunda de la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (BOE 30-12-2020)

En aplicación de lo previsto en la Disp. Transit. Segunda, apartado 2 de la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, mediante esta resolución se procede a determinar la fecha de finalización de la modalidad de ingreso diferido de la cotización en los Sistemas Especiales de Frutas y Hortalizas, de la Industria de Conservas Vegetales y para las Tareas de Manipulado y Empaquetado de Tomate Fresco, establecidos en el RGSS, tanto por no resultar necesaria ni justificada en este momento por razones de gestión, como por la falta de vigencia de los conciertos suscritos al efecto desde el 3 de octubre de 2020, ya que la disposición adicional octava de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, limitó a cuatro años la vigencia de los convenios suscritos por cualquier administración pública u organismos o entidades vinculados o dependientes de ella que tuvieran establecida una prórroga tácita por tiempo indefinido en la fecha de entrada en vigor de esa ley.

En virtud de todo ello, las empresas de los Sistemas Especiales de Frutas y Hortalizas, de la Industria de Conservas Vegetales y para las Tareas de Manipulado y Empaquetado de Tomate

Fresco, establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social, que vengan pagando sus cuotas a través de las asociaciones empresariales a las que pertenezcan, para su ingreso por estas dentro del segundo mes siguiente al de su devengo, podrán seguir utilizando tal modalidad de ingreso hasta la cotización devengada en el mes de diciembre de 2020.

A partir del 1 de enero de 2021, la liquidación y recaudación de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta de las referidas empresas, incluidas las posibles cuotas complementarias correspondientes a períodos anteriores a esa fecha, se efectuará en el plazo y en los términos previstos con carácter general para el Régimen General de la Seguridad Social, sin perjuicio de que las respectivas asociaciones empresariales puedan actuar como autorizadas de aquellas en el Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social (Sistema RED), conforme a lo previsto en la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo, reguladora del mismo.

-Minería del carbón.- Resolución de 26 de noviembre de 2020, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, por la que se establece el plazo especial para el ajuste de las diferencias resultantes de la aplicación de la Orden ISM/1099/2020, de 23 de noviembre, por la que se fijan para el ejercicio 2020 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón. (BOE-1-12-2020)

Conforme a esta Resolución, el ajuste de las diferencias de cotización resultantes de la aplicación de lo dispuesto en la Orden ISM/1099/2020, de 23 de noviembre, por la que se fijan para el ejercicio2020 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, respecto de las cotizaciones que, a partir de 1 de enero de 2020, se hubieran efectuado hasta el mes anterior al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», se regularizarán en un único plazo correspondiente al mes de febrero de 2021.

-Real Decreto-ley 39/2020, de 29 de diciembre, de medidas financieras de apoyo social y económico y de cumplimiento de la ejecución de sentencias (BOE 30-12-2020)

En este Real Decreto-Ley se adoptan un conjunto de medidas sociales y económicas, de las que se destaca, por lo que afecta a esta crónica, la establecida en el art. 1 en relación con el *ingreso mínimo vital*.

El artículo 1 tiene como objetivo declarar exento el ingreso mínimo vital en las mismas condiciones que el resto de las prestaciones monetarias públicas de carácter social, sin perjuicio de la obligación de declarar el impuesto que incumbe a sus perceptores. Dicha medida debe adoptarse con carácter urgente para que puedan beneficiarse cuanto antes de sus efectos sociales y económicos dichos colectivos.

La medida tiene la finalidad de reducir la fiscalidad de los beneficiarios del ingreso mínimo vital, para lo cual se declara su exención en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en los mismos términos que las prestaciones económicas establecidas por las comunidades autónomas en concepto de renta mínima de inserción para garantizar recursos económicos de subsistencia a las personas que carezcan de ellos, así como las demás ayudas establecidas por estas o por entidades locales para atender, con arreglo a su normativa, a colectivos en riesgo de exclusión social, situaciones de emergencia social, necesidades habitacionales de personas sin recursos o necesidades de alimentación, escolarización y demás necesidades básicas de menores o personas con discapacidad cuando ellos y las personas a su cargo, carezcan de medios económicos suficientes, de modo que el ingreso mínimo vital junto con dichas prestaciones y ayudas se consideren exentas hasta un importe máximo anual conjunto de 1,5 veces el indicador público de rentas de efectos múltiples.

Para ello se modifica se modifica la letra y) del artículo 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

-Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria. (BOE 23-12-2020)

Como consecuencia de la situación y la evolución de la pandemia se extiende la aplicación de algunas de las ayudas aprobadas en meses anteriores y se aprueban nuevas medidas encaminadas a reforzar la actividad económica y a apoyar a empresas y autónomos.

Así, se establecen medidas para reducir los gastos fijos de arrendamiento que soportan empresas y autónomos y un conjunto de medidas tributarias.

En cuanto a las medidas de apoyo en el ámbito laboral y seguridad social, destacan las siguientes:

a) Se disponen medidas extraordinarias en materia de cotización vinculadas a los expedientes de regulación temporal de empleo prorrogados automáticamente hasta el 31 de enero de 2021 referidas a determinadas actividades de los sectores de turismo, hostelería y comercio [Códigos CNAE –CNAE-09–, en concreto: 4634 (Comercio al por mayor de bebidas), 5610 (Restaurantes y puestos de comidas), 5630 (Establecimientos de bebidas), 9104 (Actividades de los jardines botánicos, parques zoológicos y reservas naturales) y 9200 (Actividades de juegos de azar y apuestas)].

Así, las empresas que tengan expedientes de regulación temporal de empleo basados en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, prorrogados automáticamente hasta el 31 de enero de 2021 de conformidad con el artículo 1 del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, y cuya actividad se clasifique en los códigos CNAE más arriba señalados, quedarán exoneradas:

-del abono de la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social

-por conceptos de recaudación conjunta respecto de las personas trabajadoras afectadas por dichos expedientes que reinicien su actividad a partir del 1 de diciembre de 2020, o que la hubieran reiniciado desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, en los términos de su artículo 4.2.a), por los periodos y porcentajes de jornada trabajados en dicho mes; y

-respecto de las personas trabajadoras que tengan sus actividades suspendidas en el mes de diciembre de 2020 o en el mes de enero de 2021, por los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión.

b) Se mantiene la extensión de la bonificación por prolongación del periodo de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos de forma excepcional durante 2021, en todas las comunidades autónomas y durante los meses de abril a octubre de 2021, de manera complementaria a la medida prevista para los meses de febrero, marzo y noviembre en el proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021, así como mantener la compatibilidad de estas bonificaciones con las exoneraciones de las cuotas de la Seguridad Social que pudieran resultar aplicables (disposición adicional tercera).

De forma que las empresas que generen actividad productiva en los meses de abril a octubre de 2021, y que inicien o mantengan en alta durante dichos meses la ocupación de los trabajadores con contratos de carácter fijo discontinuo, podrán aplicar una bonificación en dichos meses del 50 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como por los conceptos de recaudación conjunta de Desempleo, FOGASA y Formación Profesional de dichas personas trabajadoras.

c) La disposición adicional cuarta exime a los artistas en espectáculos públicos y a los profesionales taurinos de acreditar el cumplimiento del requisito de haber prestado servicios con unas retribuciones mínimas o participado en un número determinado de espectáculos, a efectos de mantenerse incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social durante el año 2021; teniendo en cuenta las dificultades y limitaciones que para el ejercicio de su actividad han sufrido como consecuencia de la pandemia provocada por el SARS-CoV-2. Por tanto:

-los artistas en espectáculos públicos que en algún momento del año 2020 hubieran estado en alta en el Régimen General de la Seguridad Social por dicha actividad, o en situación de inactividad a la que se refiere el artículo 249 ter LGSS, podrán solicitar durante el ejercicio 2021 su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social durante sus períodos de inactividad sin necesidad de acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos en dicho artículo.

-A efectos de la actualización del Censo de Activos de Profesionales Taurinos durante el ejercicio 2021, se exime a los profesionales taurinos de acreditar el cumplimiento del requisito de haber participado en un número mínimo de espectáculos durante la temporada taurina correspondiente al año 2020, conforme a lo previsto en el artículo 11,apartado 3.1, de la Orden de 20 de julio de 1987, por la que se desarrolla el RD 2621/1986, de 24 de diciembre, que procede a la integración de diversos Regímenes Especiales en materia de campo de aplicación, inscripción de Empresas, afiliación, altas y bajas, cotización y recaudación.

Como consecuencia, con efectos de 1 de enero de 2021, se consideran en situación de alta en el Censo de Activos de Profesionales Taurinos a todos los profesionales taurinos que lo estuvieran a fecha de 31 de diciembre de 2019, así como a aquellos que hubieran ingresado en dicho Censo a lo largo de 2020.

d) La disposición adicional quinta amplía el plazo de solicitud del subsidio especial por desempleo regulado en el artículo 1 del Real Decreto-ley 32/2020, de 3 de noviembre, por el que se aprueban medidas sociales complementarias para la protección por desempleo y de apoyo al sector cultural, para aquellas personas que hubieran agotado prestaciones por desempleo entre el 14 de

marzo y el 30 de junio de 2020. El nuevo plazo será de un mes desde el día siguiente a la entrada en vigor de este real decreto-ley. La solicitud de este subsidio implicará la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el artículo 300 LGSS.

e) La disposición final primera revisa la exención prevista para las retribuciones en especie derivadas de fórmulas indirectas de prestación del servicio de comedor de empresa, con la finalidad de aclarar que dicha exención resulta también de aplicación en el caso del trabajo a distancia o no presencial. De esta forma, la exención debe resultar aplicable no solo cuando el servicio se presta en el propio local del establecimiento de hostelería, sino también cuando la prestación se efectúe para su consumo fuera del citado local, tanto en el caso de su recogida en el mismo por el propio trabajador, como en el de su entrega en su centro de trabajo o, en el caso de un día de trabajo a distancia o de teletrabajo, en el lugar elegido por aquel para desarrollar este último.

f) La disposición final tercera modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad

Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

-Por un lado, se introduce una nueva disposición adicional trigésimo primera por la que se limita el alcance de la devolución de cuotas en aquellos casos en que su procedencia se derive de solicitudes de variación o corrección de datos de Seguridad Social efectuadas fuera de plazo reglamentario. En tales supuestos, únicamente se tendrá derecho al reintegro del importe correspondiente a las tres mensualidades anteriores a la fecha de presentación de esas solicitudes.

-Por otro lado, se reforma la disposición transitoria decimosexta LGSS, relativa a las bases y tipos de cotización y a la acción protectora en el Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, de modo que se amplía hasta el año 2023 el periodo transitorio de aplicación de la escala de bases de cotización de dicho sistema especial que en ella se contempla y que, conforme a su actual redacción, finalizaría este año 2020, acompasándose así las previsiones de dicha disposición transitoria a la regulación que sobre bases y tipos de cotización para el referido sistema especial se contiene en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

g) La disposición final quinta añade un nuevo apartado al artículo 29 del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. La situación de pandemia ha determinado que la implantación del procedimiento que en él se establece (mecanismos de colaboración con otras administraciones) no hubiera podido realizarse, desde el inicio, de forma generalizada, por la necesidad de realizar los desarrollos técnicos necesarios de interoperabilidad entre administraciones.

Una vez completados los desarrollos técnicos, resulta urgente su implementación para atender, con la mayor premura posible, las situaciones de necesidad que son objeto de protección por el ingreso mínimo vital. Este mecanismo supone, además, un avance en la colaboración entre administraciones y un beneficio para el ciudadano, permitiéndole relacionarse con la administración que pueda resultarle más cercana.

h) La disposición final sexta modifica el Real Decreto-ley 32/2020, de 3 de noviembre, al objeto de incorporar la necesaria referencia al Instituto Social de la Marina y reflejar sus competencias.

-Orden ISM/18/2021, de 14 de enero, por la que se crean las Cajas Pagadoras del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (BOE 16-01-2021)

-Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo (BOE 27-01-2021).

Este real decreto-ley contiene las medidas que forman parte del IV Acuerdo Social en Defensa del Empleo (ASDE), firmado el 19 de enero de 2021. Supone una prórroga de las medidas

que se reflejaron en el III ASDE, si bien con una importante simplificación en términos de gestión para las empresas beneficiadas por las medidas recogidas en la misma (Título I).

Además, se contiene la ampliación y prórroga de las medidas excepcionales de protección de los trabajadores autónomos que se vieron obligados a suspender su actividad o vieron afectados sus negocios por una reducción considerable en la facturación establecidas en el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, efectuando los ajustes necesarios (Título II).

Por otro lado, se establecen medidas para la agilización efectiva de los procedimientos administrativos, facilitando el cumplimiento de las obligaciones y prolongando la regulación de determinadas previsiones con el fin de no generar nuevas obligaciones en esta situación extraordinaria.

1. EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO

El IV Acuerdo Social en Defensa del Empleo queda recogido en el Título I (arts. 1 a 4), así como en las disposiciones adicionales primera y segunda y en la disposición transitoria primera.

A) Prórroga de los expedientes de regulación temporal de empleo de fuerza mayor basados en causas relacionadas con la situación pandémica y medidas extraordinarias en materia de cotización (art. 1)

-Se prorrogan todos los ERTE basados en una causa de fuerza mayor relacionada con la COVID-19, hasta el 31 de mayo de 2021, regulados en el artículo 22 del RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, con la finalidad de cubrir todo el periodo temporal comprendido por la duración del estado de alarma declarado por el RD 926/2020, de 25 de octubre.

-Seguirán siendo aplicables los expedientes temporales de regulación de empleo de fuerza mayor por impedimentos a la actividad autorizados en base a lo previsto en el artículo 2.1 del RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre, y en la disposición adicional primera.2 del RD-ley 24/2020, de 26 de junio, hasta su término conforme a la resolución estimatoria. Los ERTE de fuerza mayor de limitación al desarrollo normalizado de la actividad en base a lo previsto en el artículo 2.2 del RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre seguirán siendo aplicables hasta el 31 de mayo de 2021.

B) Expedientes de regulación temporal de empleo por impedimento o limitaciones de actividad (art.2)

-Se reconoce la posibilidad de presentar nuevos ERTE por limitaciones o impedimentos, en idénticos términos a los fijados por el artículo 2 del RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre, y conforme a las causas descritas en el mismo.

-Se dispone, como novedad, que, una vez que una empresa haya obtenido una resolución estimatoria en un ERTE de fuerza mayor por impedimento a la actividad se pueda, sin necesidad de tramitar otro nuevo expediente, pasar a aplicar sin solución de continuidad las medidas correspondientes a la situación delimitaciones al desarrollo normalizado de la actividad, y viceversa, sin perjuicio de las obligaciones de comunicación y los porcentajes de exoneración que correspondan encada caso. Esto será asimismo aplicable respecto de las resoluciones ya recaídas de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 del RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre y la disposición adicional primera.2 del RD-ley 24/2020, de 26 de junio.

C) Prórroga de contenidos complementarios del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo (art. 3)

-Se establece la prórroga de los efectos del resto de contenidos complementarios del III ASDE incluidos en el RD-ley 30/2020,de 29 de septiembre, tales como las especialidades aplicables a los expedientes vinculados a la COVID-19 pero basados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; los límites relacionados con el reparto de dividendos y la transparencia fiscal, las horas extraordinarias y las nuevas externalizaciones; así como las

limitaciones y previsiones establecidas en relación con las extinciones basadas en las causas que fundamentan los ERTE relacionados con la COVID-19 y la interrupción del cómputo de los contratos temporales.

-Se prevé la prórroga de los efectos del artículo 5 del RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de manera que las condiciones aplicables a la salvaguarda de empleo, tanto respecto de las exoneraciones disfrutadas con carácter previo a la entrada en vigor de este real decreto-ley, como respecto a las contempladas en el mismo, son las siguientes:

a) Los compromisos de mantenimiento del empleo generados en virtud de los beneficios recogidos en el RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, en el artículo 6 del RD-ley 24/2020, de 26 de junio, y en el propio RD-ley 30/2020, de 29de septiembre, continúan vigentes en los términos previstos en dichas normas y por los plazos recogidos en estas.

b) Las empresas que reciban exoneraciones en las cuotas a la Seguridad Social, quedan comprometidas, en base a la aplicación de dichas medidas excepcionales, a un nuevo periodo de seis meses de salvaguarda del empleo, cuyo contenido, requisitos y cómputo se efectuará en los términos establecidos en la disposición adicional sexta del RD-ley 8/2020, de 17 de marzo y en el propio artículo 5 del RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre.

c) Si la empresa estuviese afectada por un compromiso de mantenimiento del empleo previamente adquirido, el inicio del nuevo periodo previsto se producirá cuando aquel hubiese terminado.

Esta cláusula de salvaguarda implica que las empresas, una vez cumplidos los periodos de 6 meses de salvaguarda de empleo que hubieran adquirido según lo previsto en las normas previas, se comprometen, en virtud de este real decreto-ley, al mantenimiento del empleo durante otro nuevo periodo de 6 meses de duración, cuyo cómputo se inicia una vez finalizados los anteriores en su integridad.

D) Prórroga de las medidas de protección de las personas trabajadoras recogidos en el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo (art. 4)

-Mantienen su vigencia las medidas de protección por desempleo previstas en el artículo 8 del RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre, con la conservación del tipo del 70% aplicable a la base reguladora para el cálculo de la prestación, evitándose que a partir de los 180 días consumidos este porcentaje se desplome al 50%, la conservación del contador a cero en los términos previstos en el apartado 7 de dicho precepto, así como las medidas de protección de las personas con contrato fijo discontinuo previstas en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

-Seguirán resultando aplicables, además, la prestación extraordinaria para personas con contrato fijo discontinuo o que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, en virtud de la prórroga del artículo 9 del RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre; las medidas previstas en el artículo 10 de dicha norma sobre cobertura de periodos de cotización de aquellas personas trabajadoras incluidas en expedientes de regulación temporal de empleo que no sean beneficiarias de prestaciones de desempleo; y la compatibilidad de las prestaciones por desempleo con el trabajo a tiempo parcial en los términos del artículo 11 del RD-ley 30/2020, de 29de septiembre.

E) Empresas pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura por ERTE y una reducida tasa de recuperación de actividad

-La disposición adicional primera incluye a las empresas pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura por ERTE (cifrada en un porcentaje del 15% del total de personas asalariadas de alta en el Régimen General de la Seguridad Social) y una reducida tasa de recuperación de actividad (definida como la afectación por ERTE de, al menos, el 70 % del total de personas asalariadas integrantes de dicho sector o CNAE).

Para estas empresas y aquellas que fueron calificadas como integrantes de su cadena de valor o dependientes de las mismas, de acuerdo con lo recogido en la disposición adicional primera del RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre, se mantiene una especial protección, mediante el reconocimiento automático de exoneraciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social aplicables tanto a las personas afectadas por ERTE como a las no afectadas.

Se recogen unas medidas extraordinarias en materia de cotización a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta vinculadas a ERTE, en línea con las medidas similares ya adoptadas en anteriores Reales Decretos Leyes, siempre que todas ellas prorroguen automáticamente dichos expedientes temporales de empleo, que podrán ir hasta el 31 de mayo de 2021, y que dichas empresas pertenezcan a sectores con una elevada tasa de cobertura por ERTE y una reducida tasa de recuperación de actividad, cuya actividad se clasifique en alguno de los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas–CNAE-09– que se incluyen en el anexo de este real decreto-ley.

F) La disposición adicional segunda vuelve a referir las funciones de la Comisión de Seguimiento tripartita laboral.

2. MEDIDAS DE APOYO A LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

El Título II se dedica a las medidas de apoyo a los trabajadores autónomos. Se amplían y prorrogan las medidas excepcionales de protección de los trabajadores autónomos establecidas en el RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre, efectuando modificaciones que afectan a tres aspectos: la prestación extraordinaria por cese de actividad, la prestación extraordinaria para trabajadores autónomos de temporada y la ampliación de la prestación ordinaria de cese de actividad, compatible con el trabajo por cuenta propia.

-El artículo 5 regula la prestación extraordinaria por cese de actividad de forma similar a la introducida por el artículo 13.1 del RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre, en favor de aquellos autónomos que se vean obligados a suspender totalmente sus actividades en virtud de la resolución que pueda adoptarse al respecto.

-El artículo 6 introduce la posibilidad de acceder a una prestación extraordinaria de cese de actividad a aquellos trabajadores autónomos que no siendo afectado por el cierre de su actividad ven reducido sus ingresos y no tienen acceso a la prestación de cese de actividad regulada en el artículo 7 o en los artículos 327 y siguientes LGSS, ni a la prestación de cese de actividad prevista en el artículo 7.

-El artículo 7 regula la prestación de cese de actividad compatible con el trabajo por cuenta propia.

-El artículo 8 establece una prestación extraordinaria de cese de actividad para los trabajadores de temporada que desarrollen su actividad al menos durante tres meses en la primera mitad del año.

3. MEDIDAS PARA LA AGILIZACIÓN EFECTIVA DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Se incluyen también en este RDL medidas para la agilización efectiva de los procedimientos administrativos, facilitando el cumplimiento de las obligaciones y prolongando la regulación de determinadas previsiones con el fin de no generar nuevas obligaciones en esta situación extraordinaria.

Entre estas medidas están, por un lado, las relacionadas con la cotización y, por otro, medidas que pretenden subsanar las deficiencias existentes en la tramitación de los procedimientos administrativos, que no han permitido actuar con la suficiente agilidad como para hacer frente a las demandas de la ciudadanía, generando, en el ámbito de la Seguridad Social, un retraso en la atención al interesado y en la capacidad de dar respuesta inmediata a sus necesidades. Con la misma

finalidad, se adoptan también medidas destinadas a garantizar el intercambio de información entre las administraciones públicas y el acceso, por parte de la Administración de la Seguridad Social, a los datos de los trabajadores y perceptores de prestaciones.

-Prórroga dela vigencia del artículo 6 del RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, en el que se regula el Plan MECUIDA (DA 3ª).

-Prórroga de la suspensión temporal del requisito de acreditación de búsqueda activa de empleo en el acceso al programa de renta activa de inserción y al subsidio extraordinario por desempleo, prevista en la disposición adicional primera del RD-ley 32/2020, de 3 de noviembre (DA 4ª).

-Mantenimiento de las bases mínimas de cotización vigentes a 31 de diciembre de 2019, mientras no se lleve a cabo la subida del salario mínimo interprofesional para el año 2021 (DA 5ª)

Con esta medida se pretende aliviar la carga que tanto empresarios como trabajadores deben soportar, sin perjuicio de que, cuando exista acuerdo social sobre el incremento salarial, ello deba tener su reflejo en las cotizaciones, con el fin de no agravar el perjuicio que una medida de esta naturaleza ocasionaría al sistema de Seguridad Social.

-Aplicación de las medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo reguladas en el artículo 25.6 del RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, transitoriamente entre el 1 de enero de 2021 y la entrada en vigor de esta norma (DT 1ª).

-Prórroga de la prestación extraordinaria de cese de actividad para los trabajadores autónomos afectados por una suspensión temporal de toda la actividad como consecuencia de resolución de la autoridad competente como medida de contención de la propagación del virus COVID-19 contemplada en el apartado 1 del artículo 13 del RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre (DT 2ª).

-Establecimiento de un régimen transitorio de verificación de datos de identidad por la Administración de la Seguridad Social, así como por el Servicio Público de Empleo Estatal, en tanto no se dicten las resoluciones de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones y de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, previstas en el artículo 129.4 LGSS (DT 3ª).

-Suspensión de la subida de tipos prevista en la disposición transitoria segunda del RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo. Por tanto, los tipos de cotización aplicables por contingencias profesionales y por cese de actividad de los trabajadores autónomos incluidos 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 serán los vigentes a 31 de diciembre de 2020 (DT 4ª).

-Régimen aplicable a las solicitudes de prestaciones o subsidios que ya hubieran sido formuladas o resueltas favorablemente al amparo del RD-ley 32/2020, de 3 de noviembre (DT 5ª).

-Modificación del artículo 25.2 del RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, con el objetivo de aclarar los requisitos exigibles para aplicarla medida descrita en el artículo 25.1.a) de dicha norma y relativa al periodo de ocupación cotizada necesario para el reconocimiento de las prestaciones por desempleo en el caso de expedientes temporales de regulación de empleo (DF 1ª).

-Modificación del artículo 9.2 del RD-ley 30/2020,de 29 de septiembre, aclarando la posibilidad de acceso a la prestación extraordinaria prevista en dicho precepto para las personas trabajadoras con contrato fijo discontinuo o que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas (DF 2ª).

-Modificación de los artículos 89, 97, 105 y 106 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (DF 3ª).

Se pretende con ello, entre otras cosas, flexibilizar y clarificar los requisitos y vías de acceso al Sistema Nacional de Garantía Juvenil de las personas menores no acompañadas y flexibilizar el requisito de no haber trabajado el día natural anterior para que la persona joven pueda recibir cualquier atención educativa/formativa en el marco de Garantía Juvenil.

-Modificación del párrafo a) del artículo 53.1 LISOS, para la adecuación del procedimiento administrativo sancionador en el orden social a las posibilidades que las nuevas tecnologías permiten, a través de un procedimiento especial iniciado mediante la extensión de actas de infracción automatizadas, es decir, sin intervención directa de Inspector de Trabajo y Seguridad Social o Subinspector de Empleo y Seguridad Social actuante en su emisión y sin reducción de las garantías jurídicas de los administrados (DF 4ª).

-Modificaciones de la LGSS (DF 5ª), con el siguiente alcance:

-Modificación del art. 40 LGSS extendiendo la obligación de cesión o comunicación de datos a la Administración de la Seguridad, para permitir dar respuesta a la necesidad de implantación de los controles sobre las exenciones en la cotización aplicadas en las liquidaciones de cuotas a partir del pasado mes de marzo de 2020 y dar cobertura plena a futuros convenios de colaboración de intercambio de datos en materia estadística entre la Tesorería General de la Seguridad Social y otras Administraciones Públicas.

-Modificación del título y los apartados 1 y 3 del artículo 71 LGSS, para regular de forma más adecuada y actualizada el suministro de información a las entidades gestoras de la Seguridad Social, lo que redundará en un menor tiempo de tramitación en el reconocimiento de las prestaciones y ampliará la posibilidad de automatizar parte de las actuaciones necesarias para ello (se pretende, entre otras cosas, regular el acceso a las historias clínicas para poder valorar la situación de incapacidad de un trabajador, sin que los inspectores médicos tengan que citar al trabajador para realizarle un reconocimiento presencial, en aquellos supuestos en que esto sea posible, disminuyendo el riesgo de propagación y contagio del virus COVID-19). Se regula esta misma capacidad para la inspección de los servicios públicos de salud. Supone también para las Entidades gestoras una mejora en la gestión.

-Modificación del apartado 1 del artículo 77 LGSS, con el objetivo de permitir el tratamiento y la cesión de los datos por parte de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social a otras administraciones públicas.

-Modificación del art. 129 LGSS, para actualizar su regulación y ampliar sus previsiones relativas a la autenticación de los interesados y al uso de la firma en los procedimientos dela Administración de la Seguridad Social y del Servicio Público de Empleo Estatal.

-Modificación del art. 130 LGSS, extendiendo sus actuales previsiones sobre gestión automatizada a los procedimientos de afiliación, cotización y recaudación.

-Se añade una nueva Disp. Adic. 33 en la LGSS, para modificar la competencia territorial de los órganos provinciales de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, con la finalidad de alcanzar un mayor grado de eficacia y eficiencia en la gestión, y facilitando la adaptación de la organización a los cambios que demanda la sociedad.

-Se añade una nueva Disp. Adic. 34 en la LGSS, en relación con el Sistema RED para mejorar el acceso a la Seguridad Social mediante un medio de fácil alcance (teléfono móvil), que evitará desplazamientos a las oficinas de la Administración de la Seguridad Social.

-Se incluye una nueva Disp. Adic. 35 en la LGSS, sobre la obligatoriedad de incluir en los convenios entre el INSS y las comunidades autónomas y, en su caso, con el Instituto Nacional de

Gestión Sanitaria, objetivos específicos relacionados con el acceso electrónico a la historia clínica de los trabajadores.

-Modificación del apartado 5 de la Disp. Trans.4ª, para garantizar, durante 2021, el mantenimiento de la normativa previa a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, para determinados colectivos que vieron extinguida su relación laboral antes de 2013.

-Modificación de los arts. 2, 3 y 4 del RD-ley 32/2020, de 3 de noviembre, con el fin de ampliar la duración de la prestación por desempleo de artistas en espectáculos públicos, personal técnico y auxiliar del sector de la cultura y profesionales taurinos (DF 6ª).

-Modificación de los arts. 2 y 4.1 del RD-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, con objeto de extender la protección delas personas arrendatarias de vivienda en situación de vulnerabilidad (DF 8ª).

-Real Decreto 46/2021, de 26 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2021 (BOE 27-01-2021)

De acuerdo con la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, este real decreto establece una revalorización general de las pensiones y otras prestaciones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, así como de Clases Pasivas del Estado, del 0,9 por ciento, siendo el porcentaje del 1,8 por ciento en el caso de las pensiones no contributivas.

Asimismo, queda suspendida la aplicación de lo dispuesto en el art. 58 LGSS y en el art. 27 del texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por RD-Leg. 670/1987, de 30 de abril, de conformidad con la disposición adicional cuadragésima octava de la LPGE.

Igualmente, se fija una revalorización del 0,9 por ciento de las cuantías mínimas de las pensiones de Clases Pasivas y de las pensiones del sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, así como de las pensiones no concurrentes del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.

También se fijan en este real decreto las reglas y el procedimiento para efectuar la revalorización y el sistema de reconocimiento de complementos por mínimos en las pensiones de Clases Pasivas y en las pensiones de la Seguridad Social.

Como novedad, este real decreto establece que el órgano competente para el reconocimiento del derecho a la revalorización y los complementos por mínimos de las pensiones de Clases Pasivas que procedan en aplicación de lo dispuesto en el mismo es la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, hasta que se produzca la total asunción de la gestión del Régimen de Clases Pasivas del Estado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria segunda, apartado 7, del RD 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

Este cambio en las competencias para la gestión del Régimen de Clases Pasivas del Estado, que tradicionalmente había venido gestionando el Ministerio de Hacienda, se inician virtud del Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, que en su artículo 22.1 atribuye al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de Seguridad Social y Clases Pasivas.

1.5. OTRAS NORMAS

-Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. (BOE- 31-12-2020)

-Agentes biológicos.- Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre, por la que se adapta en función del progreso técnico el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. (BOE 10-12-2020)

Se modifican los anexos del Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, para incluir de forma específica la protección frente al SARS-CoV-2 d y adecuar las medidas y niveles de contención en los lugares de trabajo y procesos industriales.

Mediante esta orden se incorpora al derecho español la Directiva (UE) 2020/739 de la Comisión, de 3 de junio de 2020, por la que se modifica el anexo III de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la inclusión del SARS-CoV-2 en la lista de agentes biológicos que son patógenos humanos conocidos, así como la Directiva (UE) 2019/1833 de la Comisión.

También se incorpora, aunque parcialmente, la Directiva (UE) 2019/1833 de la Comisión, de 24 de octubre de 2019, por la que se modifican los anexos I, III, V y VI de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, con adaptaciones de carácter estrictamente técnico.

-Riesgos cancerígenos.- Real Decreto 1154/2020, de 22 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo. (BOE 23-12-2020)

Se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo, en aras de incorporar al derecho español la Directiva (UE) 2017/2398 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, por la que se modifica la Directiva 2004/37/CE relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo.

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL

I. Configuración jurídica general del Sistema de Seguridad Social (Sistema de Fuentes y Estructura Básica del Sistema Normativo). Coordinación comunitaria de la Seguridad Social
II. Ámbito Subjetivo de aplicación de la Seguridad Social
III. Gestión de la Seguridad Social
IV. Actos de encuadramiento o de inmatriculación (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores)
IV. Financiación de la Seguridad Social. La cotización
V. Acción Protectora. Contingencias comunes y profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional). Régimen jurídico del derecho a prestaciones (relación jurídica de prestaciones, prescripción y caducidad, reintegro de prestaciones indebidas, compatibilidad e incompatibilidad)
VII. Acción protectora. Las prestaciones del Sistema de Seguridad Social:

A) Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente
B) Cuidado de hijos, riesgo durante el embarazo y lactancia
C) Jubilación
D) Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)
E) Prestaciones familiares
F) Desempleo
G) Prestaciones Sanitarias

VIII. Asistencia Social y Servicios Sociales
IX. El Sistema Nacional de Atención a la Dependencia
X. Protección Social Complementaria (Iniciativa Privada)
A) Mejoras Voluntarias
B) Fundaciones Laborales y Entidades de Previsión Social
C) Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos
XI. Aspectos procesales de Seguridad Social

I. Configuración jurídica general del Sistema de Seguridad Social (Sistema de Fuentes y Estructura Básica del Sistema Normativo).

-Coordinación comunitaria de la Seguridad Social

-STJUE 29-10-2020 C 243/19, Veselībasministrija

«Procedimiento prejudicial – Seguridad social – Reglamento (CE) n.º 883/2004 – Artículo 20, apartado 2 – Directiva 2011/24/UE – Artículo 8, apartados 1, 5 y 6, letra d) – Seguro de enfermedad – Asistencia hospitalaria dispensada en un Estado miembro distinto del Estado miembro de afiliación – Denegación de la autorización previa – Tratamiento hospitalario que puede garantizarse eficazmente en el Estado miembro de afiliación – Artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Diferencia de trato por razón de religión»

En el asunto C 243/19, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Augstākā tiesa (Senāts) (Tribunal Supremo, Letonia), mediante resolución de 8 de marzo de 2019, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de marzo de 2019, en el procedimiento entre A y Veselībasministrija, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

1) El artículo 20, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en relación con el artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el Estado miembro de residencia del asegurado deniegue a este la autorización prevista en el artículo 20, apartado 1, de dicho Reglamento cuando, en ese Estado miembro, está disponible un tratamiento hospitalario cuya eficacia médica no se pone en duda, pero las creencias religiosas de dicha persona reprueban el método de tratamiento empleado.

2) El artículo 8, apartados 5 y 6, letra d), de la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, en relación con el artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el Estado miembro de afiliación de un paciente deniegue a este la autorización prevista en el artículo 8, apartado 1, de dicha Directiva cuando, en ese Estado miembro, está disponible un tratamiento hospitalario cuya eficacia médica no se pone en duda, pero las creencias religiosas de dicho paciente reprueban el método de tratamiento empleado, a menos que esa

denegación esté objetivamente justificada por una finalidad legítima relativa al mantenimiento de una capacidad de asistencia sanitaria o de una competencia médica y constituya un medio apropiado y necesario para alcanzarla, circunstancia que habrá de comprobar el órgano jurisdiccional remitente.

-Seguridad social de trabajadores migrantes

-STJCE\ 2020\ 225, de 23/09/2020. Asunto C 777/2018

Cuestiones particulares de las prestaciones: Enfermedad y maternidad: Trabajadores por cuenta propia o ajena y miembros de sus familias: Desplazamientos para recibir prestaciones en especie - autorización para recibir un tratamiento adecuado fuera del Estado miembro de residencia: inexistencia de solicitud de autorización: derecho del asegurado a recibir el reembolso de un importe equivalente al que normalmente habría sufragado dicha institución si el asegurado hubiera dispuesto de tal autorización: estimación: requisitos: cuando, por razones relacionadas con su estado de salud o con la necesidad de recibir tratamiento urgente en un establecimiento hospitalario, se haya visto imposibilitado de solicitar tal autorización o no haya podido esperar a la resolución de la institución competente sobre la solicitud de autorización presentada y además se cumplan los requisitos de ser un tratamiento previsto en el Estado de residencia y no poder ser dispensado en dicho Estado miembro en un plazo razonable desde el punto de vista médico.

III. Gestión de la Seguridad Social

-Mutua Patronal: no procede la devolución parcial del capital coste constituido para afrontar el complemento del 20% de la pensión por IPT derivada de accidente laboral cuando el beneficiario accede finalmente a una IPA por contingencia común, al ser supuesto no contemplado en el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, que sólo lo establece para el supuesto de la existencia de una sentencia firme que modifique la responsabilidad de la Mutua.

VI. Acción Protectora. Régimen jurídico del derecho a prestaciones

-Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

-STS 897/2020, de 23/07/2020. Ponente: ROSA MARÍA VIROLÉS PIÑO

Accidente de trabajo: Se considera accidente de trabajo el ocurrido cuando el actor se dirigía a su vehículo situado en el aparcamiento de la empresa durante su tiempo de descanso de 40 minutos se resbaló cayendo al suelo, consecuencia de lo cual sufrió una contusión en su hombro derecho y una pequeña herida en el codo.

-STS 13/10/2020 (RJ\ 2020\ 4560). Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 2648/2018. Ponente: Rosa María Virolés Piñol

Accidente de trabajo: ha de calificarse como tal el sufrido por el trabajador en tiempo de descanso, al caerse cuando se dirigía a su vehículo situado en el aparcamiento de la empresa, en aplicación de la teoría de la «ocasionalidad relevante» caracterizada por una circunstancia negativa, los elementos generadores del accidente no son específicos o inherentes al trabajo y otra positiva, el trabajo o las actividades normales de la vida del trabajo, ha sido condición sin la que no se hubiese producido el evento.

V. Financiación de la Seguridad Social. La cotización

-STS 1245/2020 01-10-2020 Ponente: PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

Beneficios y reducciones de cuotas previstos para los trabajadores autónomos por el artículo 31 del Estatuto del Trabajador Autónomo. Requisito de estar al corriente de las obligaciones de Seguridad Social.

VII. Acción Protectora. Las prestaciones del Sistema de Seguridad Social:

A). Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

-STS 956/2020 03/11/2020 Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Indemnización de daños y perjuicios derivados de contingencias profesionales. Día inicial del plazo de prescripción de la acción. Declaración de IPA por agravación de IPT.

-STS 1025/2020 24/11/2020 Ponente. ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Conflicto colectivo. IBERIA LAE SAU. Iberia ha de afrontar los gastos del desplazamiento exigido a sus trabajadores que están en incapacidad temporal cuando, al amparo del artículo 20.4 ET, la empresa a que se ha encomendado el control de tal situación (TEBEX S.A.) los cita en sus dependencias para revisión médica. Desestima recurso frente a la SAN 190/2018 y concuerda doctrina con STS 62/2018 de 25 enero (rc. 249/2016).

-STS 18/11/2020 (RJ\ 2020\ 4728). Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3011/2018. Ponente: Ricardo Bodas Martín

Base reguladora de prestaciones por incapacidad permanente: los meses previos en los que el beneficiario está en situación de jubilación anticipada por discapacidad sin obligación de cotizar, se integran con las bases mínimas, no siendo aplicable la doctrina del paréntesis.

C). Jubilación

-STS 927/2020, de 20/10/2020 Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Jubilación anticipada: un trabajador tiene derecho a la jubilación parcial en los términos previstos en la legislación anterior a la Ley 7/2011, en un supuesto en el que la empresa por error suyo no le incluyó en la lista de trabajadores que podían estar afectados por tal jubilación.

-STS 944/2020, de 28/10/2020 Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Jubilación anticipada: a efectos del percibo de la pensión de jubilación parcial anticipada han de computarse los seis años anteriores al hecho causante en concepto de asimilado a trabajador por cuenta ajena al ejercer como Consejero Administrador sin control efectivo de la sociedad mercantil.

-STS 20/10/2020 (RJ\ 2020\ 4549). Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3234/2018. Ponente: Angel Antonio Blasco Pellicer

Jubilación parcial: procede reconocerla a trabajador que, cumpliendo todos los requisitos legalmente exigidos, por un error de la empresa, no fue incluido en la relación de afectados presentada ante el INSS por tratarse de un defecto formal.

-STS 28/10/2020 (RJ\ 2020\ 4584). Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3264/2018. Ponente: Angel Antonio Blasco Pellicer

Pensión de jubilación anticipada: el requisito de inscripción como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación, no cabe flexibilizarlo si no concurren circunstancias excepcionales en un supuesto en el que el acceso a la prestación de jubilación que se pretende no es el normal, sino que tiene carácter extraordinario.

D). Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

-STS 1080/2020, de 03/12/2020 Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Efectos retroactivos del reconocimiento de la pensión de viudedad. Los datos se fijan al momento del fallecimiento del causante, al no haber variado los hechos ni la normativa jurídica que regía al momento de la solicitud inicial. Reitera doctrina.

-STS de 27/10/2020 (RJ\ 2020\ 4555). Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3893/2018. Ponente: Mª Luz García Paredes

Pensión en favor de familiares: no procede su reconocimiento a hija de causante por no estar separada legalmente al momento del hecho causante, siendo irrelevantes que hubiera solicitado la designación de abogado de oficio, aunque lo fuera para formular la demanda de separación y obtuviera la sentencia más allá de los seis meses del fallecimiento del padre, pues ello no le otorga la condición de separada legalmente al momento del hecho causante.

F). Desempleo

-STS 932/2020, de 21/10/2020 Ponente: CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

Desempleo: Principio de insignificancia o de irrelevancia: la obligación de comunicar al Servicio Público de Empleo Estatal la percepción de rendimientos incompatibles derivados de una adquisición hereditaria debe producirse al tiempo de la escritura de partición y adjudicación de herencia y no ulteriormente cuando se enajena el bien adquirido por vía hereditaria, de manera que la falta de dicha comunicación en el primer momento conllevaría, en principio, la extinción del subsidio de desempleo, y no solo la suspensión por el retraso. Se matiza el criterio de la STS de 10.04.2019.

-STS 996/2020, de 11-11-2020 Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Prestación por desempleo: trabajador jubilado a tiempo parcial que concentra su actividad en un periodo temporal con anterioridad a la jubilación parcial. Reitera.

-STS 997/2020, de 11-11-2020 Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Desempleo: Jubilado a tiempo parcial que concentra su actividad en un periodo temporal y se suspende su contrato de trabajo en otro. Se discute el derecho a percibir la prestación por desempleo. Reitera doctrina STS 6 de julio de 2020, recurso 941/2018.

-STS 1000/202, de 11/11/2020 Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO

Prestación por desempleo. Trabajador jubilado a tiempo parcial que concentra su actividad en un periodo temporal, suspendiéndose el contrato de trabajo en otro periodo distinto. Reitera doctrina.

-STS 1071/2020, de 02/12/2020 Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN

Renta activa de inserción: el encuadramiento de la RAI entre las prestaciones de desempleo nos ha llevado a sostener que el régimen de infracciones y sanciones por el incumplimiento de las obligaciones aparejadas a las mismas sigue la misma remisión a la LISOS que se contiene hoy en el art. 302 LGSS/2015.

-STS 21/10/2020 (RJ\ 2020\ 4586). Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 2489/2018. Ponente: Concepción Rosario Ureste García

Subsidio por desempleo: la extinción por sanción derivada de la comisión de la falta grave consistente en no comunicar al SPEE, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o

cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción, exige tener en cuenta que el deber surge en el momento en que confluya esa situación terminante de la baja en la prestación, siendo necesario, dado el carácter sancionador, ponderar la naturaleza y entidad del ingreso, así como la complejidad de su tratamiento, por lo que tratándose de una adquisición hereditaria no comunicada al tiempo de la escritura de partición y adjudicación de herencia, sino tras la enajenación del bien inmueble, teniendo en cuenta lo exiguo de la cantidad que finalmente tendría que considerarse como eslabón que genere la obligación de información, así como la carencia de certitud por parte del beneficiario sobre la concurrencia de una situación de baja por mor del dificultoso tratamiento del concepto de ingreso esgrimido y del procedimiento de cómputo, no procedía la extinción.

-STS 23/07/2020 (RJ\ 2020\ 3480). Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 600/2018. Ponente: Sebastián Moralo Gallego

Prestación por desempleo: incompatibilidad con el trabajo por cuenta propia: la regla general de que existe absoluta incompatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y las prestaciones de desempleo no es aplicable a aquellas actividades económicas marginales y aisladas de puntual realización que generan un rendimiento mínimo, como puede ser la percepción de una sola comisión de 206,76 euros por la venta de robot aspirador: aplicación del principio de insignificancia económica.

G). Prestaciones Sanitarias

-STS 1071/2020 02/12/2020 Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN

Renta activa de inserción: el encuadramiento de la RAI entre las prestaciones de desempleo nos ha llevado a sostener que el régimen de infracciones y sanciones por el incumplimiento de las obligaciones aparejadas a las mismas sigue la misma remisión a la LISOS que se contiene hoy en el art. 302 LGSS/2015.

X. Protección Social Complementaria (Iniciativa Privada)

-STJCE\ 2020\ 203, de 09/09/2020. Asuntos C 674/2018 y C 675/2018. Cuestión prejudicial

Política Social: Aproximación de legislaciones: Transmisión de empresas: Mantenimiento de los derechos de los trabajadores: Transmisiones de centros de actividad que tuvieron lugar después de la apertura de un procedimiento de insolvencia y realizadas por el administrador concursal: Prestaciones del seguro de jubilación profesional: Limitación de las obligaciones del cesionario: vulneración: desestimación: norma nacional por la que el cesionario no responde de los derechos de un trabajador a una pensión de jubilación con arreglo a un régimen complementario de previsión profesional basados en períodos de trabajo anteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia, únicamente se hace cargo de los derechos posteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia; Protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario: Protección de los intereses de los trabajadores respecto a derechos adquiridos o en curso de adquisición: prestaciones de vejez: art. 8 de la Directiva 2008/94/CE: vulneración: estimación: normativa nacional que ante la contingencia que da derecho a prestaciones de jubilación en virtud de un régimen complementario de previsión profesional, y por lo que se refiere a la parte de esas prestaciones que no incumbe al cesionario establece que el organismo de garantía contra la insolvencia designado por el Derecho nacional no debe responder cuando los derechos en curso de adquisición a prestaciones de jubilación no fueran ya definitivos en el momento de la apertura dicho procedimiento de insolvencia: a efectos de determinar el importe relativo a la parte de esas prestaciones de la que es responsable dicho organismo, tal importe se calcula sobre la base de la retribución mensual bruta del trabajador de que se trate en el momento de la apertura de dicho procedimiento.

1. La Directiva 2001/23/CE (LCEur 2001, 1026) del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los

derechos de los trabajadores en caso de trasmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, en particular a la luz de sus artículos 3, apartados 1 y 4, y 5, apartado 2, letra a), debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en caso de transmisión de una empresa sometida a un procedimiento de insolvencia, efectuada por el administrador concursal, a una normativa nacional, tal como la interpreta la jurisprudencia nacional, según la cual, cuando se produce, con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia, la contingencia que da derecho a una pensión de jubilación en virtud de un régimen complementario de previsión profesional, el cesionario no responde de los derechos en curso de adquisición a esa pensión de jubilación de un trabajador acumulados por los períodos de trabajo anteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia, siempre que, por lo que respecta a la parte del importe de la que no es responsable el cesionario, las medidas adoptadas para proteger los intereses de los empleados sean de un nivel al menos equivalente al nivel de protección exigido con arreglo al artículo 8 de la Directiva 2008/94/CE (LCEur 2008, 1740) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

2. El artículo 3, apartado 4, letra b), de la Directiva 2001/23 (LCEur 2001, 1026), en relación con el artículo 8 de la Directiva 2008/94 (LCEur 2008, 1740), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, tal como la interpreta la jurisprudencia nacional, que establece que, cuando se produce –con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia durante el cual se efectuó la transmisión de la empresa– la contingencia que da derecho a prestaciones de jubilación en virtud de un régimen complementario de previsión profesional, y por lo que se refiere a la parte de esas prestaciones que no incumbe al cesionario, por un lado, el organismo de garantía contra la insolvencia designado por el Derecho nacional no debe responder cuando los derechos en curso de adquisición a prestaciones de jubilación no fueran ya definitivos en el momento de la apertura dicho procedimiento de insolvencia y, por otro lado, a efectos de determinar el importe relativo a la parte de esas prestaciones de la que es responsable dicho organismo, tal importe se calcula sobre la base de la retribución bruta mensual del trabajador de que se trate en el momento de la apertura de dicho procedimiento, si de ello resulta que se priva a los trabajadores de la protección mínima garantizada en dicha disposición, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

3. El artículo 8 de la Directiva 2008/94 (LCEur 2008, 1740), en la medida en que establece una protección mínima de los derechos adquiridos, o de los derechos en curso de adquisición, de los trabajadores a prestaciones de jubilación, puede tener efecto directo, de modo que puede invocarse frente a un organismo de Derecho privado, designado por el Estado miembro interesado como organismo de garantía contra el riesgo de insolvencia de los empresarios en materia de pensiones de jubilación, siempre que, por un lado, considerando la función de garantía conferida a dicho organismo y las condiciones en las que la lleva a cabo, dicho organismo pueda asimilarse al Estado y, por otro lado, esta misión se extienda efectivamente a los tipos de prestaciones de jubilación para las que se solicita la protección mínima establecida en el citado artículo 8, extremo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente.

3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

AESSS: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo* (Dirs.: Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A.; Coords.: López Insua, B.M y Ruiz Santamaría, J.L.). Laborum ediciones. Murcia, 2021. 1192 páginas,

ALEMÁN PARDO, F. (Coord.): *Diccionario de prevención de riesgos laborales*, CISS, 2020, 1005 págs.

BARRIOS BAUDOR, G.L.: *COVID-19: ¿Contingencia común o profesional?*. Thomson Reuters Aranzadi, 2020. 282 págs.

FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M.: *Ley General de la Seguridad Social. Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, 6ª ed., Francis Lefebvre, 2020, 602 págs.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: *La regulación jurídica de las enfermedades crónicas en el ámbito laboral*. La Ley. Wolters Kluwer España, 2020. 344 páginas.

GONZÁLEZ CALVET, J.: *La ejecución dineraria en la jurisdicción social. Adaptada a la nueva Ley Concursal 1/2020, de 5 de mayo*, 3ª ed., Sepin, 2020, 327 págs.

MOLINA NAVARRETE, C.: *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*, Wolters Kluwers, 2020, 483 págs.

MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., *La pensión de jubilación*, Ediciones Laborum, 2020, 259 págs.

MONTOYA MELGAR, A.: *Los trabajos de Don Quijote y Sancho y otros ensayos con el Derecho del Trabajo al fondo*, Civitas, 2020, 232 págs.

MONTOYA MOLINA, D.: *Tutela laboral y protección social de los trabajadores enfermos crónicos*. Bomarzo, 2020. 141 págs.

SEMPERE NAVARRO, A.V., PÉREZ CAMPOS, A. (Dirs.): *Prontuario de Jurisprudencia Social Comunitaria* (1986-2020), Aranzadi, 2020, 759 págs.

TRILLO GARCÍA, A.R., RODRÍGUEZ INIESTA, G., MONEREO PÉREZ, J.L.: *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*. Ediciones Laborum. Murcia, 2021. 368 págs.

4. RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., *La pensión de jubilación*, Ediciones Laborum, 2020, 259 págs.

MATTHIEU CHABANNES
Personal Docente e Investigador en Formación (FPU)
Dpto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-9295-923X

La monografía "la pensión de jubilación", objeto de la presente reseña, fue publicada en junio de 2020 por Ediciones Laborum y nos viene de la mano de José Luis Monereo Pérez (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Granada) y Guillermo Rodríguez Iniesta (Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia), dos grandes académicos con mucha autoridad sobre la materia. Esta obra constituye la culminación de un trabajo que se inició unos meses antes con la ponencia "*Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación"* presentada por los dos colaboradores durante el III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.[1]

La monografía se estructura en siete capítulos que se completan con una relación de la bibliografía consultada.

A modo de apertura, en un primer capítulo, los autores nos proponen un viaje en el tiempo, retrocediendo desde los inicios de la protección del riesgo de la vejez y resaltando los hitos fundamentales que conforman el proceso de formación histórica hasta llegar a la entrada en vigor

[1] MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible:* III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019), Vol. 1, 2019, págs. 21-89.

del sistema de Seguridad Social en 1963 con la Ley de Bases. Una aproximación histórica retrospectiva en la que resulta imprescindible inmiscuirse para conseguir así una mayor comprensión de la configuración actual de la figura y conocer los gérmenes del pasado que constituyen hoy los retos futuros de la pensión de jubilación.

