Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

3er Trimestre 2021 nº 28

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- El acuerdo socio-político triparto de 2021: la recuperación de la concertación social en el proceso de reforma del sistema de pensiones
  José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo
  Jesús Cruz Villalón
- «Principio de insignificancia» en la actividad desarrollada por el beneficiario y conservación de la prestación o subsidio de desempleo
  Juan José Fernández Domínguez
- Algunas cuestiones interpretativas asociadas a las cláusulas convencionales reguladoras de las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores por incapacidad permanente
  David Montoya Medina

Estudios de Doctrina Judicial

- Incompatibilidad entre la incapacidad permanente total y la segunda actividad en la Policía Autónoma Vasca. Comentario a la STS, Social, de 23 de septiembre de 2020 (núm. 792/2020)
  Susana Rodríguez Escanciano
- La diferente regulación de la pensión de orfandad en la ley de clases pasivas del Estado y en el régimen general de la Seguridad Social (Comentario al ATC 124/2020, de 21 de Octubre)
  Raquel Aguilera Izquierdo y Rosario Cristóbal Roncero
- El