El capítulo dos se centra en la configuración legal y el régimen jurídico de la jubilación ordinaria, haciendo hincapié en las particularidades del trabajo a tiempo parcial, así como de las especificidades de los distintos colectivos integrados en regímenes o sistemas especiales. En una última parte, a pesar de su carácter temporal, el trabajo recoge el impacto que la legislación de urgencia adoptada a raíz de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 ha tenido en la pensión de jubilación en aspectos concretos de su régimen jurídico como la compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación para determinados profesionales sanitarios jubilados que voluntariamente decidieron reincorporarse temporalmente a la vida laboral y en determinadas modalidades de la misma como a la jubilación activa plena en caso de ERTE y jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador.

El capítulo tercero, presenta un exhaustivo análisis de las distintas modalidades de acceso a la jubilación antes del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación bien sea en atención a las condiciones en que se desarrolla el trabajo; en atención a las condiciones y circunstancias personales del trabajador; por tener la condición de mutualista; o la jubilación anticipada general.

En el capítulo cuarto, se pone el foco sobre la jubilación activa esto es, la situación en la que un trabajador que ha alcanzado la edad legal de jubilación decide prorrogar el periodo vital productivo compatibilizando parte de su pensión (o su totalidad) con ingresos salariales de un trabajo por cuenta ajena o propia. Instaurada mediante la Ley 5/2013, de 15 de marzo, se trata de la modalidad de jubilación más reciente de nuestro sistema. Ante los retos que plantea el envejecimiento de la población para la sostenibilidad de nuestro sistema de pensiones, nuestro Estado, acorde a las recomendaciones y directrices europeas, ha puesto en marcha durante la última década políticas y medidas tendentes en incentivar la prolongación de la vida laboral de los trabajadores. La jubilación demorada es un buen ejemplo de ello. No cabe duda de que esta figura cobrará en los años venideros un mayor protagonismo ante la introducción de reformas con factores paramétricos que hace que nuestro sistema de pensiones sea cada vez más "asistencialista". En este tema resulta interesante el problema singular subrayado por los que presenta la situación del trabajador con un contrato laboral fijo-discontinuo que implica la reducción de la pensión durante todo el periodo en el que se mantenga en vigor el contrato, con independencia de los periodos de actividad e inactividad que puedan sucederse durante su vigencia. Una interpretación que los académicos no dudan en cuestionar su idoneidad en tanto en cuanto perjudica notablemente al trabajador fijo-discontinuo que no percibirá retribución alguna y presenta un problema práctico para la situación del fijo discontinuo que desconoce cuando va a desempeñar sus labores y por cuanto tiempo.

En el capítulo quinto, los autores examinan el marco jurídico de la jubilación parcial y la jubilación flexible que, a diferencia de la jubilación parcial postergada, ocurre cuando el trabajador-pensionista ya ha causado y disfrutado por un tiempo de la pensión de jubilación y decide volver a vincularse con el mercado de trabajo con un contrato a tiempo parcial.

Para cerrar el círculo, en el sexto capítulo los autores tratan de variantes de jubilación que, a pesar de las peculiaridades y características especiales que presentan, no son por ello menos importantes. En primer lugar, la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva para todos los ciudadanos mayores de 65 años que carezcan de recursos suficientes para su subsistencia aun cuando no hayan cotizado nunca o el tiempo suficiente para alcanzar la prestación del nivel contributivo. A continuación, la pensión de jubilación para quienes hayan cotizado en el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, conocido como SOVI antes de que se regulase el sistema de Seguridad Social en 1967, convirtiéndose entonces en un régimen residual. En él, quedan dentro de su ámbito de protección los trabajadores que, reuniendo los requisitos exigidos por la legislación del

extinguido régimen, no tengan derecho a pensión del sistema de la Seguridad Social. Si bien es cierto que sus implicaciones llegan hasta la actualidad, no es menos cierto que con el paso del tiempo su incidencia en el sistema es cada vez menor puesto que como bien demuestran los académicos, cada vez quedan menos beneficiarios que cotizaron antes de la fecha señalada. Por último, el capítulo cierra con la jubilación del denominado régimen de clases pasivas que abarca a todos los funcionarios de carrera de la Administración Civil y Militar del Estado, de la Administración de Justicia, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de las Cortes Generales, siempre que consiguieran su puesto de trabajo antes de 2011. Con posterioridad, todos los trabajadores integran el Régimen General. Si bien los funcionarios incluidos dentro del régimen de clases pasivas acceden a la jubilación, de manera general, a la edad legal establecida, la modalidad de jubilación anticipada es más ventajosa que la que recoge el Régimen General puesto que les permite retirarse desde que cumplan los 60 años, siempre que tengan reconocidos 30 años al servicio del Estado sin que se les aplique coeficientes reductores que disminuyen la pensión.

La monografía concluye con un capitulo séptimo que nos brinda de forma muy acertada unas reflexiones y propuestas en torno al futuro de la protección a la jubilación incluyendo algunas de las propuestas que están siendo debatidas en la actual legislatura. Toda la problemática del futuro de las pensiones está muy condicionada por el cambio de época que venimos asistiendo. Las pensiones, como la sociedad en su conjunto, se enfrentan a diversos retos: "la sociedad de envejecimiento" y al mismo tiempo una sociedad marcada por el riesgo y la incertidumbre permanentemente, reflejada por la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. El proceso del envejecimiento se está generalizan en Europa y en todos los países desarrollados. En este sentido, conviene tener en cuenta que las personas mayores se enfrentan a una situación de vulnerabilidad y marginalidad cuyo problema no deriva de una situación natural sino de prácticas sociales, culturales y de una deficiente políticas del derecho social tanto laboral como de seguridad social. Por tanto, debe asegurarse el desarrollo de las personas en cada etapa de su ciclo vital y tener en cuenta el envejecimiento activo porque la tendencia es irreversible y cada vez se hará más notoria. Esta idea de transición demográfica plantea desafíos de adaptación de la sociedad a esta nueva situación en la que las personas mayores presentan mayores riesgos de sufrir desatención y mayor pobreza relativa. De ahí la importancia de un sistema público de pensiones suficientes y adecuadas para obtener un nivel satisfactorio de las necesidades sociales.

Todo el modelo de las pensiones siempre ha sido objeto de reformas permanentes para adaptarse a los cambios sociales, económicos y demográficos buscando un equilibrio entre el principio de eficiencia (sostenibilidad financiera del sistema) y el principio de justicia social (pensiones suficientes y adecuadas). No obstante, las reformas requieren una metodología basada en la planificación en el diagnóstico de la realidad actual y de las medidas que se deben adoptar. La idea de planificación es fundamental porque implica anticipar la situación si bien ninguna reforma puede prever circunstancias imprevisibles. En este sentido, en España, dicha planificación está presente en el Pacto de Toledo, cuya importancia es enorme porque constituye la base en la que se debe apoyar el Gobierno para adoptar los reformas que sirvan para mejorar el presente y, sobre todo, el futuro de las pensiones. Por ello, los autores insisten en la importancia de recuperar el consenso del Pacto de Toledo y evitar romper el pacto social como ocurrió con las reformas planteadas en 2011 y 2013 (factor de sostenibilidad). Aunque la publicación de la monografía es anterior a su aprobación, sin lugar a duda, la llegada del cuarto informe con recomendaciones sobre las medidas a adoptar para la mejora del sistema público de pensiones justo en el año que se cumple el 25 aniversario desde que viera la luz la Comisión parlamentaria, es una muy buena base para acometer reformas en el sistema y ofrecer certidumbre a los pensionistas actuales y futuros con el acuerdo de todos los grupos políticos.

Al respecto los autores sostienen que cualquier proceso de reformas en el sistema de Seguridad Social debe verse acompañado de una política de pleno empleo de calidad y decente para el trabajador; una política transversal del envejecimiento que abarque todo el ciclo vital de la persona; una política que refuerce la lucha contra las discriminaciones por razón de género; una

política basada en la solidaridad intergeneracional; y una política que garantice unas pensiones suficientes y adecuadas. En concreto, los autores proponen como propuestas concretas: revitalizar u olvidar la noción de contingencia protegida ante la generalización de la compatibilidad entre trabajo y pensión; facilitar la información para que el beneficiario pueda elegir adecuadamente la edad de acceso y la modalidad de jubilación acorde sus expectativas; mejorar las políticas de empleo para los trabajadores veteranos teniendo en cuenta los limites intrínsecos de la prolongación de la vida activa; dejar de utilizar las jubilaciones anticipadas y jubilación forzosa como política activa de empleo; fomentar la jubilación parcial reforzando los sistemas de control para no desvirtuar la figura; reflexionar sobre el impacto de la parcialidad y temporalidad de los contratos sobre la pensión de jubilación; fomentar la prolongación voluntaria de la vida activa mejorando las políticas activas de empleo de los trabajadores maduros y ofrecer mayor protección y garantía frente a los procesos de despidos colectivos; etc.

Cabe precisar que José Luis Monereo y Guillermo Rodríguez Iniesta, ofrecen una completa evolución jurídica de cada una de las modalidades de jubilación estudiada recogiendo todas las modificaciones legislados que han afectado cada una de las modalidades que conforman la pensión de jubilación. Así el lector descubre con rapidez, al adentrarse en sus casi 250 páginas, que un elemento característico de la pensión de jubilación es su permanente reforma, convirtiendo a la figura en una de las prestaciones más complejas de nuestro sistema. Además, todo ello viene acompañado de un tratamiento de los criterios de la Administración Pública y de los pronunciamientos judiciales más relevantes sobre cada una de las cuestiones tratadas. Los autores resaltan todos aquellos elementos de la ordenación jurídica que se han caracterizado, por su ineficacia y/o conflictividad en su aplicación. Para ello utilizan como elemento de análisis y reflejo del conflicto, la doctrina judicial más reciente, en el entendimiento de que en muchas ocasiones el análisis del conflicto nos puede dar una idea de la dimensión de la problemática que subyace. En este sentido, el lector puede detectar con facilidad aquellos espacios de ordenación jurídica que con proyección de futuro ha sido objeto de mayor conflictividad, focalizando de esta manera los espacios de ordenación jurídica que probablemente deben ser sometidas a reordenación jurídica de mayor o menor calado.

En definitiva, "la pensión de jubilación" de José Luis Monereo y Guillermo Rodríguez Iniesta constituye una brillante obra completa y rigurosa de obligatoria lectura para cualquier ciudadano, estudiante, profesional, investigador que quiere adentrarse en el régimen jurídico de una institución que constituye la columna vertebral de nuestro sistema de protección social.

MANUEL J. ARROBA CONDE y MICHELE RIONDINO, *Introducción al derecho canónico*, Laborum, Murcia 2020, 276 pp., ISBN 978-84-17789-49-7

ALBERTO PAYÁ RICO
Doctor en Derecho
https://orcid.org/0000-0003-3264-0507

El presente texto inicia una nueva colección de libros de la editorial Laborum dedicada al "Derecho Canónico". Con esta –ya validada– *introducción* se abre así un hueco para dar cabida a una serie de estudios sobre el ordenamiento jurídico en la Iglesia católica. Sin duda alguna, es una buena apuesta editorial por ayudar a los juristas o estudiantes que se dediquen de una forma tangencial o directa a tratar la temática del derecho canónico.

El trabajo objeto de esta recensión es la traducción en lengua española –tras la edición en inglés– de la tercera edición de la obra *Introduzione al diritto canonico*. La presente edición está actualizada en cuanto a bibliografía se refiere (indicada al final de cada capítulo) y, obviamente, refleja las nuevas normas canónicas emanadas por el papa Francisco.

En cuanto a los autores, brevemente indicar que Manuel Jesús Arroba Conde es licenciado en Teología Dogmática por la Facultad Teológica de Cartuja (Granada) y doctor en *Utroque Iure* por la Pontificia Universidad Lateranense (Roma), donde ha ejercido la docencia desde el año 1989 hasta su nombramiento, en junio de 2019, como Juez del Tribunal de la Rota de la Nunciatura en España. Entre sus muchos textos, destaca su obra *Diritto processuale canonico* (2020, 7ª ed.). Por otro lado, Michele Riondino es catedrático de Derecho canónico en la Facultad de Derecho de la Australian Catholic University (Sydney) y autor, entre otros escritos, de *Giustizia riparativa e mediazione nel diritto penale canonico* (2012, 2ª ed.).

Tal y como señalan los autores, este "reducido" número de páginas de *introducción* al derecho canónico tiene como principal objetivo "facilitar el conocimiento y el aprendizaje de sus elementos esenciales a quienes no son expertos en el sector, de manera especial a los estudiantes de derecho que optan por incluir el derecho canónico entre las materias de su plan de estudios" (p. 11). En consecuencia, se exponen los contenidos del ordenamiento canónico con un enfoque general, selectivo y sintético, posibilitando a la vez la suficiente incursión en los aspectos principales del derecho vigente de la Iglesia que faciliten el diálogo con otros ordenamientos jurídicos. Desde un punto de vista metodológico, esta guía para conocer el derecho canónico procede de forma sistemática –y no exegética– al presentar las disposiciones de los cánones. Así pues, agrupa temáticas (sigue el orden de los siete libros del *Código de derecho canónico* de 1983), propone los conceptos jurídicos típicos del derecho eclesial y añade ejemplos (sobre todo en los campos penal y procesal) y reflexiones sintéticas para facilitar la comprensión.

Esta obra –o guía– consta de once capítulos, todos ellos con un mismo esquema: introducción, varios puntos de desarrollo (los más extensos son los correspondientes a derecho matrimonial y procesal) y bibliografía de referencia. Como se ha dicho, siguen (salvando el primer capítulo) el orden de los siete libros en los que se divide el actual *Código de derecho canónico* de la Iglesia latina (*Codex Iuris Canonici*, CIC). Como los autores indican, se hace imprescindible la lectura simultánea de los cánones que se van citando en el texto para sacar más provecho del mismo (p. 12).

El primer capítulo –de carácter introductorio– está dedicado a tres aspectos: el fundamento originario o radical del derecho canónico (centrándose en la *norma missionis* o mandato misionero de Jesús, que guiará las reflexiones de este libro); las etapas más relevantes de su desarrollo histórico (que hacen referencia a su vez a la historia de las fuentes, de la ciencia canónica y de las instituciones); y los principios inspiradores del CIC de 1983 (tras la reflexión eclesiológica que produjo el Concilio Vaticano II). El segundo capítulo se centra en el primer libro del CIC "Normas generales". Siguiendo el mismo orden que el CIC, se habla de: las fuentes de carácter general (leyes, costumbre, decretos generales e instrucciones) y singular (decretos y preceptos singulares, rescriptos, privilegios y dispensas; la subjetividad canónica (personas físicas y jurídicas); los actos jurídicos; la potestad de régimen o de jurisdicción; y la provisión y pérdida de los oficios eclesiásticos.

Los tres siguientes capítulos abordan las tres partes del amplio libro segundo del CIC "Pueblo de Dios" (543 cánones). Consiguientemente, el capítulo tercero trata de la posición jurídica de los fieles cristianos insistiendo en los derechos y deberes (comunes, propios de los fieles laicos y propios de los fieles clérigos) y en el aspecto asociativo. Respecto a los clérigos destacamos la referencia al can. 281.2, que establece "que puedan acceder a una asistencia social útil en caso de enfermedad, invalidez o vejez" (p. 86). El capítulo cuarto, titulado "La constitución jerárquica de la Iglesia", analiza: la potestad suprema de la Iglesia (personal –Papa– y colegial –Colegio Episcopal–); los organismos de participación en el gobierno universal (Sínodo Obispos, Cardenales, Curia Romana y Legados del Romano Pontífice); la potestad en la Iglesia particular (Obispo diocesano) y los órganos de participación en la misma; las agrupaciones de Iglesias particulares; y finalmente unas breves referencias al derecho parroquial. Por último, el capítulo quinto se refiere al derecho de los institutos de vida consagrada y de las sociedades de vida apostólica. Es de destacar el último apartado de este capítulo que entresaca del derecho de la vida consagrada "algunos elementos que se pueden considerar como un modelo, desde el punto de vista cultural, para el resto de la Iglesia y

para las sociedades civiles, por lo menos en relación con ciertos valores cuya protección normativa no es sencilla" (p. 120).

El capítulo sexto del texto se corresponde con el libro tercero del CIC, dedicado a la función de enseñar de la Iglesia y cuyos contenidos fundamentales son los siguientes: la predicación de la Palabra de Dios y la formación catequética, la educación católica (escuelas y universidades) y la profesión de fe. No reservan espacio los autores en esta *introducción* a los "instrumentos de comunicación social y especialmente de los libros" (cánones 822-832).

La función de santificar en la Iglesia (libro IV del CIC) es abordada en los capítulos séptimo y octavo. El primero de ellos expone las normas comunes sobre los siete sacramentos y sobre la participación conjunta en lugares o celebraciones sagradas de miembros de la Iglesia católica y personas que pertenecen a otras Iglesias o comunidades eclesiales que no están en plena comunión con la Iglesia católica –la llamada *communicatio in sacris*– (pp. 140-142); las características propias de los sacramentos de iniciación cristiana (bautismo, confirmación y eucaristía); y así las normas principales sobre otros sacramentos (penitencia, unción de los enfermos y orden). El capítulo octavo –el más amplio del libro– recoge la disciplina canónica del sacramento del matrimonio y demuestra la atención peculiar de la Iglesia hacia el matrimonio y la familia. Como puntos fuertes en este capítulo destacamos (pp. 163-191): propiedades y finalidades del matrimonio, protección canónica y protección de la libertad en el consentimiento, exigencia de intencionalidad auténticamente conyugal, capacidad matrimonial e impedimentos matrimoniales. Cierran el capítulo algunas notas sobre la forma de celebración y la separación conyugal.

El derecho de la Iglesia a adquirir, retener, administrar y enajenar bienes temporales (libro V del CIC) es el objeto propio del capítulo noveno de esta *introducción*. Con respecto al derecho patrimonial canónico se centran los autores en un primer momento en el concepto de "bienes eclesiásticos", la administración de los mismos y las "pías voluntades". El tercer apartado de este capítulo remarca la sustitución en el CIC del "sistema beneficial" por la creación de tres fondos distintos previstos en el can. 1274: "el instituto diocesano de recursos destinado a la «sustentación del clero», otro destinado a la «seguridad social» del clero y un tercer fondo constituido por una «masa común»" (p. 205). La actualidad del tema patrimonial canónico y la sensibilidad del pontífice se demuestra en el último apartado, titulado "Corrupción y transparencia en el magisterio del Papa Francisco y modificaciones normativas" (pp. 206-211).

El capítulo décimo plantea el derecho penal en la Iglesia, sintetizando los contenidos del libro VI del CIC, un ámbito ante el que "la Iglesia siente hoy un deseo renovado de dar respuestas cada vez más adecuadas, sin dejar de ser fiel a la Tradición y al Magisterio" (p. 215). Siguiendo la primera parte del libro IV, se hace referencia a los delitos y las penas, las fuentes del derecho penal (ley y precepto) y de la imputabilidad (dolo y culpa), y la aplicación de las penas. El siguiente apartado trata de las penas para cada uno de los delitos (parte II del libro IV) haciendo una presentación sintética de los tipos penales previstos. Finalmente, el último apartado recoge la Comisión Pontificia para la Protección de los Menores, instituida el 22 de marzo de 2015, que ilustra la voluntad de la Iglesia de perseguir y reforzar la protección de los más jóvenes (pp. 229-232).

El derecho procesal canónico (libro VII del CIC) es materia del último capítulo de este libro. Es un derecho constituido por las normas previstas "para resolver con autoridad situaciones inciertas o controvertidas entre los fieles, o para remediar, con medidas específicas, situaciones personales jurídicamente inadecuadas, si hubiera causas justas y sin poner en peligro el bien común" (p. 237). Es un capítulo amplio en el que va tratando el extenso libro VII –dividido en cinco partes– del Código. Así pues, nos encontramos con: tipología de los procesos canónicos; reserva de jurisdicción; organización y estructuras; institución de la competencia; oficios judiciales y otros oficios del personal del tribunal; partes privadas y sus patronos; aspectos disciplinares; fase inicial del proceso; fase de instrucción; pronunciamientos del juez (sentencias y decretos); y medios de impugnación.

La valoración conjunta de esta *introducción al derecho canónico* es muy positiva. Los autores consiguen presentar el derecho de la Iglesia de una forma condensada y actualizada. Se agradece la bibliografía ofrecida al finalizar cada capítulo y la claridad en la exposición de los contenidos. Confiamos en que sea este libro el primero de una gran serie de volúmenes destinados a acercar el derecho canónico a juristas, estudiantes y demás personas interesadas.

Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social

Laborum

Novedades Normativas y de Gestión de la Tesorería General de la Seguridad Social

JAVIER AIBAR BERNAD *Cuerpo Superior de Técnicos de la Administracion de la Seguridad Social*
https://orcid.org/0000-0002-3927-5736

1. LEY 11/2020 DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2021

La Ley 11/2020 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 (en adelante LPGE 2021) incorpora medidas que afectan a distintas cuestiones de Seguridad Social, como su financiación, las cotizaciones sociales, la regulación de las pensiones así como su revalorización, las Clases Pasivas, el Ingreso Mínimo Vital o el IPREM. A continuación se abordan algunas de las cuestiones contempladas en la citada norma.

1.1. LAS NORMAS DE COTIZACION

El Título VIII de LPGE 2021 regula las cotizaciones sociales, estableciéndose en su artículo 119 las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional durante el año 2021. Asimismo el artículo 120 LPGE 2021 regula la cotización a derechos pasivos y a las Mutualidades Generales de funcionarios para el año 2021.

A partir del 1 de enero de 2021 las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, y en general las reglas de cotización aplicables a los diferentes colectivos, quedaron establecidas en la forma que exponemos a continuación.

1.1.1. TOPES MÁXIMO Y MÍNIMO DE LAS BASES DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

El tope máximo de la base de cotización en cada uno de los Regímenes dela Seguridad Social que lo tengan establecido, queda fijado a partir del 1 de enero de 2021, en la cuantía de 4.070,10 euros mensuales.

Sobre el tope mínimo de cotización, conforme a lo establecido en el artículo 19.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), desde el 1 de enero de 2021, las bases de cotización en los Regímenes dela Seguridad Social tendrán como tope mínimo las cuantías del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incrementadas en un sexto, salvo disposición expresa en contrario. En el momento en que se ha cerrado el presente trabajo no se había dictado el correspondiente Real Decreto por el que se estableciese el salario mínimo interprofesional para 2021, por lo que se mantiene el fijado para el año anterior.

1.1.2. BASES Y TIPOS DE COTIZACIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1.1.2.1. Las bases de cotización en el Régimen General

Las bases mensuales de cotización para todas las contingencias y situaciones protegidas por el Régimen General de la Seguridad Social, exceptuadas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, estarán limitadas para cada grupo de categorías profesionales, por las bases mínimas y máximas siguientes:

a) Las bases mínimas de cotización, según categorías profesionales y grupos de cotización, se incrementarán desde el 1 de enero de 2021, y respecto de las vigentes en 31 de diciembre de 2020, en el mismo porcentaje en que aumente el salario mínimo interprofesional.

Las bases mínimas de cotización aplicables a los trabajadores con contrato a tiempo parcial se adecuarán en orden a que la cotización en esta modalidad de contratación sea equivalente a la cotización a tiempo completo por la misma unidad de tiempo y similares retribuciones.

b) Las bases máximas, cualquiera que sea la categoría profesional y grupo de cotización, serán a partir del 1 de enero de 2021, de 4.070,10 euros mensuales o de 135,67 euros diarios.

Las bases mínimas y máximas 2021 para la cotización al Régimen General por contingencias comunes será el siguiente (a salvo de lo que se determine para el SMI):

Grupo de cotización	Categorías profesionales	Bases mínimas euros/mes	Bases máximas euros/mes
1	Ingenieros y Licenciados. Personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c) del ET	1.466,40	4.070,10
2	Ingenieros Técnicos, Peritos y Ayudantes Titulados	1.215,90	4.070,10
3	Jefes Administrativos y de Taller	1.057,80	4.070,10
4	Ayudantes no Titulados	1.050	4.070,10
5	Oficiales Administrativos	1.050	4.070,10
6	Subalternos	1.050	4.070,10
7	Auxiliares Administrativos	1.050	4.070,10

1.1.2.2. Los tipos de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social

a) Para las contingencias comunes el tipo continua siendo del 28,30%, siendo el 23,60 %a cargo de la empresa y el 4,70%a cargo del trabajador.

b) Para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se aplicarán los porcentajes de la tarifa de primas incluida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, siendo las primas resultantes a cargo exclusivo de la empresa.

3. Durante el año 2021, para la cotización adicional por horas extraordinarias establecida en el artículo 149 LGSS, aplicándose los siguientes tipos de cotización:

a) Cuando se trate de las horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor, el tipo será el 14% del que el 12 %será a cargo de la empresa y el 2%a cargo del trabajador.

b) Cuando se trate de las horas extraordinarias no comprendidas en el párrafo anterior, el tipo será el 28,30 %, del que el 23,60 %será a cargo de la empresa y el 4,70 %a cargo del trabajador.

Los principales tipos de cotización, que no sufren variación, son los siguientes:

	Empresa	Trabajador	Total
Contingencias comunes	23,60%	4,70%	28,30%
C. adicional horas extra			
Norma general	23,60%	4,70%	28,30%
Fuerza mayor	12%	2%	14%

Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: de aplicación la tarifa de primas de la disposición adicional 4ª de la Ley 42/2006, de Presupuestos del Estado para 2007, en redacción por la disposición final 5ª del RDL 28/2018

Desempleo			
Contra. indefinida	5,50%	1,55%	7,05%
Contra. duración determ.	6,70%	1,60%	8,30%
Fondo de Garantía Salarial	0,20%		0,20%
Formación profesional	0,60%	0,10%	0,70%

1.1.2.3. La base máxima de cotización por contingencias comunes aplicable a los representantes de comercio

La base máxima para este colectivo será la establecida con carácter general de 4.070,10 euros mensuales o de 135,67 euros diarios.

1.1.2.4. La base máxima de cotización por contingencias comunes de los artistas

A efectos de determinar a partir del 1 de enero de 2021 la base máxima de cotización por contingencias comunes de los artistas, así como la base y el tipo de cotización durante los períodos de inactividad, se aplicará lo siguiente:

a) Si bien la base máxima de cotización para todos los grupos correspondientes a las distintas categorías profesionales será de 4.070,10 euros mensuales, el límite máximo de las bases de cotización en razón de las actividades realizadas por un artista, para una o varias empresas, tendrá carácter anual y se determinará por la elevación a cómputo anual de la base mensual máxima señalada.

El Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, teniendo en cuenta la base y el límite máximos establecidos, fijará las bases de cotización para determinar las liquidaciones provisionales de los artistas, a que se refiere el artículo 32.5.b) del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.

b) La base de cotización aplicable durante los períodos de inactividad de los artistas en los que se mantenga voluntariamente la situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social será la base mínima vigente en cada momento por contingencias comunes, correspondiente al grupo 7 de la escala de grupos de cotización de dicho régimen.

El tipo de cotización aplicable será el 11,50%.

1.1.2.5. La base máxima de cotización por contingencias comunes de los profesionales taurinos

A efectos de determinar, a partir del 1 de enero de 2021, la base máxima de cotización por contingencias comunes de los profesionales taurinos, se aplicará lo siguiente:

a) Si bien la base máxima de cotización para todos los grupos correspondientes a las distintas categorías profesionales será de 4.070,10 euros mensuales, el límite máximo de las bases de cotización para los profesionales taurinos tendrá carácter anual y se determinará por la elevación a cómputo anual de la base mensual máxima señalada.

b) Al igual que en el supuesto del colectivo de artistas, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, teniendo en cuenta la base y el límite máximos establecidos en el apartado anterior, fijará las bases de cotización para determinar las liquidaciones provisionales de los profesionales taurinos, a que se refiere el artículo 33.5.b) del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.

1.1.2.6. Cotización en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social

Las bases mínimas de cotización, según categorías profesionales y grupos de cotización, se incrementarán, desde el 1 de enero de 2021, y respecto de las vigentes en 31 de diciembre de 2020, en el mismo porcentaje en que aumente en su caso el salario mínimo interprofesional.

Las bases máximas, cualquiera que sea la categoría profesional y grupo de cotización, a partir del 1 de enero de 2021, serán de 4.070,10 euros mensuales.

Cuando los trabajadores inicien o finalicen su actividad sin coincidir con el principio o fin de un mes natural, siempre que dicha actividad tenga una duración de al menos 30 días naturales consecutivos, esta modalidad de cotización se realizará con carácter proporcional a los días en que figuren en alta en este Sistema Especial durante el mes.

Los importes de las bases diarias de cotización tanto por contingencias comunes como profesionales por jornadas reales correspondientes a cada uno de los grupos de trabajadores que realicen labores agrarias por cuenta ajena y respecto a los cuales no se hubiera optado por la modalidad de cotización prevista, se determinarán conforme a lo establecido en el artículo 147 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, dividiendo a tal efecto, entre 23, los importes de las bases máximas y mínimas establecidos.

Por otra parte e independientemente del número de horas realizadas en cada jornada, la base de cotización no podrá tener una cuantía inferior a la base mínima diaria del grupo 10 de cotización.

En los periodos de actividad, para la cotización por contingencias comunes respecto a los trabajadores encuadrados en el grupo de cotización 1, el tipo será el 28,30%, siendo el 23,60% a cargo de la empresa y el 4,70% a cargo del trabajador.

Respecto a los trabajadores encuadrados en los grupos de cotización 2 a 11, el tipo aplicable será el 24,70%, siendo el 20%a cargo de la empresa y el 4,70% a cargo del trabajador.

Para la cotización por contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se aplicarán los tipos de cotización de la tarifa de primas vigentes.

Las bases máximas y mínimas aplicables a este Sistema Especial son las siguientes:

Grupo de cotización	Categorías profesionales	Bases mínimas euros/mes	Bases máximas euros/mes
1	Ingenieros y Licenciados. Personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores	1.466,40	4.070,10
2	Ingenieros Técnicos, Peritos y Ayudantes Titulados	1.215,90	4.070,10
3	Jefes Administrativos y de Taller	1.057,80	4.070,10
4	Ayudantes no Titulados	1.050	4.070,10
5	Oficiales Administrativos	1.050	4.070,10
6	Subalternos	1.050	4.070,10
7	Auxiliares Administrativos	1.050	4.070,10
8	Oficiales de primera y segunda	1.050	4.070,10
9	Oficiales de tercera y Especialistas	1.050	4.070,10
10	Peones	1.050	4.070,10
11	Trabajadores menores de 18 años	1.050	4.070,10

En las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, así como de nacimiento y cuidado del menor y corresponsabilidad en el cuidado

del lactante, causadas durante la situación de actividad, la cotización se efectuará en función de la modalidad de contratación de los trabajadores:

- Respecto de los trabajadores agrarios con contrato indefinido, la cotización durante las referidas situaciones se regirá por las normas aplicables con carácter general en el Régimen General de la Seguridad Social. El tipo resultante a aplicar será:
  - Para los trabajadores encuadrados en el grupo de cotización 1, el tipo del 15,50%, aplicable a la base de cotización por contingencias comunes.
  - Para los trabajadores encuadrados en los grupos de cotización 2 a 11, el tipo del 2,75%, aplicable a la base de cotización por contingencias comunes.
- Para todos los trabajadores, cualquiera que sea su grupo de cotización, en la cotización por desempleo se aplicará una reducción en la cuota equivalente a 2,75% de la base de cotización.
- Respecto de los trabajadores agrarios con contrato temporal y fijo discontinuo, resultará de aplicación lo establecido en la letra a) en relación a los días contratados en los que no hayan podido prestar sus servicios por encontrarse en alguna de las situaciones antes indicadas.

En cuanto a los días en los que no esté prevista la prestación de servicios, estos trabajadores estarán obligados a ingresar la cotización correspondiente a los períodos de inactividad, excepto en los supuestos de percepción de los subsidios por nacimiento y cuidado del menor y corresponsabilidad en el cuidado del lactante, que tendrán la consideración de períodos de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones por jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia.

A partir del 1 de enero de 2021, el importe de la base mensual de cotización de los trabajadores agrarios por cuenta ajena incluidos en este sistema especial será, durante los períodos de inactividad dentro del mes natural, el establecido para la base mínima por contingencias comunes correspondiente al grupo 7 de la escala de grupos de cotización del Régimen General de la Seguridad Social.

Durante los periodos de inactividad el tipo de cotización para los trabajadores incluidos en el sistema especial será del 11,5%, corriendo a cargo del trabajador la cotización. En todo caso no se cotizará por contingencias profesionales ni por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional.

Durante la percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo, si corresponde cotizar en este sistema especial, el tipo de cotización será el 11,50%.

1.1.2.7. Peculiaridades para el Sistema especial de empleados de hogar

Las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinarán aplicando a la escala de retribuciones mensuales y a la base de cotización correspondiente vigente en 2020 el aumento que experimente en 2021 el salario mínimo interprofesional

El tipo de cotización por contingencias comunes, sobre la base de cotización que corresponda, será el 28%, siendo el 23,6% a cargo del empleador y el 4,7% a cargo del empleado.

Para la cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sobre la base de cotización que corresponda, se aplicará el tipo de cotización previsto al efecto en la tarifa de primas prevista.

Durante el año 2021 será aplicable una reducción del 20% en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes en este sistema especial. Serán beneficiarios de dicha reducción los empleadores que hayan contratado, bajo cualquier modalidad contractual, y dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social a un empleado de hogar a partir del 1 de enero de 2012, siempre y cuando el empleado no hubiera figurado en alta en el Régimen Especial de Empleados de Hogar a tiempo completo, para el mismo empleador, dentro del período comprendido entre el 2 de agosto y el 31 de diciembre de 2011.Esta reducción de cuotas se ampliará con una bonificación hasta llegar al 45% para las familias numerosas.

Las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales para el sistema especial de empleados de hogar serán las siguientes:

Tramo	Retribución mensual (€/mes)	Base de cotización (€/mes)	Máximo horas trabajadas al mes
1	Hasta 240,00	206,00	34
2	Desde 240,01 hasta 375,00	340,00	53
3	Desde 375,01 hasta 510,00	474,00	72
4	Desde 510,01 hasta 645,00	608,00	92
5	Desde 645,01 hasta 780,00	743,00	111
6	Desde 780,01 hasta 914,00	877,00	130
7	Desde 914,01 hasta 1.050,00	1.050,00	160
8	Desde 1.050,01 hasta 1.144,00	1.097,00	160
9	Desde 1.144,01 hasta 1.294,00	1.232,00	160
10	Desde 1.294,01	Retribución mensual hasta la base máxima de 4.070,10 €/mes	160

1.1.3. COTIZACIÓN EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS

1.1.3.1. Las bases de cotización

La base máxima de cotización será de 4.070,10 euros mensuales, y la base mínima de cotización será de 944,40 euros mensuales.

La base de cotización de los trabajadores autónomos que el día 1 de enero de 2021 tuvieran una edad inferior a 47 años, será la elegida por ellos dentro de las bases máxima y mínima fijadas en el apartado anterior. Igual elección podrán efectuar aquellos trabajadores autónomos que en esa fecha tuvieran una edad de 47 años y su base de cotización en el mes de diciembre de 2020 haya sido igual o superior a 2.052 euros mensuales, o que causen alta en este régimen especial con posterioridad a la citada fecha. En otro caso su base máxima de cotización será de 2.077,80 euros mensuales.

Los trabajadores autónomos que, a 1 de enero de 2021, tuvieran 47 años de edad, si su base de cotización fuera inferior a 2.052,00 euros mensuales, no podrán elegir una base de cuantía superior a 2.077,80 euros mensuales, salvo que ejerciten su opción en tal sentido antes del 30 de junio de 2021, lo que producirá efectos a partir de 1 de julio del mismo año, o que se trate del cónyuge supérstite del titular del negocio que, como consecuencia del fallecimiento de éste, haya tenido que ponerse al frente del mismo darse de alta en este Régimen Especial con 47 años de edad, en cuyo caso no existirá esta limitación.

La base de cotización de los trabajadores autónomos que, a 1 de enero de 2021, tuvieran 48 o más años cumplidos, estará comprendida entre las cuantías de 1.018,50 y 2.077,80 euros mensuales, salvo que se trate del cónyuge supérstite del titular del negocio que, como consecuencia del

fallecimiento de este, haya tenido que ponerse al frente del mismo y darse de alta en este Régimen Especial con 45 o más años de edad, en cuyo caso, la elección de bases estará comprendida entre las cuantías de 944,40 y 2.077,80 euros mensuales.

No obstante, los trabajadores autónomos que con anterioridad a los 50 años hubieran cotizado en cualquiera de los Regímenes del sistema de la Seguridad Social por espacio de cinco o más años, se regirán por las siguientes reglas especiales:

a) Si la última base de cotización acreditada hubiera sido igual o inferior a 2.052 euros mensuales, habrán de cotizar por una base comprendida entre 944,40 euros mensuales y 2.077,80 euros mensuales.

b) Si la última base de cotización acreditada hubiera sido superior a 2.052 euros mensuales, habrán de cotizar por una base comprendida entre 944,40 euros mensuales y el importe de aquélla, con el tope de la base máxima de cotización.

Los trabajadores autónomos dedicados a la venta ambulante o a domicilio (con CNAE 4781 Comercio al por menor de productos alimenticios, bebidas y tabaco en puestos de venta y mercadillos; 4782 Comercio al por menor de productos textiles, prendas de vestir y calzado en puestos de venta y mercadillos; 4789 Comercio al por menor de otros productos en puestos de venta y mercadillos y 4799 Otro comercio al por menor no realizado ni en establecimientos, ni en puestos de venta ni en mercadillos) podrán elegir como base mínima de cotización a partir del 1 de enero de 2021 una base de 944,40 euros mensuales, o una base de 869,40 euros mensuales.

Los trabajadores autónomos dedicados a la venta a domicilio (CNAE 4799) podrán elegir como base mínima de cotización a partir del 1 de enero de 2021 una base de 944,40 euros mensuales, o una base de 519,30 euros mensuales.

Para los trabajadores autónomos que en algún momento del año 2020 y de manera simultánea hayan tenido contratado a su servicio un número de trabajadores por cuenta ajena igual o superior a 10, la base mínima de cotización a partir del 1 de enero de 2021 será de 1.214,10 euros mensuales.

Dicha base mínima de cotización será también aplicable a partir del 1 de enero de 2021 a los trabajadores autónomos incluidos en este régimen especial al amparo de lo establecido en el artículo 305.2.b) y e) LGSS, a excepción de aquellos que causen alta inicial en el mismo, durante los 12 primeros meses de su actividad, a contar desde la fecha de efectos de dicha alta.

1.1.3.2. Los tipos de cotización

Los tipos de cotización para el régimen especial de trabajadores autónomos serán, a partir del 1 de enero de 2021:

a) Para las contingencias comunes el 28,30%. Cuando conforme a lo dispuesto en el artículo 315 del texto refundido de la LGSS, se tenga cubierta la incapacidad temporal en otro régimen de la Seguridad Social, se aplicará una reducción en la cuota que correspondería ingresar de acuerdo con un coeficiente reductor que se establece anualmente.

b) Para las contingencias profesionales el 1,30%, del que el 0,66% corresponde a la contingencia de incapacidad temporal y el 0,64% a la de incapacidad permanente, muerte y supervivencia.

c) Aquellos trabajadores autónomos excluidos de cotizar por contingencias profesionales, deberán cotizar por un tipo del 0,10% para la financiación de las prestaciones previstas en los Capítulos VIII y IX del título II LGSS.

Los trabajadores autónomos que, en razón de un trabajo por cuenta ajena desarrollado simultáneamente, coticen en régimen de pluriactividad, y lo hagan durante el año 2021, teniendo en cuenta tanto las cotizaciones efectuadas en este régimen especial como las aportaciones

empresariales y las correspondientes al trabajador en el régimen de Seguridad Social que corresponda por su actividad por cuenta ajena, tendrán derecho al reintegro del 50% del exceso en que sus cotizaciones por contingencias comunes superen la cuantía 12.917,37 euros con el tope del 50% de las cuotas ingresadas en el régimen especial en razón de su cotización por las contingencias comunes.

A los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado dedicados a la venta ambulante, que perciban ingresos directamente de los compradores, les será de aplicación, a efectos de la cotización, lo señalado sobre elección de la base de cotización en función de la pertenencia a determinados CNAE.

En los supuestos en que se acredite que la venta ambulante se lleva a cabo en mercados tradicionales o mercadillos, con horario de venta inferior a ocho horas al día, se podrá elegir entre cotizar por una base de 944,40 euros mensuales, o una base de 519,30 euros mensuales.

Respecto a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado dedicados a la venta ambulante que hayan quedado incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, tendrán derecho durante el año 2021, a una reducción del 50% de la cuota a ingresar.

También tendrán derecho a esa reducción los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado dedicados a la venta ambulante que hayan iniciado su actividad y quedado incluidos en el citado régimen especial a partir del 1 de enero de 2009.

La reducción se aplicará sobre la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima elegida, el tipo de cotización vigente en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia.

1.1.3.3. Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios

Los tipos de cotización por contingencias comunes de los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, establecido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos, serán los siguientes:

a) Respecto de las contingencias de cobertura obligatoria, cuando el trabajador haya optado por elegir como base de cotización una base comprendida entre 944,40 euros mensuales y 1.133,40 euros mensuales, el tipo de cotización aplicable será el 18,75%.

Si el trabajador hubiera optado por una base de cotización superior a 1.133,40 euros mensuales, a la cuantía que exceda de aquella última le será de aplicación el tipo de cotización del 26,50%.

b) Respecto a la mejora voluntaria de la incapacidad temporal por contingencias comunes, el tipo de cotización a aplicar a la cuantía completa de la base de cotización del interesado será del 3,30%, o del 2,80% si el interesado está acogido a la protección por contingencias profesionales o por cese de actividad.

2. Para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se aplicarán los tipos vigentes de la tarifa de primas.

En el supuesto de que los interesados no hubiesen optado por la cobertura de la totalidad de las contingencias profesionales, se seguirá abonando, en concepto de cobertura de las contingencias de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, una cuota resultante de aplicar a la base de cotización elegida el tipo del 1,00%.

3. Los trabajadores incluidos en este sistema especial que no hayan optado por dar cobertura, en el ámbito de protección dispensada, a la totalidad de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, efectuarán una cotización adicional equivalente al 0,10%, aplicado sobre la base de cotización elegida, para la financiación de las prestaciones previstas en los Capítulos VIII y IX del título II del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

1.1.4. COTIZACIÓN EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL MAR

Será de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena o asimilados del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar lo previsto sobre topes máximo y mínimo de las bases de cotización a la Seguridad Social y sobre bases y tipos de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social.

La cotización para todas las contingencias y situaciones protegidas en este régimen especial de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia incluidos en los grupos segundo y tercero a que se refiere el artículo 10 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, se efectuará sobre las remuneraciones que se determinen anualmente mediante Orden del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

Las bases que se determinen serán únicas, sin que puedan ser inferiores ni superiores a las que se establezcan para las distintas categorías profesionales.

A partir del 1 de enero de 2021, los tipos de cotización de los trabajadores por cuenta propia serán los siguientes:

a) Para las contingencias comunes, el 28,30%.

b) Para las contingencias profesionales, el 1,30%, del que el 0,66% corresponde a la contingencia de incapacidad temporal y el 0,64% a la de incapacidad permanente, muerte y supervivencia.

1.1.5. COTIZACIÓN EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA LA MINERÍA DEL CARBÓN

La cotización en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón se determinará mediante la aplicación de lo previsto sobre bases y tipos de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, ello sin perjuicio de que, a efectos de la cotización por contingencias comunes, las bases de cotización se normalicen de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Se tendrá en cuenta el importe de las remuneraciones percibidas o que hubieran tenido derecho a percibir los trabajadores, computables a efectos de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2020, ambos inclusive.

b) Dichas remuneraciones se totalizarán agrupándolas por categorías, grupos profesionales y especialidades profesionales y zonas mineras. Los importes obtenidos, así totalizados, se dividirán por la suma de los días a que correspondan.

c) Este resultado constituirá la base normalizada diaria de cotización por contingencias comunes, cuyo importe no podrá ser inferior al fijado para el ejercicio inmediatamente anterior para esa categoría profesional, incrementado en el mismo porcentaje experimentado en el presente ejercicio por el tope máximo de cotización, ni superior a la cantidad resultante de elevar a cuantía anual el citado tope máximo y dividirlo por los días naturales del ejercicio en curso.

El Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones fijará la cuantía de las bases normalizadas, mediante la aplicación de las reglas previstas en el número anterior.

1.1.6. LA BASE DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL DURANTE LA PERCEPCIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO DE NIVEL CONTRIBUTIVO Y DURANTE LA PERCEPCIÓN DE LA PRESTACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

1.1.6.1. La base de cotización durante la percepción de la prestación por desempleo

Durante la percepción de la prestación por desempleo por extinción de la relación laboral, la base de cotización a la Seguridad Social de aquellos trabajadores por los que exista obligación legal de cotizar, será la base reguladora de la prestación por desempleo, con respeto en todo caso del importe de la base mínima por contingencias comunes prevista para cada categoría profesional y, a efectos de las prestaciones de Seguridad Social, dicha base tendrá consideración de base de contingencias comunes.

Durante la percepción de la prestación por desempleo por suspensión temporal de la relación laboral o por reducción temporal de jornada, ya sea por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, la base de cotización a la Seguridad Social de aquellos trabajadores por los que exista obligación legal de cotizar, será equivalente al promedio de las bases de los últimos seis meses de ocupación cotizada, por contingencias comunes y por contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación legal de cotizar.

Durante la percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo, en caso de que corresponda cotizar en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, la base de cotización será la fijada con carácter general conforme a lo ya señalado.

Mientras se perciba la prestación por desempleo, si corresponde cotizar en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, la base de cotización será la normalizada vigente que corresponda a la categoría o especialidad profesional del trabajador en el momento de producirse la situación legal de desempleo.

En el transcurso de la percepción de la prestación económica por cese de actividad de los trabajadores autónomos, la base de cotización a la Seguridad Social al régimen correspondiente, será la base reguladora de dicha prestación, con respeto, en todo caso, del importe de la base mínima o base única de cotización prevista en el correspondiente régimen.

Aquellos colectivos que, conforme a la normativa reguladora de la cotización a la Seguridad Social, durante la actividad coticen por una base inferior a la base mínima ordinaria de cotización para los trabajadores por cuenta propia, cotizarán por una base de cotización reducida durante la percepción de la prestación por cese de actividad.

1.1.6.2. Las bases de cotización por desempleo, Fondo de Garantía Salarial, formación profesional y cese de actividad de los trabajadores autónomos

La cotización por las contingencias de desempleo, Fondo de Garantía Salarial, formación profesional y por cese de actividad, se llevará a cabo, a partir del 1 de enero de 2021, de acuerdo con lo siguiente:

La base de cotización para desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional en todos los Regímenes de la Seguridad Social que tengan cubiertas las mismas, será la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, con las particularidades que se señalan a continuación.

A las bases de cotización para desempleo en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar les será también de aplicación lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, sin perjuicio de las peculiaridades establecidas para sobre la cotización en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

Las bases de cotización por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional de los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social serán las fijadas para la cotización en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, según la modalidad de cotización por contingencias profesionales que corresponda a cada trabajador.

La base de cotización por desempleo de los contratos para la formación y el aprendizaje será la base mínima correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

La base de cotización correspondiente a la protección por cese de actividad de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia y de los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios establecido en el citado régimen especial, será aquella por la que hayan optado los trabajadores incluidos en tales régimen y sistema especiales.

En el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, la base de cotización por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el grupo primero será igualmente aquella por la que hayan optado. Para los trabajadores por cuenta propia incluidos en los grupos segundo y tercero, la base de cotización vendrá determinada mediante Orden del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, siéndoles de aplicación los coeficientes correctores vigentes.

1.1.6.3. Los tipos de cotización

A partir del 1 de enero de 2021, los tipos de cotización serán los siguientes:

A) Para la contingencia de desempleo:

a) Contratación indefinida, incluidos los contratos indefinidos a tiempo parcial y fijos discontinuos, así como la contratación de duración determinada en las modalidades de contratos formativos en prácticas y para la formación y el aprendizaje, de relevo, interinidad y contratos, cualquiera que sea la modalidad utilizada, realizados con trabajadores discapacitados: el 7,05%, del que el 5,50% será a cargo del empresario y el 1,55% a cargo del trabajador.

b) Contratación de duración determinada, a tiempo completo y tiempo parcial: el 8,30%, del que el 6,70% será a cargo del empresario y el 1,60% a cargo del trabajador.

B) Para la cotización al Fondo de Garantía Salarial, el 0,20% a cargo exclusivo de la empresa.

El tipo aplicable para la cotización al Fondo de Garantía Salarial en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social será el 0,10%, que será a cargo exclusivo de la empresa.

C) Para la cotización por formación profesional, el 0,70%, siendo el 0,60% a cargo de la empresa y el 0,10% a cargo del trabajador.

El tipo aplicable para la cotización por formación profesional en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social será el 0,18%, del que el 0,15% será a cargo de la empresa, y el 0,03% a cargo del trabajador.

Respecto de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos y en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, el tipo aplicable será el 0,10%.

D) Para la protección por cese de actividad, los tipos de cotización serán los siguientes:

a) Del 0,90%, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia y en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

b) Del 2,2% en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios establecido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos, para aquellos trabajadores que se acojan voluntariamente a esta protección

1.1.7. COTIZACIÓN EN LOS CONTRATOS PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE

Las cuotas por contingencias comunes a cargo del empresario y del trabajador por contingencias profesionales, por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial de los contratos para la formación y el aprendizaje se incrementarán desde el 1 de enero de 2021, y respecto de las cuantías vigentes a 31 de diciembre de 2020, en el mismo porcentaje que aumente la base mínima del Régimen General de la Seguridad Social.

1.1.8. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE COTIZACIÓN EN RELACIÓN CON EL ANTICIPO DE LA EDAD DE JUBILACIÓN DE LOS BOMBEROS

En relación con el colectivo de bomberos a que se refiere el Real Decreto 383/2008 por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos, procederá aplicar un tipo de cotización adicional sobre la base de cotización por contingencias comunes, tanto para la empresa como para el trabajador que a partir del 1 de enero de 2021 será del 10,60%, del que el 8,84% será a cargo de la empresa y el 1,76% a cargo del trabajador.

1.1.9. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE COTIZACIÓN EN RELACIÓN CON EL ANTICIPO DE LA EDAD DE JUBILACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CUERPO DE LA ERTZAINTZA

En relación con los miembros del Cuerpo de la Ertzaintza procederá aplicar un tipo de cotización adicional sobre la base de cotización por contingencias comunes, tanto para la empresa como para el trabajador.

A partir del 1 de enero de 2021, el tipo de cotización adicional será del 10,60%, del que el 8,84% será a cargo de la empresa y el 1,76% a cargo del trabajador.

1.1.10. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE COTIZACIÓN EN RELACIÓN CON EL ANTICIPO DE LA EDAD DE JUBILACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA POLICÍA LOCAL AL SERVICIO DE LAS ENTIDADES LOCALES

En relación con los miembros de la Policía local al servicio de las entidades locales a que se refiere el Real Decreto 1449/2018 por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local, procederá aplicar un tipo de cotización adicional sobre la base de cotización por contingencias comunes, tanto para la empresa como para el trabajador.

A partir del 1 de enero de 2021, dicho tipo de cotización adicional será del 10,60%, del que el 8,84% será a cargo de la empresa y el 1,76% a cargo del trabajador.

1.1.11. COTIZACIÓN EN EL SISTEMA ESPECIAL PARA MANIPULADO Y EMPAQUETADO DEL TOMATE FRESCO CON DESTINO A LA EXPORTACIÓN

Conforme a la disposición final cuadragésima primera LPGE 2021, la aportación a la cotización por todas las contingencias de los empresarios incluidos en el Sistema Especial para las tareas de manipulado y empaquetado del tomate fresco con destino a la exportación se llevará a cabo de acuerdo con lo establecido con carácter general para el Régimen General de la Seguridad Social y mediante el sistema de liquidación directa de cuotas.

Durante el año 2021, los empresarios encuadrados en ese sistema especial tendrán derecho a una reducción del 70% y una bonificación del 8,75% en dicha aportación empresarial a la cotización por contingencias comunes.

Las referidas reducción y bonificación se irán disminuyendo progresivamente en las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado hasta su supresión.

La bonificación señalada se financiará con cargo al presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal.

1.1.12. LA BONIFICACIÓN EN LA COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS SUPUESTOS DE CAMBIO DE PUESTO DE TRABAJO POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO O DURANTE LA LACTANCIA NATURAL, ASÍ COMO EN LOS SUPUESTOS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL

De acuerdo con la disposición adicional centésima vigésima tercera LPGE 2021, durante el periodo de permanencia en el nuevo puesto de trabajo o función, se aplicará a las cuotas devengadas una bonificación del 50% de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes.

La misma bonificación será aplicable, en aquellos casos en que por razón de enfermedad profesional, en los términos y condiciones normativamente previstos, se produzca un cambio de puesto de trabajo en la misma empresa o el desempeño, en otra distinta, de un puesto de trabajo compatible con el estado del trabajador.

1.1.13. SUSPENSIÓN DEL SISTEMA DE REDUCCIÓN DE LAS COTIZACIONES POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES POR DISMINUCIÓN DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL

Mediante la disposición adicional centésima vigésima séptima LPGE 2021 se suspende la aplicación del sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral, prevista en el Real Decreto 231/2017 para las cotizaciones que se generen durante el año 2021. Esta suspensión se extenderá hasta que el Gobierno proceda a la reforma del citado Real Decreto, que deberá producirse a lo largo del año 2021.

1.2. MORATORIA EN EL PAGO DE CUOTA MEDIANTE APLAZAMIENTO CON LA SEGURIDAD SOCIAL

Las empresas y los trabajadores por cuenta propia incluidos en cualquier régimen de la Seguridad Social, siempre que se encuentren al corriente en sus obligaciones con la Seguridad Social y no tuvieran otro aplazamiento en vigor, podrán solicitar a través del aplazamiento regulado la disposición final cuadragésima tercera LPGE 2021, (directamente o a través de sus autorizados para actuar a través del Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito del Sistema RED), la moratoria en el pago de las cuotas con la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta cuyo devengo tenga lugar entre los meses de diciembre de 2020 y febrero de 2021, en el caso de empresas, y entre los meses de enero a marzo de 2021 en el caso de trabajadores autónomos. Este

aplazamiento se ajustará a los términos y condiciones establecidos con carácter general en la normativa de Seguridad Social, con las siguientes particularidades:

- Será de aplicación un interés del 0,5%, en lugar del interés legal previsto en el artículo 23.5 de la LGSS.
- Las solicitudes de aplazamiento deberán efectuarse antes del transcurso de los diez primeros días naturales de cada uno de los plazos reglamentarios de ingreso correspondientes a las cuotas devengadas antes señaladas.
- El aplazamiento se concederá mediante una única resolución, con independencia de los meses que comprenda, se amortizará mediante pagos mensuales y determinará un plazo de amortización de 4 meses por cada mensualidad solicitada, sin que exceda en total de 12 mensualidades. El primer pago se producirá a partir del mes siguiente al que aquélla se haya dictado.
- La solicitud de este aplazamiento determinará que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social, respecto a las cuotas afectadas por el mismo, hasta que se dicte la correspondiente resolución

1.3. OTRAS CUESTIONES DE INTERES COMPRENDIDAS EN LA LGPE 2021

1.3.1. Cuantías 2021 del interés legal del dinero y del interés de demora

En relación con el interés legal del dinero y el interés de demora no hay cambios sobre la regulación del año 2020. Así la disposición adicional cuadragésima novena establece el interés legal del dinero en el 3% hasta el 31 de diciembre del año 2021. Durante el mismo periodo, el interés de demora será el 3,75%

1.3.2. Previsión de integración de las lagunas de cotización en las pensiones de jubilación de autónomos y trabajadores agrarios

Determina la disposición final cuadragésima cuarta de la LGSS, sobre integración de lagunas de cotización en las pensiones de jubilación de autónomos y trabajadores agrarios, que el Gobierno iniciará, a la mayor brevedad, los trabajos y consultas necesarios para emprender las reformas normativas que supriman la situación discriminatoria que sufren autónomos y trabajadores agrarios, incluidos los asalariados, respecto de la integración de lagunas de cotización, cuando tal obligación no existe, a efectos del cálculo de la pensión de jubilación aplicadas en el Régimen General, implantando para éstos los mismos o equivalentes mecanismos a los previstos para la integración de lagunas de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social.

1.3.3. Cuantías 2021 del IPREM

La disposición adicional centésima vigésima primera LPGE 2021 determina el indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM), que para 2021 que tendrá las siguientes cuantías:

a) EL IPREM diario, 18,83 euros.

b) El IPREM mensual, 564,90 euros.

c) El IPREM anual, 6.778,80 euros.

d) En los supuestos en que la referencia al salario mínimo interprofesional ha sido sustituida por la referencia al IPREM, la cuantía anual del IPREM será de 7.908,60 euros cuando las correspondientes normas se refieran al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, salvo que expresamente excluyeran las pagas extraordinarias; en este caso, la cuantía será de 6.778,80 euros.

1.3.4. Retribuciones del personal al servicio del sector público. Incorporación de nuevo personal

El artículo 18 LPGE 2021 establece que las retribuciones del personal al servicio del sector público, incluido el personal laboral del sector público estatal no puedan incrementarse más de un 0,9% con respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2020. Asimismo no podrán incrementarse los gastos de acción social respecto a los del año 2020.

La incorporación de personal de nuevo ingreso con una relación indefinida en el sector público, se sujetará a una tasa de reposición de efectivos del 110% en los sectores prioritarios y del 100% en los demás sectores, conforme al artículo 19 LPGE 2021.

2. REAL DECRETO-LEY 35/2020, DE 22 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES DE APOYO AL SECTOR TURÍSTICO, LA HOSTELERÍA Y EL COMERCIO Y EN MATERIA TRIBUTARIA[1]

El Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria recoge iniciativas normativas que afectan a cuestiones de Seguridad Social que a continuación analizaremos.

2.1. MEDIDAS EXTRAORDINARIAS EN MATERIA DE COTIZACIÓN VINCULADAS A LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO PRORROGADOS AUTOMÁTICAMENTE HASTA EL 31 DE ENERO DE 2021 PARA DETERMINADAS ACTIVIDADES DE LOS SECTORES DE TURISMO, HOSTELERÍA Y COMERCIO

El artículo 7 del Real Decreto-ley 35/2020, sobre medidas extraordinarias en materia de cotización vinculadas a los expedientes de regulación temporal de empleo prorrogados automáticamente hasta el 31 de enero de 2021 para determinadas actividades de los sectores de turismo, hostelería y comercio, establece lo siguiente:

1. Las empresas que tengan expedientes de regulación temporal de empleo basado en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, prorrogados automáticamente hasta el 31 de enero de 2021 de conformidad con el artículo 1 del Real Decreto-ley 30/2020, quedarán exoneradas del abono de la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta respecto de las personas trabajadoras afectadas por dichos expedientes que reinicien su actividad a partir del 1 de diciembre de 2020, o que la hubieran reiniciado desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 18/2020, por los periodos y porcentajes de jornada trabajados en dicho mes; y respecto de las personas trabajadoras que tuviesen sus actividades suspendidas en el mes de diciembre de 2020 o en el mes de enero de 2021, por los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión.
2. Esta exención se aplicará en los porcentajes y condiciones que se indican a continuación:
    a) El 85% de la aportación empresarial devengada en diciembre de 2020 y enero de 2021, cuando la empresa hubiera tenido menos de cincuenta personas trabajadoras o asimiladas a las mismas en situación de alta en la Seguridad Social a 29 de febrero de 2020.
    b) El 75% de la aportación empresarial devengada en diciembre de 2020 y enero de 2021, cuando la empresa hubiera tenido cincuenta o más personas

[1] Vid. Boletín de Noticias RED número 21/2020

trabajadoras o asimiladas a las mismas en situación de alta a 29 de febrero de 2020.

3. Las empresas a las que se refiere el citado artículo 7, para poder beneficiarse de las exenciones a las que se refiere el mismo, deben:
   - Tener autorizado un expediente de regulación temporal de empleo basado en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y estar prorrogado automáticamente hasta el 31 de enero de 2021, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, y
   - Realizar una actividad, habiendo resultado de aplicación para la determinación de los tipos de cotización para la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales respecto de las liquidaciones de cuotas presentadas en septiembre de 2020, que se clasifique en los códigos de la CNAE-09: a. 4634 (Comercio al por mayor de bebidas), ob. 5610 (Restaurantes y puestos de comidas), o c. 5630 (Establecimientos de bebidas), o d. 9104 (Actividades de los jardines botánicos, parques zoológicos y reservas naturales), o e. 9200 (Actividades de juegos de azar y apuestas). Y asimismo presentar ante la Tesorería General de la Seguridad Social declaración responsable que haga referencia tanto a la existencia como al mantenimiento de la vigencia de este expediente de regulación temporal de empleo y al cumplimiento de los requisitos establecidos para la aplicación de estas exenciones. En concreto y, en cualquier caso, la declaración hará referencia a haber obtenido la correspondiente resolución de la autoridad laboral emitida de forma expresa o por silencio administrativo.

Esta declaración responsable debe presentarse a través del Sistema RED, y respecto de cada código de cuenta de cotización, y de cada uno de los meses de diciembre de 2020 y enero de 2021, en el que figuren de alta las personas trabajadoras que tengan sus actividades suspendidas, en los centros afectados, por los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión, o que reinicien su actividad a partir del 1 de diciembre de 2020, o que la hubieran reiniciado desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, en los términos de su artículo 4.2.a), y antes de solicitar el cálculo de la liquidación de cuotas correspondiente. También deberán comunicar a la TGSS la identificación de las personas trabajadoras que reinicien su actividad a partir del 1 de diciembre de 2020, o que la hubieran reiniciado desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 18/2020, por los periodos y porcentajes de jornada trabajados en dicho mes; y respecto de las personas trabajadoras que tengan sus actividades suspendidas en el mes de diciembre de 2020 o en el mes de enero de 2021, por los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión y periodo de la suspensión o reducción de jornada.

2.2. MEDIDAS DE APOYO A LA PROLONGACIÓN DEL PERIODO DE ACTIVIDAD DE LOS TRABAJADORES CON CONTRATOS FIJOS DISCONTINUOS EN LOS SECTORES DE TURISMO Y COMERCIO Y HOSTELERÍA VINCULADOS A LA ACTIVIDAD TURÍSTICA

La disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 35/2020, sobre medidas de apoyo a la prolongación del periodo de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos en los sectores de turismo y comercio y hostelería vinculados a la actividad turística, establece lo siguiente:

1. Las empresas dedicadas a actividades encuadradas en los sectores de turismo (excluidas las pertenecientes al sector público), así como los de comercio y hostelería, siempre que se encuentren vinculados a dicho sector del turismo, que generen actividad productiva en los meses de abril a octubre de 2021, y que inicien o mantengan en alta durante dichos meses la ocupación de los trabajadores con contratos de carácter fijo discontinuo, podrán aplicar una bonificación en dichos meses del 50% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como por los conceptos de recaudación conjunta de Desempleo, FOGASA y Formación Profesional de dichas personas trabajadoras.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de las medidas que con la misma finalidad y por otros periodos se puedan establecer en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021.

Estas bonificaciones serán compatibles con las exenciones de cuotas empresariales a la Seguridad Social que pudieran corresponder. El importe resultante de aplicar las exenciones y estas bonificaciones no podrán, en ningún caso, superar el 100% de la cuota empresarial que hubiera correspondido ingresar.

2.3. SUPRESIÓN DURANTE EL AÑO 2021 DE LOS REQUISITOS MÍNIMOS DE ACTIVIDAD PARA EL MANTENIMIENTO EN EL CENSO DE ACTIVOS DE LOS PROFESIONALES TAURINOS Y PARA LA INCLUSIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS ARTISTAS EN ESPECTÁCULOS PÚBLICOS DURANTE LOS PERÍODOS DE INACTIVIDAD

La disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 35/2020, sobre supresión durante el año 2021 de los requisitos mínimos de actividad para el mantenimiento en el Censo de Activos de los Profesionales Taurinos y para la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los artistas en espectáculos públicos durante los períodos de inactividad, establece lo siguiente:

1. Los artistas en espectáculos públicos que en algún momento del año 2020 hubieran estado en alta en el Régimen General de la Seguridad Social por dicha actividad, o en situación de inactividad, podrán solicitar durante el ejercicio 2021 su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social durante sus períodos de inactividad sin necesidad de acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos en dicho artículo.

2.- A efectos de la actualización del Censo de Activos de Profesionales Taurinos durante el ejercicio 2021, se exime a los profesionales taurinos de acreditar el cumplimiento del requisito de haber participado en un número mínimo de espectáculos durante la temporada taurina correspondiente al año 2020, conforme a lo previsto en el artículo 11, apartado 3.1, de la Orden de 20 de julio de 1987, por la que se desarrolla el Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, que procede a la integración de diversos Regímenes Especiales en materia de campo de aplicación, inscripción de Empresas, afiliación, altas y bajas, cotización y recaudación.

Como consecuencia de lo anterior, con efectos de 1 de enero de 2021, se consideran en situación de alta en el Censo de Activos de Profesionales Taurinos a todos los profesionales taurinos que lo estuvieran a fecha de 31 de diciembre de 2019, así como a aquellos que hubieran ingresado en dicho Censo a lo largo de 2020.

Respecto de los artistas en espectáculos públicos, se contempla la posibilidad de aquellos que durante el año 2020 hubieran estado en alta en el Régimen General por dicha actividad, o en la situación de inactividad de artistas a la que se refiere el artículo 249 ter LGSS, puedan solicitar durante el año 2021 su alta en la situación de inactividad de artistas a la que se refiere el citado artículo 249 ter, sin necesidad de acreditar los requisitos que para ello se establecen. Por tanto, bastará que el interesado acredite algún día de alta como artista en espectáculo público, o en situación de inactividad, en el año 2020 para que pueda solicitar el alta en el Régimen General de la Seguridad Social durante sus períodos de inactividad como artista en espectáculo público a lo largo del año 2021 sin necesidad de reunir los requisitos del artículo 249 ter.

Respecto a los profesionales taurinos, el punto 2 de esta disposición dispone que a efectos de la actualización del Censo de Activos, no será necesario acreditar su participación durante el ejercicio en un número mínimo de festejos para mantener el alta en el citado censo.

De acuerdo con ello, con efectos de 1 de enero de 2021, se considerarán en situación de alta en el Censo de Activos de Profesionales Taurinos, a todos aquellos profesionales que estuvieran en situación de alta en el censo durante el año 2020, bien por haber acreditado al menos ocho actuaciones durante el año 2019 o bien por haber iniciado la actividad, y por tanto haberse cursado su alta en el citado Censo de Activos durante el año 2020.

DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PRESTACIONES (OCTUBRE-DICIEMBRE 2020)

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA *Letrado de la Administración de la Seguridad Social*
https://orcid.org/0000-0002-0034-5194

1. REQUISITO DE ESTAR EN SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA PARA EL ACCESO A LAS PENSIONES. PERCEPTOR DE PRESTACIONES POR DESEMPLEO (CRITERIO DE GESTIÓN DEL INSDS 20/2020, DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2020)

Se plantea si a los efectos de acceder a las pensiones de Seguridad Social, cabe considerar la situación de desempleo total y subsidiado, como una situación asimilada a la de alta, con independencia de la situación referente al paro involuntario.

De la tradicional doctrina administrativa (Circular del INSS 32/1994, de 21 de noviembre del 1994 y Criterio de Gestión 102/2003-2004) se deducía que la involuntariedad en la situación de desempleo requería que, después del cese en el trabajo o de agotada la protección por desempleo, exista manifestación acreditativa de voluntad de incorporarse a la actividad laboral. De esta manera cuando esto no se produce y transcurre largo periodo de tiempo hasta la inscripción en la Oficina de Empleo, cabe entender que esta inscripción tardía no es suficiente para considerar como paro involuntario todo el tiempo transcurrido desde el cese o agotamiento.

Por otra parte, hay que señalar que el acceso a cualquier modalidad de subsidio por desempleo se requiere, entre otros requisitos, encontrarse en situación legal de desempleo, figurar inscrito como demandante de empleo y mantener tal inscripción, si bien, se admiten breves interrupciones en la inscripción como demandante de empleo, tal como dispone el Criterio de Gestión 102/2003-04).

Teniendo en cuenta que los artículos de las principales normas legales y reglamentarias, al referirse a las situaciones asimiladas a la de alta, incluyen ambas modalidades de protección por desempleo –total y subsidiado–, tal como dispone el artículo 166 LGSS, apartados 1.1º y 2 del artículo 36 del Real Decreto 84/1996; artículo 28.Dos, letra d) del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre; artículo 1.2 de la Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social; artículo 2.4.d) de la Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social y atendiendo a la tendencia jurisprudencial, que descarta una interpretación restrictiva en la que únicamente se incluyan en el supuesto de situación asimilada a la de alta a los perceptores de la prestación por desempleo y no a los del subsidio por desempleo, cabe concluir que el hecho de que el SEPE considere pertinente el reconocimiento de cualquiera de los subsidios de desempleo previstos normativamente es suficiente para que por parte de esta Entidad gestora se

pueda presumir que se cumple el requisito de encontrarse en situación asimilada a la del alta, a efectos de acceder a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social.

2. PROTECCIÓN DEL PERSONAL SANITARIO O SOCIO-SANITARIO POR EL CONTAGIO DEL VIRUS SARS-COV-2 EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES. CRITERIO DE GESTIÓN DEL INSS 22/2020, DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2020)

El Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y Tributarias para paliar los efectos del COVID-19, estableció en su artículo 9 la consideración de la contingencia de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social causadas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV-2 durante el estado de alarma. Su vigencia, fue prorrogada por el Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales, si bien, este Real Decreto-ley perdió su vigencia al no ser convalidado. No obstante, el contenido del artículo 9 se vuelve a reformular en la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, en los siguientes términos:

"*1. Desde la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud y hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer que las autoridades sanitarias levanten todas las medicinas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios, inscritos en los registros correspondientes, y que en el ejercicio de su profesión, hayan contraído el virus SARS-CoV-2 por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios, cuando así se acredite por los servicios de Prevención de Riesgos Laborales y Salud Laboral, se considerarán derivadas de accidente de trabajo, al entender cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 156.2.e) LGSS.*

2. El contagio y padecimiento de la enfermedad se acreditará mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo que deberá haberse expedido dentro del mismo periodo de referencia.

3. En los casos de fallecimiento, se considerará que la causa es accidente de trabajo siempre que el fallecimiento se haya producido dentro de los cinco años siguientes al contagio de la enfermedad y derivado de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217.2 LGSS".

El INSS para la aplicación de esta disposición adoptan los siguientes criterios:

1.- Ámbito de aplicación.

- Quedan excluidas aquellas prestaciones del sistema de la Seguridad Social, que no guarden vinculación con el contagio del COVID-19.

- No se consideran derivadas de accidente de trabajo las prestaciones del sistema de la Seguridad Social causadas por el personal que trabajando en centros sanitarios o socio-sanitarios que desempeñe otras funciones distintas a la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios, como sería el caso del personal administrativo, el personal de limpieza, etc.

- No se consideran derivadas de accidente de trabajo las prestaciones del sistema de la Seguridad Social causadas por el personal que presta servicios sanitarios o socio-sanitarios exclusivamente fuera de dichos centros sanitarios o socio-sanitarios.

- Se consideran derivadas de accidente de trabajo las prestaciones causadas por el personal que presta servicios sanitarios o socio-sanitarios tanto en centros sanitarios o socio-sanitarios como fuera de dichos centros.

A estos efectos, cabe considerar sanitarios o socio-sanitarios únicamente a los centros dedicados a actividades comprendidas en la sección Q ("*actividades sanitarias y de servicios*

sociales") de la CNAE, si bien sólo las que se enumeran en la División 86 (*actividades sanitarias*) y dentro del 87 solo los del grupo 87.1 ("*Asistencia en establecimientos residenciales con cuidados sanitarios*")-

Quedan excluidos los centros dedicados al resto de actividades relacionadas en le indicada sección Q, así como otros tipos de centros (por ejemplo, los dedicados a pompas fúnebres y actividades relacionadas, CNAE 9603), o al comercio al por menor de productos farmacéuticos en establecimientos especializados, CNAE 4773, que se incluyen en secciones distintas de la sección Q).

2. Ámbito temporal

La previsión de considerar accidente de trabajo las prestaciones derivadas del contagio por COVID-19 que cause el personal sanitario y socio-sanitario, debe considerarse aplicable a partir del 11 de marzo de 2020, fecha de la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud, hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Por otra parte, se considerará que el contagio se ha producido en la fecha en que quede acreditado en el parte de accidente de trabajo.

En el caso de fallecimiento de este personal producido dentro de los cinco años siguientes al contagio de la enfermedad y derivado de la misma, se presumirá que la causa es accidente de trabajo. No obstante, cabe entender que esta previsión resulta únicamente aplicable a los fallecimientos por contagios del virus SARS-CoV-2 producidos, desde el 11 de marzo hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que estén debidamente acreditadas mediante la emisión de una parte de accidente de trabajo dentro de dichas fechas, y siempre que el fallecimiento derive de dicho contagio.

Los fallecimientos que puedan producirse transcurridos más de cinco años desde la fecha del contagio solo darán lugar a prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de la contingencia de accidente de trabajo por contagio del COVID-19 cuando previamente se haya reconocido al trabajador una incapacidad permanente absoluta o una gran invalidez derivada de dicho contagio.

Cuando el contagio del personal haya tenido lugar fuera de los límites temporales establecidos, es decir, desde el 11 de marzo hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se aplicarán las siguientes reglas:

a) A los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal, será de aplicación lo previsto en el primer párrafo del artículo 5.1 del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, por lo que el contagio se considerará, con carácter excepcional, como situación asimilada a accidente de trabajo, salvo que el contagio de la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos establecidos en el artículo 156 LGSS.

b) Respecto del resto de prestaciones causadas por el personal de referencia como consecuencia de los contagios producidos fuera de los límites temporales previstos en la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020 se consideran derivadas de enfermedad común, excepto en aquellos casos en que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución de su trabajo, según previene el artículo 156.2.e) LGSS, habiéndose emitido a tal efecto el correspondiente parte de baja por accidente de trabajo.

3. Aplicación retroactiva.

Pese a que el artículo 9.1 del Real Decreto-ley 19/2020, hacía mención a "*cualquiera de las fases de la epidemia*", una vez que la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020,

señala que las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal sanitario o socio-sanitario de referencia se considerarán derivadas de accidente de trabajo, "desde la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud", es necesario entender que sólo se puede aplicar retroactivamente a los contagios producidos desde el 11 de marzo de 2020.

En cuanto a la asistencia sanitaria la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 19/2020, dispone en relación con los efectos de la calificación como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo de las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV-2 durante el estado de alarma, establece que la asistencia sanitaria prestada a los trabajadores protegidos en el artículo 9, durante la declaración del estado de alarma que, hasta la fecha de entrada en vigor de esta norma, se ha venido considerando como derivada de contingencia común, mantendrá dicha calificación.

No obstante, una vez reconocida la contingencia profesional de la prestación en los términos del artículo 9, la asistencia sanitaria, derivada de la recaída como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV-2 durante el estado de alarma, tendrá la naturaleza de contingencia profesional.

Cabe entender que la previsión de la disposición transitoria incluye todas las recaídas que puedan suceder después de la entrada en vigor del real decreto-ley debidas al contagio del citado virus, pero en ningún caso permite considerar que la asistencia sanitaria anterior y recaídas anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 19/2020, derivan de contagio profesional.

4. Revisión.

A instancia del interesado se podrán revisar las prestaciones reconocidas durante el estado de alarma conforme a las normas y criterios de interpretaciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 19/2020, cuando las normas aplicadas hayan quedado sin efecto en virtud de normas posteriores que se han ido aprobando con motivo del COVID-19, o los criterios administrativos aplicados hayan quedado desvirtuados por estas últimas o por cambios de criterio más favorables.

3. EDAD LÍMITE PARA EL RECONOCIMIENTO O REVISIÓN DE UNA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE A QUIEN ES PENSIONISTA DE JUBILACIÓN ANTICIPADA POR RAZÓN DE LA ACTIVIDAD O EN CASO DE DISCAPACIDAD. CRITERIO DE GESTIÓN DEL INSS 23/2020, DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2020)

El artículo 195.1 párrafo segundo LGSS indica. "*No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el artículo 205.1.a) LGSS y reúnan los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social*".

Con respecto a la revisión de la incapacidad permanente, el artículo 200.2 LGSS establece que se puede instar la revisión por agravación o mejoría del estado incapacitante profesional, en tanto que el beneficiario no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 205.1.a) LGSS para acceder al derecho a la pensión de jubilación.

Tanto en un caso como en otro, la edad referida es la establecida en el artículo 205.1.a) LGSS que requiere "*Haber cumplido sesenta y siete años de edad, o sesenta y cinco años cuando se acrediten treinta y ocho y seis meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional a la correspondiente a las pagas extraordinarias*".

A este respecto, el criterio 1/2005 de esta Entidad gestora consideraba que para el límite de edad establecido en los citados artículos para el acceso o la revisión de la incapacidad permanente se tenía en cuenta la edad real del interesado en la fecha del hecho causante, es decir, sin aplicación de los coeficientes reductores.

No obstante, el Tribunal Supremo en sus sentencias 512/2020, de 24 de junio y 563/2020, de 1 de julio, se han pronunciado en relación con la edad límite que se tiene tener en cuenta para el reconocimiento o revisión de la incapacidad permanente, en los supuestos en los que el interesado es pensionista de jubilación anticipada por discapacidad que ha reducido la edad requerida en el artículo 205.1.a) LGSS para el acceso a la misma, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 206.2 LGSS.

Las sentencias referenciadas concluyen que la edad de jubilación requerida en el artículo 205.1.a) LGSS, pero esta edad puede ser alterada. Así, se dan supuestos en los que la edad ordinaria pasa a ser otra diferente en razón de la actividad profesional (artículo 206.1 y disposición adicional 20ª LGSS) o de la situación física del trabajador (la jubilación por discapacidad del artículo 206.2 LGSS a la expresamente se refieren las citadas sentencias). Según el Tribunal Supremo, la reducción de la edad ordinaria no puede entenderse en otro sentido que en el de sustituir el número de años de la ordinaria por otra que, se definitiva, también viene a constituirse como edad ordinaria de jubilación para estos colectivos.

Igualmente, el Tribunal Supremo interpreta el artículo 200.2 LGSS en el sentido de que la prestación de incapacidad permanente, en tanto que en ella entre en juego como requisito para su reconocimiento el no ostentar la edad de jubilación ordinaria, no podrá reconocerse cuando se haya alcanzado la edad ordinaria del artículo 205.1.a) ni cuando se alcance la que como tales tengan establecida colectivos específicos, en donde el número de años de edad del artículo 205.1.a) LGSS se ve sustituido por el allí establecido.

Para concluir la entidad gestora, cambiando su primitivo criterio, entiende que a los pensionistas de jubilación anticipada que han visto reducida la edad requerida en el artículo 205.1.a) LGSS por aplicación del artículo 206 LGSS, se les considerará dicha edad reducida a efectos de determinar la edad límite que establecen los artículos 195.1 y 200.2 LGSS para el reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente por contingencias comunes a efectos de instar su revisión.

4. INTEGRACIÓN DE LAGUNAS DE COTIZACIÓN SUBSIGUIENTES A UN ALTA EN EL SISTEMA ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR O EN EL ANTIGUO RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR, PRODUCIDAS CON ANTERIORIDAD A 1 DE ENERO DE 2021, A EFECTOS DEL CÁLCULO DE LA BASE REGULADORA DE LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE DERIVADA DE CONTINGENCIAS COMUNES Y DE JUBILACIÓN CAUSADAS A PARTIR DE DICHA FECHA. CRITERIO DE GESTIÓN DEL INSS 24/2020, DE 4 DE DICIEMBRE DE 2020)

Se plantea cual debe ser el tratamiento que se debe dar a las lagunas de cotización subsiguientes a un alta en el sistema especial de empleados de hogar o en el régimen especial de empleados de hogar, producidas con anterioridad a 1 de enero de 2021, a efectos del cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente y jubilación causadas a partir de dicha fecha.

A este respecto el apartado 4 de la DT 16ª LGSS establece: "*4. Desde el año 2012 hasta el año 2020 para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación causadas en dicho periodo por los empleados de hogar respecto de los periodos cotizados en este sistema especial solo se tendrán en cuenta los periodos realmente cotizados, no resultando de aplicación lo previsto en los artículos 197.4 y 209.1.b)*".

Pues bien, esta norma solo afecta a las lagunas producidas en el Sistema de Empleados de Hogar entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2020, sin hacer referencia a las producidas con anterioridad a dicho periodos, cabe concluir que, a efectos del cálculo de la base

reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación que se causen a partir de 1 de enero de 2021, la integración de las lagunas de cotización subsiguientes a un alta en el Sistema Especial o en el antiguo Régimen Especial de Empleados de Hogar, cualquiera que sea la fecha en que dichas lagunas se hubieran producido, se integrarán conforme a las reglas generales previstas en los artículos 197.4 y 209.1.b) LGSS o en las del régimen llamado a resolver sobre el derecho.

5. TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS. CÓMPUTO DE LA ANTIGÜEDAD EN LA EMPRESA PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN PARCIAL. CRITERIO DE GESTIÓN DEL INSS 19/2020, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2020)

El artículo 215.2.b) LGSS establece como uno de los requisitos para acceder a la jubilación parcial "*Acreditar un periodo de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores, o en empresas pertenecientes al mismo grupo*".

El auto de 15 de octubre de 2019 de la Sala Séptima del Tribunal de Justicia de Unión Europea (TJUE), en los asuntos acumulados C-439/2018 y C-472/2018 –que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en relación con el cómputo de la antigüedad a efectos de trienios de las personas con contrato fijo discontinuo llevada a cabo por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT)–, ha fallado que la forma de cálculo que a estos efectos dispone el IV Convenio Colectivo del personal laboral de la AEAT, se opone a la normativa europea. Concretamente, se opone a lo dispuesto en la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 y artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

El cálculo de la antigüedad a efectos de trienios que la AEAT aplica a los trabajadores fijos discontinuos conforme al Convenio Colectivo citado, se efectúa computando únicamente el tiempo de trabajo efectivo, pero no los periodos de tiempo entre campañas o llamamientos. En la citada sentencia TJUE considera que esta práctica supone una discriminación de los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a tiempo completo, a los que se les computa todo el tiempo en que permanece el vínculo laboral con la empresa independientemente del tiempo real de trabajo, así como una discriminación indirecta de las mujeres, por ser las que mayoritariamente son contratadas bajo esta modalidad de contratación, de manera que esta forma de proceder se opone a la normativa europea sobre igualdad de trato.

Con base en lo establecido en la referida sentencia, a efectos del cómputo de los años de antigüedad exigidos para el acceso a la jubilación parcial, cabe concluir que a los exclusivos efectos del cómputo de, al menos 6 años de antigüedad inmediatamente anteriores al hecho causante de la jubilación parcial exigidos en el artículo 215.2.b) LGSS, los periodos con contrato fijo discontinuo se computarán íntegramente desde el alta inicial en la empresa hasta la baja en la misma con este tipo de contrato, incluyendo en el cómputo los periodos entre campañas, independientemente de la jornada o el tiempo de trabajo efectivo realizado.

6. PENSIÓN DE VIUDEDAD. PAREJA DE HECHO, EXENCIÓN DEL REQUISITO DE CONVIVENCIA EN EL MOMENTO DEL HECHO CAUSANTE EN EL MOMENTO DE SU FALLECIMIENTO, AL HABER CESADO LA CONVIVENCIA POR LA EXISTENCIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. CRITERIO DE GESTIÓN DEL INSS 21/2020, DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2020)

El INSS asume la doctrina emitida por la Sala 4ª del Tribunal Supremo en su sentencia 908/2020, de 14 de octubre, en la que se reconoce el derecho a la pensión de viudedad de pareja de hecho a la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba en el momento del fallecimiento unida al causante no conviviendo con él, entendiendo que cumplía los requisitos legalmente exigidos.

El Tribunal Supremo realiza una interpretación del artículo 174.3 LGSS/1994, actual artículo 221 LGSS/2015, con perspectiva de género, habida cuenta que el tenor literal de dicho artículo establece que tiene derecho a la pensión de viudedad "quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho". Entre otros requisitos, se exige "una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años".

Entiende el alto tribunal que la lógica de este requisito responde a la necesidad de demostrar la realidad y existencia de la unión de hecho, realidad que acredita la convivencia común. Ahora bien, esta lógica necesidad no es razonable que se exija en los casos de violencia de género sufrida por la mujer integrante de la pareja de hecho ejerce la violencia de género contra la mujer con la que se convive, la protección de esta mujer lo que precisamente exige es, entre otras muchas cosas, que cese la convivencia con vistas a impedir que siga sufriendo una situación de violencia. En estos casos, la convivencia no es posible y resulta indeseable, por lo que debe evitarse a toda costa, por lo que, si se exige y se impone como requisito, no se alcanzaría la finalidad primordial y principal de proteger a la víctima de la violencia de género. Y ha de recordarse que la convivencia se rompe no exactamente por la libre voluntad de la mujer que forma parte de la unión de hecho, sino porque la violencia ejercida sobre esta última hace imposible la convivencia.

Igualmente la citada sentencia invoca la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que reclama contra dicha violencia una protección, integral y trasversal. Así un exponente de cómo se van superando déficits de protección cuando tales déficits se detectan y manifiestan, lo constituye "*la entronización de la violencia de género en la regulación de la pensión de viudedad en los supuestos de separación y divorcio (artículo 174.2 LGSS de 1994 y actual artículo 220.1 y 2 LGSS). Ello se hizo por el apartado décimo de la disposición final tercera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, para eximir del requisito de ser acreedoras de pensión compensatoria a las mujeres que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación o el divorcio*".

Pues bien, realizando una integración analógica al supuesto de la pensión de viudedad de parejas de hecho, la citada sentencia indica: "*En primer lugar, porque la concurrencia de violencia de género debe eximir del cumplimiento de determinados requisitos que, no solo carecen de sentido cuando existe aquella violencia (en nuestro caso, la exigencia de la convivencia haya debido y tenido que cesar por la violencia es radicalmente incompatible con la protección de la mujer víctima de malos tratos). En nuestra STS 22/2016, 20 de enero de 2016 (rcud 3106/2014), ya hablábamos de la exención del cumplimiento de determinados requisitos cuando se trate de víctimas de violencia de género*".

"Y, en segundo lugar y, sobre todo, porque si las mujeres separadas y divorciadas víctimas de violencia de género pueden acceder a la pensión de viudedad, lo mismo debe poder suceder con las mujeres que forman uniones de hecho y que igualmente víctimas de violencia de género".

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

Laborum

nº 26 (1er Trimestre 2021)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Fiscalidad de los planes de pensiones privados[1]
Taxation of private pension plans

MIGUEL GUTIÉRREZ BENGOECHEA *Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario*
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-2769-7579

Cita sugerida: GUTIÉRREZ BENGOECHEA, M., "Fiscalidad de los planes de pensiones privados". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 26 (2021): 255-279.

Resumen

El sistema de reparto de la Seguridad Social pasa por una situación de crisis económica debido a una serie de variables como la demográfica que actúa negativamente en el sostenimiento de las pensiones públicas. Este hecho se fundamenta principalmente en el crecimiento de la esperanza de la vida de los ciudadanos sin un acompañamiento proporcional en la tasa de natalidad. Sin embargo, el aspecto que más preocupa es el gran desempleo que existe en la población activa, agudizado por el cierre repentino de la economía española a causa del COVID-19.

La caída en las cotizaciones a la Seguridad Social obligará al Gobierno a emitir deuda pública para pagar las pensiones contributivas aumentando el déficit de la Seguridad Social.

Ante este panorama es previsible que la tasa de sustitución de las pensiones públicas disminuya en el futuro por lo que los planes de pensiones privados se erigen en un instrumento de ahorro esencial para complementar las pensiones públicas.

Palabras clave

Desempleo; Plan de Pensiones; Seguridad Social; Impuestos; Jubilación

Abstract

The Social Security distribution system is going through an economic crisis due to a series of variables such as demographics, which is having a negative impact on the maintenance of public pensions. This fact is based mainly on the increase in citizens' life expectancy without a proportional increase in the birth rate. However, the most worrying aspect is the large rate of unemployment that exists in the workforce, exacerbated by the sudden shutdown of the Spanish economy due to Covid-19.

The fall in Social Security contributions will force the Government to issue public debt to pay contributory pensions, increasing the Social Security deficit.

Against this background, it is foreseeable that the replacement rate of public pensions will decrease in the future, so that private pension plans become an essential savings tool to complement state pensions.

Keywords

Unemployment; Pension Plan; Social Security; Taxes; Retirement

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente la sostenibilidad de las pensiones públicas está en una situación no muy halagüeña debido a factores demográficos como el envejecimiento de la población española y la baja natalidad. A esta situación, hay que añadir la presencia inesperada del COVID-19 en la economía española lo que ha provocado una crisis económica sin precedentes alcanzando la tasa de desempleo más de un 20 por ciento.

El hecho de que haya tanto desempleo afecta directamente a las cotizaciones a la Seguridad Social lo que empeora aún más la situación financiera de la Seguridad Social.

No se puede justificar en modo alguno que el número de fallecimientos a consecuencia del virus COVID-19 pueda aliviar el factor de sostenibilidad de las pensiones públicas porque si bien es verdad que está afectando en más de un 80 por ciento a la población de más de 60 años y que

[1] Este artículo está referenciado al Proyecto Estatal I+D+i: "Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones: ¿sostenibilidad versus suficiencia? Ref: 2018-094696-B-100.

Fecha Recepción: 8-7-2020 – Fecha Revisión: 27-7-2020 – Fecha Aceptación: 28-7-2020
Pags. 255-279

muchos de ellos están en situación de pensionista, las secuelas que la enfermedad está dejando a la población más joven podrían generar unos gastos sanitarios desmesurados y en los casos más graves pueden generar situaciones de invalidez con el reconocimiento de las pensiones públicas correspondientes. Esta situación podría neutralizar el ahorro en las pensiones públicas de las personas fallecidas.

En este escenario se plantean algunas propuestas como la bajada de las futuras pensiones públicas lo que se traduce en que el factor de sustitución estaría por debajo del 80 por ciento con los problemas que podría plantear al Estado de Bienestar Social.

Actualmente se produce una dicotomía en el desarrollo de los planes de pensiones.

Por un lado, se observa que el legislador tributario ha ido suprimiendo parcialmente los beneficios fiscales asociados a estos instrumentos de previsión social a pesar de la disminución en la contratación de los planes de pensiones en favor de otros instrumentos de ahorro.

En el otro extremo, está la progresiva flexibilización que están experimentando los planes de pensiones en cuanto a su rescate. Sin duda esta menor rigidez en la percepción de los derechos consolidados de los planes de pensiones responde a una política financiera encaminada a hacer más atractiva la contratación de los planes de pensiones (ya que la fiscalidad no coadyuva a ese objetivo) con el fin de que los pensionistas en el año 2025 puedan complementar las pensiones públicas con la renta de los planes de pensiones privados.

Con la pandemia del coronavirus y de forma transitoria, el Real Decreto-ley 15/2020 de *Medidas Urgentes Complementarias para Apoyar la Economía y el Empleo,* se regulan los requisitos y condiciones para necesarias para poder rescatar los planes de pensiones privados a aquellas personas afectadas económicamente por el COVID-19.

El rescate de estos instrumentos de previsión social se hará de forma temporal para aquellos partícipes de planes de pensiones que actualmente se encuentran en situación de desempleo como consecuencia de un expediente de regulación temporal del empleo o que hayan tenido que cerrar los negocios o cesar su actividad como autónomos.

Sin embargo, el rescate de los planes de pensiones no es por la totalidad de los derechos consolidados sino sólo por la cuantía que han dejado de percibir como consecuencia de la declaración del estado de alarma.

En términos cuantitativo la cantidad rescatada como máximo será el resultado de prorratear durante el período de duración del ERTE o suspensión de la actividad, el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual para 12 pagas multiplicado por tres.

No obstante, los partícipes tendrán que probar la pérdida de ingresos como consecuencia del estado de alarma declarado.

2. CARACTERÍSTICAS DE LOS PLANES DE PENSIONES

El Derecho a una seguridad social digna está recogido en la Constitución Española, en cuyo artículo 41 dispone que "Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad..."[2].

Del precepto se infiere que todos los ciudadanos que hayan contribuido durante su vida laboral activa a la seguridad social o a las mutualidades públicas tienen garantizados unos Derechos

[2] La ventaja de un sistema público obligatorio de previsión social es que proporciona solidaridad intergeneracional, mitiga la pobreza en la tercera edad, no resulta discriminatorio para la movilidad laboral y favorece el bienestar social. Cfr *Fiscalidad de las operaciones financieras*, Edit *CISS*, 2008, pág 412.

económicos que les permitirán disfrutar durante su inactividad laboral de recursos financieros para afrontar sus necesidades[3].

Esta situación no impide que los ciudadanos complementen las contribuciones a los sistemas públicos de previsión social con otras aportaciones a sistemas privados de previsión social tendentes a percibir unas pensiones complementarias que en conjunto permitan a los perceptores de las mismas disfrutar del mismo bienestar del que disponían antes de llegar a su inactividad laboral[4].

La necesidad de complementar las percepciones públicas para la jubilación se basa en la crisis que está sufriendo el sistema de reparto de la seguridad social, que responde esencialmente a un pacto intergeneracional de modo que los pagos de la población activa del sistema sirven para financiar en cada período las pensiones de la población jubilada; a su vez, las pensiones que recibirán los trabajadores que están en activo, cuando se jubilen, procederán de los pagos que para entonces realice la población activa[5].

Ante esta realidad socio-económica toman auge los sistemas privados de previsión social que, basados en el sistema de capitalización, complementan al sistema público de pensiones de la seguridad social[6].

Sin embargo, el sistema público de la seguridad social no debe relajarse en favor de los sistemas complementarios porque hay muchas personas que no tienen ingresos suficientes como para contratar planes de pensiones complementarios al de la seguridad social. Los ciudadanos pretenden completar con sus esfuerzos aquello que no satisface el sector público. Ya Beveridge preconizaba que no esperásemos todo del Estado, que cada cual en la medida de sus posibilidades debe colaborar en salir de la situación de necesidad en que las circunstancias le pudieran haber situado en un momento dado, por lo que cada persona debe adoptar una actitud positiva frente a la adversidad.

Dentro de los sistemas de previsión social destacan a los Planes y Fondos de pensiones, por su permanencia en nuestro Ordenamiento jurídico y por su aceptación social como instrumento de ahorro privado a largo plazo. Además, y no menos importante, las aportaciones a los planes de pensiones dan derecho a importantes beneficios fiscales tanto a las personas físicas que los contraten como a las personas jurídicas que los promuevan[7].

---

[3] Hay que decir que el sistema de seguridad social cubre otras contingencias (a parte de la jubilación), y así, lo expresa la Constitución Española al recoger en el artículo 41, que la seguridad social también tiene como finalidad el cubrir contingencias como el desempleo, asistencia socio sanitaria que constituyen una pieza esencial en el estado de bienestar.

[4] En la Exposición de Motivos de la Ley 35/2006 (IRPF), en el quinto objetivo, alude a que los individuos puedan obtener a través del sistema público de pensiones y de su plan de pensiones privados, una prestación que permita la aproximación de sus rentas al último salario percibido.

[5] El motivo por el que este sistema no es muy viable viene condicionado principalmente por variables demográficas y dado que la natalidad ha experimentado un proceso de reducción muy notable a la vez que la esperanza de vida se ha alargado, las fuentes de financiación en que se asienta el sistema estén experimentando una reducción progresiva.

[6] En este sentido, el Pacto de Toledo, que es una Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la seguridad social y de las principales reformas que deberán acometerse, señala la necesidad de complementar el modelo de previsión con las prestaciones complementarias de naturaleza libre y gestión privada a las que pueden acceder quienes voluntariamente deseen complementar sus prestaciones públicas. El motivo por el que el Pacto de Toledo apuesta por los sistemas privados de pensiones se debe a que hoy en día es imposible el establecimiento de un sistema de capitalización público por los enormes costes financieros que conllevaría el tránsito desde el sistema de reparto al de capitalización pública. Sin embargo, estos instrumentos privados de previsión social pueden tener alguna desventaja como que están desprotegidos frente a la inflación, su rentabilidad es variable e incluso podría ser negativa y, por supuesto, no existe solidaridad intergeneracional.

[7] En relación a los planes de pensiones se aprecia por parte del legislador un uso extrafiscal del mismo, al someter el interés jurídico tributario a un interés distinto generalmente identificado con objetivos de política económica o social. SOLER ROCH; M T. *Incentivos a la inversión y justicia tributaria;* Cívitas, Madrid, 1983, p. 105.

Actualmente los planes de pensiones están regulados por el RDL 1/2002, de 29 de noviembre (texto refundido de la Ley de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones) y el reglamento que lo desarrolla viene dado por el RD 304/2004, de 20 de febrero, ambos modificados parcialmente por la Ley 35/2006 reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por el RD 439/2007, de 30 de marzo: Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas[8].

La protección de los sistemas de previsión social, en general, constituye para casi todos los Estados un objetivo prioritario que, como tal, aparece regulado como un derecho fundamental en sus cartas magnas.

Así cuando un Estado sospeche que los derechos consolidados por las personas a través de estos instrumentos de previsión pueden peligrar económicamente, asumen la gestión de los mismos, como ha ocurrido recientemente en Argentina[9].

Para que los planes de pensiones puedan acceder a un determinado régimen fiscal y financiero ventajoso deben cumplir con unos principios regulados en el artículo 5 TRPFP que, además, se muestran como garantes de los derechos consolidados de los partícipes y son fundamentales para su integración como intermediarios financiero.

Los planes de pensiones no son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades al tener una naturaleza contractual y de carácter asociativo. En este sentido los planes de pensiones no tienen un patrimonio independiente que les permita obtener rentas de forma autónoma y así, otorgarle subjetividad tributaria.

El artículo 29 del TRPFP no aclara en mi opinión la cuestión pues solamente dispone que: "Las rentas correspondientes a los planes de pensiones no serán atribuibles a los partícipes, quedando, en consecuencia sin tributación en el régimen de atribución de rendimientos".

El precepto citado da a entender que el plan de pensiones puede constituir una unidad económica susceptible de imputar rendimientos, pero esta consideración no es cierta porque existe una separación entre el aspecto contractual representado por el plan de pensiones y el fondo de pensiones en cual sí está integrado por el patrimonio de todos los partícipes y que al final tendrá que realizar las prestaciones[10].

A diferencia de los planes de pensiones, los fondos de pensiones si tienen una autonomía patrimonial con lo que perfectamente podrían quedar sujetos a la atribución de rendimientos porque carecen de personalidad jurídica.

Sin embargo, el artículo 30.1 TRPFP dispone que: "los fondos de pensiones constituidos e inscritos según lo requerido en esta Ley, estarán sujetos al Impuesto sobre Sociedades a un tipo de gravamen cero teniendo en consecuencia, derecho a la devolución de las retenciones que se practiquen sobre los rendimientos del capital mobiliario".

[8] Vid Disposición Adicional décima y Final quinta de la Ley 35/2006 y Disposición Final primera del RD 439/2007, de 30 de marzo**.**

[9] La crisis financiera que están padeciendo todas las economías motivado por una desregulación del sistema financiero con la actual globalización económica ha instado a las autoridades públicas de muchos estados han intervenir y asumir la gestión o participación activa en las entidades financieras ubicadas en dichos estados.

[10] Como manifiestan MORENO ROYES, F SANTIDRIÁN ALEGRE y FERRANDO PIÑOL, A. *Los planes y fondos de pensiones. Comentarios al Reglamento,* CDN, Ciencias de la Dirección, Madrid, 1988, p. 171. El plan de pensiones cualquiera que sea su modalidad podría defenderse la existencia de un patrimonio separado compuesto por las aportaciones realizadas por los promotores y partícipes, en la medida en que tales contribuciones recibidas por el plan resulten integradas en el correspondiente fondo de pensiones a través de la cuenta de posición del plan, que habría de reflejar los rendimientos netos asignados al mismo. Sin embargo, se produce una ausencia de tributación de los planes, tanto directamente como por la atribución de rentas sobre los partícipes y beneficiarios.

Es precisamente este precepto el que otorga la subjetividad tributaria considerando a los fondos de pensiones como sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, evitando el sistema de atribución de rendimientos.

El aplicar un tipo impositivo del 0% garantiza que los fondos de pensiones no van a soportar presión fiscal, a diferencia de otras de otras entidades exentas que, antes de 1996 quedaban sujetas a una tributación mínima por el importe de las retenciones. Además, la tributación a un tipo impositivo de cero posibilita el derecho a la devolución de las retenciones que se practiquen a los rendimientos de capital mobiliario. Tan sólo estarían estas entidades a las obligaciones formales que están reguladas en el Impuesto sobre Sociedades con carácter general[11]. Sin embargo, actualmente, no resulta preciso el tipo cero, puesto que las entidades exentas no están sometidas a retención, de manera que se obtendría el mismo resultado declarando exentos los fondos de pensiones.

2.1. Principio de no discriminación

El primer principio que recoge el TRPFP en su artículo 5.1.a es el de no discriminación. Este principio básico en los planes de pensiones garantiza el acceso como partícipe de un plan de pensiones a cualquier persona física que reúna las condiciones de vinculación o de capacidad de contratación con el promotor que caracterizan cada tipo de contrato[12].

Como señala MALVÁREZ PASCUAL, en relación con un plan de sistema de empleo, se entiende que no es discriminatorio cuando la totalidad del personal empleado por el promotor con, por lo menos dos años de antigüedad, esté acogido o en condiciones de acogerse al citado plan, aunque se permita la existencia de varios subplanes, siendo admisibles también distintas aportaciones y prestaciones en cada subplan[13].

Sin embargo, el principio de no discriminación presenta algunas vicisitudes que flexibilizan su contenido; así, aunque hemos expuesto que el principio de no discriminación no resulta vulnerado cuando cualquier trabajador tiene acceso al plan de pensiones, siempre que tenga una antigüedad de dos años en la empresa, esto no es óbice para que no puedan integrarse en el plan de pensiones trabajadores con una antigüedad laboral inferior a dicho periodo, siempre a discreción de la empresa. Por otra parte, en estos planes, cuando sean de las modalidades de prestación definida o mixto, el empleado en condiciones de acogerse podrá ejercitar su derecho de adhesión dentro del año natural en que alcance aquellas condiciones.

Por otra parte, el principio de no discriminación se flexibiliza en relación con el *quantum* de las aportaciones que la empresa realice a cada uno de los trabajadores, es decir, pueden existir diferencias en las imputaciones que las empresa realice a sus trabajadores conforme a criterios derivados de un acuerdo colectivo o disposición equivalente o bien, establecidos en las propias especificaciones del plan de pensiones.

Por último, hay que destacar la posibilidad de que la empresa promotora decida crear distintos subplanes dentro de un mismo plan de pensiones, adhiriéndose distintos colectivos (trabajadores, directivos, etc..) de la empresa. Estos subplanes tendrán sus propias especificidades,

[11] MANRIQUE LÓPEZ, F, ARRIETA IDIAKEX, F, ATXABAL RADA, A. *Las Entidades de Previsión Social Voluntarias.* Ed Aranzadi; 2014, pp. 212-213

[12] Con la antigua Ley de Planes y Fondos de Pensiones se produjo cierta discriminación hacia aquellos colectivos de trabajadores-funcionarios que cotizaban a mutualidades obligatorias respecto a los que lo hacían a la Seguridad Social, pues para aquellos, el límite de reducción en la base imponible del IRPF de 3.000 euros como consecuencia de la aportación a los planes de pensiones actuaba de forma conjunta junto a las detracciones de derechos pasivos y a las cotizaciones a los Colegios de Huérfanos. Así lo expresó el profesor HINOJOSA TORRALVO JJ "Artículos 28 y 29.Gastos deducibles y rendimiento neto del trabajo", en *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 424.

[13] MÁLVAREZ PASCUAL, L "El régimen jurídico tributario de los sistemas de previsión social." *QF,* 1998, p. 12.

siempre bajo negociación colectiva, atendiendo a las prestaciones que garantizarán o a las aportaciones que habrá que materializar[14].

En los planes de pensiones asociados el principio de no discriminación no se cuestionará cuando todos los asociados de una entidad puedan acceder en régimen de igualdad de condiciones y derechos al plan de pensiones; no obstante, como existe la posibilidad de que los distintos partícipes realicen las aportaciones que deseen, puede haber desigualdad en los derechos consolidados sin que por ello se vea lesionado el principio de no discriminación[15].

Por último, a tenor del artículo 46 del reglamento de los Planes y Fondos de Pensiones (en adelante RPFP), el plan del sistema individual no será discriminatorio cuando cualquier persona con capacidad de obligarse sea admitida en el plan de pensiones que ofrezca la entidad financiera[16].

2.2. Principio de capitalización

Este principio informa sobre el procedimiento que la entidad promotora va a seguir para ir constituyendo el fondo de pensiones y, por tanto, los derechos consolidados de los partícipes.

En este sentido, la entidad promotora según el artículo 8 del TRPFP, debe seguir un sistema actuarial basado en la capitalización de sus inversiones, que serán en la mayor parte el resultado de las aportaciones de los partícipes. Por otra parte, para mayor garantía de los partícipes, el coste anual de cada una de las contingencias en que está definida la prestación se calculará individualmente para cada partícipe, sin que la cuantía de la aportación imputable a un partícipe por tales conceptos pueda diferir la imputación fiscal soportada por el mismo[17].

2.3. Principio de irrevocabilidad

El principio de irrevocabilidad significa que las aportaciones efectivamente realizadas no podrán ser retiradas por el promotor y, además, que el promotor no podrá desvincularse libre y unilateralmente de los compromisos de aportación asumidos previamente[18].

Este compromiso *ex lege* tiene su fundamento, tal como aduce SANZ GADEA, en el derecho de crédito que los partícipes tienen frente al promotor, en virtud del cual éste está obligado a la realización por cuenta de aquellos, de determinadas aportaciones a un plan de pensiones del que son partícipes[19]; de otro lado, habría que justificar la irrevocabilidad, entendiendo que las aportaciones que la empresa realiza al trabajador forman parte de sus retribuciones básicas, o sea, del sueldo de éste[20].

Este principio de irrevocabilidad, sin embargo, no se predica para los partícipes, es decir, el participe no queda obligado a realizar las aportaciones sino que puede modificarlas o suspenderlas pasando desde ese momento a la condición de partícipe en suspenso, sin que por ello se vean

[14] Tan sólo puntualizar que las empresas sólo pueden constituir un plan de pensiones de forma unitaria o de promoción conjunta con otras empresas pero sí podrá subdividir el plan de pensiones en subplanes como ya se ha especificado.

[15] Vid artículo 52 RD 304/2004.

[16] Con anterioridad el artículo 7.2 RD 1307/1988 (antiguo reglamento de los Fondos y Planes de Pensiones) para que no se produjesen discriminaciones negaba expresamente la posibilidad de que las personas físicas empleadas en la entidad financiera, así como sus unidades familiares y sus parientes hasta el tercer grado inclusive puedan tener la condición de partícipes.

[17] FONT DE MORA SAINZ, P y otros: *Planes de pensiones y exteriorización de los compromisos empresariales*, *op. cit.*, pág 26.

[18] Vid artículo 2.4.c RPFP.

[19] SANZ GADEA, E: "Fondos de Pensiones", *op. cit.*, pág 7.

[20] Por esta razón cuando un trabajador es despedido de la empresa de forma procedente o improcedente puede movilizar sus derechos consolidados de su plan de pensiones a otro plan de pensiones o rescatarlo si se encuentra jurídicamente en situación de desempleo de larga duración.

mermado sus derechos consolidados, no obstante, las aportaciones ya realizadas no puede retirarlas pues son indisponibles e innegociables[21].

2.4. Principio de atribución de derechos

Las aportaciones de los partícipes determinan para éstos la consolidación de unos derechos que vendrán dados no sólo por la aportación realizada sino también por el régimen financiero aplicado a tales fondos constituidos[22].

2.5. Principio de integración obligatoria

Los Planes de Pensiones se integrarán obligatoriamente en un Fondo de Pensiones, que viene así a recoger los aspectos contables de las aportaciones al Plan de Pensiones.

2.6. Principio de inembargabilidad

Como su propio nombre indica, hace referencia a que los derechos que se van consolidando no son embargables ni tampoco pueden ser objeto de traba judicial o administrativa hasta que se produzca la contingencia que dé lugar al rescate de los mismos[23].

Es ilustrativa la STC 88/2009, de 20 de abril, la cual aclara que la imposibilidad de embargar los derechos consolidados tiene su fundamento en la propia naturaleza jurídico-económica de los derechos consolidados de estos planes de previsión social.

Por su propia regulación jurídica los derechos económicos que van consolidando los partícipes son indisponibles hasta que no se produzcan las contingencias reguladas en el artículo 8.7 TRPFP.

En este sentido el artículo 8.7 TRPFP dispone que las contingencias que otorgará al partícipe-beneficiario al cobro de la prestación serán las siguientes:" La jubilación: para la determinación de esta contingencia se estará a lo previsto en el régimen de seguridad correspondiente.

Cuando no sea posible el acceso de un partícipe a la jubilación, la contingencia se entenderá producida a partir de que cumpla los 65 años de edad, en el momento en que el partícipe no ejerza o haya cesado en la actividad laboral o profesional, y no se encuentre cotizando para la contingencia de jubilación para ningún Régimen de la Seguridad Social. No obstante, podrá anticiparse la percepción correspondiente a partir de los sesenta años de edad, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

Incapacidad laboral total y permanente para la profesión habitual o absoluta y permanente para todo trabajo, y la gran invalidez, determinadas conforme al régimen correspondiente de la Seguridad Social.

Muerte del partícipe o beneficiario, que puede generar derecho a prestaciones de viudedad, orfandad o favor de otras personas designadas.

---

[21] Según el artículo 9 RPFP establece como supuestos excepcionales de rescate, la enfermedad grave o el paro de larga duración.

[22] Tal como expone MARCOS CARDONA, M. *Tributación de los Planes y Fondos de Pensiones*. Colección de Estudios de Derecho, Universidad de Murcia,2003, pág 42, A diferencia de lo que acontece con las prestaciones procedentes del sistema público de la seguridad social que al utilizar el sistema de reparto como régimen financiero no existe acumulación fondos y por tanto derechos consolidados, en los planes de pensiones las aportaciones, tanto las directamente realizadas como las imputadas por el promotor, determinan unos derechos económicos a favor de los partícipes y, en última instancia, las prestaciones de los beneficiarios.

[23] En este sentido la Ley 66/1997 en su modificación del artículo 8.8 de la Ley 8/1987, ponía punto y final a la problemática, al no admitir el embargo de los derechos consolidados en los planes y fondos de pensiones, hasta el momento de causarse el derecho a la prestación.

Dependencia severa o gran dependencia del partícipe regulada en le Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia".

A estas contingencias habrá que añadir el supuesto de que el partícipe o beneficiario esté en situación de desempleo o esté padeciendo una enfermedad grave tal como dispone el artículo 8.8 TRPFP.

Además, se establece la posibilidad de rescatar el plan de pensiones como consecuencia de un procedimiento de ejecución sobre la vivienda habitual. En este caso la Disposición adicional séptima del TRPFP dispone que:" Durante cuatro años desde la entrada en vigor de la Ley 1/2003, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, excepcionalmente, los partícipes de los planes de pensiones podrán hacer efectivos sus derechos consolidados en el supuesto de procedimiento de ejecución sobre la vivienda habitual del partícipe.

Reglamentariamente podrán regularse las condiciones y términos en que podrán hacerse efectivos los derechos consolidados en dicho supuesto, debiendo concurrir al menos los siguientes requisitos.

a) Que el partícipe se halle incurso en un procedimiento de ejecución forzosa judicial, administrativa o venta extrajudicial para el cumplimiento de obligaciones, en el que se haya acordado proceder a la enajenación de su vivienda habitual.

b) Que el partícipe no disponga de otros bienes, derechos o rentas en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda objeto de la ejecución y evitar la enajenación de la vivienda.

c) Que el importe neto de sus derechos consolidados en el plan o planes de pensiones sea suficiente para evitar la enajenación de la vivienda.

De la redacción de la Disposición adicional séptima (en adelante DA) surgen las siguientes cuestiones: cuando la DA7 que el partícipe podrá recuperar los derechos consolidados cuando no tenga bienes o rentas suficientes para satisfacer la totalidad de la deuda objeto de la ejecución, en principio hay que entender que se refiere a toda la garantía hipotecaria y no solo a la deuda nominal contraída con la entidad financiera.

En segundo lugar, podría ser que no tuviese rentas monetarias para saldar la totalidad de la deuda hipotecaria pendiente pero que el sujeto tuviese, por ejemplo, algún bien mobiliario que cuyo valor de mercado cubra la deuda pendiente; en este caso, el sujeto no podría rescatar los derechos consolidados porque con el valor de sus bienes podría cancelar la deuda que pende sobre la vivienda habitual.

Y la tercera cuestión hace referencia a que el derecho consolidado en el plan de pensiones sea suficiente para evitar la enajenación de la vivienda habitual lo que en mi opinión, no tiene por qué cubrir el derecho consolidado exactamente el importe de la deuda asociada a la vivienda habitual, sino que, basta con que el sujeto acreedor acepte un determinado importe como suficiente para extinguir la deuda o para conseguir un aplazamiento de la misma, para que el sujeto pueda rescatar el plan de pensiones.

Al igual que en otras figuras impositivas como el Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas los derechos consolidados de los Planes de pensiones no tributan pese a realizar el hecho imponible del impuesto. En este caso, sin duda, se generan unos derechos de tipo económico en parecidos términos a los de los seguros de vida.

Quizás el principal motivo en el que se apoya el operador jurídico es la importante función que tienen estos sistemas complementarios de pensiones públicas y de modernización, desarrollo y estabilidad de los mercados financieros[24].

2.7. Clase y sujetos de los planes de pensiones

Los planes de pensiones se configuran como sistemas de previsión voluntarios complementarios al sistema de prestación de pensiones de la seguridad social pública, cuyo fin es proporcionar a sus partícipes una renta en el caso de jubilación u otras contingencias legalmente admitidas. Sin embargo, el carácter voluntario de las aportaciones a estos sistemas de previsión social hace que las prestaciones de los planes de pensiones nunca puedan considerarse como sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente a la seguridad social.

El artículo 3 texto refundido de los Planes y Fondos de Pensiones (en adelante TRPFP) distingue los siguientes elementos personales en los Planes de pensiones

a) El promotor del plan de pensiones: Puede ser cualquier entidad ya sea pública o privada que inste la creación de un plan de pensiones; lo normal es que sean instituciones financieras y empresas las que promuevan planes de pensiones de tipo individual y de empleo.

b) Los partícipes: Son las personas a cuyo favor se constituye el plan de pensiones; generalmente son ellos mismos los que realizan las aportaciones al plan de pensiones; no obstante, en algunos sistemas, las aportaciones las realiza el promotor, adquiriendo los partícipes la titularidad de las mismas.

c) Los beneficiarios: Son las personas con derecho a la percepción de las cantidades cuando se cumpla la contingencia prevista en el plan de pensiones, estas personas no tienen por qué coincidir con el partícipe.

Los planes de pensiones podemos subdividirlos atendiendo a dos criterios fundamentalmente: en primer lugar, atendiendo a quién promueva el plan de pensiones y en segundo, a las obligaciones estipuladas.

Comenzando la clasificación en relación a las personas que promuevan el plan de pensiones y a tenor del artículo 4 TRPFP (texto refundido de planes y fondos de pensiones) debemos distinguir fundamentalmente tres tipos de planes de pensiones. En primer lugar, el sistema de empleo; en este sistema, los sujetos promotores suelen ser las sociedades que, en el deseo de complementar las prestaciones futuras de sus trabajadores, promueven la constitución de estos instrumentos de ahorro privado, quedando la figura del trabajador como partícipe[25].

El segundo sistema es el asociado; en este plan de pensiones, el promotor es cualquier asociación, sindicato, gremio o colectivo, siendo los partícipes sus asociados.

Y por último, el tercer sistema es el individual, en los cuales los promotores son las entidades financieras y sus partícipes son las personas físicas[26].

En cuanto a las obligaciones estipuladas, a tenor del artículo 4.2 TRPFP, los planes de pensiones se clasifican en las siguientes modalidades:

Planes de prestación definida: en los que se define como magnitud predeterminada o estimada la cuantía de todas las prestaciones a percibir por los beneficiarios. La determinación de la

[24] En la resolución del Alto tribunal se manifiesta una ponderación en favor del principio de garantizar unas pensiones dignas frente al Derecho de los acreedores del titular del plan de pensiones

[25] No obstante, las personas que ejerzan actividades económicas pueden también constituir planes de pensiones para sus trabajadores. Asimismo, en el caso de entidades de economía social como las sociedades laborales, la condición de partícipe puede también extenderse a los socios trabajadores. GUTIERREZ BENGOECHEA, M: "Beneficios Fiscales de las Sociedades Laborales" *Nueva Fiscalidad*, nº 2, 2008, p. 78.

[26] Se consideran entidades financieras, los Bancos, Cajas de Ahorro, Entidades oficiales de créditos etcétera.

prestación que recibirán los partícipes estará en función generalmente de parámetros subjetivos, como la antigüedad en la empresa o de los salarios, aunque también son susceptibles de tomarse como referencia otras variables cualitativas de carácter objetivo.

Planes de aportación definida: en este sistema, pensado fundamentalmente para los sistema de pensiones por el sistema individual, la magnitud objeto de referencia es la cuantía de las contribuciones de los promotores y, en su caso, de los partícipes al plan[27].

Planes mixtos: su objeto es simultáneamente o separadamente la cuantía de la prestación y la cuantía de la contribución[28].

Por otra parte, se pueden crear subplanes dentro de un mismo plan de pensiones del sistema de empleo, incluso aunque tengan diferentes modalidades o se articulen en cada subplan diferentes aportaciones y prestaciones[29].

Esta posibilidad conlleva a que las empresas puedan ofrecer a los trabajadores integrarse en distintos planes de pensiones que cubran distintas contingencias o bien que estén basados en distintas aportaciones o prestaciones, siendo éstos los que en última instancia decidan sobre su inclusión en alguno de ellos[30].

3. FISCALIDAD DE LAS APORTACIONES A LOS PLANES DE PENSIONES: ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA DE EMPLEO

Las aportaciones a los planes de pensiones constituyen el componente principal para que los partícipes o beneficiarios de los fondos de pensiones vayan consolidando unos derechos para una vez llegada la contingencia prevista, que generalmente será la jubilación reciban unas prestaciones económicas que les permita complementar, en su caso, las prestaciones de la seguridad social.

El sistema de aportaciones, como se ha tenido la oportunidad de ver, ha variado bastante desde la promulgación de la Ley 8/1987 (antigua Ley reguladora de los planes de pensiones) no sólo en su aspecto cuantitativo, sino también en el cualitativo; en este sentido, atendiendo a su aspecto cuantitativo, tanto la normativa mercantil propia de los planes de pensiones como la tributaria (hacemos referencia principalmente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas), han ido ampliando la posibilidad de que los partícipes incrementen sus aportaciones a los planes de pensiones; en su aspecto cualitativo las aportaciones máximas a realizar han variado en el tiempo en función de variables subjetivas como la edad del partícipe, la situación de invalidez, etc, o del tipo de rentas que perciba el partícipe[31].

Sin embargo, aunque la función principal de las aportaciones a los planes de pensiones sea la de garantizar unos derechos consolidados para una vez alcanzada la edad de jubilación poder disfrutar de una pensión privada complementaria en su caso de la pública, lo que verdaderamente atrae en la constitución de un plan de pensiones son los beneficios fiscales que la normativa

[27] En este tipo de planes de pensiones, las prestaciones se cuantificarán en el momento de producirse la contingencia, como resultado del proceso de capitalización desarrollado por el plan.

[28] En esta modalidad se entenderán incluidos aquellos planes que en los que estando definida la cuantía de las aportaciones queda definido el importe de las prestaciones correspondientes a todas o a algunas de las contingencias previstas. Así como, aquellos planes que combinan la aportación definida para alguna contingencia, con la prestación definida para otras u otras de las contingencias cubiertas por tales planes.

[29] FONT DE MORA, P y otros: *Planes de pensiones y exteriorización de los compromisos empresariales*. Tirant Monografías, Valencia, 2000, p. 21.

[30] La posibilidad de crear subplanes fue vedada inicialmente por el Alto Tribunal que en la sentencia de 3 de marzo de 1999, declaraba la nulidad de determinados preceptos del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, debido a la falta de cobertura legal por la Ley 8/1987. Esta posibilidad fue posteriormente subsanada por la Ley 30/1995 de Ordenación y supervisión del Seguro Privado.

[31] No obstante, hay que reseñar que con la última modificación tributaria de los Planes y Fondos de pensiones realizada por la Ley 35/2006 del IRPF, la cuantía de las reducciones se ven minoradas, no así, los supuestos en que los sujetos se pueden acoger a este beneficio fiscal.

tributaria posibilita a aquellos contribuyentes que van realizando aportaciones durante su vida laboral activa.

Este hecho plantea inicialmente la cuestión de si el tratamiento fiscal previsto, que como hemos expuesto es muy ventajoso, podría lesionar algún principio de justicia tributaria.

La respuesta a esta cuestión descansa en la propia naturaleza del régimen tributario, establecido por el Estado para mejorar las prestaciones económicas mediante el complemento a través de los sistemas privados; en este sentido, se pronunciaba el Preámbulo de la Ley 8/1987, en el que se señalaba que: "Sin perjuicio de destacar la finalidad social prioritaria a la que sirven los Fondos de Pensiones, consistentes en facilitar el bienestar futuro de la población retirada, es obligado reconocer la importancia que su implantación puede y debe implicar en el orden financiero. La experiencia internacional en los países donde los fondos están arraigados, pone de manifiesto su efecto estimulante del ahorro a largo plazo. Esta característica es de significativa relevancia en el caso español cuyo mercado de capitales adolece de acusada debilidad. En este sentido, la Ley suscita expectativas muy deseables y entronca con otras iniciativas convergentes en el fortalecimiento del sistema financiero".

De esta parte del Preámbulo de la derogada Ley se infiere que el legislador, con este instrumento de ahorro a largo plazo, pretende captar recursos económicos de los particulares para su canalización a la inversión, lo cual, además, puede ser beneficioso para desalentar algo el consumo de las familias con las implicaciones favorables que puede tener de cara al control de la inflación[32].

En parecidos términos parece pronunciarse el TEAC, al señalar que: "Estos sistemas privados surgen como consecuencia del progresivo envejecimiento de la población que imposibilitaría al Estado, en el futuro, proporcionar a sus ciudadanos niveles de asistencia y prestaciones sociales por encima de los mínimos exigibles; por otro lado, los sistemas complementarios, instrumentados en esquemas de capitalización a largo plazo, obligan a un ahorro estable que mejora considerablemente los mercados financieros"[33].

No obstante, pueden suscitarse dudas acerca de si estos instrumentos al ahorro pueden ir contra el principio de solidaridad, pues dicho sistema de previsión por ser de carácter contributivo provoca el que sólo puedan acceder a él, las personas que tengan una cierta capacidad de ahorrar, es decir, aquellos que tengan una propensión al ahorro alta[34].

Ante esta idea habría que apuntar el hecho de que los beneficios fiscales de este instrumento de previsión social no son vitalicios, es decir, llegada o acaecida la contingencia cubierta por los planes de pensiones, en primer lugar el beneficio fiscal puede cesar y además, una vez se reciba la contraprestación, se produce el gravamen sobre las cantidades rescatadas con lo que parece existir una neutralidad fiscal en el desarrollo y ejecución de estos sistemas de ahorro[35].

Para analizar todo el entramado fiscal asociado a las aportaciones a los planes de pensiones vamos a centrarnos fundamentalmente en el sistema de empleo, pues es el que tiene mayores connotaciones tributarias al incidir la fiscalidad de una forma dual.

[32] En situaciones de crisis económicas lo menos conveniente es que ésta se vea acompañada de altas tasas de inflación, pues podría llevar a una clara desaceleración y posterior recesión de la economía de un país. Por esta razón, estos instrumentos de ahorro pueden incidir positivamente en el control de la inflación.

[33] Vid Resol 20-11-1996.

[34] MALVÁREZ PASCUAL, L., "El régimen jurídico-tributario de los sistemas de previsión social", *op. cit.*, p. 15.

[35] Hay que resaltar tal como dispone el artículo 8.6 TRPFP que a partir de 1 de enero de 2007, una vez acaecida la contingencia de la jubilación se podrá seguir realizando aportaciones al plan de pensiones para dicha contingencia, siempre que no se haya iniciado el cobro de la prestación correspondiente a dicha contingencia. Desde el momento en que se inicie el cobro, las aportaciones únicamente podrán destinarse a las contingencias de fallecimiento y dependencia.

3.1. La finalidad de las aportaciones a planes de pensiones bajo el sistema de empleo

Este sistema de pensiones se caracteriza, a diferencia del individual y el asociado, en que debe existir necesariamente una relación laboral de la empresa en sentido amplio y el trabajador[36], en el mismo sentido, el artículo 4.1 del TRPFP dispone en relación al sistema de empleo que "Corresponde a Planes cuyo promotor sea cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa y cuyos partícipes sean los empleados de los mismos. En los planes de este sistema el promotor sólo podrá serlo de uno, al que exclusivamente podrá adherirse como partícipes los empleados de la empresa promotora incluido el personal con relación laboral de carácter especial independientemente del régimen de seguridad social aplicable".

En relación a lo expuesto, la promoción de un plan de pensiones por una empresa a favor de sus trabajadores, en los que media, por tanto, el oportuno contrato laboral, vincula a ésta no sólo en el cumplimiento del *quantum* de las aportaciones asumidas en la constitución del Plan sino que además, si ambas partes desean beneficiarse de los incentivos fiscales que les permite la norma tributaria, la entidad promotora tendrá que imputar las aportaciones que realice a favor de sus trabajadores con independencia de la que éstos deseen realizar.

No obstante, sí debemos puntualizar que las empresas no se ven constreñidas a no poder realizar aportaciones lucrativas a los planes de pensiones de los trabajadores bajo el sistema individual, pues no se vulneraría el principio de no discriminación al no haber promocionado ésta un plan de pensiones a sus empleados.

3.2. Integración por el partícipe de las cantidades aportadas por el promotor

Como se ha expuesto en el epígrafe anterior una de las consecuencias que se derivan de la imputación fiscal de las cantidades aportadas por el empresario de forma lucrativa a sus trabajadores es la obligación que para éstos surge de integrar dichas cantidades como retribuciones dentro de los rendimientos del trabajo personal.

Esta retribución asociada a los planes de pensiones necesita de una mayor especificación porque, *prima facie*, podría pensarse que en el momento de autoliquidación del impuesto habría que integrarla como un mayor valor de la partida fiscal de sueldo y salarios, pues como hemos expuesto tiene dicha configuración jurídica.

Para averiguar la naturaleza de tal remuneración es obligado acudir a lo dispuesto en el artículo 17.1 LIRPF: "Se considerarán rendimientos íntegros del trabajo personal todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie (...)", del enunciado del precepto no hay lugar a ambages sobre la existencia de dos remuneraciones diferenciadas pertenecientes al mismo rendimiento: las dinerarias y las retribuciones en especie.

En relación al precepto reseñado, no está claro, sin embargo, que las contribuciones de los promotores a los planes de pensiones de los trabajadores no integran las remuneraciones dinerarias puesto que el artículo 17.1.e) de la LIRPF considera dentro de los rendimientos del trabajo a las contribuciones a los planes de pensiones de los trabajadores junto a otros conceptos como los salarios, prestaciones por desempleo etc.

Ante esta situación el legislador tributario abre la posibilidad de que las contribuciones empresariales a estos sistemas de previsión privado a favor de los trabajadores puedan tener la consideración de retribución dineraria.

[36] Como apunta POVEDA BLANCO, F: *Régimen fiscal de los Planes y Fondos de Pensiones*. Trabajo inédito del segundo ejercicio de cátedra, Alicante, 1990, pág 177, los promotores en los sistemas individual y asociado no mantienen relación económica alguna con los partícipes que justifique el desembolso de cantidades en beneficios de éstos.

Esta cuestión nos obliga a centrarnos en el artículo 42 LIRPF en el que se dispone que "Constituyen rentas en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no suponga un gasto real para quien la conceda".

De la redacción precepto se infiere que las contribuciones gratuitas que realice el promotor a los trabajadores a través de los planes de pensiones de empleo encajan en la naturaleza jurídica de retribución en especie. Por otra parte, es lógico en la medida en que el partícipe, en este caso el trabajador, va a percibir una utilidad que se traduce en la generación de un derecho de crédito gratuito.

Asimismo, el artículo 43 del IRPF donde se detallan las valoraciones que hay que dar a las distintas retribuciones en especie dispone en su apartado primero letra e), que: "Las contribuciones satisfechas por los promotores de planes de pensiones se valorarán por las cantidades satisfechas por empresarios para hacer frente a los compromisos de pensiones e igualmente por su importe, las cantidades satisfechas por empresarios a los seguros de dependencia"[37].

Ambos artículos dejan patente, que las contribuciones por el promotor de un sistema de empleo van a ser gravadas en la declaración del IRPF delos partícipes; cuestión, por otra parte bastante lógica en la medida en que el partícipe, en este caso el trabajador, va a recibir una utilidad o un derecho de forma gratuita, sin que la condición de asalariado impida tal catalogación.

La singularización de estas remuneraciones en especie es que fiscalmente la LIRPF no obliga a practicar ingresos a cuenta al trabajador coincidiendo el ingreso íntegro con el neto para estos instrumentos de previsión social. Quizás el hecho de que las retribuciones en especie asociados a un instrumento de previsión social que se acoge a un sistema fiscal basado en el diferimiento de la tributación es más coherente que no se exija el ingreso a cuenta y sí, después, cuando se recupere los derechos consolidados por el partícipe. Cuando el partícipe reciba la prestación de su plan de pensiones se le detraerá una retención con independencia de la tributación que le corresponda en el IRPF.

Además, el hecho de que el promotor de un plan de pensiones de empleo no tenga que practicar un ingreso a cuenta marca la diferencia con los planes de pensiones de tipo asociado e individual en los cuales, si una empresa transfiere una aportación monetaria a estos planes de pensiones cuyo partícipe sea un trabajador, tendrá que practicar la correspondiente retención.

En colación a lo expuesto en el párrafo anterior, en los casos en que las aportaciones de los promotores a los planes de pensiones de los trabajadores no son consideradas como pertenecientes a un plan de pensiones de empleo sino a un individual en cuyo caso la contribución sí constituye retribución dineraria, y como establece al respecto, la resolución 16-01-2001 de la Dirección General de Tributos las cantidades pagadas por la entidad a planes de pensiones constituidos a favor de determinados trabajadores están sometidas a retención a cuenta.

Como colofón a este apartado hay que añadir la posibilidad de que los empresarios individuales realicen aportaciones al plan de pensiones de empleo como partícipes; así, el artículo 5.1 RTFPFP dispone que: "Asimismo, los empresarios individuales que realicen contribuciones empresariales a favor de sus trabajadores como promotores de un plan de pensiones de empleo, podrán realizar aportaciones propias al citado plan".

A tenor del precepto descrito, el empresario individual que realice aportaciones propias al plan de pensiones de los trabajadores podrá reducir la base imponible del IRPF con sujeción a los límites determinados en la LIRPF pero las aportaciones realizadas no constituirán gasto deducible

[37] Hay que destacar, que las contribuciones de los promotores a los planes de pensiones de los trabajadores no están sometidos a ingreso a cuenta tal como establece el artículo 102.2 RIRPF.

en la determinación de los rendimientos netos de la actividad económica puesto que no se ha imputado cantidad monetaria a los trabajadores.

La cuestión es totalmente diferente sí, de forma excepcional la empresa promotora realiza aportaciones al plan de pensiones de empleo del que sea promotor para garantizar las prestaciones en curso de este instrumento de previsión social en el caso de que exista déficit en el mismo.

La situación difiere del supuesto anterior en el que el empresario aportaba de *motu proprio* unas cantidades al plan de pensiones asumiendo la empresa la condición de partícipe del plan de pensiones de empleo.

En este caso no plantea dudas que las aportaciones excepcionales realizadas por las empresas al plan de pensiones de empleo constituyen gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades si son realizadas por sociedades mercantiles o en el supuesto de ser hechas por empresarios individuales serían consideradas como gasto deducibles en el IRPF siempre que la determinación de los rendimientos se realice por estimación directa.

3.3. Justificación de la integración de las aportaciones en la declaración del partícipe

La consideración de las aportaciones como retribuciones en especie para los trabajadores se justifica por el derecho que van consolidando sin que suponga ningún tipo de desembolso por parte de los partícipes.

Sin embargo, lo verdaderamente interesante de las aportaciones a estos instrumentos de ahorro a largo plazo está como más adelante se detallará, en la posibilidad de aplicar reducciones en la parte general de la base imponible del IRPF.

Esta cuestión enfocada bajo la mecánica liquidadora del impuesto nos lleva hacia la neutralidad fiscal en relación a las imputaciones fiscales que la entidad promotora realiza en el partícipe, pues el integrar una remuneración en la parte general de la base imponible como rendimiento del trabajo personal para después reducirla bajo ciertos límites en la parte general de la base imponible nos lleva a una tributación nula, siempre que no se superen los límites legales.

Esta última condición es la que puede hacer que la neutralidad fiscal argumentada se deshaga, precisamente porque la cantidad total aportada supere los límites legales regulados para este beneficio fiscal.

Debemos precisar que es difícil, dada la regulación que actualmente tienen los planes de pensiones, que rompan la neutralidad fiscal pues progresivamente (como más adelante expondremos), se han ido incrementando las reducciones tributarias asociadas a estos instrumentos de previsión al ahorro privado así como la posibilidad de que los excesos no reducidos puedan diferirse en los cincos años siguientes[38].

No obstante, sí es posible que en determinados casos se produzcan excesos de aportaciones que no puedan beneficiarse de estas reducciones en la base imponible, sometiéndose estas

[38] Según dispone el artículo 51 del reglamento IRPF "Los partícipes, mutualistas o asegurados podrán solicitar que las cantidades aportadas que no hubieran podido ser objeto de reducción en la base imponible, según lo previsto en los artículos 52.2 y 53.1.c) y en la disposición adicional undécima. Uno.5.b) de la Ley del Impuesto, lo sean en los cinco años siguientes.
La solicitud deberá realizarse en la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio en que las aportaciones realizadas no hubieran podido ser objeto de reducción por insuficiencia de base imponible o por exceder del límite porcentual establecido en el artículo 52.1 de la Ley del Impuesto.
La imputación del exceso se realizará respetando los límites establecidos en los artículos 51, 52 y 53 y en la disposición adicional undécima de la Ley de Impuesto. Cuando concurran aportaciones realizadas en el ejercicio con aportaciones de ejercicios anteriores que no hayan podido ser objeto de reducción por insuficiencia de base imponible o por exceder el límite porcentual establecido en el artículo 52.1 de la Ley del Impuesto, se entenderán reducidas, en primer lugar, las aportaciones correspondientes a años anteriores.

aportaciones, no reducidas, a una doble imposición ya que inicialmente fueron incluidas como retribución en especie en el rendimiento de trabajo personal para después quedar sometida a gravamen como rendimientos de trabajo cuando se perciba la prestación[39].

4. MODIFICACIÓN DE LAS APORTACIONES DEDUCIBLES EN LAS APORTACIONES A LOS PLANES DE PENSIONES CON LA LEY 26/2014, DE 27 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 35/2006, DE 28 DE NOVIEMBRE, DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS, EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LOS NO RESIDENTES, Y OTRAS NORMAS TRIBUTARIAS

La Ley 26/2014, de 27 de noviembre, modifica de nuevo los requisitos cuantitativos de las aportaciones a planes de pensiones que los sujetos pasivos del IRPF pueden realizar con el objeto de reducir la base imponible general y así, obtener una base liquidable inferior en dicho impuesto.

En este sentido, el legislador introduce restricciones en la cuantía que los contribuyentes del IRPF pueden reducir en la base imponible. Respecto al primer requisito, el legislador reduce el beneficio fiscal fijo de 10.000 euros a 8000 euros, sin tener en cuenta el beneficio fiscal incrementado que la norma regulaba para los sujetos pasivos mayores de 50 años.

De forma individual, cada contribuyente puede reducir la menor de dos cantidades:

a) El 30 por 100 de la suma de los rendimientos netos del trabajo y de actividades económicas percibidos individualmente en el ejercicio

b) 8.000 euros anuales.

Además, 5.000 euros anuales para las primas a seguros colectivos de dependencia satisfechos por la empresa.

Inicialmente, el hecho de que el límite del 30% se ciña a los rendimientos del trabajo personal y de las actividades económicas se puede deber a que las actividades desempeñadas por los sujetos pasivos se ven muy afectadas por una situación de inactividad laboral. Es cierto, que, por ejemplo, la contingencia de la jubilación paraliza total o parcialmente las actividades de trabajo o el desarrollo de actividades económicas mientras que las rentas de capital o las provenientes de variaciones patrimoniales no ven afectadas en cuanto a sus percepciones por el acaecimiento de la contingencia de la jubilación.

Respecto al primer requisito, desaparece la posibilidad de que los mayores de 50 años puedan reducir el 50 por ciento de la suma de los rendimientos netos del trabajo personal y los obtenidos por los rendimientos provenientes de actividades económicas.

Lo primero que se observa es que, sorprendentemente, las personas físicas que se acercan a la edad de jubilación pierden el incentivo fiscal a aportar mayores cantidades de cara a no sufrir un fuerte descenso en el cobro de las rentas pasivas y así, continuar con su mismo presupuesto durante la edad de jubilación.

Quizás el legislador debido a la crisis económica necesita recaudar más ingresos públicos a través del IRPF y reduce en este caso el *plus* de reducción al que podían acceder determinados contribuyentes. Además, debido al incremento en el desempleo y de la contratación a tiempo parcial, es muy corriente que en un matrimonio alguno de los cónyuges esté desempleado con lo cual el otro cónyuge podría reducir una cantidad adicional en la base imponible y compensar parcialmente la pérdida de reducción. También el legislador puede considerar que las personas de

[39] Lo más oportuno, para evitar esta doble imposición hubiera sido el permitir que los sujetos que no se hayan beneficiado completamente de este beneficio fiscal puedan minorar las aportaciones no reducidas cuando se perciban las prestaciones una vez producida la contingencia.

más de 50 años ya han alcanzado el mínimo de años cotizados para percibir la pensión y prefiera disminuir para este colectivo el gasto social.

Respecto al requisito de que la reducción no puede ser superior al 30 % del rendimiento neto del trabajo y de los rendimientos netos de la actividad económica, la modificación normativa del IRPF no soluciona el problema del concepto de lo que debe entenderse como rendimiento neto. La norma no establece si el concepto de rendimiento neto debe considerarse en sentido absoluto o por el contrario se debe atener a la cuantía numérica del rendimiento.

Bajo esta tesis que parece desprenderse de la LIRPF, se podría plantear el caso de que el contribuyente tuviese un rendimiento neto del trabajo personal positivo que en algún caso se anularía por un rendimiento neto negativo obtenido en las actividades económicas que hubiera realizado el contribuyente.

Esta situación discrimina a personas físicas que quieran ser emprendedoras en actividades económicas respecto a aquellas que prestan servicios laborales en régimen de dependencia laboral.

A título ilustrativo, si un contribuyente del IRPF trabaja en régimen de dependencia laboral y pretende iniciar una actividad económica que podría generar rendimientos negativos durante los primeros ejercicios de la actividad se podría ver abocado a constituir una sociedad mercantil para tener derecho a una mayor reducción en la base imponible del IRPF.

Por otra parte, habría que estudiar la posible existencia de rendimientos irregulares tanto en el rendimiento del trabajo como en los rendimientos de actividades económicas. En el caso de los rendimientos del trabajo personal, si se devengan rentas irregulares, la aplicación del coeficiente reductor se practica sobre los ingresos íntegros, es decir, sobre la renta calificada legalmente como irregular. A título ilustrativo, es muy común que un trabajador perciba un precio metálico de la empresa para la que presta servicios por su eficiencia laboral durante una serie de años.

En este caso, la reducción del 40% se practica sobre el ingreso íntegro. Sin embargo, en el caso de los rendimientos de actividades económicas la reducción del 40 % para las posibles rentas irregulares se aplica sobre los rendimientos netos. De esta forma, el porcentaje que fija el límite de la deducibilidad de las aportaciones al plan de pensiones discrimina positivamente a los rendimientos obtenidos mediante actividades económicas contraviniendo el principio de igualdad y neutralidad impositiva.

Por otro lado, se produce una doble imposición en los casos en que los contribuyentes del IRPF que perciban rentas calificadas como de ahorro contraten planes de pensiones individuales porque durante las aportaciones no pueden reducir la base imponible general y sin embargo, esas rentas de las que proviene el ahorro para realizar las aportaciones al plan de pensión ya han sido gravada como rendimientos del capital mobiliario o variación patrimonial. De otro lado, cuando se dan las condiciones legales para percibir los derechos consolidados la renta percibida se considera rendimiento del trabajo y, por lo tanto, se integra dentro de la base imponible general enfrentándose a la tarifa progresiva del impuesto.

Existe en mi opinión una desigualdad jurídica en el tratamiento fiscal de las rentas aportadas y posteriormente percibidas de los planes de pensiones por aquellos sujetos pasivos que sus ingresos provienen de instrumentos de ahorro o como consecuencia de la transmisión de bienes y derechos.

El legislador en este caso utiliza una *fictio iuris* en el sentido de que una persona física que es contribuyente por unas rentas que se integran en la base imponible del ahorro, si contrata un plan de pensiones, la prestación que perciba cuando se produzca la contingencia que dé lugar a la percepción de los derechos consolidados será considerada como rendimiento del trabajo aun cuando la persona nunca haya estado contratada como trabajador por cuenta ajena.

Este beneficio fiscal es individualizado tal como expresa el artículo 52.1.a LIRPF por lo que la opción de autoliquidar el impuesto de forma conjunta o individual no altera la cuantía de la

reducción que podrán aplicar en su caso los cónyuges. En este sentido, en el supuesto de optar por la tributación conjunta, la base para calcular el límite estará constituida por los rendimientos de cada partícipe, a cuyos efectos, tendrán en cuenta las normas sobre individualización de los rendimientos.

En base a lo expuesto en el párrafo anterior se podrían dar las siguientes posibilidades a las que podrían optar los sujetos pasivos del IRPF si están casados.

En primer lugar, los contribuyentes podrían optar por declarar individualmente. En este caso, si cada uno de los contribuyentes tiene contratado un plan de pensiones, cada uno podrá aplicar la reducción en la base imponible del IRPF teniendo en cuenta, la cuantía de las aportaciones realizadas y los límites regulados en el IRPF. Esta es la opción que suelen aplicar los contribuyentes porque reducen más la progresividad del impuesto.

La segunda opción sería la de realizar una declaración conjunta en la cual se produce una acumulación en las aportaciones a los planes de pensiones de ambos cónyuges. En este sentido el artículo 84.2.1 LIRPF que:" Los límites máximos de reducción en la base imponible previstos en los artículos 52,53 y 54 y en la disposición adicional undécima de esta Ley, serán aplicables individualmente por cada partícipe o mutualista integrado en la unidad familiar".

Del precepto transcrito es posible que cada contribuyente aplique individualmente los límites de reducción en la base imponible correspondientes a las aportaciones a los planes de pensiones.

A efectos de la correspondiente autoliquidación para tributar de forma conjunta en el IRPF los contribuyentes podrán acumular los rendimientos netos del trabajo y de actividades económicas para posteriormente aplicar el límite máximo de reducción del 30 por ciento.

De igual forma el otro límite se obtendrá por la suma de 8000 euros para cada contribuyente que cumpla con los requisitos legales.

A tenor de lo expuesto, si algún miembro de la unidad familiar no percibiese rendimientos del trabajo o de actividades económicas no podrá acumular el límite de reducción que le hubiese correspondido con el resto de los miembros de la unidad familiar.

Como colofón a lo expuesto puede suceder que el sujeto pasivo vea incrementado el beneficio fiscal como consecuencia de un procedimiento de comprobación e investigación sobre la autoliquidación del IRPF presentada por el sujeto pasivo y como consecuencia de él, se aumente la cuantía de los rendimientos del trabajo personal o el de las actividades empresariales. Esta liquidación tributaria, generaría la opción a un mayor beneficio fiscal en este instrumento de previsión que tendría que ser reconocido de oficio por la Administración tributaria y que posiblemente compensaría en parte la mayor deuda tributaria liquidada como consecuencia de la comprobación realizada por la Administración.

4.1. Beneficios fiscales en las aportaciones a Planes de Pensiones entre cónyuges

El artículo 51.7 LIRPF permitía que el contribuyente pudiera incrementar hasta 2.000 euros el límite de reducción mediante las aportaciones de cantidades dinerarias al plan de pensiones de su cónyuge[40].

La LIRPF establece unos requisitos para la ampliación de este beneficio fiscal y son que el cónyuge no obtenga rendimientos netos del trabajo ni de actividades económicas, o que, si los obtuviese, la cuantía sea inferior a 8.000 euros anuales[41].

[40] Hay que entender por cónyuges las personas que han contraído matrimonio tanto en un sistema matrimonial de gananciales, separación de bienes o de participación en beneficios. Incluso en situaciones de separación matrimonial, cabría aplicar este régimen fiscal, pues con la separación matrimonial aunque se produce la disolución de la sociedad patrimonial de los cónyuges y se pierden los derechos sucesorios, persiste la condición de cónyuge, a diferencia del estado civil de divorcio.

Con la LIRPF, el cónyuge podría obtener altas remuneraciones en forma de rentas pasivas como, por ejemplo, rendimientos de capital mobiliario o inmobiliario y ser posible aplicar este beneficio fiscal, por parte del cónyuge que realiza la donación de estas cantidades al plan de pensiones de su cónyuge.

El legislador admite que pueda existir la posibilidad de aplicar beneficios fiscales en estos sistemas de previsión social privados cuando tan sólo se perciben rentas distintas del trabajo o de actividades económicas que como hemos señalado es el segundo límite en la reducción de las aportaciones a los planes de pensiones con carácter general.

Actualmente, con la modificación del IRPF llevada a cabo por la Ley 26/2014, la cantidad que el cónyuge trabajador o empresario puede realizar al cónyuge que está en situación de desempleo o cuyas rentas no tienen la naturaleza del trabajo personal o de actividad económica o bien simplemente que obtenga rendimientos de trabajo y/o de actividad económica, pero éstos, sean de cuantía inferior a 8.000 euros es de 2.500 euros.

Hay que puntualizar que aunque en determinados tributos cedidos por el Estado a las Comunidades Autonómicas se equiparan los cónyuges a los miembros de las parejas de hecho, el IRPF no regula esta cuestión, por lo que aplicar este tipo de reducción fiscal por un miembro de una pareja de hecho plantea la utilización de la analogía en este impuesto.

En este aspecto se plantea la cuestión de si las cantidades monetarias que un cónyuge aporta de forma gratuita al otro cónyuge son consideradas como una transmisión lucrativa inter-vivos entre dos personas físicas.

Analizando el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones estas cantidades son consideradas fiscalmente como donaciones con independencia de que pudieran quedar exentas dependiendo del régimen económico matrimonial estipulado y del destino que se dé a los bienes donados. En cualquier caso, se habría realizado el hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Además el hecho de que la titularidad de un fondo de pensiones es siempre de carácter privativo, avala la tesis de que estas aportaciones gratuitas de un cónyuge al plan de pensiones del otro son gravadas como donaciones salvo que una norma tributaria estipule lo contrario. En este orden de ideas, el artículo 51.7 LIRPF deja patente que las donaciones que pudiera realizar un contribuyente al plan de pensiones de su cónyuge no están sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Por otra parte, el límite fiscal que regula el artículo 52 de la LIRPF no es aplicable a estas cesiones gratuitas que se realizan entre cónyuges.

Quizás el legislador, consciente de la situación de crisis económica por la que aún atraviesa España y el fuerte desempleo que conlleva esta situación ha ampliado el margen de aportación para complementar en el futuro las posibles pensiones públicas contributivas o, en su caso, las ayudas no contributivas.

4.2. Beneficios fiscales en las aportaciones a los planes de pensiones de personas con discapacidad

El legislador cuando regula los beneficios fiscales relacionados con contribuyentes que tienen discapacidades físicas o psíquicas tiene que tener presente no sólo el principio de capacidad económica de los partícipes sino también la actividad realizada por el contribuyente y las situaciones subjetivas de las personas físicas.

Este componente (la discapacidad) promueve que el legislador incremente el beneficio fiscal y el acceso en los condicionantes para aplicar este beneficio fiscal. De esta manera se materializa lo dispuesto en el artículo 49 de la CE el cual dispone que: "Los poderes públicos realizarán una

[41] Con el TRIRPF, tan sólo se exigía que el cónyuge no obtuviera rentas a integrar en la base imponible del impuesto o que las obtuviera en cuantía inferior a 8.000 euros.

política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos".

Sin embargo, la realidad económica en determinada ocasiones merma este principio rector de política económica y social; prueba de esta aseveración lo encontramos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, en la cual se desaconseja aplicar el superávit de forma prioritaria a situaciones de dependencia lo cual no hacen sino realizar el valor programático de este principio de política económica y social.

Como manifiesta LÓPEZ AMOR, las prestaciones que han de dedicarse a personas con discapacidad en función de los derechos que les asisten previstas en el ordenamiento dependen cada vez más de las posibilidades de obtención de ingresos propios por parte de los poderes públicos.

Hay que matizar que en estos contratos de previsión social que giran en atención de las personas físicas con algún grado de discapacidad, no debe confundirse el grado de dependencia que la Administración puede asignar a una persona física con el grado de minusvalía reconocido. En este sentido, la DGT 21/7/2011 no considera equivalente un grado de III de gran dependencia con una discapacidad o minusvalía del 65%.

En el Derecho tributario, las aportaciones a Planes de Pensiones de las personas con discapacidad están reguladas en el artículo 53 de la LIRPF, el cual dispone que: "Las aportaciones realizadas a Planes de Pensiones a favor de personas con discapacidad con un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento, o psíquica igual o superior al 33 por ciento, así como de personas que tengan una incapacidad declarada judicialmente con independencia de su grado, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional décima de esta Ley, podrán ser objeto de reducción de la base imponible con los siguientes límites máximos:

a) Las aportaciones anuales realizadas a planes de pensiones a favor de personas con discapacidad con la que exista relación de parentesco o tutoría, con el límite de 10.000 euros anuales. Ello sin perjuicio de las aportaciones que puedan realizar a sus propios planes de pensiones de acuerdo a lo establecido en el artículo 52 de esta Ley.

Las aportaciones anuales realizadas por las personas con discapacidad partícipe, con el límite de 24.250 euros anuales[42].

Del precepto descrito se observa que la norma indica que los familiares de la persona con discapacidad tan sólo pueden aportar como máximo 10.000 euros al instrumento de previsión social de la persona con minusvalía, correspondiendo el resto hasta los 24.250 euros a la persona con discapacidad.

El conjunto de las aportaciones practicadas por todas las personas que realicen aportaciones a favor de una misma persona con discapacidad, incluidas las de la propia persona con discapacidad, no podrá exceder de 24.250 euros anuales. A estos efectos, cuando concurren varios familiares que realizan aportaciones a favor de la persona con minusvalía, y la persona con discapacidad no aporta

[42] En cuanto a las posibles situaciones de minusvalías que podrían acogerse a este mayor beneficio fiscal en relación a la aportación a los planes de pensiones, el artículo 72.1 del RD 439/2007, de 30 de marzo, reglamento del IRPF dispone que: "A los efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tendrán la consideración de persona con discapacidad aquellos contribuyentes con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. El grado de minusvalía deberá acreditarse mediante certificado o resolución expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las Comunidades Autónomas. En particular, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento en el caso de los pensionistas de la seguridad social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de pensionistas de clases pasivas que tengan reconocidas una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento, cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado".

ninguna cantidad, por ejemplo, al plan de pensiones, los familiares en conjunto sólo podrían aportar como máximo 10.000 euros teniendo que repartirse proporcionalmente la cuantía de las cantidades a reducir en la base imponible general del IRPF.

Con carácter suplementario e independientemente a los límites generales establecidos en las aportaciones a los planes de pensiones, el artículo 53 LIRPF permite reducir la base imponible general de las personas físicas que realicen aportaciones a los planes de pensiones individuales de personas con discapacidad[43]. En este caso, los familiares que hayan realizado aportaciones al instrumento de previsión social de la persona con minusvalía podrán reducir su base imponible general, sin que rija el criterio de los 8.000 euros anuales y lo que es más interesante, sin que estén obligados a realizar una actividad económica o estén contratados como trabajadores por cuenta ajena.

Generalizando, hay que diferenciar las aportaciones al plan de pensiones que pueda realizar la propia persona que tenga la discapacidad de aquellas otras personas físicas que mantengan con el discapacitado una relación de parentesco[44].

En el primer caso, las personas con discapacidad que contrate un plan de pensiones individual podrán realizar aportaciones hasta un máximo de 24.250 euros. Ahora bien, si aquellas personas que mantienen una relación de parentesco con la persona discapacitada hiciesen aportaciones al plan de pensiones de ésta, lo máximo que podrían aportar para que fuese deducible son 10.000 euros.

La LIRPF da prioridad a las aportaciones que realice la persona que tenga la discapacidad, al tener éste la titularidad jurídica del plan de pensiones donde se materializan las aportaciones, pero no a las aportaciones que puedan realizar aquellas personas que mantengan con el discapacitado una relación de parentesco[45]. En el caso de que sea la persona con minusvalía la que aporte cantidades a su plan de pensiones ésta, tendría preferencia para agotar el importe máximo de los 24.250 euros que permite la norma tributaria sin que en este caso, los familiares puedan realizar aportaciones.

Como colofón a lo que hemos expuesto habría que resaltar que este régimen de aportaciones a planes de pensiones de personas con discapacidad no es incompatible con el de aportaciones a planes de pensiones del cónyuge, con lo cual se puede dar el caso de que un cónyuge no obtenga rendimientos del trabajo personal o de actividades económicas y tenga, además, un grado de discapacidad, por ejemplo, superior al 65 %. En este supuesto, el cónyuge donante de la aportación podrá hacerlo en la cuantía máxima de 12.500 euros, sin perjuicio de que pueda contratar su propio plan de pensiones sometido a los límites generales[46].

[43] El artículo 52de la LIRPF permite aportaciones a planes de pensiones de las personas que presenten los siguientes grados de minusvalías:
Las personas a cuyo favor se realice las aportaciones tengan una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%.
Las personas a cuyo favor se realiza las aportaciones tengan una minusvalía psíquica igual o superior al 33%.
Las personas a cuyo favor se realicen las aportaciones sean discapacitados que tengan una incapacidad declarada judicialmente, con independencia de su grado.

[44] La disposición final quinta LIRPF, establece en cuanto al parentesco exigido para que las aportaciones al plan de pensiones de la persona con discapacidad pueda ser objeto de reducción en la base imponible general, que la relación de parentesco sea en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, además del cónyuge o aquellas personas que les tuviesen a su cargo en régimen de tutela o acogimiento.

[45] En este sentido la LIRPF, establece que las aportaciones de los familiares al plan de pensiones del discapacitado se hará de forma proporcional.

[46] El límite máximo de reducción de los 12.000 euros se desglosaría en los 10.000 euros por aportación al plan de pensiones del cónyuge con discapacidad más los 2.500 euros por la aportación al plan de pensiones del cónyuge.

5. MODIFICACIONES DE LOS PLANES DE PENSIONES CON EL REAL DECRETO 62/2018, DE 9 DE FEBRERO POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO SOBRE LA INSTRUMENTACIÓN DE LOS COMPROMISOS POR PENSIONES DE LAS EMPRESAS CON LOS TRABAJADORES Y BENEFICIARIOS

La publicación del Real Decreto 62/2018, de 9 de febrero modifica el Reglamento de los Planes de pensiones aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero introduce una serie de reformas encaminadas a flexibilizar las percepciones de estos instrumentos de previsión social y a abaratar las comisiones de las entidades gestoras y depositarias con el objetivo de competir con otros instrumentos financieros y, sobre todo, facilitar el ahorro privado a largo plazo a las personas físicas de cara a la jubilación o a cualquier contingencia que invalide para continuar con la actividad laboral activa.

La modificación más importante como se ha expuesto es recoger la mayor flexibilización en el rescate de los planes de pensiones que fue instaurada por el artículo 8.8 del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, el cual introdujo la posibilidad de disposición anticipada de los derechos consolidados del partícipe de un plan de pensiones correspondientes a aportaciones realizadas con al menos 10 años de antigüedad, estableciendo también que en los procedimientos de derechos entre planes la entidad gestora de origen debía informar a la entidad de destino de la cuantía de cada una de las aportaciones de las que se derivan los derechos objetos de traspaso y de las fechas en que se hicieron efectivas.

Este medida va a permitir que las personas físicas den prioridad en muchos casos a estos instrumentos de previsión social para la colación de parte de sus ahorros confiando que llegado el momento de la jubilación mantendrán el mismo nivel de poder adquisitivo e incluso si se dieran circunstancias excepcionales tener una ventana de liquidez accesible cuando se cumplan ciertos requisitos en cuanto a la antigüedad de las aportaciones.

Con el objeto de dar más rentabilidad a los planes de pensiones se introduce una reducción de las comisiones de gestión y depósito en los fondos de pensiones, lo que disminuirá los costes, mejorando la rentabilidad de los planes de pensiones.

En el caso de las comisiones de gestión, se sustituye el importe máximo único por una tabla de comisiones máximas en función de las diferentes políticas de inversión de los fondos, lo que se ajusta más a las características propias de la gestión de las inversiones de los fondos de pensiones, promoviendo una reducción mayor en los fondos con criterios inversores más prudentes y orientados a la preservación del capital, como son los que tienen un componente total mayoritario de renta fija.

Con estas medidas el gobierno pretende que los planes de pensiones sean más competitivos en el mercado financiero. Así, con esta posibilidad de rescatar parte de los derechos consolidados, los planes de pensiones pueden competir con otros instrumentos financieros como los fondos de inversión o con los depósitos bancarios.

Respecto a los fondos de inversión, los planes de pensiones ofrecen beneficios fiscales durante las aportaciones a los mismos; sin embargo, los fondos de inversión no proporcionan beneficios fiscales durante la fase en la que se van realizando aportaciones aunque es verdad que una vez que se rescatan tienen el tratamiento fiscal en el IRFP de variaciones patrimoniales que en el supuesto de ser un incremento patrimonial se integrará en la base imponible del ahorro sometida a unos tipos impositivos fijos y, por ende, más bajos que la tarifa progresiva de la base imponible general de este impuesto a la que se someten los rendimientos del IRPF(excepto los del capital mobiliario) como las prestaciones de los planes de pensiones.

Otra de las ventajas de los fondos de inversión es que suelen tener ventanas de liquidez por lo que es relativamente fácil su rescate anticipado. A pesar de las ventajas que tienen los fondos de inversión los planes de pensiones pueden constituir una mejor opción en determinados supuestos ya

que ahora son menos rígidos en cuanto a su rescate, pueden estar garantizados y en el momento del rescate si la persona física desea evitar parcialmente la progresividad puede rescatar estos instrumentos en forma de renta temporal o vitalicia y así, evitar que el tipo marginal del impuesto pueda llegar en algunos supuestos al 43%.

Avanzando el estudio en la principal modificación del reglamento de los planes de pensiones, que como se ha reseñado, es la posibilidad de rescatar a partir de 2025 los derechos consolidados de las aportaciones a estos instrumentos de previsión social con más de 10 años de antigüedad, hay que especificar que esta posibilidad no sólo rige para los planes pensiones sino también para otros instrumentos de previsión social como son los planes de previsión asegurados o los planes de previsión empresarial ya que las contingencias cubiertas son las mismas.

El motivo por el que esta posibilidad de rescate anticipado se extienda a estos otros instrumentos de previsión social se debe a que la principal contingencia que cubren es la jubilación y en segundo lugar porque el tratamiento tributario en el IRPF de estos instrumentos de previsión coinciden.

El rescate anticipado en función de la antigüedad de las aportaciones rige para los tres tipos de planes de pensiones; sin embargo, en el caso de los planes de pensiones de empleo sólo se podrán rescatar anticipadamente las aportaciones con 10 o más años de antigüedad si las especificaciones del propio plan lo prevén.

Es lógico que existan limitaciones al rescate anticipado ya que en muchos casos las aportaciones a estos planes de pensiones son realizadas exclusivamente por el empresario, tomador del plan de pensiones.

En cuanto a la percepción de los derechos consolidados correspondientes a las aportaciones con 10 o más años de antigüedad pueden percibirse por la totalidad de la aportación o bien de forma parcial, que será el supuesto más habitual cuando las personas físicas tengan otras remuneraciones que eleven la progresividad del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Sin embargo, la situación más habitual será que aquellos ahorradores en planes de pensiones que decidan recuperar parte de los derechos consolidados lo harán de aquellas aportaciones a planes de pensiones realizadas antes del 1 de enero de 2007 pues se les aplica un régimen fiscal transitorio muy beneficioso ya que la percepción percibida va a gozar de una reducción del 40 % si se recibe en forma de capital. Esta situación va a incitar a que las personas físicas tomadores de planes de pensiones individuales retiren los derechos consolidados correspondientes a las aportaciones realizadas antes de 2007 en forma de capital y el resto en forma de una renta temporal o vitalicia.

Se plantea también la cuestión sobre si es susceptible de mantener la antigüedad de las aportaciones a un plan de pensiones si el tomador de un plan de pensiones individual decide movilizar los derechos consolidados de su plan de pensiones a otro instrumento de previsión social.

La problemática planteada no es baladí porque en caso de ser de aplicación lo incorporado a esta norma reglamentaria se podría rescatar en el nuevo instrumento de previsión social las aportaciones realizadas conforme al antiguo plan de pensiones siempre que las aportaciones tengan una antigüedad igual o superior a 10 años, es decir, no se perdería la antigüedad de las aportaciones realizadas por el sólo hecho de movilizar los derechos entre instrumentos de previsión social.

En el caso de movilizaciones parciales los derechos consolidados a traspasar se calcularán de forma proporcional según correspondan a aportaciones anteriores o posteriores a 1 de enero de 2007 cuando éstas existan y el partícipe no haya realizado la indicación de las aportaciones que desee movilizar a otro instrumento de previsión social.

Centrando el estudio en los planes de pensiones de carácter solidarios habría que destacar los planes de pensiones a favor de las personas con minusvalías que como se ha tratado anteriormente la normativa tributaria permite que tanto la persona con discapacidad como aquellas personas que

tengan una relación de parentesco con la persona con minusvalía y su cónyuge realicen aportaciones a la plan de pensiones cuyo tomador es la persona minusválida. En este caso, el tomador podrá realizar el rescate de las aportaciones que tengan 10 o más años de antigüedad con independencia de quien haya realizado la aportación al plan de pensiones.

La única particularidad que rige en cuanto a las percepciones de los derechos consolidados es que sólo puede rescatarse en forma de renta con lo cual evita de inicio la progresividad del IRPF.

La ley del IRPF regula como ya se ha expuesto la posibilidad de que un cónyuge realice aportaciones al plan de pensiones del otro cónyuge cuando éste, no obtenga ingresos, o éstos no sean significativos.

La regulación de la norma reglamentaria no recoge específicamente este tipo de plan de pensiones, luego se podría plantear que la posibilidad de rescatar las aportaciones de un cónyuge al otro cónyuge con 10 o más años no sería posible su rescate de forma anticipada.

Sin embargo, este plan de pensiones entre cónyuges es de tipo individual con independencia de quien realice las aportaciones. Esta consideración habilitaría al cónyuge titular del plan de pensiones a rescatar el derecho consolidado correspondiente a las aportaciones con una antigüedad de 10 o más años.

En este supuesto, lo normal será que el contribuyente no tenga que tributar por el rescate anticipado porque si no tiene ingresos significativos y lo único que percibe es el derecho consolidado correspondiente a lo aportado por su cónyuge al plan de pensiones que en términos económicos está muy limitados no generará unas percepciones económicas significativas. No todas las modificaciones que se recogen en la norma reglamentaria son positivas. En este sentido la nueva regulación de los planes de pensiones no recoge como motivo de rescate de los planes de pensiones cuando hay un proceso judicial de embargo de la vivienda habitual del tomador del plan de pensiones.

Quizás el gobierno considere que la situación económica de España ha mejorado y los procesos de ejecución de viviendas han disminuido de manera notable.

Respecto a la inembargabilidad de los derechos consolidados es un hecho notorio ya que como se ha expuesto, técnicamente no existe un derecho patrimonial del tomador del plan de pensiones hasta que se produzca la contingencia prevista en la normativa de los planes de pensiones. Sin embargo, en este reglamento se introduce la modificación del texto refundido de los planes de pensiones en el que facilita el embargo de los derechos consolidados en los planes de pensiones.

En este sentido el artículo 2.8 del RD 62/2018 dispone que:" Cuando el derecho a las prestaciones del partícipe en un plan de pensiones sea objeto de embargo o traba judicial o administrativa, ésta resultará válida y eficaz, si bien no se ejecutará hasta que cause el derecho a la prestación o puedan hacerse efectivos o disponibles".

El hecho de que sean embargables los derechos consolidados de los planes de pensiones cuando puedan hacerse éstos efectivos, como puede suceder con los derechos generados correspondientes a las aportaciones realizadas por el tomador con 10 o más años. A este respecto la Dirección General de Seguros y Pensiones del Ministerio de Economía a una pregunta de Inverco sobre esta cuestión contestó que el patrimonio correspondiente a aportaciones realizadas con al menos 10 años de antigüedad, serán embargados sin necesidad de solicitud expresa de liquidación por el partícipe desde la fecha en que sean disponibles. A tenor de la respuesta de este centro directivo, a partir de 1 de enero de 2025, los acreedores podrán embargar el patrimonio de los planes de pensiones cuyos partícipes tengan cuentas pendientes con terceros sin que el aquel pueda oponerse.

6. REFLEXIONES FINALES

Las últimas modificaciones legislativas relativas a los planes de pensiones gravitan por incentivar a que las personas físicas contraten planes de pensiones privados o instrumentos de previsión social análogos aumentando la rentabilidad de los mismos a través de una rebaja sustancial en las comisiones.

De esta manera, el legislador tributario pretende que los pensionistas complementen la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones públicas con estas rentas provenientes de los planes de pensiones privados.

Una de las últimas reformas legislativas consiste en la posibilidad de rescatar parcialmente los derechos consolidados de los planes de pensiones correspondientes a las aportaciones con más de 10 años de antigüedad y siempre a partir de 2025 que es curiosamente cuando la generación del *baby-boom* comienza su jubilación. En mi opinión, esta medida responde a la necesidad por parte del Estado de afrontar las repercusiones sociales y económicas que conllevará el incremento de personas jubiladas a partir del año 2025.

En mi opinión, el legislador debería dar a los planes de pensiones el mismo tratamiento fiscal que a los seguros de vida, es decir, tributar en la base imponible del ahorro a unos tipos impositivos fijos más bajos que la tarifa progresiva. Por otra parte habría que suprimir los beneficios fiscales asociados a las aportaciones anulando así, la discriminación positiva hacia las personas con mayor capacidad económica.

Actualmente, estamos viviendo una situación de crisis social que dramáticamente se está cobrando muchas vidas a la vez que está provocando una disminución de la riqueza nacional sin precedentes.

Ante esta situación el Gobierno (a través de una norma legal) da la posibilidad de forma temporal de rescatar parte de los derechos consolidados de los planes de pensiones para compensar las pérdidas de ingresos laborales o empresariales como consecuencia del estado de alarma provocado por el COVID-19.

Ante esta situación, de *lege ferenda* el legislador (plena reunión de la comisión del Pacto de Toledo), tendría que plantearse retrasar aún más la edad de jubilación si al final se impone el teletrabajo ya que exige menos esfuerzos físicos (desplazamiento, riesgos laborales, situaciones de acoso laboral etc). Esta situación por una parte incentivaría al trabajador a seguir en situación laboral activa (dada la flexibilidad y comodidad) y no adelantar la jubilación. Por otra parte, el menor pago de pensiones públicas sanearía parcialmente la tesorería de la Seguridad Social y como se expresa, *supra*, cabe la posibilidad de atrasar aún más la edad de jubilación en determinados sectores, sobre todo, los vinculados al teletrabajo.

7. BIBLIOGRAFÍA

ARRANZ DE ANDRÉS, C. *Fiscalidad de los planes de pensiones transnacionales y transfronterizos en el IRPF e IRNR.* Edit Wolter Kluwer*,* 2010.

CALVO VERGEZ, J, "Los planes de pensiones del sistema de empleo: situación actual a la luz de la reciente normativa comunitaria y perspectiva de futuro". Edit Revista Aranzadi, 2018.

FONT DE MORA, P y Otros: *Planes de pensiones y exteriorización de los compromisos empresariales*. Tirant Monografías, Valencia, 2000.

GUTIERREZ BENGOECHEA, M: "Beneficios Fiscales de las Sociedades Laborales" *Nueva Fiscalidad*, nº 2, 2008.

HINOJOSA TORRALVO JJ "Artículos 28 y 29.Gastos deducibles y rendimiento neto del trabajo", en *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

MÁLVAREZ PASCUAL, L "El régimen jurídico tributario de los sistemas de previsión social." *QF,* 1998.

MANRIQUE LÓPEZ, F, ARRIETA IDIAKEX, F, ATXABAL RADA, A. *Las Entidades de Previsión Social Voluntarias.* Ed Aranzadi; 2014.

MARCOS CARDONA, M. *Tributación de los Planes y Fondos de Pensiones*. Colección de Estudios de Derecho, Universidad de Murcia, 2003.

MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ BERNAT, JA. *La sostenibilidad de las pensiones públicas: Análisis de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social.* Edit Tecnos, 2014.

MORENO ROYES, F. SANTIDRIÁN ALEGRE y FERRANDO PIÑOL, A. *Los planes y fondos de pensiones. Comentarios al Reglamento,* CDN, Ciencias de la Dirección, Madrid, 1988.

POVEDA BLANCO, F: *Régimen fiscal de los Planes y Fondos de Pensiones*. Trabajo inédito del segundo ejercicio de cátedra, Alicante, 1990.

SOLER ROCH; M T. *Incentivos a la inversión y justicia tributaria;* Cívitas, Madrid, 1983.

Clásicos de la Seguridad Social

Laborum

nº 26 (1er Trimestre 2021)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

PRÁXEDES ZANCADA Y RUATA (1880-1936): La defensa de los seguros sociales obligatorios desde el reformismo político y jurídico y en la deriva del partido reformista

PRÁXEDES ZANCADA Y RUATA (1880-1936): The defence of compulsory social insurance from political and legal reformism and arising from the reform party

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
Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Cita sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L., "PRÁXEDES ZANCADA Y RUATA (1880-1936): La defensa de los seguros sociales obligatorios desde el reformismo político y jurídico y en la deriva del partido reformista". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 26 (2021): 283-315.

"*Verdor nuevos los espinos*
tienen ya por la colina,
toda de púrpura y nieve
en el aire estremecida.

Cuántos ciclos florecidos
les has visto; aunque a la cita
ellos serán siempre fieles,
tú no lo serás un día.

Antes que la sombra caiga,
aprende cómo es la dicha
ante los espinos blancos
y rojos en flor. Vé. Mira".

LUIS CERNUDA[1]

1.-Elementos de una biografía intelectual

Práxedes Zancada y Ruata (1 de enero de 1880-13 de octubre de 1936)[2] fue un jurista, reformador social, constitucionalista, profesor de Derecho social, periodista, político español y diputado a Cortes durante la Restauración monórquica[3]. De formación krausista y de ideología

[1] LUIS CERNUDA: *Los Espinos*, en *Poesía Completa*, edición a cargo de Derek Harris y Luis Maristany, Barcelona, Barral Editores, 1977, pág. 318.

[2] Ejecutado en Alicante el 13 de octubre de 1936 por motivos políticos durante la Guerra Civil.

[3] Datos al respecto, enCEJADOR y FRAUCA, J.: *Historia de la lengua y literatura castellana*, Madrid, Tip. de la *Rev. de arch., bibli. y museos",* 1920; JIMÉNEZ y JIMÉNEZ-CORONADO, H.: «Yo vi asesinar a Canalejas», Blanco y Negro (Madrid), 15 de noviembre de 1958, págs.70-74; OSSORIO y BERNARD, M.: «Zancada y Ruata (Práxedes)», *(...)*

reformista (corriente del liberalismo social[4]) que conecta visiblemente con el movimiento ideológicamente heterogéneo del regeneracionismo, y muy especialmente de su figura más representativa Joaquín Costa, con su obra más influyente *Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España*[5]. Como se sabe, la "Restauración borbónica" fue una etapa política de la historia de España dominada bajo sistema monárquico que se extendió entre finales de 1874 (momento del pronunciamiento del general Arsenio Martínez Campos que dio fin al periodo de la Primera República Española) y el 14 de abril de 1931 (fecha de proclamación de la Segunda República). Se recuperó el trono por parte Alfonso XII, un miembro dinástico de la Casa de Borbón, después del paréntesis del Sexenio Democrático. En ella dominó un liberalismo autoritario con fuerte tensiones sociales y una relativa estabilidad política hasta alcanzar la crisis epocal de 1917 y el golpe de Estado militar que implantaría la Dictadura de General Primo de Rivera (1923-1930)[6]. Su vida y obra está marcado por ese largo periodo de vigencia del liberalismo autoritario. Práxedes Zancada haciéndose eco de la denuncia costiana de la constitución real como constitución de la oligarquía frente a la constitución oficial de la Restauración, señalaba, con contundencia, que el gran problema es "que el régimen parlamentario, leal y sinceramente, no ha existido en España, y que las Cortes no han representado la voluntad de la Nación, sino la voluntad de los oligarcas"[7]. Práxedes Zancada viene a asumir la fórmula regeneracionista de Costa de una revolución desde arriba para crear las condiciones de la implantación de un nuevo orden democrático basado en el constitucionalismo social[8].

Nacido en Madrid en 1880 era hijo de Arturo Zancada y Conchillos, un comandante del Ejército y gobernador de varias provincias. Fue el sucesor de su padre al frente de la dirección de La Ilustración Nacional, siendo además colaborador de otras publicaciones periódicas como La Correspondencia de España, El Imparcial, El Globo, La España Moderna, Vida Marítima o Alma Española, entre otras. Fue autor de diversas obras de carácter sociológico, entre ellas El obrero en España: (notas para su historia política y social) (1902)3 y El trabajo de la mujer y el niño (1904). Perteneció al Instituto de Reformas Sociales (en adelante, IRS), colaborando en la creación del Instituto Nacional de Previsión (en adelante, INP), publicaría también Canalejas, político y gobernante (1913), una biografía del político liberal José Canalejas, de quien fue secretario y

Ensayo de un catálogo de periodistas españoles del siglo XIX, Madrid, Imprenta y litografía de J. Palacios, 1903; RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, B.: «Una súbita rebelión epistolar en la república de las letras», Monteagudo, Universidad de Murcia (17), 2012, págs. 97-108; TIANA FERRER, A.: «Educación obligatoria asistencia escolar y trabajo infantil en España en el primer tercio del siglo XX», *Historia de la educación: Revista interuniversitaria* (6), 1987, págs. 43-60.

[4] Para la significación de esta forma evolucionada y democrática de "liberalismo social", véase HOBHOUSE, L.T.: *Liberalismo,* edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007; MONEREO PÉREZ, J.L.: "Los fundamentos del "Liberalismo Social" y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 136 (2017), págs. 711-761.

[5] COSTA, J.: *Oligarquía y caciquismo,* en *Obras,* vol. I., Guara, Zaragoza, 1982, y *Oligarquía y caciquismo como la forma de gobierno en España: Urgencia y modo de cambiarla,* 2 vols., Estudio introductorio de Alfonso Ortiz, Madrid, Ediciones de la Revista de Trabajo, 1975.

[6] Sobre los orígenes, fundamentos y desarrollo de la Restauración y la Dictadura de Primero de Rivera, puede consultarse en una perspectiva general VILLARES, R. y MORENO LUZÓN, J.: *Restauración y Dictadura,* vol. 7 de la Historia de España, dirigida por Josep Fontana y Ramón Villares, Madrid, Marcial Pons, 2009; TUSELL, J. y PORTERO, F. (Eds.): *Antonio Cánovas y el sistema político de la Restauración,* Madrid, Biblioteca Nueva, 1998; GONZÁLEZ CUEVAS, P.C.: *Historia de las derechas españolas. De la Ilustración a nuestros días,* Madrid, Biblioteca Nueva, 2000; GONZÁLEZ CALLEJA, E.: *La España de Primo de Rivera. La modernización autoritaria, 1923-1930,* Madrid, Alianza editorial, 2005; BEN-AMI, SH.: *El cirujano de hierro. La dictadura de Primo de Rivera (1923-1930),* Barcelona, RBA Libros, 2012; BEN-AMI, SH.: *Los orígenes de la Segunda República: anatomía de una transición,* Madrid, Alianza editorial, 1990.

[7] Cfr. ZANCADA, P.*: Los problemas constitucionales de España*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Compañía Ibero-americana de publicaciones, 1930, pág. 43.

[8] Sobre el pensamiento de Joaquín Costa, puede consultarse, CHEYNE, G. J. G.: *Joaquín Costa el gran desconocido,* Barcelona, Ariel, 1972; ORTÍ, A.: *En torno a Costa,* Madrid, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1996.

mantuvo una gran influencia afianzando en él un pensamiento incrustado en la ideología del liberalismo social; o El momento político actual, entre otras. Zancada mantuvo amistad con Melquíades Álvarez. Subrayaba en José Canalejas y Méndez su dimensión europeísta y su liberalismo social (que le llevó a apoyar el intervención público en la cuestión social y la defensa de la legislación laboral protectora de los trabajadores), pero también su defensa de un Estado laico independiente del poder de la Iglesia[9]. Para Práxedes Zancada José Canalejas "representó una política equidistante igualmente de las exageraciones demagógicas y de las intransigencias clericales"[10]. En su carrera política, obtuvo escaño de diputado a Cortes en las elecciones de 1910, por el distrito burgalés de Castrojeriz, y de 1918 y 1923, en ambas por el distrito toledano de Quintanar de la Orden[11]. Llegó a ser Secretario de la Comisión Interina de Corporaciones, de la cual formaban parte, entre otros, Álvaro López Núñez, Francisco Largo Caballero, Andrés Saborit, Padre Gafo, Carlos y Mariano González-Rothvoss, Tomás Elorrieta, Alejandro Gallart, Francisco Hostench, Rafael de Buen. Fue también Profesor de Derecho Corporativo en la Escuela Social del Ministerio de Trabajo, Comercio e Industrial[12]. De la Escuela Social del Ministerio de Trabajo fue Director Leopoldo Palacios Morini[13].

Falleció en 1936, fusilado en Alicante. La vinculación originaria de Zancada no sólo fue institucional, sino también de amistad personal, siempre se sintió muy unido a él desde el pensamiento krausista en su vertiente de liberalismo social[14]. De algún modo su asesinato el 12 de noviembre de 1912 lo dejaría marcado en toda su vida y es de significar que la afinidad de pensamiento de corte liberal social se mantuvo siempre en todas las fases de su desarrollo vital.

Desde el ideario de reforma jurídico-social presenta un programa que conjugaba el principio de solidaridad y armonía social dentro del "organismo social" con una reforma educativa y una apuesta por la implantación de una "economía social". Este fue el ideario que le había llevado antes

[9] ZANCADA, PRÀXEDES: *Canalejas, político y gobernante,* Madrid, González y Giménez, 1913, págs.83 y sigs.

[10] ZANCADA, PRÀXEDES: *Canalejas, político y gobernante,* Madrid, González y Giménez, 1913, pág. 9.

[11] «Zancada y Ruata, Práxedes. Elecciones: 46. Elecciones 8.5.1910». Buscador histórico de diputados 1810-1977. Congreso de los Diputados.; «Zancada y Ruata, Práxedes. Elecciones: 49. Elecciones 24.2.1918». Buscador histórico de diputados 1810-1977. Congreso de los Diputados.; «Zancada y Ruata, Práxedes. Elecciones: 35. 52. Elecciones 29.4.1923». Buscador histórico de diputados 1810-1977. Congreso de los Diputados.

[12] El Real Decreto Ley de 17 de agosto de 1925 convirtió en Escuela Social la Sección de Cultura Social del Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria, a la vez que le encomendaba el servicio bibliográfico, el archivo de estudios sociales y de industria y comercio, y la organización de conferencias, cursos, excursiones, exposiciones, museos, congresos, publicaciones y cualquiera otra obra social que tuviese por objeto la difusión y fomento de la cultura popular sobre materias económicas y sociales. Para realizar dichos objetivos, la Escuela Social organizaría los correspondientes estudios repartidos en tres años, en los que se estudiarían diversas materias de política social, geografía humana, protección de los trabajadores, instituciones de previsión y seguros sociales, etc., previendo una serie de enseñanzas prácticas, para finalizar con un trabajo monográfico de fin de carrera, junto con enseñanzas de un idioma moderno, taquigrafía y mecanografía. El Ministerio de Trabajo expediría un certificado de estudios que se valoraría como mérito para la promoción de Funcionarios dentro del Ministerio.

[13] Sobre su pensamiento social, jurídico y política, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: "Crítica Social republicana y reformismo político-jurídico: Leopoldo Palacios Morini (1876-1952)", en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 134 (2007), págs. 307-358.

[14] Hasta punto es así que cuando fue asesinado José Canalejas el por entonces subsecretario de la Presidencia, Práxedes Zancada, apenas repuesto del síncope sufrido al recibir la noticia del atentado a Canalejas, fue comisionado –en interés institucional y personal– para disponer el ánimo a la viuda del finado para conocer la triste nueva. Desde el Ministerio de la Gobernación Zancada se dirigió inmediatamente al domicilio particular de Canalejas, solicitando ser recibido con urgencia por la viuda. Nuestros afanes informativos se detenían, respetuosos, ante el dolor de la ilustre dama, renunciando a inquirir los detalles de tan trágica escena. Al llegar Zancada a casa de Canalejas, la viuda conocía ya la noticia, aun cuando no toda la gravedad que ella encerraba. Zancada cumplió su penoso deber en los términos de la más absoluta sobriedad, sin que el propio pesar le permitiese mitigar la impresión que habría de experimentar la viuda. El dictamen de los médicos que han reconocido el cadáver de Canalejas manifiesta tener este una herida, mortal de necesidad, en la cabeza, con orificio de entrada en la región mastoidea izquierda y orificio de salida, más reducido que aquél, en la misma región del lado derecho.

a comprometerse activamente en el Instituto de Reformas Sociales, junto con la flor y nata del krausismo reformista de su tiempo: Azcárate, Posada, Buylla, Piernas Hurtado[15], *Zancada* y Melquiades Álvarez. Su participación fue especialmente activa dentro del IRS con el diseño de la reforma jurídica e institucional de las relaciones laborales[16]. Zancada había señalado que las consecuencias económicas y sociales de la primera guerra mundial obligaban a precisar la evolución del intervencionismo público tanto en los derechos laborales como en los derechos a los seguros sociales. Es entonces cuando muchas constituciones europeas "con un hondo sentido de solidaridad colectiva, en lo económico y en lo social" están llevando a cabo una obra de profunda renovación en la vida del trabajo y de la protección social del Estado[17].

2. Pensamiento sociopolítico y jurídico general

El IRS desaparecería con el advenimiento de la dictadura de Primo de Rivera, siendo desplazado funcionalmente por el "Consejo de Trabajo"[18], mientras que el INP tendría plena continuidad y se reforzaría a medida que se iba desarrollo el sistema de seguros sociales obligatorios (o, como los llamaría Maluquer, "seguros de utilidad social"). Es lo cierto que el espíritu y forma de articulación del IRS, basado en el diálogo y la cooperación entre las fuerzas sociales y en la pretensión de realizar una política de *negociación legislativa previa* y condicionante de la iniciativa gubernamental no encajaba con el modo de comportamiento autoritario de la Dictadura, que aprovechó la incapacidad del régimen de la Restauración para responder satisfactoriamente al cúmulo de problemas y tensiones acumuladas durante su desarrollo en esas dos primeras décadas del siglo veinte. El IRS (que no pudo alcanzar lo que pretendía por las mismas contracciones

[15] Véase PIERNAS HURTADO, J.: *Principios elementales de la ciencia económica,* Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1903, con crítica a las doctrinas individualista y con gran influencia de los socialistas de cátedra.

[16] Cfr. *Proyecto de Ley sobre Contrato de Trabajo. Información legislativa y bibliográfica,* Madrid, IRS, 1911; *Las regulación colectiva del contrato de trabajo. Sumario de legislación comparada. Libertad Sindical y Sindicación obligatoria,* Madrid, Sobrinos de la Suc. de M.Minuesa de los Ríos, 1922; *El contrato colectivo en la reforma social. Unas cuantas notas,* Madrid, 1933, donde se refleja, por cierto, una apuesta sobre el papel del convenio colectivo como instrumento de diálogo y de colaboración entre los actores sociales. Véase ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007, espec., págs. 21 y sigs. ("Ideologías y seguros sociales"), en particular, pág. 69.

[17] ZANCADAY RUATA, P.: *Derecho Corporativo español*, Madrid, Juan Ortiz Editor, 1928, pág. 14. Él subraya que la organización corporativa instaurada en el Decreto-ley de 26 de noviembre de 1926 era incompatible con la libertad sindical: no se basaba en el sindicato único obligatorio, sino en la asociación libre que podía coexistir con ella (*Ibid.,* págs. 17 y 225 y sigs.).

[18] El Real Decreto de 8 de mayo de 1920 (lo firma El Presidente del Consejo de Ministros, Eduardo Dato) creó el Ministerio de Trabajo. Según su art.1º. "En virtud de la autorización concedida al Gobierno en la disposición 8ª complementaria de la Ley de Presupuestos vigente, se crea el Ministerio de Trabajo, *al que quedan asignados, desde luego, los Institutos de Reformas Sociales y Nacional de Previsión; la Sección de Reformas Sociales de la Gobernación; el Negociado del Trabajo y la Dirección General de Comercio, Industria y Trabajo;* el Consejo de Emigración, y el Patronato de Ingenieros y Obreros Pensionados en el Extranjero". El Real Decreto de 29 de abril de 1924 crea el "Consejo Superior de Trabajo, Comercio e Industria", como órgano consultivo del Gobierno en las materias de la competencia del Ministerio del mismo nombre (art. 1). En el año 1924, una parte cualitativamente importante del IRS se incorporó a la plantilla del Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria (la relación de personal del IRS que se incorpora a la plantilla del Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria, se recoge en el Real Orden 16 junio 1924, *Gaceta* del 20). Basta relacionar nombres de la talla de Alvaro López Nuñez, Salvador Crespo y López de Arce, Leopoldo Palacios y Morini, Constancio Bernardo de Quirós, Pedro Sangro y Ros de Olano, *Práxedes Zancada de Ruata*, Federico López Valencia, José Conde y Sé, Juan de Uña Sarthou, José CasaisSantaló, León Martín-Granizo, Mariano González-Rothvoss, Antonio Fabra Ribas, Franciso Rivera Pastor, etcétera. Excepción importante fue, desde luego, la de Adolfo G. Posada, el cual rehusó incorporarse a la nueva Administración de la Dictadura. Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2003. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.: "El liberalismo social krauso-institucionalista de Juan Uña Sarthou", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 140 (2008), págs. 95-820; MONEREO PÉREZ, J.L.: "Crítica Social republicana y reformismo político-jurídico: Leopoldo Palacios Morini (1876-1952)", en *Citas. Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 134 (2007), págs. 307-358.

internas del régimen conovista, basta reparar en la no aceptación política de los sucesivos proyectos de Ley de contrato de trabajo para dar cuenta de este hecho crítico) fue suprimido con la coherencia propia de una decisión autoritaria que supo ver en todas sus consecuencias previsibles, como tantas cosas, nuestro Adolfo Posada[19].

Defendía –como José Canalejas (1845-1912), uno de sus referentes ideológicos y de acción en el plano de política del Derecho– un reformismo práctico que se resuelve en el valor de la solidaridad[20], que en el plano estrictamente político era laico y miraba muy de cerca al reformismo social de Lloyd George en Inglaterra. De ahí su consagración y dedicación a la política y al Derecho social, que estaría llamado a realizar el valor, la idea, de la justicia social. Los hombres más progresistas del IRS y del INP –como Maluquer y Salvador, López Núñez, Leopoldo Palacios Morini, *Zancada,* etcétera– pensaban que la servidumbre social de las personas en la empresa moderna es la que acude a remediar el seguro obligatorio que ha producido una obra de auxilio y justicia social, cuyo fundamento lo hace arrancar del cristianismo: la pensión de vejez de los económicamente débiles. Estas ideas-fuerza permiten entrever que el compromiso con la reforma social de personalidades como Adolfo G. Posada, Adolfo Álvarez Buylla (desde un liberalismo social de inspiración krauso-institucionista)[21], José Maluquer y Salvador (republicanismo social) y *Zancada* (liberalismo social) no se limitaron a una política defensiva de orden público social (enfoque predominante en el nacimiento del sistema de seguros sociales)[22], sino que trató de mejorar

[19] Véase POSADA, A.: *Fragmentos de mis memorias,* Oviedo, Universidad de Oviedo, 1983. Posada renunciaría a integrarse en las estructuras autoritarias de la Dictadura. Sobre la contribución decisiva de Posada al desarrollo de la reforma social y, en particular de la labor del IRS, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, MTAS, 2003.

[20] Véase CANALEJAS, y MÉNDEZ, J.: *Discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en la sesión inaugural de 1904-1905, celebrada el 28 de Marzo de 1905, bajo la presidencia de S.M. el Rey D. Alfonso XIII,* Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1905, pág.9, y realza la solidaridad en págs.12 y sigs. Asume al respecto la opinión de Schäffle cuando afirma que "la reforma social es el cristianismo práctico convertido en patrimonio de todos". Precisamente esto le permite defender el seguro obligatorio (el seguro obligatorio jurídicamente impuesto, cuya implantación debe prepararse) si es socialista el seguro obligatorio, también es cristiano (*Ibid.,* pág.53). El deber público impone la asistencia social (Pág.70). Canalejas postulaba la creación de un Estado "corrector" fuerte, en el sentido de que debería ser capaz de concentrar y fomentar todas las fuerzas y todas las energías de la sociedad, que tienen precisamente su encarnación jurídico-política en el Estado. Éste tiene que realizar un intervencionismo positivo en la transformación social, pues veía en el Estado un instrumento del poder para organizar la modernización política y social. Véase CANALEJAS, J.: "Prólogo" a la obra de ZANCADA, P.: *El obrero en España* (notas para su historia política y social), Prólogo de José Canalejas, Barcelona, Casa Editorial Maucci, 1902, págs. 23.

[21] Adolfo González Buylla siempre muy cerca del Partido Socialista y colaboró en su condición de abogado con los sindicatos obreros; y Adolfo G. Posada como krausista positivista e institucionista, el cual militaria –junto con Azcárate, Zancada, Palacios, y otros muchos krausistas– en el partido reformista de Melquíades Álvarez, discípulo de Adolfo G. Posada, por otra parte.

[22] Como se refleja, ciertamente, en personalidades tan significativas como Álvaro Nuñez, para el cual "el ingreso de la clase proletaria enla vida política y social", "ha permito a los trabajadores apartarse de idealismos utópicos, adaptarse a la realidad evolutiva y colaborar, armonizados con las otras clases sociales, en la magna obra de la restauración del país". Cfr. LÓPEZ NUÑEZ, Á.: *El Seguro obrero en España,* Madrid, Imprenta de la Sucesora de M.Minuesa de los Ríos, 1908, Prólogo, pág.1. También el propio Maluquer realzaría el objeto de la pacificación social a la cual contribuye decisivamente la política de reformas sociales. Véase MALUQUER Y SALVADOR, J.: "Grandes y recíprocas amnistías sociales pueden evitar estados de guerra civil en cada fábrica, cuando estén necesitadas todas de acudir a la lucha económica en el frente internacional", artículo de prensa publicado en el períodico*El Liberal,* de Madrid, febrero de 1918, recogido en la recopilación 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),* vol.I, cit., pág. 290. La idea de política de contención social se vislubra igualmente en GONZÁLEZ REBOLLAR, H.: *La Ley de accidentes del trabajo,* Salamanca, Imprenta de Calón, 1908, pág. 24, donde señala que la legislación protectora ha logrado que que desaparezcan los caracteres de lucha en medio de los que se producían las reivindicaciones del proletariado; ha hecho innecesaria la continuación de aquella propaganda que, en nombre de las clases desheredadas, venían haciendo las más "disolventes teorías".

el desarrollo de los derechos sociales de la ciudadanía dentro de un proyecto de construcción de un régimen democrático[23].

La "revolución desde arriba" de Maura se desplegó rápidamente para llevar a cabo la reforma política, económica y social. Sus propuestas en el campo social buscan la integración desde el paternalismo social, la protección, la educación y la moralización de las clases trabajadoras (las "masas"). Esa revolución desde arriba presenta la regla de juego preestablecida de excluir a los que disentía del ámbito estricto acotado por el régimen de la Restauración. Era hablar en nombre de los trabajadores y de los pobres para evitar que los hablen por sí mismos. Así se legisló en materia sociolaboral y se impulsaría desde una lógica de liberalismo atemperado socialmente la labor reformadora del Instituto de Reformas Sociales. El maurismo, como grupo político diferenciado, supuso el intento de aplicar un programa de modernización de tipo conservador[24] y autoritario en respuesta a las exigencias de gobernar y dirigir política y jurídicamente los procesos sociales y económicos ya sean disruptivos o sean secuenciales o evolutivos. La modernización –y el proceso de racionalización jurídica del misma– puede ser democrática o de carácter autoritario o totalitario (éste más precisamente en el siglo veinte)[25].

Después de la destitución de Antonio Maura y Montaner (1853-1925), se da entrada al liberal José Canalejas. Canalejas apostaba en lo social por el intervencionismo en las relaciones sociolaborales, creía necesaria una reforma agraria y una política de modernización económica. Para ello era totalmente indispensable una intervención decidida del Estado. Pero la aventura reformista moderada de Canalejas terminó con su asesinato el 12 de noviembre de 1912. Después del fracaso en 1913 del Gobierno de Romanones, transiciones aparte, Maura asumiría nuevamente la responsabilidad de Gobierno. Para entonces quedaba claro que la revolución desde arriba y sus

[23] Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, MTAS, 2003. Pero siempre se debe subrayar que la apreciación de los factores determinantes de la instauración de una legislación social (y en particular de seguros sociales) obecedesiemrpe a razones complejas, y no unidireccionales. Es manifiesto que se produjo una tensión dialéctica entre los enfoques defensivos y los enfoques ofensivos en el proceso de reforma social en España. Entre los defensivos, sin duda está el miedo al hecho revolucionario. Un ejemplo significativo que apunta lo singuiente: "Los antecedentes del seguro social, antes de entrar en el análisis del Código obrero rusos, los encontramos en la carta magna que el Emperador de Alemania presentó en 1881 al "Reichstag" para las reformas sociales de aquella nación. Pedía el soberno a su Gobierno que cumpliera con el deber de curar las llagas sociales con una legislación adecuada, que aliviase los sufrimientos de las clases obreras *y contrarrestase los métodos revolucionarios de la democracia social".* En 1883, implantó Alemania el seguro contra enfermedades, en 1884, el seguro contra accidentes y en 1889 el seguro contra la invalidez y vejez. Esta última ley introducía un nuevo principio y sólo después de grandes dificultades durante dos años de discursión, fue aprobada. Reformada en 1891, rigió hasta 1899, en que sufrió nuevas aclaraciones y enmiendas. Cfr. HOSTENCH, F.: *El Código Rusos del Trabjo (Código del Trabajo y de la Previsión Social de Francia, y Legislación Social de Inglaterra y Alemania),* Madrid, Francisco Beltrán-Librería Española y Extranjera, 1925, cap. XII, pág.195; *Ibid., Un problema de clases medias. Ensayo de derecho social de previsión,* Madrid-Barcelona, Francisco Beltrán, 1922. Se realza que el Estado se convierte, por la evolución del derecho, en órgano de intereses generales, colectivos, a cuya conservación atienede sobre los individuales, legislando de acuerdo con la conciencia popular por sentimientos de *solidaridad social*. (*El Código ruso del trabajo,* cit., págs.7-8).

[24] Sobre el pensamiento de Maura, y su experiencia al frente del Partido Conservador, véase GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Mª.J.: *El universo conservador de Antonio Maura. Biografía y proyecto de Estado,* Madrid, Biblioteca Nueva, 1997; *Ibid., Ciudadanía y acción. El conservadurismo maurista, 1907-1923,* Madrid, Siglo XXI, 1990; ROBLES, C.: *Antonio Maura. Un político liberal,* Madrid, 1995, y del propio MAURA Y MONTANER, A.: *Antonio Maura: treinta y cinco años de vida pública. Ideas políticas recopiladas por J. Ruiz-Castillo,* Madrid, Biblioteca Nueva, 1953.

[25] Entre la bibliografía inmensa al respecto, puede consultarse selectivamente, HERF, J.: *El modernismo reaccionario. Tecnología, cultura y política en Weimar y el Tercer Reich,* México, FCE, 1990; ARENDT, H.: *Los orígenes del totalitarismo,* 2 vols., Barcelona, Planeta-Agostini, 1994; GERMANI, G.: *Política y sociedad en una época de transición. De la sociedad tradicional a la sociedad de masas,* Buenos Aires, Paidós, 1968; GRIFFIN, R.: *Modernismo y fascismo. La sensación de comienzo bajo Mussolini y Hitler,* Madrid, Akal, 2010; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013; CARNERO ARBAT, T. (Ed.): *Modernización, desarrollo político y cambio social,* Madrid, Alianza editorial, 1992.

supuestos había fracaso, porque no había sido capaz de resolver la doble crisis de legitimidad y la planteada por el proceso de modernización de nuestro país. Por lo demás, el sistema de la Restauración se mostró excluyente de las fuerzas política crítica con el mismo, mostrando los límites intrínsecos de una renovación del régimen tan sólo desde dentro y manteniendo el dominio, y prerrogativas, de los dos partidos turnantes[26]. Maura, el maurismo, trató de implantar un gobierno nacional como el último intento de llevar a la práctica política la esperanza de regeneración conservadora. El regeneracionismo de derechas inspiraba al maurismo, a pesar las muchas incoherencias decisivas del Gobierno de Maura[27]. Aquellos mauristas más vencidos hacia el compromiso social (como fue el caso de José Calvo Sotelo y a menudo el propio Maura) defenderían la legislación social paternalista, entendiendo la legislación social como el conjunto normativo inspirado en el ideal de protección del débil, criticando el liberalismo individualista por propiciar toda suerte de injusticias y desigualdades. El ideario maurista refleja la misma ambigüedad esencial del catolicismo social de toda Europa en su etapa inicial, en el que la actitud reaccionaria que parecía defender la vuelta al antiguo régimen y repudiar el liberalismo se mezclaba con propuestas reformistas precursoras del Estado Social. Aunque trataban de incorporar las nuevas ideas que emergían en la derecha europea, sin embargo quedaba realzada su preocupación de todos los problemas a un problema de orden público. Es lo cierto que "el diario maurista representaba un intento de injertar en el viejo tronco del conservadurismo liberal ciertos elementos de tradición carlista, sobre todo el énfasis en el catolicismo, como las nuevas ideas de democracia conservadora. El injerto fructificó a medias y la ambigüedad nunca superada entre autoritarismo y democracia contribuyó a que, desaparecido Maura, sus seguidores más caracterizados evolucionaran en direcciones divergentes". El maurismo, aunque nunca fue un partido de masas, si pretendió realizar una política de acción social a favor de la clase obrera, pero desde una actitud paternalista característica, por otra parte, de cierto catolicismo social. En distintas localidades se crearon centros obreros de instrucción maurista, "que venía a ser la réplica derechista de las casas del pueblo que en diferentes localidades crearon socialistas y radicales. En ello se organizaron escuelas diurnas para niños y nocturnas para adultos, se dieron conferencias y en fechas señaladas había actos culturales o benéficos. Entre estos últimos cabe recordar, por ejemplo, la fiesta infantil que la Juventud maurista madrileña organizó en 1916 con motivo de la onomástica de don Antonio, en la que seiscientos niños de las *escuelas mauristas* fueron obsequiados en el Ideal Retiro con un merienda". Se crearon también "una mutualidad obrera y una bolsa de trabajo". Es manifiesto que "cabe dudar de la eficacia de todo ello, pero se trata de una duda que se puede extender al conjunto del catolicismo español del período. Lo cierto es que se ponía así de manifiesto el empeño maurista de no ser un puro aparato electoral". Se destacaba por el propio Maura la necesidad de dotar de una formación cultural mínima a las clases humildes, para que éstas pudieran ejercer conscientemente sus derechos ciudadanos"[28]. No obstante, el maurismo, pese a esa mayor apelación a la participación de las masas populares, con el desengaño de algunos de sus filas (señaladamente, Ángel Ossorio, que defendía una transformación social en sentido reformista, y, por consiguiente, pretendía realizar un verdadero

[26] Véase FORNER MUÑOZ, S.: *Canalejas y el Partido Liberal Demorático (1900-1910),* Madrid, 1993; GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Mª.J.: *Ciudadanía y acción. El conservadurismo maurista, 1907-1923,* Madrid, 1990; TUSELL, J.: *Antonio Maura. Una biografía política,* Madrid, 1994; TUSELL, J. y AVILÉS, J.: *La derecha española contemporánea. Sus orígenes: el maurismo,* Madrid, 1986; ZANCADA, PRÁXEDES: *Canalejas. Politico y gobernante,* Madrid, 1913; SEVILLA ANDRÉS, D.: *Canalejas,* Barcelona, editorial aedos, 1956.

[27] Véase TUSELL, J.-AVILÉS, J.: *La derecha española contemporánea. Sus orígenes: el maurismo,* Madrid, España-Calpe, 1986, que señalar que la crisis previsible del Gobierno Nacinal presidido por Maura y formado como consecuencia del desastre de Marruecos tuvo lugar el siete de marzo de 1922 ante el abandono del gabinete por parte de los liberales y, más concretamente, del representante del grupo de Romanones, que inmediatamente arrastró tras de sí a quien tenía la representación de García Prieto. El maurismo acabaría desintegrándose en distintas vías divergentes. En el campo de la política de reforma social, cabe decir que el maurismo tenía un trasfondo de catolicismo social y hacia suyo el concepto tomista de la propiedad como usufructo (*Ibid.*, págs. 257 y sigs., 337 y sigs., y 351 y sigs.).

[28] TUSELL, J.-AVILÉS, J.: *La derecha española contemporánea. Sus orígenes: el maurismo,* Madrid, España-Calpe, 1986, págs. 354-357.

programa social de tipo populista) no fue capaz de superar el tradicional modelo de partido de la Restauración, con la consiguiente presencia del caciquismo y del componente autoritario oligárquico. Todo ello refleja los límites intrínsecos del regeneracionismo maurista que, es por otra parte, el tipo de regeneracionismo que tuvo mayor proyección en la práctica política[29].

En la primera postguerra mundial, se apreciaba nítidamente que el régimen de la Restauración no podía afrontar los nuevos dilemas de gobierno del país, en una coyuntura política profundamente cambiada. También se recrudecieron los conflicto sociales, mostrando visiblemente la incapacidad del sistema establecido para garantizar la paz social, en una coyuntura económica especialmente crítica; ello hizo inclinar a los sectores empresariales hacia una solución autoritario corporativa. El Estado de la Restauración sucumbiría con el ascenso al poder en 1923 del general Primo de Rivera, con un pretendido programa regeneracionista conservador; sumiendo al sistema en una abierta contradicción entre la modernización económica y los supuestos de una modernidad democrática e ilustrada.

Práxedes Zancada tenía una concepción integral el proceso de transformación social dentro de las coordenadas propias de un regeneracionismo organicista de tradición krausista institucionalista, que se habían defendido originariamente por el partido reformista del cual formó parte desde su misma creación. Un aspecto importante la incardinación de las reformas laborales y de previsión social dentro de un proceso de reforma política y constitucional. Su punto de partida iba más allá de la propuesta planteada por partido reformista de modificación del texto de 1876 en 1918, que diese un paso más garantizando a todos los derechos y libertades sin limitación sustancial alguna, desde la libertad de conciencia a la libertad plena de sindicación[30].

Superado el "sueño" del corporativismo autoritario de integración selectiva –como pretendida vía intermedia entre liberalismo y socialismo en la gobernabilidad política y en el proceso de modernización– impulsado por Eduardo Aunós, se trataba ahora –en el modo de pensar de Zancada– de establecer las bases de una nueva Constitución democrático social al estilo garantista de las que estaban proliferando en algunos países europeos (señaladamente la Constitución de Weimar de 1919). En tal sentido el desarrollo política muestra "qué camino ha hecho en las legislaciones de los pueblos la idea de que las medidas sociales que garantizan los derechos de las clases más humildes y numerosas de la nación no han de limitarse a aquellas leyes que en cada caso satisfagan necesidades públicas o compromisos internacionales, sino que, además, *han de responder a un ideal permanente inscrito en la ley de las leyes*, en lo que constituye la determinación jurídica de la vida de los pueblos". Y es que "era lógica que cuando se hace del trabajo una materia de carácter internacional; cuando la Oficina de Ginebra procura unificar la legislación obrera, imprimiéndola un sello de solidaridad humanitaria y de preparación técnica, se sienta la conveniencia de que tales preceptos constituyan una base sólida que no se halle a merced de las constantes fluctuaciones y vaivenes de la vida pública"[31]. Es a través de este nuevo proceso constituyente en que se puede afrontar la crisis del parlamentarismo tradicional, que en nuestro país se agravó con el caciquismo y las limitaciones a los derechos y libertades públicas, incluido un sufragio que efectivamente no acabó siendo plenamente universal y ejercido con igualdad de oportunidades para los individuos de todas las clases sociales. Zancada realza que "la obra de la Dictadura, que durante siete años ejerció el Poder, ha sido en lo político negativa por completo para

[29] Véase SECO SERRANO, C.: *La España de Alfono XIII. El Estado. La política. Los Movimientos Sociales,* Madrid, Espasa-Calpe, 2002, espec., cap. 2: "El regeneracionismo maurista y el regeneracionismo canalejista (1907-1912)", págs.99 y sigs.; GONZÁLEZ CUEVAS, C.: "El pensamiento socioeconómico en la derecha maurista", en *Boletín de la Real Academia de la Historia,* T. CXC, cuaderno III, septiembre-diciembre de 1993.

[30] La propuesta inicial del partido reformista en ZANCADA, P.*: Los problemas constitucionales de España*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Compañía Ibero-americana de publicaciones, 1930, págs. 21-22.

[31] ZANCADA, P.*: Los problemas constitucionales de España*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Compañía Ibero-americana de publicaciones, 1930, págs. 40-41.

España"[32]. Las nuevas constituciones deben ser constituciones sociales que superasen el criterio individualista que era opuesto a una declaración de derechos que regulase las funciones de la economía y del trabajo. Es a partir de ese momento cuando empieza a defenderse no sólo la intervención del Estado para hacer menos dura la vida de los trabajadores, sino incluso para consagrar sus derechos laborales –individuales y colectivos– y de seguro social (para hacer frente a las consecuencias económicas de la vejez, la invalidez y los accidentes, para la conservación de la salud, la capacidad de trabajo y la protección e la maternidad y protección de la familia) en los propios textos constitucionales[33]. Se muestra partidario del a existencia de que junto con la Cámara parlamentaria representativas general, se coloque un Consejo legislativo y consejos profesionales. Así se combinan el elemento individualista y el orgánico con un cierta represencia profesional. El art. 165 de la Constitución de Weimar es la expresión de este sentido político nuevo[34].

Pero aparte de este constitucionalismo garante de los derechos sociales, la nueva Constitución debe garantizar el derecho a la enseñanza pública, porque como Cambó, afirma que allí donde los ciudadanos no poseen las condiciones de cultura y de civismo necesarias, allí donde la conciencia del interés público no ha penetrado en la masa, los partidos políticos no son la estructura orgánica de la opinión pública, sino que los mueve el estímulo de los intereses o de las pasiones personales y egoístas. Y en este sentido reivindica el pensamiento de Joaquín Costa de cuál había de ser la política debeladora del caciquismo, política de escuela y de despensa, es decir, política de cultural cívica y de independencia económica. Por ello mismo, entendiende, que se debería consignar en la nueva Constitución preceptos análogos a la de Weimar en materia de enseñanza, y que ello sería una exigencia dimanada de la necesidad de afirmar por el desarrollo de la cultura de un modo sólido y definitivo, el progreso político de España[35].

La Dictadura de Primo de Rivera no pretendió establecer un nuevo régimen constitucional democrático, más bien se inspiró "en ideas y principios incompatibles con la evolución democrática", aunque no todo lo que el Anteproyecto de la Sección 1ª de la Asamblea "era contrario a los ideales modernos, pero en su esencia y por el predominio de los elementos de extrema derecha, no respondía ni podía responder por su origen a las ansias liberales y renovadoras del pueblo español". Por ello puede sentenciar con Melquiades Álvarez "que el régimen parlamentario no había podido fracasar en España porque no había sido lealmente ensayado. Y ése era el problema que estaba planteado en 1922, que iba a abordar la concentración de las izquierdas gubernamentales, cuando se produjo el golpe de Estado de 13 de septiembre de 1923 y que se presenta ahora (habla en 1930) más apremiante y urgente, después de seis años de Dictadura"[36].

---

[32] ZANCADA, P.*: Los problemas constitucionales de España*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Compañía Ibero-americana de publicaciones, 1930, págs. 43 y sigs., 87 y sigs., y 59 y sigs.

[33] ZANCADA, P.*: Los problemas constitucionales de España*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Compañía Ibero-americana de publicaciones, 1930, pág. 109, y págs. 110 y sigs.

[34] ZANCADA, P.*: Los problemas constitucionales de España*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Compañía Ibero-americana de publicaciones, 1930, págs. 190-191, y Capítulo XI, págs. 193 y sigs. Para él "La organización profesional debe ser, pues, la base de un sistema de representación contrapeso de la representación política, lo mismo con un Senado corporativo que con un sistema de consejos, cuerpos consultivos obligados de todo Gobierno antes de presentar los proyectos de carácter social y económica a la deliberación del Parlamento" (*Ibid.*, pág. 208).

[35] ZANCADA, P.*: Los problemas constitucionales de España*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Compañía Ibero-americana de publicaciones, 1930, pága. 259-261.

[36] ZANCADA, P.*: Los problemas constitucionales de España*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Compañía Ibero-americana de publicaciones, 1930, págs. 263-265. También hace notar que, en su opinión, "Sería injusto negar a la Dictadura dos aciertos: el término de la campaña de Marruecos, que constituía una verdadera pesadilla para el país, y su *política social,* por la que se encauzaron jurídicamente los conflictos del capital y el trabajo. La organización paritaria profesional, desarrollada con acierto por el anterior Ministro de Trabajo D. Eduardo Aunós, obra democrática qu tiene sus antecedentes en la idea de Canalejas, y en el decreto firmado en 15 de Marzo de 1919 por el conde de Romanones, Roselló, Gimeno (don Amalio), Rodríguez (D. Leonardo), Salvatella y el marqués de Cortina ordenando crear en toda España los *consejos paritarios* para entender en las cuestiones entre el capital y trabajo, mantenida con visión clarividente por el actual ministro de Trabajo, Señor de Sangro (Pedro de Sangro y Ros de Olano)…, no sólo es el

(...)

1. EL PROBLEMA DE LAS PENSIONES DE LOS TRABAJADORES

Zancada coincidía en lo principal[37] con Maluquer y López Núñez –con los cuales mantenía una estrecha relación profesional–. El seguro social obligatorio (su finalidad reside en la protección humanitaria y presupone la intervención del Estado) es ante todo un "seguro de utilidad pública": la denominación de "utilidad pública", propia de otras esferas jurídicas, indica inmediata y claramente el carácter integral de su eficacia, y explica la protección del Estado, que se extiende hasta bonificarlo pecuniariamente y hacerlo obligatorio[38]. El punto de partida de Maluquer es realzar que la utilidad pública del seguro de vejez hace referencia al mismo tiempo a un doble aspecto: al social y al económico. El seguro está llamado a producir excelentes resultados en la producción (es lo que llama "eficacia de las reformas sociales en la producción") y más ampliamente en el progreso económico. Entiende que el problema del seguro de vejez constituye *un perfeccionamiento en la organización del trabajo,* que es de utilidad pública y de beneficio directo para los elementos que *colaboran* en la producción. Nuevamente se refleja aquí la visión armonicista de las relaciones laborales en el pensamiento social de Maluquer. En el dilema "libertad u obligación" (libre o facultativo) en el campo del seguro social, se acabó imponiendo el seguro obligatorio, porque la práctica demostró la insuficiencia del seguro libre (en cualquiera de sus formas, incluido el régimen de libertad subsidiada) para cubrir los riesgos inherentes a la condición del trabajador: "Hay que recurrir al seguro obligatorio, extendiendo a las muchedumbres asalariadas los beneficios que hoy son patrimonio de una minoría previsora. La previsión es una disciplina social necesaria para los pueblos. Si por desmayo de la voluntad o por miopía de la inteligencia, los individuos no la cultivan, es *misión del Estado el imponerla,* como se impone la higiene o la enseñanza. El excesivo culto a la libertad individual ha llegado en este punto a proclamar como un derecho de la personalidad humana el derecho a la imprevisión"[39]. Según Zancada España necesita, exige la revisión de la Constitución, hecha con un espíritu de verdadero respeto a la voluntad popular, libremente

medio único y seguro de prevenir los graves conflictos sociales… Pero el error consistió en creer que esas aspiraciones revisionistas se hallaban inspiradas en su espíritu de desconfianza y hostilidad al régimen parlamentario. Las impurezas de éste no eran fatalmente hijas del propio sistema, sino consecuencia natural de su falseamiento" (Ibid., págs. 264-265). Durante el período se introdujeron menos reformas en materia de previsión social de las esperadas cuando lo que se pretendía era la captación de las masas y crear las condiciones de una paz social en el proceso de modernización autoritaria propio del régimen de la Dictadura. Pero ciertamente se aprobaron normas como el Real Decreto-ley de 22 de marzo de 1929, que estableció el Seguro de Maternidad, el Real Decreto de 29 de enero de 1930, que aprueba el Reglamento del Seguro de Maternidad; el Real Decreto-ley de 21 de junio de 1926, que crea el subsidio a las familias numerosas; el Real Decreto de 19 de febrero de 1926, relativo a la ampliación del retiro obrero; Real Decreto de 22 de octubre de 1926, por el que se aprueba el Estatuto de Clases Pasivas del Estado; Real Decreto-Ley de 19 de noviembre de 1927, reformando varios artículos del estatuto de clases pasivas del Estado; Real Decreto-ley de 19 de febrero de 1926, que aprueba lallamada Ley de Acrecentamiento de Pensiones en el Régimen de Retiro obrero y de libertad subsidiada; el Real Decreto-ley de 9 de diciembre de 1927, relativo al seguro de amortización de préstamos sociales y su Reglamento de 24 de enero de 1930 [Reglamento provisional para la aplicación del Decreto-Ley de 9 de diciembre de 1927, creando el Seguro de amortización de préstamos para finalidades sociales. (Aprobado por Decreto de 24 de enero de 1930, "Gaceta" del 26.)].Se plantearon proyectos que no prosperaron como el previsto en la Orden de 25 de abril de 1928, sobre la posible creación de un subsidio de paro.

En estas aportaciones al régimen de seguros sociales habría una relativa continuidad con el periodo democrático de la II Repúblicas (que procedería a la ampliación con otros seguros). Así, paradigmáticamente, el Decreto-Ley de 9 de diciembre de 1927 («Gaceta» del 13), modificado por el de 22 de noviembre de 1929 ("Gaceta" del 24) y *confirmado* por Decreto de la República de 24 de junio de 1931 («Gaceta» del 25).Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007, págs. 175 y sigs., espec., págs. 214 y sigs., y 227 y sigs., y bibliografía allí citada.

[37] ZANCADA, PRAXEDES.: *El problema de las pensiones para los obreros en España,* Con Carta-Prólogo de Gumersindo de Azcárate, Madrid, Librería Editorial De Baillo-Bailliere e Hijos, 1905, espec., capítulo VIII ("El problema de los retiros obreros en España"), donde de principio a fin hace una defensa decidida y argumentada de los seguros sociales obligatorios.

[38] MALUQUER Y SALVADOR, J.: *Conferencia de Seguros Sociales. Ponencia del Seguro de Vejez,* Madrid, Sobrinos de la suc. de M.Minuesa de los Ríos, 1917, pág.3.

[39] LÓPEZ NUÑEZ, A.: *Ideario de previsión social,* Madrid, Publicaciones del INP, 1943, págs. 63-64.

expresada en las elecciones generales. En este sentido podría recuperarse algunas propuestas esenciales del "programa de la concentración de las izquierdas gubernamentales de 1922" (impulsada desde las filas del partido reformista), y deberían añadirse otras que completarían la obra revisionista. Así, insertar Consejos profesionales que representen los intereses sociales y económicos del país; se incluiría en el texto constitucional la libertad de conciencia, culminando la separación real entre Iglesia y Estado como habían preconocizado Montero Ríos y Canalejas; el derecho al trabajo, la intervención pacificadora del Estado la regulación de los conflictos industriales, el reconocimiento de la libertad sindical y del derecho de huelga, los seguros sociales, la obligatoriedad de la enseñanza, etcétera. La política no es sólo el arte de las transacciones: "No –afirma–, la política alcanza hoy más alto concepto. Gobernar a los hombres no es sólo satisfacer las clientelas o servir el interés partidista. Gobernar a los hombres es preparar social y económicamente una sociedad mejor por la evolución misma de las ideas". Pensaba que uno de los principales defectos del anteproyecto de la Sección 1ª de la Asamblea, era que "cerraba la puerta a los avances legítimos de la democracia social"[40]. La solución es la coherente con el liberalismo social, es decir, abrir las puertas a la democracia social e incorporarla al movimiento de las ideas liberales y democráticas de España. Coincide con Santiago Alba, Melquiades Álvarez y José Canalejas, cuando señala que la renovación del liberalismo sólo puede realizarse por el imperio positivo del nuevo liberalismo. Por ello el restablecimiento de los derechos constitucionales enriquecidos por las ideas de democracia social es la condición indispensable para una sociedad democrática pluralista –donde todos pueden participar pacíficamente– y el libre juego de las fuerzas parlamentarias[41]. Y Zancada podría hacer suyas la lúcida reflexión de Joaquín Costa, cuando observó que: "las reformas sociales son fundamento necesario de las libertades políticas y deben precederlas. Para constituir de un modo sólido y ordenado las sociedades humanas –dice Flórez Estrada–, "antes de establecer las reformas políticas es indispensable fijar las bases sociales": Lo contrario sería empeñarse en levantar el edificio sin pensar en el cimiento"[42].

Pero retomemos más concretamente el discurso de la reforma social postulada por Práxedes Zancada en la larga duración.

En la Carta-Prólogo de Gumersindo de Azcárate que encabeza un clásico libro de Práxedes Zancada[43], Azcárate todavía defiende (estamos en 1905) la subsidiariedad en la intervención del Estado. Zancada utiliza nuevamente el método de Derecho comparado, con la posible proyección de las experiencias extranjeras en nuestro país (Alemania, Bélgica, Italia, Francia, Dinamarca, Suecia, Noruega, Austria, Holanda, Suiza, Portugal, Rusia y colonias Inglesas de Victoria y Nueva Zelanda, aparte de España). Defiende una más decidida intervención del Estado para resolver el problema de las pensiones de los obreros en España. Ello viene exigido por el principio de solidaridad social que impone deberes al Estado y no sólo a los patronos. Utiliza en apoyo del aseguramiento obligatorio la opinión de Wagner, socialista de cátedra[44].

[40] ZANCADA, P.*: Los problemas constitucionales de España*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Compañía Ibero-americana de publicaciones, 1930, págs. 267 y sigs. Añadía, en este sentido, que "Con una organización política como la que se establecía era imposible que un partido obrero llegar nunca a conquistar el poder por los medios legales de la propaganda y el sufragio. El Poder resultaba, de un modo forzoso, el patrimonio permanente de las clases privilegiadas o de las altas categorías de la Administración pública. El anteproyecto, pues, hacía incompatible el régimen con el desarrollo natural del proletariado" (Ibid., pág. 273).

[41] ZANCADA, P.*: Los problemas constitucionales de España*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Compañía Ibero-americana de publicaciones, 1930, págs. 273-276.

[42] COSTA, J.: *Colectivismo agrario en España,* en *Obras,* Vol.7, Zaragoza, Guara, 1981, pág. 98.

[43] Véase ZANCADA, PRAXEDES.: *El problema de las pensiones para los obreros en España,* Con Carta-Prólogo de Gumersindo de Azcárate, Madrid, Librería Editorial De Baillo-Bailliere e Hijos, 1905, con un estudio en profundidad sobre los orígenes y el estado de situación en el Derecho comparado de los seguros sociales de vejez.

[44] ZANCADA, PRAXEDES.: *El problema de las pensiones para los obreros en España,* Con Carta-Prólogo de Gumersindo de Azcárate, Madrid, Librería Editorial De Baillo-Bailliere e Hijos, 1905, pág. 10.

Práxedes Zancada reclama el principio de "solidaridad social"[45] incrustado en la legislación para resolver el problema social de los "trabajadores ancianos"[46]. Arguye que "Todo ser humano que forme parte del organismo social tiende derecho, desde su venida al mundo, a la conservación de su existencia. Y asume la doctrina de la "deuda social": "cada ciudadano, pues, en un organismos social debe cooperar a la conservación y al progreso de este organismo. Si nace con el carácter de deudor, como participante de los beneficios acumulados por las generaciones anteriores, es preciso reconocer que, desde el momento que colabora con su trabajo y su energía a la formación de los beneficios sociales, transforma su deuda en crédito. Lo que debe buscarse en un régimen de verdadera justicia es que esa deuda y ese crédito se encuentren en perfecto equilibrio. La *sociedad se debe a todos sus miembros*, y allí donde los esfuerzos individuales son importantes, debe hacer sentir su eficacia". En todo esto recoge las opiniones liberales sociales de Dato y Canalejas[47]. Para él –con Wagner, un "socialista de cátedra"– "si el obrero, por imprevisión no se asegura, el Estado debe intervenir, constituyendo la obligación del seguro"[48]. Destaca el Discurso de José Canalejas en la Academia de Jurisprudencia en el curso de 1894-95", pág. 51, en el que se muestra partidario del intervencionismo público en la obra del seguro contra la vejez, "pero añadiendo que sería occiso exigir al trabajador otra cosas que un concurso mínimo, y que la masa del seguro había de brotar cas integra del sacrificio del Estado y del patrono". Y ello en contra de la escuela liberal más individualista. Para Zancada se trata de excitar el concurso de todos, la voluntad de todos a una obra útil y provechosa que remedie esa llaga social, haciendo sentir los generosos impulsos de los llamados en primer término a contribuir a una obra que será de *pacificación* de los espíritus y que constituirá, para las generaciones venideras, un depósito de amor y de *fraternidad* entre todas las clases sociales[49]. Asumiendo la experiencia y la doctrina de los socialistas de cátedra entiende que no es sólo la misión del Estado asegurar la prosperidad de la industria y el comercio, sino que es también deber suyo corregir los abusos de la libertad y ejercer su influencia allí donde la espontánea iniciativa de los individuos sea impotente a asegurar el bienestar de las clases populares". Les leyes de seguro social se basan en el "principio de la obligación" del Estado. Zancada es realista cuando apreciaba en las leyes sociales de Bismaarck no sólo el criterio de protección, sino también político de anular la influencia del socialismo[50]. Esta tendencia intervencionista en la que encuentra en los Estados más lúcidos que apuesta por formas de seguro obligatorio impuesto por el Estado. Para ello

[45] Al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 356 y sigs. ("Teoría e ideología del liberalismo social reformista"); MONEREO PÉREZ, J.L., y CALVO GONZÁLEZ, J.: "LéonDuguit (1859-1928): Jurista de una sociedad en transformación", en *ReDCE*, núm. 4 (2005), págs. 483-547; DUGUIT, L.:*Soberanía y libertad*, edición y estudio preliminar, "La soberanía en la Modernidad: León Duguit y la "crisis" de la Soberanía", a cargo de J.L.MonereoPérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2012; GURVITCH, G.: *Elementos de sociología jurídica*, edición y estudio preliminar, "Pluralismo jurídico y Derecho social: la sociología del Derecho de Guvitch" (pp. XIII-CXLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001; GURVITCH, G.: *La idea del derecho social* (1932), traducción, edición y estudio preliminar, "La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch" (pp. VII-LV), a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005.

[46] ZANCADA, PRAXEDES.: *El problema de las pensiones para los obreros en España,* Con Carta-Prólogo de Gumersindo de Azcárate, Madrid, Librería Editorial De Baillo-Bailliere e Hijos, 1905, Cap. 1, págs. 1 y sigs.

[47] ZANCADA, PRAXEDES.: *El problema de las pensiones para los obreros en España,* Con Carta-Prólogo de Gumersindo de Azcárate, Madrid, Librería Editorial De Baillo-Bailliere e Hijos, 1905, págs. 4-5. La teoría de la deuda y del deber social vienen del solidarismo francés, aunque luego tuvo una importante influencia en diversos países. En la tradición de LeonDuguit, LeonBourgeois, Gide, etcétera. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 356 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las orígenes de la seguridad social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007.

[48] ZANCADA, PRAXEDES.: *El problema de las pensiones para los obreros en España,* Con Carta-Prólogo de Gumersindo de Azcárate, Madrid, Librería Editorial De Baillo-Bailliere e Hijos, 1905, pág. 9.

[49] ZANCADA, PRAXEDES.: *El problema de las pensiones para los obreros en España,* Con Carta-Prólogo de Gumersindo de Azcárate, Madrid, Librería Editorial De Baillo-Bailliere e Hijos, 1905, pág.13.

[50] ZANCADA, PRAXEDES.: *El problema de las pensiones para los obreros en España,* Con Carta-Prólogo de Gumersindo de Azcárate, Madrid, Librería Editorial De Baillo-Bailliere e Hijos, 1905, págs. 10-16.

reclama el método comparado (Alemania, Italia, Inglaterra, Francia, Dinamarca, Suecia, Noruega, Austria, Holanda, Suiza, Portugal, Rusia, Nueva Zelanda, etcétera).El propio Zancada hace suya la conocida expresión de Raoul Jay (profesor de Derecho de la Universidad de París), que formulo la siguiente conclusión al tratar de estas materias: "*El seguro obrero para la vejez será obligatorio o no será"*)[51]. Afirmación que haría suya también Carlos González Posada[52].

Tras el examen detenido del Derecho comparado se detiene en el estudio contextualizado del "Problema de los retiros obreros en *España*"[53]. Se percibe en su discurso su vinculación con el Instituto de Reformas Sociales y su visión de la solidaridad ("el espíritu de solidaridad" que inspiraba a esta institución), compartida en lo fundamental con Maluquer, Posada, e incluso con autores liberales como Dato y José Canalejas. Él estaba más cerca del krausismo progresista de Melquiades Álvarez[54], y llegaría a forma parte de este partido reformista por el fundado. Deja constancias de que el Proyecto de Ley del instituto Nacional de Previsión, aprobado por el Instituto de Reformas Sociales, había sido redactado por los ponentes Maluquer, Azcárate, Dato, Gómez Laborre, Salillas y Serrano, de conformidad con las Conclusiones de la Conferencia previa que tuvo lugar en los días 19 y 20 de octubre d 1904, por iniciativa de Maluque y Salvador. Para Zancada "Se trata de una gran obra social que realizar. Procuremos todos aportar a ella nuestro concurso, libre de apasionamiento y prevenciones, con la vista puesta únicamente en el alto ideal de la justicia"[55].

Hace referencia al Proyecto de Eduardo Maluquer, que se basaba en la creación de Cajas regionales de previsión y socorro para la clase obrera. También al Proyecto de José Maluquer y Salvador. En 1900, la Comisión de Reformas Sociales había designado una ponencia que se ocupara en un proyecto de organización de las pensiones de retiro para obreros, examinado al efecto una proposición de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Santander. En 1903, Dato, Ministro de Gracia y Justicia, se dirigía a la Sociedad de Trabajadores de Valencia y les hablaba de la institución de los retiros obreros, como una obligación del Estado hacia los humildes, y los obreros veían en las hermosas palabras del Ministro una halagüeña esperanza. Un vez creado el IRS, bajo la presidencia de Gumersindo de Azcárate, uno de sus más encarecidos vocales, de gran competencia en estos asuntos, José Malquer y Salvador, acometió, por iniciativa del Moret la tarea de formular un proyecto que procurara resolver, o, por lo menos, preparar la resolución del problema social. De él partieron dos trabajos: *Caja Nacional de Seguro popular,* 1904, *Cajas Nacionales de Seguro Popular,* Información legislativa, 1904. Por iniciativa de Maluquer, el Ministro de la Gobernación convocó a una Conferencia, que sirviese de base al estudio de la Caja, a las distintas Cajas locales de ahorros. Esta Conferencia, a la que asistieron en nombre del IRS los Dato, Salillas, Gómez Latorre, Maluquer y Salvador, Piernas Serrano, Serrano y Puyol, tuvo lugar en los días 19 y 20 de

[51] Chambre des Diputés, Seance du 10 Juin, 1904, pág. 1363, citada por Zancada, pág. 118. Más adelante pudo señalarse expresivamente, entre nosotros, que "los seguros sociales o son obligatorios o no son nada". Cfr. GONZÁLEZ POSADA, C.: *Los Seguros Sociales obligatorios en España,* 3ª ed., puesta al día por S. Bernal Martín, Madrid, Edersa, 1943, págs.7 (y antes en GONZÁLEZ POSADA, C.: *Seguros sociales (Enfermedad, invalidez, vejez, muerte),* Madrid, Imp. del Asilo de Huérfanos del S.C. de Jesús, 1926).

[52] Carlos González Posada y Díaz, hijo de Adolfo González Posada, catedrático de la Universidad Central, y de Lucila Díaz y Pedregal. Nació en Oviedo el 1 de junio de 1890 y falleció en 1948. Sobre su pensamiento y aportaciones decisivas al régimen de seguros sociales en España, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: "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, págs. 313-334.

[53] ZANCADA, PRAXEDES.: *El problema de las pensiones para los obreros en España,* Con Carta-Prólogo de Gumersindo de Azcárate, Madrid, Librería Editorial De Baillo-Bailliere e Hijos, 1905, El Capítulo VII, págs. 135 y sigs.

[54] Para el pensamiento y trayectoria de Melquiades Álvarez en su contexto histórico, puede consultarse SUÁREZ CORTINA, M.: *El reformismo en España. Republicanos y reformistas bajo la Monarquía de Alfonso XIII,* Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1986; y la biografía de GARCIA VENERO, M.: *Melquiades Álvarez. Historia de un liberal,* Prólogo de Azorín, 2ª edición ampliada, Madrid, Tebas, 1974; IÑIGO FERNÁNDEZ, L.; *Melquíades Álvarez: un liberal en la Segunda República,* Oviedo, IDEA, 2000.

[55] ZANCADA, PRAXEDES.: *El problema de las pensiones para los obreros en España,* Con Carta-Prólogo de Gumersindo de Azcárate, Madrid, Librería Editorial De Baillo-Bailliere e Hijos, 1905, pág.169.

1904[56]. El criterio del digno representante de la clase obrera, Gómez Latorre, fue el de la mayoría estimando como muy laudable la tendencia iniciada, pero haciendo constar al propio tiempo que "recomendar el ahorro en España a los trabajadores resulta una ironía sangrienta, toda vez que, da la cuantía del salario, que sólo basta para vivir al día, el ahorro es en todo caso únicamente posible a un pequeño número de trabajadores privilegiados"[57].

Es harto significativo que ya en esas fechas se mostrase partidario del seguro social obligatorio, cuando varios eminentes colegas del Instituto de Reformas Sociales seguían defendiendo del seguro de libertad subsidiada[58]: "el problema de los retiros obreros no se resolverá con la sola y espontánea iniciativa de los trabajadores. Por eso decía el insigne Buylla, gloria del profesorado español, que era necesaria la intervención del Estado para lograr que, cuando la enfermedad, la vejez o la muerte privara al obrero y a su familia del jornal, que, dada la organización económica actual, no alcanza siquiera a satisfacer sus necesidades durante el período productivo de su existencia, pudiera contar con recursos para subsistir". Y añadía que esa intervención no podía ser otra que el seguro obligatorio ya experimentado con favorable éxito en Alemania (*Reformas sociales,* Exposición de algunas compatibles con el estado actual de la cultura española de patronos y obreros, 1901). En esta dirección observaba –con Canalejas– que el seguro –en su último y memorable discurso, manifestación de cultura y de orientación progresiva verdaderamente extraordinaria– 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, instaurado ya en algunos Estado, adquirirá en fecha no remota carta de naturaleza en todos los países mínimamente avanzados. Su estudio sobre esta problemática le induce, pues, a preconizar resueltamente el seguro obligatorio, y en este sentido es aconsejable a nuestra previsión de gobernantes *ir preparando* su implantación inmediata en España[59].

La libertad individual es importante pero no ilimitada, ya que en muchos casos es necesario ha de ser limitada por motivos de conveniencia colectiva. En tal sentido se reclama (lo cual era frecuente en la época) la *doctrina de las funciones sociales, en oposición a la concepción individualista de los derechos del hombre y del ciudadano.* Para ello se reclama la teoría de León Duguit sobre el derecho objetivo y social, frente al concepto puramente individualista y al sistema jurídico que emana de la Revolución francesa. Concepción que la hace enlazar con el pensamiento de Santo Tomás, de manera que en el espíritu cristiano se realza la idea de función social de los que hasta ahora se habían llamado derechos, lo cual satisface plenamente las exigencias de la verdad y facilita el cumplimiento de la justicia; y así como se ha aplicado al derecho de propiedad socializando los fines de la riqueza, del mismo modo queda plenamente justificada cuando se aplica a la enseñanza, a la salud, a la soberanía política y a las otras formas de la actividad humana, absolutamente indispensables para el bienestar de la colectividad[60]. Es así que la *Previsión es una función social*, porque sin ella sería imposible la vida colectiva. Al ser la Previsión una función social, es inevitable su cumplimiento por parte de todos, y la sociedad unificada, es decir, el Estado, ha de procurar, por cuantos medios tenga a su alcance, facilitar este cumplimiento y evitar su abandono. Esta deber público evita que el desorden moral de la sociedad. Este mismo concepto de

[56] ZANCADA, PRAXEDES.: *El problema de las pensiones para los obreros en España,* Con Carta-Prólogo de Gumersindo de Azcárate, Madrid, Librería Editorial De Baillo-Bailliere e Hijos, 1905, págs.135 y sigs.

[57] Cfr. IRS.: *Conferencia sobre previsión popular,* celebrada en los días 19 y 20 de octubre de 1904, y convocada por Real Orden del Ministerio de Gobernación de 23 de Julio del mismo año, 1905, pág.35.

[58] ZANCADA, PRAXEDES.: *El problema de las pensiones para los obreros en España,* Con Carta-Prólogo de Gumersindo de Azcárate, Madrid, Librería Editorial De Baillo-Bailliere e Hijos, 1905, págs.167 a 169.

[59] CANALEJAS, J.: *Discurso leído en la Academia de Legislación y Jurisprudencia,* 1905, pág.39; CANALEJAS, J.: *Discurso leído por el Presidente Excmo. Sr. D. José Canalejas y Méndez en la sesión inaugural de 1904-1905*, celebrada el 28 de marzo de 1905, bajo la presidencia de S. M. el Rey D. Alfonso XIII, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia.

[60] LÓPEZ NUÑEZ, A.: *Ideario de previsión social,* Madrid, Publicaciones del INP, 1943, págs.67-68.

función social, aplicado a la práctica de la previsión, explica la necesidad que se ha sentido de ensanchar los antiguos moldes del Derecho civil para dar cabida en él a las nuevas relaciones jurídicas que la moderna vida social ha creado. Se aplica que las leyes sociales vayan poco a poco modificando la legislación civil de la codificación. Se trata de "cristianizar" la legislación con la doctrina de riesgos profesional, en sustitución de la antigua de la culpa o negligencia, las limitaciones en el abuso de la propiedad, y otras abundantes normas trasplantadas a los Códigos civiles desde las luminosas esferas del Derecho Natural y de la Moral evangélica. En particular, este "en la zona de la Previsión, este injerto del Derecho social en el Derecho civil, para humanizarle y cristianizarle, ha sido más vigoroso, y, por lo tanto, más fecundo"[61].

Al tratarse de un seguro de utilidad pública, la intervención del Estado es más incisiva que respecto a los seguros de utilidad privada (en éstos se limita básicamente a una reglamentación del contrato, civil o mercantil, de seguros, con restricciones y régimen de inspección). El intervencionismo del Estado en los seguros de utilidad pública es de mayor amplitud e intensidad justificada: 1º Por su finalidad de auxilio a personas económicamente débiles; 2º. Por significar una protección al trabajo nacional, a que motivadamente se aplican diversas modalidades de intervencionismo a su favor, y 3º. Por la necesidad humanitaria de atender directamente la Administración Pública a la vejez de obreros sin pensión asegurada y desamparados, que constituyen las clases pasivas de la imprevisión, en asilos y hospitales, y que se remedian costosa e imperfectamente en las crisis del hambre y en atenciones emigratorias (Este presupuesto oficial de la imprevisión liquida obligaciones de generaciones que no concedieron debida atención a este magno problema social). En cuanto a la función del seguro, interesa recordar que el seguro es una fórmula matemática de la solidaridad humana. Los recursos acumulados (evaluado precisamente el coste anual de la pensión asegurada para el retiro, puede ponderarse la respectiva participación de los elementos contributivos. Merced a este sistema, cada generación asegura la oportuna liquidación de sus obligaciones sociales) con fines a largo plazo (financiar pensiones) pueden estar orientados a fines de política social. Permite, en efecto, además el seguro ordenar sus reservas y sobrantes técnicos, de suerte que pueda destinarse, con exquisita prudencia, una parte a colocación módica de capitales en obras sociales (construcción de casas baratas, sanas y grata habitación, la construcción de sanatorios, favorecida por los seguros de utilidad pública, han sido en varias naciones plena y visible confirmación de esta cualidad característica de tales operaciones aseguradoras, cooperando sistemáticamente a una radical transformación del medio ambiente sanitario[62]. Es nuevamente la idea de "hacienda social", la cual refleja la decisión política fundamental de que el Estado se erige en instancia de mediación en la organización de las relaciones civiles a través de una legislación económica y social.

Él apuesta por la implantación del nuevo régimen, porque existe una considerable ventaja de constituir una intensificación del régimen legal de previsión popular establecido en España y difundido en todas sus provincias. La idea es que la mecánica social se ponga a punto y que se realice una reforma mediante un riguroso "procedimiento gradual". Aparte de ello el contexto internacional era especialmente proclive para la instauración del seguro obligatorio de vejez (el retiro obrero), otros países lo habían instaurado ya (el pionero Alemania, después Francia –de gran influencia en nuestro modelo de aseguramiento previsor de la vejez–, Inglaterra, etc.). Las condiciones intrínsecas de toda organización (variedad en la unidad) informan el actual régimen legal de previsión, y son garantía de la solución genuinamente nacional de su proyectada ampliación. Principio de unidad a través de la acción del INP, en el que se reasegura una parte de

[61] LÓPEZ NUÑEZ, A.: *Ideario de previsión social,* cit., pág. 71, con cita de DUGUIT, L.: *Les transformations géneréales du droit privé después le Code Napoleón,* París, 1912. Esta obra está traducida e incluida en la edición crítica de DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho Público y Privado,* traductores Adolfo G. Posada y Carlos G. Posada, revisión, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007.

[62] LÓPEZ NUÑEZ, A.: *Ideario de previsión social,* Madrid, Publicaciones del INP, 1943, pág. 5.

cada operación de seguro comprendida en el régimen legal, y bonificada por el Estado en su totalidad. Principio de variedad. Colaboración de entidades de diversa extensión territorial, siendo muy importantes y significativas las cajas catalanas de pensiones de vejez y guipuzcoana de Retiros. La acción regional ofrece su máximo desenvolvimiento, mediante el ejercicio de funciones autónomas, conjuntas con el INP y delegadas. Pero la acción primordial debe ser una labor de *extensión de la cultura social* más eficaz que la mera imposición. Para lograr los objetivos debería utilizarse una *política de estímulo o incentivación:* estímulos de interés económico (directos e indirectos) de las empresas que debiera constituir un *plan* atentamente estudiado para conseguir una cabal observancia del seguro de utilidad pública. Pone de manifiesto, al respecto, la experiencia de otros países a través del Instituto de Derecho Internacional y especialmente Inglaterra. Nuevamente el Derecho comparado aparece como elemento instrumental y auxiliar al servicio de la elaboración de la propia política nacional de previsión social[63]. Las conclusiones de la ponencia de seguro de vejez (Madrid, septiembre de 1917)[64], como seguro de utilidad pública, son bien expresivas del ideario de Maluquer sobre esta cuestión[65] .

Tanto el INP como las entidades regionales de previsión social (institutos regionales autónomos de previsión; art.9 de la Ley 27 de febrero de 1908) que colaboran con él carecen de

[63] Esto no sólo aparece en autores tan relevantes como Posada, Uña, Sangro y Ros de Olano, y un largo etcétera, sino también en autores menos conocidos, pero no por ello menos significativos, como es el caso destacado de HOSTENCH, F.: *El Código Rusos del Trabajo (Código del Trabajo y de la Previsión Social de Francia, y Legislación Social de Inglaterra y Alemania),* Madrid, Francisco Beltrán-Librería Española y Extranjera, 1925. El autor merece una particular atención por la publicación de varias obras de interés publicadas en la Editorial Beltrán (*El control obrero en la industrial,* Conferencia del autor en la Agrupación Socialista de Barcelona; *El problema social de los marinos mercantes ante la crisis económica: lo que piden al Gobierno,* Conferencia pronunciada en el Fomento del Trabajo Nacional, *El problema de clases medias Ensayo de derecho social de previsión* (Madrid-Barcelona, 1922. Es su obra más conocida)*), La política social en el período de transición.* El enfoque del Derecho comparado lo pone también en práctica en otra de sus obras, *El derecho del despido en el contrato de trabajo. El Derecho. La Ley y La Corporación,* Barcelona, Librería Bosch, 1929 (que sitúa sus punto de vista la consideración de la economía en la organización jurídica del trabajo y en la tendencia hacia la democratización del Derecho público).En general las revistas especializadas como los Anales del INP estaban repletos de ensayos que daban cuenta de la legislación extranjera, y con análisis comparativos. Basta consultar al respecto la relación de los ensayos publicados en *Treinta y ochos años de doctrina de previsión y seguros sociales. Catálogo bibliográfico de los estudios, artículos doctrinales y de información aparecidos en las publicaciones periódicas del Instituto Nacional de Previsión,* recopilado y ordenado por Fernando Gutiérrez Alamillo, Prólogo de Luis Jordana de Pozas, Madrid, Ministerio de Trabajo-Publicaciones del INP, 1947. Para la importancia del método de Derecho comparado en la reforma jurídico-social en España, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España,* Madrid, MTAS, 2003. espec., págs. 471 y sigs. (apartado dedicado a "La recepción del Derecho comparado y extranjero y su utilización "productiva" al servicio de la realización de la política de reforma social en España").

[64] MALUQUER Y SALVADOR, J.: *Conferencia de seguros sociales. Conclusiones de la Ponencia del Seguro de Vejez,* Madrid, Sobrinos de la Suc. de M. Minuesa de los Ríos, 1917, págs.2-3. En 1917 se convocó en Madrid, la Conferencia de Seguros Sociales por el entonces Ministro de Fomento Vizconde de Eza. La Conferencia se convocó por RD de 29 de julio de 1917 y se celebró en Madrid del 24 al 31 de octubre de 1917. De esta Conferencia surgieron, entre otros proyecto, el de Seguro obligatorio, o de intensificación de retiros obreros, aprobado por aclamación mediante Ponencia redactada por José Maluquer y Salvador, y llevado a la realidad legislativa por el Decreto de 11 de marzo de 1919; el del paro involuntario de trabajo; y el de aplicación de la Ley de Accidentes del trabajo a la agricultura. Todo ello se hizo en un clima de tolerancia y de búsqueda del consenso. Es así que el régimen de intensificación de retiros obreros fue implantado en España por el Real Decreto de 11 de marzo de 1919 (desarrollado por el Real Decreto de 21 de enero de 1921), y en él se establece el seguro obligatorio de vejez para toda la población asalariada comprendida entre las edades de dieciséis y sesenta y cinco años. Véase LÓPEZ NÚÑEZ, A.: *Ideario de previsión social,* cit., pág. 107. El seguro social obligatorio (el Retiro Obrero Obligatorio) fue realmente el primer seguro social obligatorio que se implanto en España. La importancia de la Conferencia reside en que pretendía introducir un giro importante, un cambio de modelo de aseguramiento, al pasar del régimen de libertad subsidiada a un verdadero sistema de seguro social obligatorio.

[65] Véase, por ejemplo, MALUQUER Y SALVADOR, J.: "El país como fuerza organizadora", en *Anales del INP,* núm. 44, abril-junio, 1920, pág.129; ID.: "Política social de cordialidad nacional y regional", en *Anales del INP,* núm.39, enero-marzo de 1919.

ánimo de lucro mercantil. Maluquery Salvador (el "padre" fundador de la Seguridad Social en España)[66] formaría parte –a propuesta del IRS– de la "Comisión Gestora" del INP (Real Decreto de 16 de marzo de 1908), y después de primer Consejo del Patronato (Real Decreto de 24 de diciembre de 1908). Su posición reformista se sumaba a la presencia en el nuevo organismo de relevantes figuras de la época (Eduardo Dato, señaladamente, y después Severino Aznar, Rafael García Ormaechea, Ricardo Oyuelos, etcétera), con predominio de los krausistas liberales (Francisco Giner de los Ríos, Gumersindo de Azcárate, José Manuel Piernas Hurtado, Salillas, Moret, Santamaría, Palacios Morini, Uña Sarthou, *Zancada,* y de modo destacado Adolfo G. Posada, Adolfo Álvarez Buylla[67]), que se oponían a la concepción liberal individualista de reducir las funciones esenciales del Estado a la simple garantía de la seguridad interior y exterior, sobre la base de una noción de "orden público" de fuertes connotaciones autoritarias.

Es bien significativo el hecho de que el primer seguro obligatorio en España fue el del llamado "retiro obrero", cuya creación se produce en virtud del Real Decreto de marzo de 1919 (en la conferencia preparatoria de octubre de 1917, reunida en Madrid, estuvo presente Maluquer, el gran inspirador, nuevamente, de la reforma práctica)[68], superando las evidentes deficiencias protectoras del régimen de libertad subsidiada. No obstante, la vida del INP se sometida a la oposición de las organizaciones empresariales y del sector del seguro, que cuestionaban la opción por el aseguramiento obligatorio[69]. No obstante, a pesar de esa presión interna, el avance sería ya impulsado desde el novísimo Ministerio de Trabajo, creado, a su vez, en 1920. En la década de los veinte se intensifica la construcción del régimen de aseguramiento social de ciertos riesgos (enfermedad, invalidez y maternidad) y la actividad del INP se prolonga durante la Dictadura de Primo de Rivera y la II República. La situación del INP durante la Dictadura, pese a cierta oposición a algunas de sus iniciativas (ya el IRS había sido suprimido), acaba siendo pragmática y posibilista, reafirmando la continuidad de su acción por encima de las constantes mutaciones de orientación política imperante[70]. Ello refleja un planteamiento tecnocrático, posibilista e integrador[71]. En

[66] MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007, págs. 1-19 ("Elementos de biografía intelectual") y págs. 21 y sigs. ("El pensamiento socio-económico y político-jurídico de Maluquer: El reformismo social").

[67] Todos ellos acometieron una crítica al orden sociopolítico liberal.

[68] Maluquer realzó que en realidad el Gobierno y las Cortes apenas si discutieron unas bases, en relación con el retiro obrero, y que más bien lo que hicieron fue delegar en el INP y en la Ponencia nacional el trabajo de redactar la ley de seguro obligatorio de vejez. La Ponencia se hizo con el concurso de toda la nación. Su implantación no se debió, pues, a una acción férrea, como la de Bismarck, ni a una organización social del empuje de la que ha evidenciado la República francesa. Existió siempre, es verdad, el apoyo necesario del Gobierno y de las autoridades, y se mostró incansable, junto al Estado, una acción pública autónoma, que permitió una insustituible integración del país para lograr este imperio del derecho social. Cfr. "Aspectos sociales del seguro obrero", Conferencia pronunciada en la Casa del Pueblo de Madrid, el 14 de febrero de 1924, *Anales INP,* núm.59 y *Anales INP,* núm.57, pág.120.

[69] Carlos G. Posada constata que los socialistas defendieron el seguro obligatorio de vejez, aunque la masa obrera acogió la reforma con cierta indiferencia: la peseta diaria de pensión parecía insignificante; el riesgo muy lejano. El interés del obrero, sin embargo, aumentó progresivamente y ello es particularmente interesante, porque la eficacia de la implantación del seguro dependía del auxilio de los trabajadores, denunciando al patrono moroso. El interés se ha producido gracias a la propaganda del INP y de los jefes obreros; pero muy principalmente a estas dos medidas: a) al subsidio de maternidad; b) a los repartos de bonificación extraordinaria. La clase trabajadora o parte de ella percibió entonces un beneficio inmediato y se interesó por el retiro. También van contribuyendo a levantar este interés las *inversiones sociales.* De todas maneras ese interés, visto a través del esfuerzo obrero, mejorando su retiro o protegiéndose contra la invalidez, es muy pequeño. La posición de los socialistas era propia del *posibilismo reformista:* Besteiro la manifestó en el Parlamento: "Nosotros creemos que el establecimiento del retiro obrero en las condiciones actuales es un factor muy pequeño para la resolución de los grandes problemas que la experiencia del proletariado plantea. Sin embargo, estamos constantemente advirtiendo que esta reforma, aunque insignificante, tiene su valor y hay que defenderla y nosotros la defendemos" (Sesión del Congreso de los Diputados de 9 de noviembre de 1921). Por el contrario, hubo una campaña en contra del seguro que partió desde ciertos sectores del lado patronal. Al respecto, GONZÁLEZ POSADA, C.: *Seguros Sociales,* cit., págs. 238-239.

[70] Cfr. Maluquer y Salvador, J.: "Curso de seguro obrero", en *Anales. INP,* núm. 60 (1924), pág. 83.

términos generales, el mantenimiento de un instituto técnico, armonicista y basado en una racionalidad instrumental convenía a los objetivos legitimistas de la Dictadura e incluso a su programa de "corporativización" de las estructuras políticas y sociales. En todo ese período de la Dictadura (1923-1930), el INP coexistirá con ella como organismo de política social continuista y orientado hacia una reforma gradual.

El INP, a pesar del cambio de coyuntura (la crisis de 1929[72] y la acusada división entre los partidos políticos, reflejo de la realmente existente en la sociedad) actúa en una dinámica marcada por la integración de puntos de vista ideológico-políticos y en una orientación reformista realizando una expansiva acción social (incluida la extensión del seguro de accidentes de trabajo a los trabajadores del campo). Durante el período republicano se intensifica la preocupación por la eficiencia social real de los seguros existentes y por la necesidad de la unificación o integración del régimen del seguro social, en la línea de una previsión social evolucionada que se estaba imponiendo en los países más desarrollos de Europa. Al final el desarrollo de los seguros sociales supone una negación de la idea del evolucionismo mecánico y lineal, porque su historia está inevitablemente presidida por la contraposición de intereses e ideologías entorno a cómo mejorar las condiciones de existencia (de bienestar, como diría Maluquer y Salvador)[73] de amplias capas de la población, especialmente de aquellas que más lo necesitan por su posición o situación de debilidad o de vulnerabilidad económica y social. Esas contradicciones son las propias y más generalizables de la construcción y el desarrollo contradictorio de esa forma política que se ha dado en llamar "Estado Social" e íntimamente vinculada a ella (aunque no deba confundirse con ella), la historia contextual de la "reforma social" reflejo de una política de intervención pública en la cuestión social. Es, ésta, una característica compartida de los sistemas políticos europeos de la época[74].

El advenimiento de la Dictadura de Primero de Rivera era reflejo del agotamiento del sistema político de la Restauración. Se tenía la sensación de haber llegado a un límite respecto a las posibilidades reales de adecuación del sistema canovista a los problemas planteados, a las soluciones exigidas por la realidad del país. Ello se hizo evidente en 1923. El Bloque de izquierdas –llegado al poder en 1922– había supuesto inicialmente una última esperanza. La crisis que restó de aquel Gobierno la esencialísima colaboración reformista –el horizonte abierto por el último *posibilismo* de la Restauración, el de Melquíades Álvarez– y la gestión discutible de Santiago Alba –la otra realidad nueva de la izquierda dinástica– crearon, de hecho, una situación sin horizontes.

[71] MALUQUER Y SALVADOR, J.: *Política social de cordialidad nacional y regional. Conferencia dada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, M. Jaime Ratés, 1919.

[72] Sobre la situación de España en ese contexto de la crisis de 1929, véase HERNÁNDEZ ANDREU, J.: *España y la crisis de 1929,* Madrid, Espasa-Calpe, 1986.

[73] Pero también depende de otros factores, a menudo no controlables desde el punto de vista sociopolítica. Se puede decir que la política de Seguridad Social, como afirmara Lord Beverdige (*Informe sobre el trabajo en una sociedad libre,* núm.275), es una *aventura*, porque el Estado nunca domina completamente los acontecimientos (tampoco los hombres), y porque los efectos de las fuerzas que pone en movimiento son difícilmente previsibles. Pero las sociedades contemporáneas han aceptado deliberadamente este riesgo. Toda actitud meramente crítica sería vana. Esa aventura es semejante a un viaje a través de corrientes cambiantes y peligrosas, por lo que corresponder observar atentamente esa evolución, estudiar los problemas que plantea y esforzarse en conducirlos, salvaguardando los valores morales que han constituido el pilar de una civilización. Los poderes del conocimiento y de la acción humana no son dados al placer del reposo y de la certidumbre. Cfr. DURAND, P.: *La política contemporánea de seguridad social* (1953), traducción y estudio preliminar a cargo de J. Vida Soria, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, pág.730. Para la concepción de la Seguridad Social en Paul Durand puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: "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), págs. 293-305.

[74] MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, MTAS, 2003; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996.

Presidía por entonces la convicción generalizada en la España de 1923 de que no había salida normal para la gravísima coyuntura política[75].

Es pertinente destacar para una correcta comprensión explicativa del desarrollo de los seguros sociales que las relaciones del INP con la Dictadura de Primo de Rivera acabaron por ser cordiales, dado el interés de la primera en mantenerse y desarrollarse y de la Segunda en disponer de las fuentes de legitimación popular que proporcionaba el desarrollo de la política social. INP y Dictadura pudieron convivir, porque el INP logró convencer al Directorio Militar de legitimación social que podría propiciar el desarrollo de una política social basado no sólo en la ampliación gradual de los seguros sociales, sino también en la cobertura económica de un programa de política social más amplia y diversificada, y si requiere más inmediatamente perceptible, como es el apoyo a la extensión de la enseñanza y las "promesas" de una mejora de la situación socio-económica de las clases trabajadoras. La Dictadura reivindica el corporativismo y reprocha al liberalismo individualista (cuya respuesta frente a la inseguridad y mísera económica del proletariado era la autoprevisión) la supresión de las estructuras asociativas y gremiales[76]. Frente a las asociaciones "extremistas, hijuelas de otras extrañas", se constituyeron Centros católicos de obreros y Avocaciones profesionales mixtas, con las que se pretendió revivir el contenido de los desaparecidos y gloriosos gremios. Las bases de tal movimiento excluían la intromisión sindical en la vida política y preconizaban la organización corporativa[77] como remedio y superación de los males que aquejaban al trabajador[78]. Llama la atención que después de una valoración globalmente positiva de la actuación de la Comisión de Reformas Sociales, se indicara que "en realidad, de la Comisión se sirvió el socialismo como tribuna para adquirir una importancia que sólo podía procurarse al calor de instituciones como ésta que el régimen político ponía a su entera disposición"[79]. Ante la "agonía liberal", el General Primo de Rivera, "decide el golpe de gracia al Estado liberal". El General se había atribuido una *misión regeneradora y depurativa.* El Consejo Superior de Trabajo, Comercio e Industria se hallaba integrado por representantes de la riqueza nacional, de la industrial y del comercio, juntamente con los elementos oficiales, y tal Consejo fiscalizaba la marcha del Ministerio, exigiendo a sus funcionarios el estricto cumplimiento de su misión, dando orientaciones y desdoblándose en una Junta de Jefes que tenía funciones ejecutivas y continuas. Ese organismo, el Consejo Superior de Trabajo, se creó por RD. De 29 de abril de 1924, y nada más que el 1 del siguiente junio se promulgaba otra disposición de importancia considerable, merced a la cual se refundía en el Ministerio del Trabajo el IRS. Ahí está la justificación de Aunós: Para nadie fue una sorpresa, conociendo nuestro criterio unificador, dispuesto a podar todas las inutilidades burocráticas que entorpecieran o dilataran la recta administración, rápida y segura. La dualidad que suponía esa existencia del IRS aislado, no podía prolongarse, y sus iniciativas, sus trabajos, sus funciones vinieron a fusionarse naturalmente con las desempeñadas en el Ministerio por los organismos que con vida y empuje novísimos actuaban en este Departamento con ahincada eficiencia. Esta disposición supuso uno de los más provechosos esfuerzos coordinados que fueron emprendidos. Y su completo apareció pocos días después, el 29 de junio, mediante otro R.D. en el que reorganizaba el Consejo de Trabajo y su Comisión Permanente. Al igual que en desaparecido Consejo de Dirección del IRS, se daba representación en este Consejo de Trabajo a obreros y patronos, en idéntica proporción, y se le encargaba el estudio, proposición y difusión de las disposiciones legales referentes a los problemas económico-sociales, en su más amplio sentido y,

[75] Véase SECO SERRANO, C.: *Militarismo y civilismo en la España contemporánea,* Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1984, págs.305-306.

[76] Véase AUNÓS, E.: *La política social de la Dictadura,* Discurso leído en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, y contestación del Marqués de Guad-El-Jelú, el día 23 de mayo de 1944, Madrid, 1944.

[77] El Real Decreto Ley de 26 de noviembre de 1926, crea la Organización Corporativa Nacional (Gaceta 27 noviembre).

[78] AUNÓS, E.: *La política social de la Dictadura,* Discurso leído en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, y contestación del Marqués de Guad-El-Jelú, el día 23 de mayo de 1944, Madrid, 1944, pág.26.

[79] AUNÓS, E.: *La política social de la Dictadura,* Discurso leído en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, y contestación del Marqués de Guad-El-Jelú, el día 23 de mayo de 1944, Madrid, 1944, pág.24.

muy especialmente, el ser Cuerpo Consultivo del Gobierno en cuanto afectase a la legislación del Trabajo, a los asuntos relacionados con su ampliación y a la acción social. Los Instituto Regionales y Juntas Locales y provinciales de Reformas Sociales quedaron convertidos en Delegaciones del Consejo de Trabajo y su reglamento posterior determinó sus funciones y relaciones con el Servicio de Inspección del Trabajo[80]. Dentro del Ministerio de Trabajo se creó la primera Escuela Social, en que quedó convertida automáticamente la hasta entonces llamada Sección de Cultura Social del Ministerio[81]. El Código del Trabajo se publicó el 23 de agosto de 1926[82], ordenando las disposiciones dispersas, e incorporaba materias de seguros sociales, señaladamente, en el libro III se regulaba la materia de accidentes del trabajo hasta entonces muy dispersa[83]. El Decreto-Ley de Organización Corporativa de la nación se publicó el 26 de noviembre de 1926. En ese marco se insertaba la Organización Corporativa del Trabajo, con fundamento en el "Sindicato libre en la corporación obligatoria". La organización corporativa fue la consecuencia de dos principios fundamentales: el de la intervención del Estado en el problema social y el de la necesidad de estructurar el país en su aspecto económico[84]. Desde el punto de vista de la política económica toda la coyuntura se caracterizó por el aceleramiento del proceso de industrialización, en la marco de una intervención constante del Estado, de modo que puede hablarse de *industrialización dirigida y de contención de la competencia, en virtud de una decidida política corporativa.* Su penetración fue tan fuerte que incluso el Estado hizo descansar en ella en buena parte la dirección del aparato productivo[85]. En este sentido estableció un corporativismo productivo. En su instauración influyó notablemente el régimen fascista de Mussolini (pero sin ser identificable con el mismo), el pensamiento social-corporativo católico (condensado en gran medida en el Código Social de Malinas[86]), el enfoque gremialista del Ramiro de Maeztu (que apoyó y se adhirió al Golpe de Estado de Primero de Rivera)[87] y las ideas del Padre Gafo[88]; a lo que habría que añadir las corrientes corporativas y organicistas muy influyentes en la época. Pero estos factores parecen que influyeron más en lo que se podría llamarse "corporativismo social" (es decir, en el basado en la pretendida armonización de capital y trabajo) que en el corporativismo productivo de la época de la dictadura. En la práctica, la Dictadura encontró plantado el problema de la industrialización de España[89], ligado al del proteccionismo, y, a partir de la Primera Guerra Mundial, unido en todas partes al intervencionismo estatal directo. Por lo demás, en España, se había entrado en una coyuntura visible de baja al llegar la Dictadura (las quiebras bancarias era un fenómeno alarmante). Así, el luchar

[80] Cfr. AUNÓS, E.: *La política social de la Dictadura,* Discurso leído en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, y contestación del Marqués de Guad-El-Jelú, el día 23 de mayo de 1944, Madrid, 1944, págs.29 y sigs.

[81] AUNÓS, E.: *La política social de la Dictadura,* Discurso leído en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, y contestación del Marqués de Guad-El-Jelú, el día 23 de mayo de 1944, Madrid, 1944, pág.43.

[82] Real Decreto Ley de 23 de agosto de 1926, Código de Trabajo (Gaceta 1,2 y 3 septiembre).

[83] Se refunden en él también las disposiciones reglamentarias generales en materia de accidentes de trabajo. Libro III, "De los accidentes de trabajo", arts.140 a 426.

[84] AUNÓS, E.: *La política social de la Dictadura,* cit., págs. 64-65. Aunós realizó una análisis completo de del proceso y de las prácticas corporativas en varios libros: *La Organización Corporativa del Trabajo,* Madrid, Publicaciones del Consejo Superior del Trabajo, Comercio e Industrial, 1928, 104 págs.; *Las Corporaciones del Trabajo en el Estado Moderno,* Madrid, Biblioteca Marvá, 1930; *Estudios de Derecho Corporativo,* Madrid, Editorial Reus, 1930, 354 págs.; y *La Reforma Corporativa del Estado,* Madrid, M. Aguilar, 1935, 271 págs.

[85] Véase VELARDE FUERTES, J.: *Política económica de la dictadura,* Madrid-Barcelona, Guadiana de Publicaciones, 1973, especialmente págs. 139 y sigs. Y la revisión realizadas por TAMAMES, R.: *Ni Mussolini ni Franco: la dictadura de Primo de Rivera y su tiempo,* Barcelona, Planeta, 2008.

[86] Unión Internacional de Estudios Sociales de Malinas: *Código Social. Esbozo de una síntesis social católica,* Prólogo de Severino Aznar, Madrid, Editorial Voluntad, 1928. La Unión Internacional de Estudios Sociales fue fundada en Malinas en 1920, bajo la Presidencia del Cardenal Mercier.

[87] Véase MAEZTU, R. DE: *La crisis del humanismo,* Barcelona, Minerva, 1919; ID.: *Liberalismo y socialismo,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

[88] Cfr. PEMÁN, J. Mª.: *El hecho y la idea de la Unión Patriótica,* Madrid, Ediciones de la Junta de Propaganda Patriótica y Ciudadana, 1929, págs.201 a 212.

[89] Sobre ese problema véase TORTELLA, G.: *El desarrollo de la España contemporánea. Historia económica de los siglos XIX y XX,* Madrid, Alianza Universidad, 1994.

contra la depresión económica resultó obsesivo en la política de la Dictadura. Se buscó en el corporativismo mecanismos reguladores del mercado que impidiesen el excesivo incremento en la oferta al aumentar el grado de monopolio del sistema productivo. Se puede decir, que de la conjunción de intervencionismo, lucha contra la crisis, industrialización y proteccionismo surge el corporativismo social[90]. La política intervencionista de la Dictadura se desplegaría tanto en el sector de la industria como en el de la agricultura, dentro de un programa de expansión económica. En el campo de la producción la Dictadura propició una regulación de las condiciones de trabajo en el cuadro de un régimen corporativo paritario que acogió en lo principal el modelo del movimiento social católico sintetizado en la fórmula: "sindicalismo libre en la corporación obligatoria"[91]. Todo él se enmarcaba en un régimen corporativo general (que se implantó el 26 de noviembre de 1926). Este régimen corporativo se basada en un determinada concepción del Derecho, y con la emergencia del Derecho social, el cual participa de factores integrantes del Derecho público y del privado, y es una rama jurídica que no encaja exactamente en el derecho individual ni en el del Estado. Lo que parece tenderse es a formular un estatuto de Derecho social, una situación de constante justicia social. La etapa corporativa los trabajadores fueron agrupándose en organizaciones más o menos profesionales, manteniendo contacto estrecho en los oficios comunes, pero sustentando una identidad de principios generales que les permitía llegar a las instituciones de conciliación y arbitraje llevando consigo una sólida base de discusión[92]. Al mismo tiempo se enmarca en la emergencia en esa época del Derecho económico: corresponde a este no sólo regular jurídicamente los procesos industriales y de producción, sino también los de distribución y consumo, por lo que no le es ajena ninguna de las fases de producción. El Estado tiene que asumir la dirección de la Economía. Dirigir la economía quiere decir, con Garrigues, conducir la economía; es decir, que el Estado considera la economía como una actividad política que tiende a asegurar al pueblo su existencia[93].

Es en gran medida un mérito de José Maluquer y Salvador[94]–en unión con otros reformadores sociales "posibilistas" del INP y algunos de IRF, entre los que se hallaría Adolfo G. Posada[95], Adolfo Álvarez Buylla y González Alegre[96], Práxedes *Zancada,* Leopoldo Palacios

[90] VELARDE FUERTES, J.: *Política económica de la dictadura,* Madrid-Barcelona, Guadiana de Publicaciones, 1973, pág.141.

[91] Véase AUNÓS, E.: *La política social de la Dictadura,* cit., pág.64; y para su conexión con la acción obrera de inspiración católica, véase *Bases de organización y programa doctrinal y de acción del sindicalismo obrero católico,* documento publicado en el libro ARTAJO, A.M. y CUERVO, M.: *Doctrina Social Católica de León XIII y Pío XI,* Barcelona, Editorial Labor, 1933, pág.215. (pags. 215 y ss ¿?. Ver.). En octubre de 1929 Aunós fue nombrado por unanimidad Presidente de la XIII Conferencia Internacional del Trabajo, reunida en Ginebra. Por otra parte, la Universidad Católica de Lovaina le nombró Doctor *Honoris causa.* Aunque el pensamiento corporativo estaba muy extendido entre diversas corrientes de pensamiento, es evidente que la impronta corporativa tenía en España también una fuerte dimensión católico-social. Lo cual es reconocido expresamente en JORDANA DE POZAS, L.: "El régimen corporativo como sistema de reforma social", en *Problemas sociales candentes,* Ed. Subirana, 1930, págs.243 y sigs. Sobre el pensamiento sociopolítico y jurídico de Jornada de Pozas, véase MONEREO PÉREZ, J.L. "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), págs. 229-247.

[92] AUNÓS, E.: *Las últimas evoluciones del Derecho: Derecho social y Derecho económico,* Discurso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, leído el día 3 de marzo de 1947 en su recepción pública, y Contestación del Eloy Montero, Madrid, Imp. Viuda de Galo Saez, 1947, págs. 20 y sigs.

[93] AUNÓS, E.: *Las últimas evoluciones del Derecho: Derecho social y Derecho económico,* Discurso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, leído el día 3 de marzo de 1947 en su recepción pública, y Contestación del Eloy Montero, Madrid, Imp. Viuda de Galo Saez, 1947, págs.40-42 y 50-51).

[94] MONEREO PÉREZ, J.L.: "José Maluquer y Salvador (1863-1931)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm.1 (2014), págs. 335-355. Un estudio exhaustivo de su pensamiento y aportaciones decisivas en el contexto de su época, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007, 352 páginas.

[95] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Adolfo González Posada (1860-1944)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 2 (2015), págs. 291-301. Un estudio completo como artífice de la política de reforma social en *(...)*

Morini[97], Rafael García Ormaechea y Mendoza[98], Ricardo Oyuelos[99], Álvaro López Núñez[100], etcétera– el haber garantizado la continuidad del Instituto durante ese periodo difícil de la Dictadura, incrementando la implicación de los trabajadores y de sus organizaciones y convenciendo a las clases dirigentes de sus efectos positivos en términos de integración y de pacificación social. Sólo así se podría evitar la misma la suerte que había tenido el IRS, el cual fue disuelto en el marco de la reestructuración del Ministerio de Trabajo. Es parte de su idea de que la ciencia sirva para la acción social. El INP aparece como un instrumento de política social y ofrece un programa atractivo para la "gobernabilidad" política del país (v.gr., INP.: "Fomento de construcción de escuelas nacionales. Instrucciones para la tramitación y concesión de préstamos a los Ayuntamientos", Madrid, Gráficas Reunidas, 1924; "Seguro para garantizar la amortización de préstamos", aprobado por Real Decreto-ley de 9 de diciembre de 1927)[101]. Ese programa de política social sólo cristaliza en objetivos concretos y obedece a la atención de situaciones sociales cuya intervención es especialmente apremiante y urgente. De algún modo, se pone de relieve cómo la política del seguro social puede ser funcional no sólo a la política de orden y de contención social, sino también a la "estabilización" del orden económico y del régimen salarial. La política de solidaridad social puede aportar buenos servicios para el funcionamiento dinámico del capitalismo organizado, y los elementos de racionalización y orden que su mantenimiento y desarrollo requieren en sociedades altamente evolucionadas. El capitalismo en un cierto estado de desarrollo necesitó de sus críticos "constructivos" y una reforma social modernizadora, al mismo tiempo útil para el avance social y para la modernización económica, aunque la política social de la Dictadura no fue mucho más lejos de una moderada atenuación de la cuestión social de partida, y de limitada modernización del capitalismo industrial. El papel de las ideologías y la mentalidades, por utilizar la expresión típica de M.Vovelle[102], incluidas las de carácter crítico pueden ser funcionales a las políticas de "orden", retroalimentadas por el orden establecido al servicio de su lógica integradora. Las críticas a la desprotección social se consumaron en parte en políticas de protección minimalistas, basadas en una filosofía social de armonía y consenso sociales, que permitieron al mismo tiempo la mejora de la posición social de los trabajadores y la introducción de ciertos elementos de estabilidad social. La búsqueda de una sociedad armónica está presente en el pensamiento de Maluquer y aparece explicitada en las actividades del INP. Ese modo de pensar integrador alcanza en el período de la Dictadura a la defensa de ciertos intelectuales y técnicos vinculados al Instituto de una sociedad corporativa: "El *nuevo derecho corporativo* es un paso más en este caminar inacabable hacia la perfección: asentado sobre las bases inconmovibles de la

España, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, 515 págs.

[96] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Adolfo Álvarez Buylla y González Alegre (1850-1927): La reforma jurídico-social y el aseguramiento público en España desde el republicanismo social y el «socialismo de cátedra»", en *Civitas. Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 24 (2020), págs. 295-330.

[97] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Crítica Social republicana y reformismo político-jurídico: Leopoldo Palacios Morini (1876-1952)", en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 134 (2007), págs. 307-358.

[98] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Rafael García Ormaechea (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), págs. 283-301.

[99] MONEREO PÉREZ, J.L.: "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), págs. 305-323.

[100] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Álvaro López Núñez (1865-1936)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 3 (2015), págs. 253-280.

[101] Gaceta del 13. Modificado por el de 22 de noviembre de 1929 (Gaceta del 24) y confirmado por Decreto de la República de 24 de junio de 1931 (Gaceta del 25). Conforme al Real Decreto-Ley de 9 de diciembre de 1927 y a los arts. 8 y 13 de los Estatutos del INP de 24 de marzo de 1922, el Seguro de amortización de préstamos para finalidades sociales constituye una Caja especial sometida a la dirección general del mismo Instituto, con separación completa entre sus respectivas funciones, bienes y responsabilidades y los correspondientes a los demás seguros encomendados a la gestión y administración del mencionado organismo. Cfr. art.1 del Real Decreto de 24 de enero de 1930, que aprueba el Reglamento provisional para la aplicación del Real Decreto anterior.

[102] *Ideologías y Mentalidades*, Barcelona, Ariel, 1985.

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"[103]. No es baladí poner de relieve que López Núñez era discípulo y colaborar permanente de Maluquer, y con unas connotaciones cristianas más acentuadas e influyentes en su pensamiento social y jurídico-político. No obstante, la realidad histórica pondría de relieve el que esa pretendida sociedad basada en la armonía y colaboración no podría tener lugar ante la persistencia de desigualdades, que la política de previsión sólo podría paliar, pero no suprimir. En esas reformas sociales interviene también la idea de "contención" social, y a menudo el esquema bismarkiano de contrarrestar las propuestas más radicales o incisivas de transformación del sistema social existente. Es una muestra más de la tensión entre reforma-revolución en los procesos de cambio social, y los límites intrínsecos de las políticas sociales en las formaciones sociales del capitalismo organizado. En los años de la Dictadura la "gestión política de lo social" está marcada por un signo inequívoco: la centralización de lo social con la concentración orgánica y funcional (supresión del IRS, como organismo abierto y pluralista en su conformación, y su absorción en la estructura renovada del Ministerio de Trabajo)[104] y utilización de INP con fines de integración, y, a menudo, de propaganda "social". La vía de la previsión social podría ser menos conflictiva para la lógica autoritaria de tratamiento de la cuestión social por el régimen del Directorio Militar. Éste decide mantener el INP, pero no realiza un impulso decidido en materia de previsión social hasta los últimos años, hasta los últimos años de decadencia del régimen dictatorial, con las propuestas de nuevos seguros sociales (maternidad, paro[105], etc.). La propuesta de reforma social centrada en la previsión social tenía el efecto de visibilidad de un desplazamiento "útil" (en términos políticos) de los conflictos sociolaborales hacia el espacio político público; esto es, a través de la mediación del Estado desde su aparato institucional y legislativo. La reforma social conduce coherentemente a esa reconducción, que supone institucionalización de los conflictos sociales. Tampoco se puede ignorar que un sistema de seguro social puede servir al buen funcionamiento del sistema económico. Ello contribuye a la continuidad de la política de previsión social, a pesar de la dirección autoritaria del sistema político. La continuidad de la política de reforma social tiene, pues, factores explicativos complejos. Pero plantear esa funcionalidad no constituye un expediente de explicación simple de los procesos sociales, porque la vida del INP estuvo presidida por numerosos obstáculos y resistencias ofrecidos por agentes empresariales y las entidades financieras[106]; y es que la percepción nítida de esa instrumentalidad al capitalismo organizado no se produce ni automáticamente, ni de modo inmediato, y, por supuesto, sin fuertes tensiones, cuya visibilidad alcanzan todavía a la coyuntura actual de los sistemas integrados de Seguridad Social. El Estado no es mero reflejo de una clase dominante, sino reflejo de una correlación de fuerzas socio-económicas y de factores culturales e ideológicos; por lo demás, las clases sociales y sus organizaciones no perciben ni toman conciencia por igual de la definición de los programas de reforma social, económica y política; ni frecuentemente mantienen una posición "uniforme" u homogénea respecto al tratamiento de "lo social". Si ello fuera así, la política social sería objeto de una "predicción" y de una "construcción" o "elaboración" mecánica y lineal; el desenvolvimiento histórico se encarga de demostrar precisamente lo contrario, evidenciando la necesidad de efectuar una captación e indagación más compleja del fenómeno.

[103] Es el caso de LÓPEZ NUÑEZ, A.: *Veinticinco años de legislación social*, Madrid, Juan Ortiz Editor, s/f.-, el cual defendió una organización corporativa nacional de carácter no autoritario (*Ibid*., págs. 28 y sigs. y 48 y sigs., en particular pág.30).

[104] Véase el Real Decreto de 2 de junio de 1924, relativo a la refundición e inserción del IRS en el Ministerio de Trabajo, Gaceta de Madrid, nº. 155, martes de 3 de junio, págs.1138 y 1139, que lleva la firma de El Presidente del Directorio Militar, Miguel Primo de Rivera y Orbaneja. El Real Decreto Ley de 15 de noviembre de 1928, lleva a cabo la organización interna del Ministerio de Trabajo y Previsión (Gaceta 16 noviembre). La supresión se justifica exclusivamente por razones de racionalización administrativa.

[105] Véase GONZÁLEZ ROJAS, F. y OYUELOS, R.: *Bolsas del Trabajo y Seguro contra el paro forzoso,* Madrid, publicaciones del IRS, 1914.

[106] MALUQUER Y SALVADOR, J.: *Curso de seguro obrero*, en *Anales del INP,* núm.62, octubre-diciembre, 1924.

En la tradición de la corriente del krausismo social-liberal español (en la inscribe autores como el propio Francisco Giner de los Ríos, Gumersindo de Azcárate y Menéndez, Adolfo G. Posada, Adolfo Álvarez Buylla, Palacios Morini, Uña y Sarthou, *Zancada*, Piernas Hurtado, etcétera) se suscribe una concepción humanista del liberalismo marcando nítidas diferencias con el liberalismo doctrinario[107].

En este orden de ideas es como conviene afrontar la problemática concepción de un tema fundamental: el sufragio, la representación política y la representación de intereses profesionales. El sufragio permite formar la representación política general. Pero junto a los individuos existe intereses particulares cuya expresión en el seno del Estado ha de ser también garantizada. Dentro de su concepción organicista se detecta que las sociedades están fragmentadas y que ha de tenderse hacia una "democracia orgánica y jeraquizada" que dé cuenta del pluralismo de los *intereses organizados o corporativos*. En coherencia Posada –al igual que otros personadores de la corriente social-liberal del krausismo– quería completar el sufragio universal o "inorgánico" con el sufragio "orgánico". Posada, aunque con ciertos titubeos propios de la tradición elitista del krausismo, defendió la democracia liberal, y su democracia orgánica no pretendía ser una alternativa encaminada a sustituirla. La jerarquización que postula no es de reserva de la democracia a minorías ilustradas, sino más bien el reconocimiento espontáneo por parte de los más, del mejor criterio de los menos, pero mejores, pero en general la "jerarquización" espontánea queda encomendada más bien a la acción educadora, psicológica, que es para él, como fiel krausista, el único instrumento real del cambio social". La democracia orgánica se consiguiría para él a través de una *reforma institucional del sistema parlamentario,* que estableciera un sistema bicameral: una Cámara de representación política general, donde según él prima el elemento individual, y otra Cámara de representación de intereses organizados, donde se toma en consideración el elemento social, el pluralismo de las agrupaciones en las que se estructura internamente una sociedad compleja. Esta reflexión se realizaba en un período de revisión de los fundamentos de la representación. Dos fundamentos sirven a su construcción en favor de la creación de este sistema bicameral: en primer lugar, su ideario krausista que configura órganicamente la sociedad vertebrada ésta en personas individuales y personas sociales que se organizan dentro de la sociedad estatalmente organizada y que han de encontrarse adecuadamente representadas como tales en el Estado político; y en segundo lugar, la oportunidad histórica, se diría que coyuntural, de que esta forma de representación de intereses podría contribuir decisivamente en la integración y armonización entre los grupos de intereses organizados que emergen en la sociedades del capitalismo desarrollado[108].

[107] Para el liberalismo doctrinario, véase la obra clásica de DÍAZ DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, Madrid, CEC, 1983.

[108] POSADA, A.: *El régimen constitucional. Esencia y formas. Principios y técnicas,* Madrid, Victoriano Suárez, 1930, págs.104 y sigs., y el "Ápendice sobre las "Bases para una Constitución política de España"; POSADA, A.: *La crisis del Estado y el Derecho político,* Madrid, C.Bermejo, 1934, págs.139 a 143; POSADA, A.: *Teoría social y jurídica del Estado: El sindicalismo*, edición y estudio preliminar, "Sindicalismo reformista integrado y Estado democrático en el republicanismo social de Adolfo Posada", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2018, *passim*. Su propuesta no estaba aislada, entroncaba -y en gran medida obedecía- a un sentir de la época de entreguerras que había venido produciendose desde diversas corrientes de pensamiento, especialmente el llamado "socialismo fabiano" y el "socialismo gremial", con figuras señeras como los esposos Webb (que había defendido la instauración de un "parlamento social" junto al "parlamento político"), y el primer Laski, que defendiera la creación de una cámara profesional complementaria de la cámara de representación política general. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 477 y sigs., espec., págs. 506 y sigs. ("La función de las organizaciones profesionales y su posición institucional"); MONEREO PÉREZ, J.: "La filosofía política de Harold J. Laski", estudio preliminar a LASKI, H.J.: A *La Gramática de la Política. El Estado moderno* (1925), trad. T. González García, revisión técnica, edición crítica de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002, págs. XV-CXVIII; MONEREO PÉREZ, J.L.*: La democracia en crisis: Harold J.Laski,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004; MONEREO PÉREZ, J.L.: "Democracia social y económica en la metamorfosis del estado moderno: Harold J. Laski", en *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales,* vol. 11, núm. 1 (2021), págs. 298-377.

En el pensamiento de Adofo G. Posada –como en parecidos términos en Francisco Giner de los Ríos, Gumersindo de Azcárate, Práxedes *Zancada* o Julián Besteiro o Fernando de los Ríos– la *Cámara profesional o parlamento funcional* estaría subordinada a la Cámara de representación política general como expresión de la sociedad total. Su "liberalismo organicista" o "social-liberalismo" (que alcanza al socialismo democrático reformista de Julián Besteiro y Fernando de los Ríos) quiere seguir siendo democrático, ser una solución superadora de la crisis del parlamentarismo. La Cámara corporativa era una proyección de la orientación organicista inherente al krausopositivismo que profesa Posada. De ahí su desaprobación de la régimen unicameral consagrado en la Constitución republica de 1931, como se refleja en sus obra posteriores a la proclamación de la II República. Posada había entendida, como otras personalidades de su generación, que el sistema bicamaral[109], con cámara profesional o corporativa, permitiría domesticar la luchas de clases (encauzarla política y jurídicamente) en la línea íntimamente sentida de suprimir los conflictos mediante su integración en el nuevo orden institucional postliberal individualista. Permitiría igualmente resolver la crisis del parlamentarismo liberal desde la lógica de un organicismo democrático. Su opción se insertaba en el reformismo político y social, de carácter armónico e integrador. Y es oportuno precisar esto porque la propuesta de una representación de intereses se ha realizado desde distintas posiciones políticas e ideológicas y para fines completamente diferentes[110]; y es harto significativo que a finales de la década de los veinte y en plena "Dictablanda" de Primo de Rivera las organizaciones de intereses económicos empresariales reivindicaran la creación de un "Parlamento del Trabajo"[111] [(La Dictablanda Berenguer-Aznar (28.1. 1930 a 14.4. 1931)]. En el período se constataba un fuerte movimiento de opinión a favor de la instauración de mecanismos de representación profesional. Como se indicó Práxedes Zancada era favorable a la representación de intereses sociales como complemento de los mecanismos de representación política propia del sistema de partidos[112].

Posada, Álvarez-Buylla, Palacios Morini y Zancada, entre otros krausistas social-liberales, estaban inicialmente más próximos a la inquietud planteada por Melquiades Álvarez respeto a la necesidad de normalizar "lo social" más allá de la perspectiva agotada de pura "cuestión social" excepcional y de orden público. Era necesario integrar a la clase trabajadora y a sus organizaciones

[109] En los años veinte se había producido una extensión del pensamiento organicista, que ya encontrara apoyos en la doctrina. La defensa del organicismo era extensible a distintas corrientes de pensamiento, y encontraba un fuerte arraigo en el krausismo con Giner de los Ríos (especialmente en su obra *La persona social*), Azcárate y Posada, que postulaba con base a ese organicismo social un sistema de representación política orgánica de los intereses. Véase en una perspectiva de conjunto, GARCÍA CANALES, M.: *La teoría de la representación en la España del siglo XX*, Murcia Universidad de Murcia, 1977, págs.25 y sigs., y ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: "El pensamiento sociopolítica y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos (I y II), en *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo. ReDCE*. Año 8. Núm. 15-16 (2011), págs. 543 y sigs. Este enfoque también presidía al socialismo democrático institucionalista de Fernando de los Ríos, como puede comprobarse en MONEREO PÉREZ, J.L.: "El reformismo socio –liberal de Giner de los Ríos. Organicismo y corporativismo social", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 142 (2009), págs. 279-338; MONEREO PÉREZ, J.L.: "El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos y su generación", en CÁMARA VILLAR, G. (ed.), *Fernando de los Ríos y su tiempo*, Granada, Universidad de Granada, 2000, págs. 85-136.

[110] Véase la exposición de ESTEBAN, J.: *La representation des intérêts et son influence en France*, Tesis doctoral inédita, Parías, 1967: ESTEBAN, J.: "La representación de intereses y su institucionalización", en *REP,* núm. 155 (1967), págs. 51 y sigs; Para la problemática actual, véase PÉREZ YRUELA, M. y GINER, S. (Eds.).: *El corporativismo en España,* Barcelona, Ariel, 1988, donde se recoge una importante aportación de LINZ,J.J.: "Política e intereses a lo largo de un siglo en España", 1880-1980", págs.67 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova, 1999, págs. 74 y sigs. ("Orígenes del modelo de "Consejo económico": una aproximación histórico-crítica a la construcción político-jurídica del paradigma "consejista" en la economía nacional").

[111] En este sentido el Escrito de la Cámara Oficial de Industria de Barcelona al Presidente del Directorio Militar el día 25 de septiembre de 1923, A.H.N., Presidencia del Gobierno, Legajo 459. Véase ZANCADAY RUATA, P.: *Derecho Corporativo español*, Madrid, Juan Ortiz Editor, 1928, págs.144 y sigs.; GUAL VILLALBÍ, P.: *El pensamiento de las clases productoras ante el futuro político de España*, Madrid, 1928, págs.408-409.

[112] ZANCADA, P.*: Los problemas constitucionales de España*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Compañía Ibero-americana de publicaciones, 1930, págs. 190-191, y Capítulo XI, págs. 193 y sigs.

sindicales a través de una política de integración en la dinámica político-institucional del Estado[113]. El intento consistía, pues, en la racionalización jurídica e institucional ("institucionalización") del problema social y en particular de la llamada cuestión social obrera. Lo que para el Partido Reformista y para el propio Posada se produciría más correctamente a través de un modelo corporativo democrático. Combinación entre miedo y convicción política y ética de la necesidad de abordar cambios profundos en el sistema político y jurídico (en la línea de creación de un estatuto jurídico del trabajo que sirviese para asentar un nuevo modelo de racionalización jurídica de la cuestión social). La política de reforma social podría evitar la revolución, a través de la intervención pública y el desarrollo una legislación protectora del trabajo asalariado. Era un coyuntura política caracteriza por el cuestionamiento del orden establecido por el movimiento obrero organizado política y sindicalmente, y donde abundaba de modo muy generalizado exigencias de control obrero sobre la economía y las industrias (los sindicatos presentaron en 1921 en el IRS una propuesta de control sindical en la industrias de interés nacional, siguiendo la estela de las experiencias del Reino Unido y de Alemania). Una coyuntura caracterizada por la resistencia a las reformas más intensas por la clase empresarial y la tentación hacia la "salida autoritaria" que finalmente cobró realidad con el golpe de Estado de Primo de Rivera. Existiendo una presión generalizada desde el movimiento obrero y de los grupos reformistas por una rectificación del orden individualista que por entonces imperaba.

La proximidad de puntos de vista más allá de la afiliación político-ideología es notoria. Así Fernando de los Ríos la propuesta de un "parlamento industrial" era un elemento de una construcción corporativa y orgánica de la sociedad que debe ampliarse hasta alcanzar su órgano supremo en el Consejo Económico instituido por la Constitución alemana (art.165), que sería un esbozo de lo que podría ser en un mañana próximo el "Parlamento Industrial", donde esté representado el "hombre profesional"[114]. Estas reflexiones pueden superponerse, e incluso solaparse, con las realizadas por Posada en obras como *El régimen constitucional, La reforma constitucional y Teoría social y jurídica del Estado: El sindicalismo*[115]. Posada coincidiría con la posición crítica adoptada en un momento histórico crítico por Fernando de los Ríos cuando esté rechazaría un nuevo tipo de "Estado corporativo", entendido como una unidad superior con voluntad única, a fin de realizar los fines nacionales, siéndole preciso para ello superar la existencia de partidos y utilizar los sindicatos como órganos indirectos de acción estatal[116]. En Posada, como en Fernando de los Ríos y Julián Besteiro, la representación de los intereses se enmarca en una propuesta de reforma constitucional que no se constituía en alternativa al parlamento liberal, sino como vía para que la

[113] En los debates parlamentarios había observado *Melquiades Álvarez* que "Lo que tiene que hace el poder público es evitar, como aquí se dijo esta tarde, que esos Sindicatos actúen en la sombra y en la clandestinidad, trayéndolos, por el contrario, a la vida legal: y con la Ley de Asociaciones, Sr. Cambó, o con otras leyes si fuera preciso. Hacer que el poder público, coo el Argos de la fábula, sea vigilante y penetre en todas las decisiones del Sindicato, sin que haya nada que se escape a la mirada oficial, ni cotizaciones, ni acuerdos, ni acto alguno que se quiera realizar. Entonces, por la habilidad del gobernante atraeréis al Sindicato a la esfera legal, convirtiéndolo, de fuera revolucionaria, en fuerza de colaboración eficaz para una obra progresiva". Cfr. Diario de Sesiones de las Cortes, 11 de febrero de 1921. Intervención de Melquiades Álvarez en el debate parlamentario relativo a la gestión del gobernado civil de Barcelona en relación al terrorismo.

[114] RÍOS, F. DE LOS.*: El sentido humanista del socialismo* (1926), ed. de Elías Díaz, Madrid, Castalia, 1976, pág.377. No estaba sólo Fernando de los Ríos, ni en España, ni en el extranjero. En este sentido es importante reparar en la propuesta de Lloyd George de llevar a cabo una vía corporativa como remedio para atenuar los conflictos existente entre el capital y el trabajo, pero respetando el marco de la democracia parlamentaria. Cfr. MIDDLEMAS, K.: *Politics in Industrial Society. The Experience of the British System since*, 1911, A.D., 1979; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La crisis de la socialdemocracia europea. Eduard Bernstein y las premisas del socialismo reformista,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La democracia en crisis: Harold J. Laski,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004.

[115] POSADA, A.: *Teoría social y jurídica del Estado: El sindicalismo*, edición y estudio preliminar, "Sindicalismo reformista integrado y Estado democrático en el republicanismo social de Adolfo Posada", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2018.

[116] RÍOS, F. DE LOS.: "Hacia un Estado corporativo?", en *Levitán,* núm. 2 (junio de 1934), pág.10.

sociedad pluralista realmente existente penetrase en la "constitución oficial" del régimen pseudoliberal en crisis[117]. Trataba de afrontar mediante innovaciones constitucionales la crisis palpable de un régimen parlamentario que en España no se podía considerar plenamente democrático (el régimen de la Restauración era una pseudodemocracia parlamentaria[118]) y el fracaso de ese sistema, precisamente por su falta de autenticidad y su compromiso con las clases más acomodadas, en dar una respuesta adecuada e integradora al "problema social". Él apuesta por un liberalismo social, opuesto al liberalismo abstracto[119] y formal y al economicismo del "laissez faire", y que podría definirse como una filosofía de la libertad, pero de la libertad con contenido ético y de enjundia social. Esa concepción de la libertad obliga a transformar el Estado en un orden jurídico, de acción positiva, que no puede –no debe– permanecer indiferente ante las injusticias sociales. Se trataba de armonizar las exigencias de un régimen liberal –de derechos del hombre, de garantías jurídicas de las libertades– con las de la justicia social que demanda una calculada y eficaz intervención del Estado -que es, para él la sociedad misma jurídicamente organizada al efecto de defender y tutelar al débil en las luchas de la vida y de difundir por la sociedad entera para todos los goces de aquélla, de la vida, haciendo de la igualdad abstracta de la Declaración de derechos de 1789 (art.1º) la igualdad orgánica espontáneamente jerarquizada por obra de la necesaria diferenciación de las funciones sociales[120].

Este proyecto fue rechazado por las Cortes Constituyentes de 1931, por entender que no deberían superponerse los intereses corporativos o profesionales a los intereses generales representados a través de los partidos políticos. De mismo modo habían sido rechazados proyectos de contenido en parte similar de Julián Besteiro –que proponía una segunda cámara profesional– y Fernando de los Ríos -que insistía muy matizadamente en ese organicismo corporativista, pero añadía también su preocupación por la tecnificación del trabajo parlamentario, que él creía poder afrontar a través de los "Consejos técnicos"[121]. Una figura que estaba proponiéndose en otros países y que había preocupado a autores, como él, inscritos en el socialismo democrático pluralista,

[117] Véase POSADA, A.: "Reflexiones sobre la crisis del liberalismo", en POSADA, A.: *Actitud ética ante la guerra y la paz*, Madrid, Caro Raggio Editor, 1923, págs.186-187. Por otra parte, recuerda que Giner hablaba de "un Estado "oficial" y de un Estado "no oficial". La virtualidad máxima del Estado entrañaba para él la compenetración social y ética de ambos Estados. Por otra parte, el Estado, el plano Estado ideal, requiere la comprensión, en amplio orden de justicia, de las personas individuales y sociales que en realidad lo constituyen" (*Ibid*., pág. 192). *Práxedes Zancada* haciéndose eco de la denuncia costiana de la constitución real como constitución de la oligarquía frente a la constitución oficial de la Restauración, señalaba, con contundencia, que el gran problema es "que el régimen parlamentario, leal y sinceramente, no ha existido en España, y que las Cortes no han representado la voluntad de la Nación, sino la voluntad de los oligarcas". Cfr. ZANCADA, P.: *Los problemas constitucionales de España*, cit., pág. 43.

[118] Véase la formulación clásica de COSTA, J.: *Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla,* vol. I, Zaragoza, Guara editorial, 1982; VARELA ORTEGA, J.: *Los amigos políticos. Partidos, elecciones y caciquismo en la Restauración (1875-1900)*, Madrid, Alianza, 1977. El propio POSADA, A.: *La reforma constitucional*, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1931, págs.153 y sigs. Posada resumía los defectos capitales del régimen constitucional español, en los siguientes términos: "1º., insinceridad y corrupción en la base electoral; 2º, descomposición parlamentaria sin partidos políticos, sustituídos por grupos y clientes; 3º., predominio arbitrario del Ejecutivo, con las Cortes a merced de los Gobiernos; 4º, inclinaciones al poder personal en la Corona, sostenidas, o mejor, excitadas por la continuada ausencia de las Cortes y la adaptación benévola de tantos hombres políticos (*Ibid.,* págs. 155-156).

[119] Giner hablaba de una reacción contra el liberalismo abstracto en GINER DE LOS RÍOS, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1899, pág.239, nota 1. Reedictada, GINER DE LOS RÍOS, F.: *Persona social. Estudios y fragmentos* (1924), edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008.

[120] "Prólogo", escrito en Salinas-Avilés (Asturias), 1º de agosto de 1931, al libro de AZCÁRATE, G.D.: *El régimen parlamentario en la práctica* (1ª ed., 1885; 2ª ed., 1931), Prólogos de Adolfo Posada y E. Tierno Galván, Madrid, Tecnos, 1978, pág.4.

[121] También, siguiendo la estela de Fernando de los Ríos, ROIG IBAÑEZ, *La Constitución que necesita España*, Madrid, E. Javier Morata, 1930, pág.124, que las concibe como medio de simplificación de la actividad parlamentaria e, incluso, como cauce de participación de los ciudadanos especialmente interesados, o conocedores de la materia a legislar.

acompañado de un rechazo sin fisuras de todo régimen totalitario. Es el caso del primer H.J.Laski[122], con el que el pensamiento organicista de Posada podía encontrar cierta afinidad; y es que la propuesta de Posada (como la de Besteiro y Fernando de los Ríos) de una cámara profesional sintonizaba con las orientaciones organicistas y corporativistas pero era especialmente próxima con el un socialismo gremial, aunque pronto sería abandonada. En este caso el corporativismo democrático subyacente a esas propuestas trataba de reconducir hacia el espacio político y jurídico los conflictos socio-económicos, promoviendo el creciente protagonismo de las organizaciones de intereses en la toma de decisiones políticas, lo que entrañaba una nueva distribución de poderes en el sistema democrático.

Todos ellos querían afrontar el problema de la complejidad de una sociedad fragmentada y dividida con la pretensión de que las dos cámaras permitiría deslindar el ámbito del interés general compartido en el proyecto de sociedad inserto en la idea de ciudadano abstractamente considerado y en la política de partido y el ámbito de los intereses particulares económicos y sociales que se diferenciarían del interés general. Sin embargo, esa idea de una democracia orgánica era poco realista y entrañaba riesgos importantes para la el funcionamiento transparente del sistema democrático[123]; además, la coyuntura social se había venido agravando desde principios de la década de veinte.

El Proyecto que tuvo aceptación el que se elaboraría después por la "Comisión Parlamentaria de Constitución", presidida por Luis Jiménez de Asúa, el cual proponía un sistema unicameral. Rechazada la Cámara profesional o corporativa, si se aceptó parcialmente la propuesta de Fernando de los Ríos de establecer Consejos Técnicos de aseguramiento, dentro la preocupación por la eficiencia de la actividad parlamentaria. En efecto el art. 93 de la Constitución de la II República definitivamente aprobada establecía que "Una ley especial regulará la creación y funcionamiento de los órganos asesores y de ordenación económica de la Administración, del Gobierno y de las Cortes. Entre estos organismos funcionará un Cuerpo Consultivo Supremo de la República en asuntos de Gobierno y Administración, cuya composición, atribuciones y funcionamiento serán regulados por dicha ley".

De ahí la adscripción de los social-liberales del krausismo al liberalismo social progresista y constitucional, y vinculación al Partido Reformista de Melquíades Álvarez, el cual pretendía llevar a cabo una revolución pacífica desde arriba en el marco de un Estado democrático y social de Derecho, a través de una estrategia jurídica y de pactos sociopolíticos entre las distintas fuerzas en presencia. Posada intervino en la estructura directiva interna del partido reformista, el 29 de abril de 1914 la *Junta Nacional* estaba formada, entre otros, por José Fernando González, Jacinto Octavio Picón, Jose Jackson Veyan, *Práxedes Zancada*, Eusebio Corominas, Álvarez Prida, Castellanos, Luis Zulueta, José Ortega y Gasset, Simarro, Teófilo Hernando, Gustavo Pittaluga, Manuel García Morente, Rodríguez Pinilla, Adolfo G.Posada, Leopoldo Palacios Morini, Federico de Onís, el marqués de Palomares del Duero, Rafael Sánchez Ocaña, Manuel Azaña, Augusto Barcia, Miguel Moya Gastón, Fábregas y Flores. Era, pues, dominante la presencia de los reformistas institucionistas. El día 24 de mayo de 1923, Melquiadez Álvarez sería elegido presidente del Congreso, en un momento crítico para la vigencia del parlamentarismo en España; y, en efecto, el 13 de septiembre de 1923, Miguel Primo de Rivera hizo triunfar su golpe de Estado contra el orden

[122] Véase MONEREO PÉREZ, J.: "La filosofía política de Harold J. Laski", estudio preliminar a LASKI, H.J.: A *La Gramática de la Política. El Estado moderno* (1925), trad. T. González García, revisión técnica, edición crítica de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002, págs. XV-CXVIII.

[123] La derecha y los empresarios, por lo demás, para mayor confusión, habían aceptado con matices, pero aceptado al fin y al cabo la propuesta de un "parlamento industrial" (Congreso de Vigo de 1921). Véase ZANCADA, P.: *Derecho Corporativo Español. Organización del Trabajo,* Madrid, Juan Ortiz editor, s.f., págs. 141 y sigs. Un ejemplo significativo de ello puede encontrarse en la defensa de un sistema de representación corporativa de carácter complementario a la política realizada por el Vizconde de Eza. Véase VIZCONDE DE EZA, EL.: *La nueva democracia social,* Madrid, Imprenta Bernardo Rodríguez, 1918.

constitucional que estaba siendo ya gravemente amenazado desde sectores y fuerzas bien definidas. Su resultado fue la instauración del Directorio Militar en el poder y la suspensión de las garantías constitucionadas decretada el día 15 de septiembre de aquél año.

Por otra parte, Posada, Palacios Morini, Zancada se mantuvieron vinculados al Partido Reformista, liderado por Melquiades Álvarez, contribuyendo a gestar su programa reformista como alternativa al régimen político establecido. Pero Posada, Azcárate, Buylla y Palacios Morini, fueron los inspiradores intelectuales de ese partido[124]. Todos ellos habían percibido la crisis del liberalismo clásico y de la forma del Estado de Derecho liberal, y –con Antón Menger (fundador de la corriente del "socialismo jurídico"), los "socialista de cátedra" y la corriente del solidarismo jurídico– criticó la tendencia individualista pura que rechaza toda intervención positiva del Estado en la satisfacción de las necesidades humanas y en la remoción de las situaciones de desigualdad socio-económica.

Este esfuerzo reformista sólo encontró un fruto indirecto cuando el Gobierno conservador de Francisco Silvela retomó la idea de un Instituto para organizar la operación reformista, creando por Ley de 23 de abril de 1903 el Instituto de Reformas Sociales[125], el cual aprovecharía la experiencia alcanzada con el Instituto de Trabajo. Este IRS fue mantenido por el Primer Gobierno de Maura, que había sustituido al de Silvela. Este Gobierno es el que encomendó la presidencia del IRS a G. de Azcárate y nombró a Posada y a Buylla en el año 1904 en puestos técnicos de descadadísima responsabilidad. Desde abril de 1904 Posada se mantuvo en el Instituto en su calidad de Jefe de la Sección Segunda (encargada de la Legislación e Información bibliográfica, Jurisprudencia, Redacción y Publicaciones[126]) hasta su desaparición en 1924 (ya muy mermado durante la Dictadura de Primo de Rivera y el progresivo desplazamiento de sus funciones –dentro de la lógica del "Estado totalitario"[127]– hacia órganos creados dentro de la estructura administrativa intervencionista del Ministerio de Trabajo). Desde su marcha a Madrid hasta su muerte ya no volvería a residir en Oviedo. Con una intensidad excepcional Posada mantuvo al máximo nivel su Sección realizando una labor fundamental en la preparación, e incluso redacción directa, de proyectos de legislación social, aproximando nuestra retrasada legislación social en muchos aspectos a de los países más avanzados del período.

2. LA SUPRESIÓN DEL INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES EN EL PROCESO DE "MODERNIZACIÓN AUTORITARIA" DE LA DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA

El 30 de abril de 1903 se publica en "La Gaceta de Madrid" el Real Decreto de constitución del Instituto de Reformas Sociales[128]. Su lógica interna era la propia del "liberalismo avanzado" –que no era otro, en el fondo, que el "liberalismo social" defendido por José Canalejas; ya sabemos que a él estuvo estrechamente vinculado *Zancada*–; un viraje hacia el liberalismo social e intervensionista que sería el resultado de un largo proceso de maduración del pensamiento político

[124] Adolfo Posada había participado en la famosa reunión celebrada el 23 de octubre de 1913 en el Hotel Palace, del Partido Reformista, donde la presidencia estaba ocupada por Melquiades Álvarez, Azcárate, Pérez Galdós, Emilio Junoy, José Zulueta, Lamana, Caballé, Pedregal, Laureano Miró, Tomás Romero y Rafael Rodríguez Méndez. Hubo más de novecientos asistentes, entre ellos figuraban José Ortega y Gasset, Fernando de los Ríos, Adolfo Posada, García Morente, Pablo de Azcárate, Américo Castro, Agustín de Vuñuales, Manuel Azaña, Pittaluga, Camilo Barcia y Antonio Tuñon de Lara. En dicha reunión Melquiades Álvarez expuso el ideario programa del partido reformista, incluida la accidentalidad de las formas de gobierno. Véase *El Liberal*, 24 de octubre de 1913, CARR, R.: *España 1808-1939,* Barcelona, Ariel, 1969, pág. 518.

[125] Gaceta de Madrid, 28 de abril de 1903.

[126] Buylla se encargo la dirección de la Sección Primera (Estadística e informaciones generales) y el coronel Marvá lo hizo de la Tercera (Inspección y Ejecución de Leyes).

[127] Sobre la dictadura totalitaria y sus supuestos político-ideológicos y jurídicos, véase SCHMITT, C.: *La dictadura* (1927), versión de J. Díaz García, Madrid, Alianza, 1999; NEUMMAN, F.: "Notas sobre la teoría de la Dictadura", en *El Estado democrático y el Estado autoritario* (1957), Buenos Aires, Paidós, 1968, págs.218 y sigs.

[128] "Real Decreto de constitución del Instituto de Reformas Sociales", Gaceta de Madrid, 28 de abril, 1903, págs. 371-372; y su Reglamento, aprobado el 15 de agosto de 1903, Gaceta de Madrid, 18 de agosto de 1903.

jurídico sobre el apreciable fracaso del liberalismo clásico. Dicho Instituto se inspiraba[129] en el Proyecto de Instituto de Trabajo, pero presentaba importantes diferencias[130]. Por lo pronto su creación suponía la disolución de la CRS, estableciendo que la documentación y los libros de aquélla pasarían al Instituto. En abril de 1904, Buylla y Posada recibieron un telegrama firmado por Moret con la invitación de que formaran parte de la estructura directiva del mismo[131].

Hasta tal punto que, mucho más tarde, en la Dictadura de Primo de Rivera, la patronal y sectores conservadores de la política oficial se "escandalizaron" con el programa de reformas sociales impulsado por la "dictablanda", la cual combina los planteamientos de reforma social con "controladas" y "selectivas" medidas de política represiva. Al mismo tiempo que, en muchos aspectos, las organizaciones de los trabajadores querían ir más lejos del programa reformista. Por lo demás, interesa recordar que la frecuente opinión de que la Dictadura de Primo de Rivera se enfrentó a la "intelectualidad" es un mito que no se acomoda la realidad histórica. En su *fase inicial* (1923-1924) la Dictadura de Primo de Rivero obtuvo un apoyo importante de un amplio sector de la intelectualidad de nuestro país inserta en la tradición liberal, con el progresivo endurecimiento de la Dictadura se va produciendo un aislamiento respecto a un núcleo significativo de intelectuales que originariamente la habían apoyado, tanto de la derecha como de la izquierda[132]. No puede olvidarse que en la etapa inicial la Dictadura se presentaba ideológicamente bajo ciertos presupuestos regeneracionistas[133] y que en el marco preexistente –que numerosos aspectos prolongó– era el régimen pseudemocrático de la Restauración. Quizá con la necesaria prudencia se puede decir que la Dictadura de Primo de Rivera, como Estado corporativo autoritario, se aproxima a lo que A.J.Gregor ha calificado de "dictadura del desarrollo", de ahí su inclinación hacia el favorecimiento de la modernización y el desarrollo económico, no obstante su conformación como Estado[134].

La actividad del IRS fue incesante[135], encontró dificultades "internas"[136] y "externas", entrando en su recta final y declive con el golpe de Estado de Miguel Primo de Rivera, el 13 de

[129] Así lo reconocía el preámbulo del Dercero creador del Instituto de Reformas Sociales, "Gaceta", del día 30 de 1903. Unos meses después se publicaba, el 15 de agosto del mismo año de 1903, el Reglamento de dicho Instituto con la firma del ministerio de la Gobernación, Antonio García Alix.

[130] El 15 de agosto de 1903 se publicó el Reglamento del Instituto de Reformas Sociales. Véase PALACIO MORENA, J.I.: *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924). La Comisión y el Instituto de Reformas Sociales*, Madrid, MTSS, 1988.

[131] Lo recuerda así POSADA, A.: *Fragmentos de mis Memorias*, Oviedo, Universidad de Oviedo, Cátedra Aledo, 1983, pág.305.

[132] Véase GARCÍA QUEIPO, G.: *Los intelectuales y la dictadura de Primo de Rivera,* Madrid, Alianza, 1988, págs.423 y sigs. Aunque con cierto, con marcado sesgo ideológizante, resulta de interés el libro de MAURÍN, J.: *Los hombres de la Dictadura,* Madrid, Ed. Cenit, 1980, que valora críticamente el papel desempeñado por intelectuales tan diversos como Sánchez Guerra (págs. 17 y sigs.), Cambó (págs. 73 y sigs.), Pablo Iglesias y sobre todo Largo Caballero (págs. 153 y sigs.), Lerroux y Melquiades Álvarez (págs. 205 y sigs.). En cualquier caso, si es un hecho histórico verificable que desde un socialismo templado y posibilista, la mayoría de los afiliados y dirigentes principales del PSOE y de UGT colaboraron con la Dictadura. Paradigmáticamente, Largo Caballero aceptó ser miembro del Consejo de Estado y también mantuvo una actitud de cooperación con la Dictadura Julián Besteiro; y, por su parte, UGT mantuvo una actitud de "sindicalismo posibilista" integrándose en los "comités paritarios", aunque sin renunciar a la acción sindical reivindicativa.

[133] Véase BEN-AMI, SH.: *La Dictadura de Primo de Rivera,* Madrid, 1984, y con planteamiento crítico respecto a la pervivencia del ideario regeneracionista durante toda la etapa de la Dictadura, GARCÍA QUEIPO, G.: *Los intelectuales y la dictadura de Primo de Rivera,* Madrid, Alianza, 1988, págs.424

[134] Véase, con independencia de que aquí no se suscriban algunos de sus puntos de vista, GREGOR, A.J.: *Los rostros de Jano. Marxismo y Fascismo en el siglo XX,* Madrid, Biblioteca Nueva-Universidad de Valencia, 2002.

[135] La legislación dictada al amparo de la labor previa del IRS se recoge -lo que en ánimo de brevedad excusa aquí su cita- en el importante libro de MARTIN VALVERDE, A. y otros.: *La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Est. prel., de A. Martín Valverde, Madrid, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987. Véase igualmente las referencias al respecto de VILLA, L.E. DE LA: *Los orígenes de la Administración laboral en España,* Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1969; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del trabajo e ideología,* 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1995; MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009),* 2ª ed., Madrid, Civitas, 2009; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* *(...)*

septiembre de 1923, dando entrada al régimen de la dictadura. Era una manifestación muy singularizada en nuestro país de lo generalizada "bancarrota de la 'moderación'" reformista y de la emergencia de la fuerzas de las fuerzas corporativistas y de la propia forma del Estado corporativo en la Europa del período. Se trata de una fase crítica de *normalización* del cambio social, de la supervivencia del sistema y la adaptación de las élites económicas e intelectuales y del orden capitalista que estas élites habían dominado en el siglo veinte[137]. Es entonces cuando se procede a su disolución y sustitución por el Consejo de Trabajo. Pero vayamos más despacio en el curso histórico. En 1920 se procede a la creación del Ministerio de Trabajo[138] (que –en virtud de lo establecido en por el Real Decreto de 4 de marzo de 1922– en realidad derivo hacia más amplios cometidos: Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria). Esta adscripción orgánica refleja la tendencia absorbente de la Administración Central, la cual refleja un problema de fondo: "Frente a la "rebelión de las masas" y la creciente complejidad de los problemas sociales se acaba imponiendo, aun cuando no sea una opción deliberada y consciente, una orientación crecientemente burocrática. En vez de favorecer el desarrollo de un tejido social más rico y pluralista se produce un repliegue institucional". El resultado práctico de esta opción político-institucional es que a medida que se ve consolidando la organización del Ministerio de Trabajo, el IRS progresivamente el IRS va perdiendo de hecho competencias[139], y la contradicción de lógicas entre el enfoque democrático participativo que presidía el funcionamiento del IRS y la consolidación de una reforma política y social de carácter corporativo autoritario, como la impulsada por Eduardo Aunós[140], bajo la idea de dirigir hacia el orden el hecho sindical y la conflictividad[141]. El Ministerio de Trabajo trataba de implantar un nuevo tipo de racionalización del intervencionismo público, en una dirección más autoritaria y centralista, lo que suponía la absorción de funciones y de servicios administrativos dispersos en los diversos Ministerios, tal era el caso del IRS que había mantenido su adscripción originaria al Ministerio de la Gobernación.

La Dictadura de Primo de Rivera se apartaría del organicismo social-democrático de inspiración krausista, y defendido por *el republicanismo y el liberalismo social krausista,* en el que

Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España,* Madrid, Trotta, 1999.

136 Uno de los problemas fundamentales que tuvo que sobrellevar el IRS fue la instrumentación caciquil de las Juntas Locales de Reformas Sociales, que dificultaron gravemente el desarrollo de la actividad del IRS que para desplazar su labor de asesoramiento y propuesta de reformas necesitaba de una información fiable y de calidad. Era nuevamente la "interferencia" de la constitución real respecto de la realización de reformas político-sociales. Puede consultarse sobre el tema, RUBIO LÓPEZ DE LA LLAVE, F.: "Las Juntas de Reformas Sociales en la Restauración 1900-1924", en *Espacio, Tiempo y Forma*, núm.1 (1987), págs.57 a 88.

137 El proceso está descrito magistralmente en MAIER, CH.S.: *La refundación de la Europa Burguesa. Estabilización en Francia, Alemania e Italia en la década posterior a la I Guerra Mundial,* Madrid, MTSS, 1988. Véase también VILLACORTA BAÑOS, F.: *Profesionales y burócratas. Estado y poder corporativo en la España del siglo XX, 1890-1923,* Madrid, Siglo XXI eds., 1989.

138 Real Decreto de 8 de mayo de 1920. Gaceta de Madrid, 9 de mayo de 1920.

139 PALACIO MORENA, J.I.: *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924). La Comisión y el Instituto de Reformas Sociales,* Madrid, MTSS, 1988, pág.107.

140 Para la lógica interna del corporativismo autoritario de la Dictadura, consúltese AUNÓS, E.: *Estudios de Derecho Corporativo*, Madrid, 1930; ZANCADA, P.: *Derecho corporativo español,* Madrid, Librería Juan Ortiz Editor, s.f. Debe reconocerse que ciertas personalidades significativas del reformismo institucionalista que habían colaborado activamente en el IRS asumieron un papel importante en las instituciones y organismos corporativos (es el caso del propio *Zancada* y de Leopoldo Palacios -que, siendo director de la Escuela Social, publicó un *Derecho Corporativo del Trabajo. Sus principios y su evolución,* Madrid, Juan Ortiz Editor, s.f.-, Álvaro López Núñez, Mariano González-Rothvoss, León Martín-Granizo, José Gascón y Marín, Largo Caballero, Julián Besteiro, Pedro Sangro y Ros de Olano y de tantos otros), lo que puede comprobarse en la misma obra citada de P. Zancada (v.g., pág. 327), y la simple verificación de los cargos administrativos más significativos del período.

141 ZANCADA, P.: *Derecho corporativo Español,* cit., pág. 347. Nótese que lo que predomina en los países europeos de la época eran los regímenes de tipo corporativo autoritario; e incluso con la tendencia hacia un desplazamiento de los sistemas democráticos más avanzados de constitucionalismo social hacia régimen de carácter decididamente autoritario o dictatorial (el ejemplo paradigmático es Alemania, desde la República de Weimar hacia la instauración del régimen nacional-socialista de Hitler).

se incluía la buena parte de los pensadores krausitas (Francisco Giner de los Ríos, Gumersindo de Azcárate, Adolfo G. Posada, Adolfo Álvarez Buylla, Leopoldo Palacios Morini, Práxedes *Zancada*, etcétera). Éste sería desplazado en la Dictadura por un corporativismo absorbente de inspiración católica y ciertamente "sui generis"[142]; asumiendo UGT una posición "posibilista" y pragmática de aumentar su poder de influencia, pero sin que su presencia relativa en el orden establecido supusiera una verdadera democratización del sistema de relaciones laborales. Trató, eso sí, de apoyar las mejoras de las condiciones de vida de los trabajadores y de fortalecer su propia organización, para ello adoptó no sólo una posición defensiva, sino también de colaboración en ciertas políticas e instituciones de la Dictadura. En una dirección de colaboración se moverían otras organizaciones sindicales –salvo, señaladamente, la CNT, que padeció la dimensión más represiva de la Dictadura–, como los sindicatos católicos-obreros y las organizaciones patronales[143]. Es evidente que la Dictadura intentó legitimarse ante la opinión pública atrayendo al mayor número de organizaciones políticas y sindicales a su causa, y que en ello representó un papel no ciertamente irrelevante la ingente labor en materia de política social. Una utilización instrumental de la política y del Derecho social-corporativo ("corporativismo social") que es predicable de la mayoría de los regímenes autoritarios en la Europa de entreguerras. No obstante es necesario señalar que existe un fenómeno complejo de continuidades y discontinuidades del régimen de corporativismo social de la Dictadura respecto a cierta institucionalización de la representación de intereses en la II República, a través de la forma de Consejos y organismos arbitrales, aunque es evidente que el marco de un Estado democrático-social de referencia reorienta completamente a dichas formas institucionales de participación de los intereses[144].

En la política social corporativa de la Dictadura poco tenía que hacer un reformismo social basado en el diálogo social y en la participación activa de asociaciones profesionales libres en un Estado democrático y en un racionalismo armónico como postulaba Posada que partía del máximo respecto a las libertades personales, individuales y colectivas.

3. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA DE PRÁXEDES ZANCADA

ZANCADA RUATA, Práxedes.: *El obrero en España (notas para su historia política y social)*, Prólogo por José Canalejas, Barcelona, Barcelona, casa Editorial Maucci, 1902. Prólogo de José Canalejas. Dedicatoria a D. José canalejas, 239 págs.

ZANCADA RUATA, Práxedes.: *Programa De Derecho Corporativo Español*, Madrid, Publicado Ministerio De Trabajo, Comercio e Industria-*Escuela Social,* 1928,6 páginas.

ZANCADA RUATA, Práxedes.: *Derecho corporativo español. Organización del trabajo,* Madrid, Publicado por Ed. Juan Ortiz, 1928.

ZANCADA RUATA, Práxedes.: *Instituciones de Conciliación y Arbitraje en Europa,* Publicado por Asoc. Española para el Progreso de las Ciencias (1927). Asociación Española para el Progreso de las Ciencias, 1927. [Madrid], Asoc. Española para el Progreso de las Ciencias, [ca. 1927], págs. 81-85 (Desglosado del boletín de la "Asociación Española para el Progreso de las Ciencias". Congreso de Cádiz. Sesión del 4 de Mayo de 1927. Tomo VIII. Sección 5ª.).

[142] Se ha hablado de una suerte *de corporativismo incorporante de la Dictadura* con más amplio apoyo de lo que a menudo se ha podido afirmar. Véase, más allá del acierto de sus puntos de vista, GÓMEZ NAVARRO, J.L.: *El Régimen de Primo de Rivera,* Madrid, Cátedra, 1991, capítulos IX y X; GONZÁLEZ CALBET, M.T.: *La Dictadura de Primo de Rivera. El Directorio Militar,* Madrid, Eds. El Arquero, 1987. Véase también, MORAL SANDOVAL, E.: "El socialismo y la Dictadura de Primo de Rivera", en JULIÁ, S.: *El socialismo en España. Desde la fundación del PSOE hasta 1975*, Madrid, Ed. Pablo Iglesias, 1986, págs.191 y sigs.

[143] Respecto al papel de las fuerzas sociales en la política de la Dictadura de Primo de Rivera, véase GÓMEZ NAVARRO, J.L.: *El Régimen de Primo de Rivera,* Madrid, Cátedra, 1991, págs.433 y sigs.

[144] Puede verse, al respecto, GARCÍA CANALES, M.: *La teoría de la representación en la España del siglo XX,* Murcia (Universidad), 1977; LINZ, J.J.: "Política de intereses a lo largo de un siglo en España, 1880-1980", en PÉREZ Y RUELA, M. y GINER, S.: *El corporativismo en España*, Barcelona, 1988.

ZANCADA RUATA, Práxedes.: *Los problemas constitucionales de España*, Madrid, Publicado por Cª Iberoamericana de Publ, 1930.

ZANCADA RUATA, Práxedes.: *El trabajo de la mujer y el niño,* Madrid, Mariano Núñez Samper, Editor, 1904. Pról. Eduardo Dato. 17x11 cm. XVI+399 páginas. Dedicatoria del autor a D. José Canalejas.

ZANCADA RUATA, Práxedes.: *Los errores germanófilos: Las relaciones de España e Inglaterra.* (Conferencia pronunciada en el Ateneo de Madrid), Madrid, Publicado por V. Rico, 1917.

ZANCADA RUATA, Práxedes.: *La guerra europea en su aspecto político,* Precedida de unas declaraciones de Melquíades ALVAREZ, Madrid, Ed. Calzada y Cª.,1915, págs. XI más 351 págs.

ZANCADA RUATA, Práxedes.: *El momento político actual*, Madrid, Publicado por Est. Tipográfico de "El Liberal", 1919.

ZANCADA RUATA, Práxedes.: *Bodas Reales*, Madrid, Publicado por Administración Martín de los Heros, Madrid, 1906.

ZANCADA RUATA, Práxedes.: *Canalejas, político y gobernante,* Madrid, González y GiménezImpresores y Editores, 1913, 239 págs.

ZANCADA RUATA, Práxedes.: *Monarquía y democracia,* Madrid, González y Giménez, 1913, 106 págs. Costa su condición de ex-subsecretario de la Presidencia del Consejo de Ministros.

ZANCADA RUATA, Práxedes.: *El problema de las pensiones para los obreros en España,* Con Carta-Prólogo de Gumersindo de Azcárate, Madrid, Librería Editorial De Baillo-Bailliere e Hijos, 1905.

ZANCADA RUATA, Práxedes.: *Las elecciones legislativas en España,* Madrid, González y Giménez, 1914.

ZANCADA RUATA, Práxedes (con Carlos González Posada[145] y Tomás Elorrieta): *La I Asamblea de la Asociación Internacional del Progreso Social (Montreux, septiembre de 1926)*. Madrid, Imprenta Clásica, 1927?.

[145] Carlos González Posada y Díaz, hijo de Adolfo González Posada, Catedrático de la Universidad Central, y de Lucila Díaz y Pedregal. Nació en Oviedo el 1 de Junio de 1890.

CONCLUSIONES DEL IV CONGRESO INTERNACIONAL Y XVII NACIONAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

SUSANA BARCELÓN COBEDO *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad Carlos III de Madrid
https://orcid.org/0000-0003-1399-2195

ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES. EXPERIENCIAS Y DESAFÍOS DE UNA PROTECCIÓN SOCIAL CENTENARIA (Madrid, 15 y 16 de octubre de 2020)

El Congreso anual de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social tuvo lugar, como es habitual, en el mes de octubre de 2020, más concretamente los días 15 y 16. Sin embargo, lo que ya no resultó habitual fue el formato del mismo ya que, en lugar de celebrarse, como estaba previsto inicialmente, en la sede de la Tesorería General de la Seguridad Social de Madrid (Salas África y Galileo), el mismo se ha visto necesariamente forzado a seguir el modelo impuesto por la actual situación de crisis sanitaria originada por la COVID-19. Es verdad que esta circunstancia no ha restado calidad ni a las ponencias ni a las comunicaciones defendidas; como tampoco se ha visto afectada la intensidad de los debates que se han originado en cada uno de los paneles por el hecho por el hecho de que la asistencia al Congreso no fuera física sino virtual. De manera que se puede afirmar que, una vez más, el Congreso anual ha cumplido su objetivo que no es otro que servir de escenario a la reflexión y al análisis de alguna dimensión concreta del complejo mundo de la seguridad social.

El Congreso se ha estructurado en cinco paneles que han contado con un amplio número de ponentes y comunicantes, permitiendo reflexionar sobre los distintos aspectos y dimensiones que ofrecen, pese a su naturaleza de materias ya clásicas, las contingencias profesiones de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Un enfoque que ha abarcado desde la propia definición de estos acontecimientos, tanto desde su perspectiva reparadora como preventiva; pasando por todo lo relativo a la gestión, el control o la prevención de los riesgos profesionales; la cuestión de las responsabilidades derivadas de los mismos; o, finalmente las posiciones de la administración pública y de los interlocutores sociales antes esos riesgos.

Y todo ello aderezado por dos intervenciones, de apertura y de cierre de un Congreso que, como su propio título indica, ha versado sobre una tutela pública centenaria que en España vendría de la mano de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, más conocida como Ley Dato, y que en el caso de Portugal lo sería algo más tarde, en el año 1913, con una Ley muy similar a la española.

PANEL 1: EL ACCIDENTE DE TRABAJO Y LA ENFERMEDAD PROFESIONAL EN CONTINUA DELIMITACIÓN.

Hay que partir de la afirmación contenida en el propio título del Panel: esto es, que se trata de conceptos flexibles que, no obstante su antigüedad, han venido sufriendo y lo seguirán haciendo si no se produce un terremoto normativo que los altere sustancialmente, reformas, modificaciones, interpretaciones y adaptaciones continuasen las que, en menor medida el legislador, aparentemente fascinado por una definición del AT que ha dejado incólume pese a sus deficiencias, y en mayor medida los tribunales, laborales, han tenido un papel relevante, tal y como ha quedado evidenciado

en la ponencia de la Magistrada del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), Dª Lourdes Arastey Sahún.

Pues bien, lo que caracteriza las distintas ponencias de este primer panel en relación con, en concreto el accidente de trabajo (en adelante, AT), es la convicción generalizada de que se trata de un concepto en cierta medida desbordado o desbocado que ha ido expandiéndose de forma incontrolable, tal y como lo ha expresado de forma muy ilustrativa la ponencia del Prof. García Murcia. Esto explica que, junto a la capacidad de resistencia que caracteriza al concepto de AT, igualmente, en dicha ponencia, se haya señalado como uno de sus señas de identidad su fuerza expansiva. Se abordan así las que se califican como expansiones internas (esto es, un ensanchamiento de sus contornos o costuras en manos de la jurisprudencia) y externas (que son obra del legislador y que ha supuesto una conquista de nuevos espacios conceptuales).

E indicando, al mismo tiempo, los puntos de fuga más relevantes, que el ponente ubica en el propio concepto de lesión corporal, en la enorme flexibilización de la relación de causalidad entre trabajo y lesión, en la ampliación de la laboralidad hacia tiempos y momentos de conexión debilitada con el trabajo, en la escasa relevancia de la concurrencia de otras circunstancias que pueden considerarse coautoras de la lesión por la desactivación de la exigencia de exclusividad laboral a que se refiere la Ley General de Seguridad Social en cuanto a las enfermedades del trabajo o provocadas por el trabajo que no sean profesionales. Por no hablar de la enorme amplitud del concepto de accidente *in itinere* y su pariente cercano el accidente en misión o, del potente juego de la presunción de laboralidad, ligada a unas circunstancias de tiempo y lugar a su vez muy flexibilizadas.

Se trata de hechos de los que muchas de las numerosas comunicaciones presentadas en este primer panel dan testimonio en relación con supuestos específicos (como, por ejemplo, los casos de suicidio) por más que la citada ponencia también evidencie que hay algunos elementos de precaución respecto de esa ampliación como son: "la actitud cautelosa o recelosa ante las enfermedades comunes cuando afloran en situaciones de no trabajo; la exigencia acumulada de tiempo y lugar de trabajo para que entre en escena la presunción favorable a la calificación de accidente de trabajo; la exclusión de ese molde de determinados tiempos de espera como las guardias localizadas; el rechazo de las dolencias comunes como posible manifestación del accidente de trayecto salvo si van precedidas de síntomas claros en el trabajo; la insistente distinción entre tiempos de trabajo y tiempos de gestión privada en el espacio de juego del accidente en misión; la exclusión de las dolencias congénitas pese a la admisión de enfermedades comunes con síntomas previos al trabajo; o el distanciamiento de tal calificación respecto de episodios posteriores de enfermedades previamente consideradas accidentes de trabajo…"

En cualquier caso, son interpretaciones que no contrapesan suficientemente esa tendencia expansiva que, además, se acentúa con las reformas recientes en materia de accidente de trabajo respecto de los trabajadores autónomos, sea o no TRADES, respecto de los que se ha ampliado la modalidad del accidente de trabajo *in itinere.* Lo dicho justifica que alguna comunicación utilice la expresión "hiper protección del AT"; de lo que es, sin duda, ejemplo, la expansión del concepto que se ha manifestado con motivo de la crisis sanitaria y la inclusión, tanto de la enfermedad en sí como del periodo de observación en que en realidad se traduce el confinamiento obligatorio, en la noción de AT.

No obstante lo anterior, y salvo alguna referencia indirecta, la ponencia no aborda una cuestión de fondo cuya respuesta condicionaría de forma absoluta todo este debate; aunque hay que decir que esta carencia posiblemente se deba a que justamente la primera de las ponencias del panel segundo está dedicada a ello. Que no es otra que si todavía tiene sentido una protección privilegiada o reforzada del AT, que es lo que en realidad está en el trasfondo de la expansión del concepto en busca de una tutela mejor del trabajador afectado. Lo que tiene como consecuencia la inserción de la tutela reparadora de las consecuencias de los riesgos profesionales como una especie de nódulo autónomo (cuña la llama el ponente) dentro del sistema de Seguridad Social, obedeciendo a una

lógica propia de algunos elementos del seguro privado y con una gestión igualmente singularizada encuadrable en ese mismo esquema. Dicho de otra forma, si es posible y lógico rescatar de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 el propósito, nunca realizado, de una consideración conjunta de las contingencias.

La otra parte de este primer Panel está dedicada a la enfermedad profesional (en lo sucesivo, EP) respecto de la que el ponente, el Prof. Luján Alcaraz señaló las insuficiencias de un concepto que en gran medida derivan de su constitución derivada del AT. Tal y como ya dijera el Prof. Martínez Girón en su conferencia inaugural refiriéndose a la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 1903 que equiparó a los efectos de la Ley de Accidentes de 1900 el accidente de trabajo en sentido estricto con la enfermedad causada por el trabajo.

En cuanto a la delimitación conceptual de la EP, y aunque también se afronta desde una perspectiva expansiva, se advierte sin embargo que dicha delimitación se basa, como es conocido, en una regulación a base de cuadros o listados cuya rigidez se convierte en un obstáculo frente a una tutela cualificada de enfermedades evidentemente provocadas por el trabajo que deben ser tratadas, para determinar su existencia, con la misma ejecutividad que se deriva del hecho de que, dándose las circunstancias de actividad, sustancia, sector o empresa y dolencia concreta, la enfermedad se considera *iuris et de iure* como enfermedad provocada por el trabajo, es decir, como enfermedad profesional en sentido estricto. Una consecuencia de la lista que ahorra toda la conflictividad en torno a las enfermedades del trabajo que se ha puesto de manifiesto al analizar el concepto de accidente de trabajo.

De lo anterior se desprende que, tratándose el español, de un sistema de listas, se aborde la posibilidad de eliminar o atenuar los elementos de rigidez de la lista buscando fisuras o puntos de fuga en las mismas. Lo que, pudiendo calificarse el español como un sistema mixto, se encuentra en los apartados o referencias de la lista que se abren a una interpretación analógica en virtud de la cual concretas enfermedades no expresamente mencionadas (por faltarles algunos de los elementos de las listas: actividad, sector o condición laboral concreta) pueden ser pese a todo calificadas como EP. Junto a esta línea de ampliación, también es necesario prestar atención a otras posibilidades de las que cabe pretender una mejor explotación, como es todo lo relativo a las enfermedades sospechosas que se acogen como tales en las normas internacionales, y que actualmente están recogidas en el anexo II del cuadro de enfermedades profesionales recogido en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre.

En todo caso, lo que las ponencias y comunicaciones dirigidas a esta cuestión han puesto en evidencia con carácter general es que el sistema de identificación de las enfermedades profesionales debe ser mucho más dúctil para acoger toda una serie de enfermedades emergentes de las que las relacionadas con los riesgos psicosociales son una expresión tan evidente como cada vez más frecuente. En definitiva, y a modo de conclusión general, puede afirmarse que el catálogo de 2006 se revela en alguna medida obsoleto respondiendo a un modelo productivo asentado esencialmente en el sector servicios y que, en consecuencia, demanda una revisión del listado de EP recogido en el Anexo I; obsolescencia que se manifiesta, no obstante ser un aspecto puntual aunque muy significativo, en la ausencia de las enfermedades vinculadas a los riesgos psicosociales, cada vez más presentes en la vida productiva y a los que formas más modernas de organización del trabajo como la basada en el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación o el recurso al teletrabajo, no han hecho sino acentuar.

En este sentido, han sido numerosas las comunicaciones que han abordado mucho de estos aspectos, subrayando la posible y necesaria ampliación del cuadro de EP, proponiendo incluso, en relación con las del Grupo II referido a Agentes físicos, un método para incluir actividades no encuadradas. O, el caso de aquellas otras comunicaciones que, haciéndose eco de la situación de crisis sanitaria, se han referido al posible impacto que habrá de suponer la trasposición del cambio introducido por la Directiva (UE) 2020/739, de 3 de junio de 2020, al anexo III de la Directiva 2000/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la inclusión del

SARS-CoV-2 en la lista de agentes biológicos que son patógenos humanos conocidos. Y si con esta ampliación puede dar lugar a un tratamiento del SARS-CoV-A dentro del listado de EP, más concretamente, dentro del Grupo III del Anexo I. Igualmente, y, en fin, se han señalado problemas de ajuste y coordinación en la relación entre las EP y la vigilancia de la salud.

Este primer Panel concluyó con una explicación médica de la actual situación de crisis sanitaria a cargo de D. Julio J. Vadillo quien en su condición de médico especialista de Medicina en el Trabajo aportó una visión práctica de cómo opera el virus a través de unos receptores y cómo afecta tanto a las vías respiratorias como a la coagulación.

PANEL 2: REPARACIÓN Y RESPONSABILIDADES

El segundo panel ha estado dedicado al específico tema de la reparación de las consecuencias de los riesgos profesionales, aunque desde el punto de vista de las responsabilidades, no ya tanto del sistema público de protección sino de la empresa y de otros trabajadores. Una cuestión más conectada ya con la prevención de riesgos laborales.

Se rescata aquí, en la primera de las ponencias a cargo del Prof. Fernández Avilés, la idea antes apuntada referida a la cuña de la hablaba el Prof. García Murcia en relación con el engarce de la tutela de los riesgos profesionales dentro del conjunto del sistema de Seguridad Social. Un debate no acabado y siempre presente en tanto que esa dualidad plantea muchas incógnitas que obligan a repensar la finalidad y el alcance de dicho principio, ayudando a eliminar o atenuar la enorme litigiosidad que genera esa dicotomía en la calificación de los riesgos a efectos de la Seguridad Social debido a la constante, inestable y no siempre fácil tarea de concretar la naturaleza de la contingencia, si común o profesional.

Entrando de lleno en el tema de la responsabilidad, la segunda de las ponencias de este Panel ha sido a cargo del Prof. Mercader Uguina que, como él mismo indicó de forma muy expresiva, respondía a la necesidad repensar el tradicional abanico de responsabilidades, penales, administrativas y civiles de la empresa, que se derivan de la actualización de los riesgos profesionales. Una ponencia en la que, con una visión renovada, se hace un repaso de todo el repertorio de esas responsabilidades empresariales, centrando el análisis en sus elementos característicos que, a la vez, son los más proclives a soportar un proceso de transformación; o si se quiere hablar más cautamente, de adaptación o adecuación a las nuevas circunstancias productivas.

La ponencia pasa así revista tanto a la dimensión preventiva como a la reparadora: incluyendo en esta última unas responsabilidades que juegan el doble papel como es la penal y la administrativa, en cuanto responsabilidades públicas de contenido sancionador; a la que se añade la responsabilidad por recargo que arrastra su carácter mixto punitivo-reparador, y la civil, claramente orientada a la finalidad reparadora. Se trata de responsabilidades que se contemplan desde la perspectiva de sus elementos clave entre los que destacan desde la cuestión de su carácter objetivo o culpabilístico, la función real indemnizatoria que desarrolla el recargo junto con la responsabilidad civil, el respeto del principio *non bis in ídem* donde están implicadas tanto las responsabilidades públicas como el propio recargo (al que ponente califica de "comodín" del Sistema).

En definitiva, una suerte de reconstrucción del sistema de responsabilidades habida cuenta los cambios introducidos por fenómenos como la digitalización, la robotización, y, ahora, la crisis sanitaria que ha evidenciado los límites difusos entre lo laboral y la protección de la salud desde el punto de vista de la reparación de sus consecuencias. De forma muy gráfica, el ponente identifica el cambio productivo como un tablero de ajedrez en el que las fichas siguen siendo las mismas (prestaciones del Sistema, indemnizaciones y recargo) pero en el que el tablero está cambiando dado el escenario actual de la responsabilidad empresarial.

Son cuestiones todas ellas sobre las que, de forma especializada, versan muchas de las comunicaciones, incluso descendiendo a aspectos específicos como el análisis de los riesgos del trabajo desde una perspectiva de género, la compleja y atribulada cuestión de la responsabilidad por

riesgos derivados del amianto, el impacto sobre la responsabilidad de la imprudencia del trabajador o el discutible uso doble de la gravedad del daño causado como elemento del tipo y como circunstancia de agravante de la infracción.

El segundo Panel se cierra con la ponencia a cargo del Prof. García González dedicada a un tema que, salvo algún estudio específico, no ha sido excesivamente tratado de manera monográfica como es el de la responsabilidad de los trabajadores y, en concreto, de los auxiliares del empresario en el terreno de la prevención de riesgos. Una materia en la que concurren ideas como la prohibición de una delegación de la obligación de prevención del empresario, contenida en el art. 14.4 LPRL, el inevitable recurso a la colaboración de sujetos o entidades externas a la empresa mediante instituciones como la delegación de funciones, la responsabilidad empresarial por actos de sus dependientes, o la contratación mercantil de dichas prestaciones.

Una situación habitual que suscita la problemática del alcance de las obligaciones de dichos auxiliares y, en correlación con las mismas, el de las responsabilidades. Que, de nuevo, han de analizarse desde el poliédrico prisma que las caracteriza diferenciando las penales, las administrativas, las civiles o las contractuales. Todo un mundo cuya complejidad requiere aclaraciones y respuestas fundadas, particularmente debido al hecho de la absoluta habitualidad con que la empresa acude a estos auxiliares para que complementen su actuación en materia preventiva. Algo sobre lo que la ponencia ofrece un completo panorama recopilatorio de problemas y soluciones.

PANEL 3: GESTIÓN, CONTROL, PREVENCIÓN Y COBERTURA DE LOS RIESGOS PROFESIONALES

En este tercer Panel, como su título indica, se han abordado los problemas referidos al control y la gestión de las situaciones, contingencias y prestaciones generadas por la actualización de los riesgos profesionales. Un tema que suscita de inmediato una constante controversia.

Así se observa ya desde la Primera ponencia a cargo del Letrado Jefe de los Servicios Centrales del Instituto Nacional de la Seguridad Social, D. Andrés Trillo García que reflexiona acerca de la trayectoria de la gestión de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social en materia de riesgos profesionales. Una trayectoria en la que, sin duda, resultó significativa la fase expansiva protagonizada por las Mutuas a partir de los años 90 y que se ha traducido en aspectos tales como: la eliminación de restricciones territoriales, la adhesión a las mismas de trabajadores autónomos, la ampliación de su ámbito de cobertura con prestaciones que éstas pueden proteger, tales como, las ya conocidas de riesgo durante el embarazo y la lactancia, el cese de actividad de los trabajadores autónomos, o la más reciente del cuidado de hijo enfermo de cáncer.

Vis expansiva que sin embargo contrasta con mayor desconfianza hacia la colaboración de las empresas en la gestión; pudiendo citarse como ejemplo, la eliminación de la posibilidad de que las empresas pudieran asumir directamente el pago a su cargo de las prestaciones de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes con derecho a reducción en las cuotas, como así lo prohíbe el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre.

De este modo, y con un término sin duda muy plástico, resume esta expansión el ponente en términos de abdicación de las Entidades Gestoras en el aseguramiento de los AT y la protección de los subsidios en favor de las Mutuas. Asumiendo que las Entidades Gestoras, particularmente el INSS, acaba ocupando un papel arbitral y de tutela de los intereses de los beneficiarios. Aunque lógicamente siga conservando su competencia en aspectos relevantes tales como: la concesión del tiempo de prórroga de los periodos de observación de la EP, la competencia exclusiva alcanzados los 365 días de la IT, el proceso abreviado de revisión respecto de las altas emitidas por las Mutuas en los procesos de IT derivados de riesgos profesionales antes de completar el tiempo de los 365 días de duración de la IT, la determinación de la naturaleza de la contingencia. Si bien recordando, en cuanto a esto último, que corresponderá a las Mutuas la determinación inicial de su carácter

profesional o no, sin perjuicio de la revisión de esta decisión por parte de la Entidad Gestora, tal y como prevé el art. 82.2 LGSS.

En definitiva, el ponente apunta la idea de estar ante un modelo inacabado de gestión en el que el rol institucional es de control, arbitraje y tutela de los intereses de los trabajadores, pero no así de gestión en sentido propio que, cada vez con más frecuencia recae en manos de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social.

Por su parte, y ya desde el sector de las Mutuas, el ponente D. José J. Berzosa Revilla (director jurídico de Ibermutua), aludió igualmente a la constante controversia que suscita el papel que desempeñan las Mutuas en relación con los riesgos profesionales y plantea la necesidad de una revisión del propio modelo de colaboración de las Mutuas.

Una colaboración que debería permitir una mayor capacidad de gobierno y de gestión por parte de las Entidades, especialmente una mayor autonomía y agilidad en la gestión de medios humanos y materiales. Siendo, pues, necesario profundizar en la búsqueda del equilibrio entre la naturaleza de los recursos públicos que gestionan las Mutuas y la capacidad de gobierno y gestión de que las mismas disponen. El propio ponente, tras un extenso recorrido por los avatares de esta colaboración, habla del "final de un eclipse y la necesidad de reforma de dicho modelo".

Una idea de modelo de colaboración agotado que exige una cooperación entre Entidades Gestoras y Mutuas Colaboradoras que vuelve a centrar la ponencia de D. Salvador Beltrán (Abogado y Graduado Social) y algunas de las comunicaciones presentadas a este tercer panel. Se insiste en la idea de que, para continuar manteniendo el actual modelo de colaboración entre ambas, el debate no debe (ni puede) pretender optar al mismo tiempo por la naturaleza privada asociativa de las Mutuas y su contraria, la plena sujeción a las normas de funcionamiento del sector público estatal. Al tiempo que se reitera la focalización entre reforzar el control público o reforzar su autonomía incrementando sus competencias en materia de gestión de prestaciones.

En relación con el papel de las empresas ante el reto de una prevención y cobertura adecuada, el ponente D. Jesús Barceló Fernández (Técnico superior de la Dirección General de la Inspección de Trabajo), aprovecha la situación de crisis sanitaria para evidenciar el espacio de actuación de las empresas, enfatizando, por el ejemplo, el reto que supone la prevención en el teletrabajo que con la pandemia ha pasado a incrementarse de forma muy elevada en España, tratándose de un país en el que la cuota correspondiente al teletrabajo se sitúa en torno al 8 por 100 frente al 16 por 100 de la UE, con un incremento de esta forma de organización del trabajo que, seguramente, se instalará como más extendida y permanente en el tejido productivo español. Una eventualidad ante la que el ponente destaca los elementos más relevantes desde el punto de vista de la prevención de los riesgos y la reparación de los daños causados y que enumera refiriéndose a la necesidad de medir la carga de trabajo del teletrabajador, todo lo relativo a la desconexión digital, la necesaria monitorización del teletrabajo a efectos, por ejemplo, de la presunción de laboralidad del AT, o la identificación y el tratamiento de los riesgos profesionales ocasionados por el teletrabajo.

El tercer Panel se concluyó con la intervención de Dª Mª del Mar Pérez Hernández (Jefe de la Inspección de Trabajo de Almería) en relación con la función desempeñada por parte de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social frente a la tutela de los riesgos profesionales, caracterizando la actuación de la Inspección desde una visión integradora e integrada de la seguridad y salud en el trabajo. Perspectiva integral que se completa con la visión preventiva y no sólo reparadora de los riesgos profesionales en el marco de la sociedad del riesgo.

Un enfoque preventivo de la actuación de la Inspección que ha permitido a la ponente analizarlas funciones de la Inspección recogidas en el art.9 de la Ley 30/1995, de 9 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Destacando, junto a la de vigilancia del cumplimiento de la normativa y exigencia de responsabilidad, la de asesoramiento, o la facultad, que la ponente ha calificado de primordial para conseguir una protección efectiva de los trabajadores, de paralizar las actividades productivas cuando exista un riesgo grave e inminente.

Destaca así que esa paralización constituye una función de la Inspección y no sólo una consecuencia de la actuación inspectora, y fundamenta su propia existencia al tiempo que estima que con esta función se está primando el carácter cautelar y preventivo frente al sancionador. En esta misma idea relativa a que la sanción no es la única reacción frente al incumplimiento de las normas preventivas destaca también el papel del requerimiento dentro de las medidas derivadas de actuación inspectora subrayando su naturaleza mixta (reactiva y preventiva), ya que si bien participa como la sanción de ese carácter reactivo su fin es prevenir. Y todo ello, por más que el art. 43 de la LPRL la haya ubicado en el título "Responsabilidad y Sanciones".

Como cierre del tercer Panel se generó un intenso debate acerca de lo no inevitable e innecesario del exceso de litigiosidad que deviene de esa colaboración entre las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social con las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social. Algo que no se explica ni se justifica, sobre todo si se tiene en cuenta que el patrimonio que todas manejan es el mismo. Concluyéndose que quizás resultase más adecuado establecer un sistema de solución de conflictos en lugar de judicializarlos, basándose en un redimensionamiento de la cultura de la gestión como "cosa pública", como así lo reclamó el Prof. Monereo Pérez.

PANEL 4: SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO. RETOS

El cuarto Panel, con un contenido obligado dado el propio nombre de la Asociación así como por el tema del Congreso, se refiere a la Seguridad y Salud Laboral; aunque, ahora, analizada desde la perspectiva de los "retos", que es lo mismo que decir, de lo nuevos desafíos que las cambiantes circunstancias productivas y sociales han suscitado en este campo. A esta tarea se aplican las cuatro ponencias de este Panel y un destacable número de comunicaciones. De la lectura de todas estas aportaciones se desprenden una serie de ideas que resumen las líneas orientadoras de la reflexión. Tales líneas, desde la perspectiva de los riesgos emergentes se concentran en las siguientes:

En primer lugar, una cuestión como la de los riesgos psicosociales, que se viene suscitando desde hace años, y así lo pone en evidencia la ponencia de la Prof. Rojas Rivero. La cual hace una estimable recopilación y descripción de los riesgos psicosociales, y que las nuevas formas de organización del trabajo, fundamentalmente aquéllas relacionadas con la digitalización de la economía y la expansión del trabajo a distancia o mediante plataformas digitales, la robótica y la aplicación productiva de la inteligencia artificial, han puesto de una actualidad incuestionable. Lo que exige una profundización en cuanto al impacto de dichas transformaciones en la generación de entornos hostiles o propicios para un incremento notable de generación de los riesgos psicosociales, la agravación de otros y el surgimiento de nuevos. Y, por lo mismo, la necesidad de adoptar medidas y procedimientos que permitan una adecuada actuación preventiva frente a esos riesgos, exigiendo la adaptación de los instrumentos más clásicos y habituales a esa nueva realidad productiva. Sin duda un camino que aún queda por recorrer en que han sido numerosas las aportaciones al respecto; bastando recordar la relativa a los riesgos psicosociales del teletrabajo, un tema de actualidad en el contexto actual de crisis sanitaria.

Como también lo es, en segundo lugar, y así lo han puesto de manifiesto otras muchas aportaciones de este Panel, respecto de la relación entre cambio climático, con la secuencia de la proliferación de riesgos, algunos nuevos y otros acentuados, debido al impacto de dicho indiscutible cambio climático sobre las condiciones de trabajo. Requiriendo un nuevo enfoque de amplitud y practicidad de la relación, muchas veces subrayada pero no siempre atendida de forma adecuada, entre medio ambiente (tanto general como en el espacio concreto de los lugares de trabajo), y la prevención de riesgos laborales. Lo que, de nuevo, es un camino que recorrer y respecto del cual la ponencia a cargo de la Prof. Rivas Vallejo sobre el cambio climático y la contaminación ambiental como factor añadido a la exposición de riesgos del trabajo constituye un buen paso señalando las que se deben considerar las claves para afrontar ese difícil camino.

Asimismo, se han de destacar al respecto comunicaciones que versan específicamente sobre la cuestión del impacto del cambio climático, destacándose nuevas o agravadas patologías asociadas a estos riesgos, relacionadas, en unos casos, con problemas respiratorios agudos y, en otros, con mentales. Subrayando la necesidad de que la protección medioambiental sea vea reforzada en el ámbito laboral al tiempo que se precisa la modernización del actual sistema de protección social con el fin de integrar los cambios climáticos de forma que factores como la calidad del aire tuvieran respuesta en el sistema de protección social.

La tercera línea de reflexión de este cuarto Panel ha estado a cargo de la Prof. Pérez Campos. Más que un enfoque nuevo, la ponencia es la expresión de una necesidad, ampliamente sentida e indiscutible, de una profundización del tratamiento de los riesgos del trabajo desde la perspectiva de género; algo que las mismas transformaciones productivas que están en el base de todas las reflexiones no hacen sino más urgentes. Dimensión que va a la par de otras urgencias relacionadas con la prevención de riesgos de los trabajadores de edad madura, consecuencia del envejecimiento de la población, o la de los trabajadores desplazados debido a la globalización económica, o lo relacionado con el deber de seguridad en relación con los profesores discapacitados. Retos a los que urge atender.

PANEL 5: LA ADMINISTRACIÓN Y LOS INTERLOCUTORES SOCIALES ANTE LOS RIESGOS PROFESIONALES

Se trata de Panel de cierre en el que, como indica el propio programa del Congreso, los ponentes han tenido la oportunidad de tratar temas libremente. En concreto, el papel de los agentes sociales en la prevención de riesgos sociales; la precariedad laboral como factor determinante de la actualización de riesgos profesionales; los riesgos laborales en la era digital; trabajo autónomo y riesgos profesionales y, nuevamente, un tema que ha estado muy presente en los trabajos presentados en el Congreso referido al COVID-19 y sus efectos, en este caso, en el sistema público de protección.

Pues bien, para abordar tantos y tan variados temas, se ha contado con ponentes igualmente diversos que han ido desgranando los temas señalados. Así, pese a no ser novedoso, se vuelve a plantear, en este caso de la mano de D. Carlos García de Cortázar, cuáles son los límites, referidos al régimen económico, entre la competencia exclusiva del Estado (art. 149 CE) y la competencia de ejecución por parte de las Comunidades Autónomas (art. 148 CE); una frontera difícil de definir tal y como lo ponen de manifiesto acuerdos como el que se prevé que se suscriba con la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Han sido varios los ponentes que han subrayado la necesidad atender al modelo preventivo aplicado en España que se ha considerado que se encuentra en una situación de estrés a consecuencia de la crisis sanitaria originada por la pandemia. De ahí que, desde el sector sindical, los ponentes, D. Pedro Linares y D. José Morena de Toro, hayan subrayado la idea de que el modelo preventivo requiere de una reflexión estructural que permita abandonar esa idea que asocia prevención con gasto, en gran medida provocada por la externalización de la organización preventiva y que se hace preciso, en consecuencia, invertir en prevención. Por su parte, desde CEPYME, D. Francisco González de Lena, y respecto de los retos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, vuelto a insistir, en el marco del diálogo social, en la idea de que es preciso lograr un equilibrio entre salud pública y prevención de riesgos tal y como ha evidenciado la COVID-19.

Por su parte, desde CEOE, el ponente D. Pedro Pablo Sanz ha destacado en cifras el importante coste que en materia de prestaciones de Seguridad Social ha supuesto este tiempo de pandemia no sólo para la Seguridad Social sino también para las empresas; el abultado número de tales prestaciones que se han reconocido como ha sucedido con el cese de actividad para autónomos y el papel en ello de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social; lo que se refiere a la

extensión de la incapacidad temporal durante el tiempo de aislamiento), o el destacado número de exoneraciones en el pago de las cuotas con motivo, por ejemplo, de los ERTEs.

Finalmente, este último panel ha abordado un tema especialmente relevante en los últimos tiempos pero que, una vez más, la crisis sanitaria ha subrayado de forma insistente y es lo relativo al colectivo autónomo. En este caso, la ponente Dª. Maravillas Espín Sáez ha destacado el permanente debate con los interlocutores sociales, subrayando la necesidad de articular mejoras para este colectivo en materia de prevención dado el amplio colectivo de autónomos persona física. Asimismo, ha considerado que todas las medidas recogidas en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) deben, en la medida en que sea factible, proyectarse respecto de estos trabajadores. Y todo ello sin olvidar que se trata de unos trabajadores que, junto a riesgos que comparten con los trabajadores por cuenta ajena, igualmente cuentan con riesgos específicos o cuando menos adaptados a la realidad de este colectivo marcado por la heterogeneidad de su ámbito subjetivo.

Concluyo aquí la crónica sobre el Congreso Anual de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social refiriéndome a las Conferencias de Apertura y de Cierre del mismo, relativas ambas a las respectivas Leyes de Accidentes de Trabajo, española y portuguesa, respectivamente. Un repaso a la historia que ha permitido en unos casos recrearse y en otros casos conocer la intrahistoria de unas Leyes que han asentado las bases del tratamiento del riesgo social por excelencia de finales del siglo XIX. Y que tiene su origen, como la Ley española de Accidentes de Trabajo de 1900 recoge, en la superación del esquema civilista de responsabilidad extracontractual basada en la culpa, tal y como recordó el conferenciante inaugural, Prof. Martínez Girón.

En el caso portugués, sin embargo la progresiva incorporación de la idea-fuerza de la responsabilidad objetiva del empleador se haría esperar; especialmente porque la responsabilidad del empleador en la reparación de los accidentes con fundamento exclusivo en la culpa estaba en perfecta consonancia con el liberalismo económico y político dominante, como así lo ha puesto de manifiesto el conferenciante de clausura, Prof. Monteiro Fernández, que se refiere a al proceso de aprobación de la ley portuguesa en términos de resistencia pasiva a la aprobación de una ley especial sobre accidentes de trabajo, con la consagración de una responsabilidad objetiva de los empleadores basada en la teoría del riesgo profesional. Algo que finalmente llegaría de la mano de un médico, el Dr. Vasconcelos, en 1910.

La comparación entre las dos leyes es inevitable, sin perder de vista el hecho significativo de que una surgió casi una década y media después de la otra, y en contextos históricos muy distintos: la ley española de accidentes de trabajo en el período de Restauración monárquica; mientras que la ley portuguesa fue una de las primeras secuelas legislativas de la proclamación de la primera República portuguesa, en octubre de 1910.

En todo caso, y como indica el título del Congreso, a lo largo del mismo se ha tratado de forma profunda y minuciosa, una protección social ya centenaria del accidente de trabajo que ofrece, pese a su antigüedad, avances ya consolidados, pero también desafíos y retos de los que este espacio para el debate y la reflexión, como es el Congreso anual de la Asociación de Salud y Seguridad Social, ha dado debida cuenta.

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 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); ORCID, datos académicos y/o profesionales, así como la institución en que desempeña sus funciones. Se facilitará el nombre, dirección postal, teléfono y correo electrónico del autor 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 arábiga (1, 1.1, 1.1.1, etc.)

El artículo habrá de contener una bibliografía final.

- **Extensión del trabajo.** La extensión de los trabajos será, conforme a la sección de la Revista a la que vayan destinados, la siguiente:
  - Estudios Doctrinales, Derecho Comparado Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias Conexas y Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social: máximo 25 páginas (incluido título, extracto, palabras claves, sumario, anexos, bibliografía, etc.).
  - Estudios de Doctrina Judicial: máximo 22 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, bibliografía, etc.).
  - Recensiones: máximo 3 páginas.
- **Formato del Documento.**

Márgenes:

Superior:	2,50 cm	Izquierda:	3,00 cm	Encabezado:	1,25 cm
Inferior.	2,50 cm	Derecha:	3,00 cm	Pie de página:	1,25 cm

Fuente: Time New Roman, Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio). En el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

Tamaño: Texto normal 12; Notas al Pie 10

Las referencias legislativas o judiciales deberán expresar –en todo lo posible– las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, etcétera).

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. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva. El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

3. PROCESO EDITORIAL

- **Recepción de artículos.** Hay 2 formas de recepcionar los artículos, bien enviándolos por mail a revsegsoc@laborum.es o bien mediante la plataforma de la revista digital https://revista.laborum.es, en la cual se deben registrar como autores para tener acceso a la sección de enviar artículos.

  Se acusará su recibo por la Coordinación de la Editorial lo que no implicará su aceptación.

  Una vez acusado recibo, la Coordinación efectuará una primera valoración editorial consistente en comprobar tanto la adecuación al ámbito temático como el cumplimento de los requisitos de presentación formal exigidos en el punto 2, quedando autorizada la Editorial a la devolución de los estudios mientras no se ajuste a las normas de publicación indicadas.

- **Remisión de originales al Consejo de Redacción.** La Coordinación de la Editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la Revista, que analizará el estudio valorando su remisión a los evaluadores externos, ajenos a los Consejos de Redacción y Asesor, y que han sido seleccionados por los editores de la revista (*vid*. https://revista.laborum.es/equipoeditorial o listado en inicio revista) teniendo en cuenta sus méritos académicos, su acreditada solvencia investigadora y su dilatada experiencia en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

- **Sistema de revisión por pares.** El artículo enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima, quienes emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El protocolo de evaluación utilizado por los revisores se hace público como anexo a estas normas (*vid*. https://revista.laborum.es). En el caso de juicios dispares entre los dos evaluadores, el trabajo será remitido a un tercer evaluador. El trabajo revisado que se considere puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones, deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de un mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores. De ser necesario, la nueva versión será enviada de nuevo a los revisores externos. Los autores

recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que estos puedan realizar (en su caso) las correcciones oportunas.

- **Proceso editorial.** Una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le podrán ser remitidas, si fuera necesario, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección.
- **Plazos de publicación.** El intervalo entre la recepción y la aceptación será inferior a 60 días y el que media entre la aceptación y la publicación no superará los 90 días.
- **Ejemplar para el autor:** La editorial hará llegar a autor o autores una versión electrónica del trabajo presentado y publicado

4. CRITERIOS DE POLÍTICA EDITORIAL Y RESPONSABILIDADES ÉTICAS

- **Criterios de política editorial.** Los factores en los que se funda la decisión sobre la aceptación-rechazo de los trabajos por parte de la editorial son los siguientes:
  a) Originalidad.
  b) Actualidad y novedad.
  c) Relevancia y aplicabilidad de los resultados para la resolución de problemas concretos.
  d) Significación para el avance del conocimiento científico.
  e) Calidad metodológica contrastada.
  f) Presentación, buena redacción y organización (coherencia lógica y presentación material).

- **Responsabilidades éticas.** La Revista no acepta material previamente publicado. Los autores son responsables de obtener los oportunos permisos para reproducir parcialmente material (texto, tablas o figuras) de otras publicaciones y sitios de Internet y de citar su procedencia correctamente.

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

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

REVISTA EN ACUERDO DE COLABORACIÓN CON:

Revista Derecho del Trabajo. Revista especializada en Derecho del Trabajo y Seguridad Social (ISSN: 2301-1009)
Director Responsable, Mario Garmendia Arigón, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de la República/Montevideo-Uruguay y Universidad CLAEH/Punta del Este-Uruguay)
https://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice_display&id=81710

REVISTA INCLUIDA EN LA CLASIFICACION BIBLIOGRÁFICA DE LAS SIGUIENTES BASES DE DATOS Y ORGANISMOS:

Orientación y enfoque metodológico

Su título refleja la reivindicación del amplio espacio propio e identificable de lo que es la Seguridad Social, frente a esas tendencias de emergentes de encuadrarla dentro de un sistema general de protección social pública.

Es una revista teórico-práctica que reivindica un conocimiento pleno del "Derecho vivo" tal y como se verifica en la experiencia jurídica y en la praxis judicial. Por ello al tiempo de prestar atención a las normas vigentes y a las técnicas legislativas y de protección del Derecho, se contextualiza dentro del marco político, socio-económico y ético en el que se insertan.

Los contenidos incluyen:

- Editorial
- Estudios Doctrinales
- Estudios de Doctrina Judicial
- Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social
- Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas
- Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social
- Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social
- Clásicos de la Seguridad Social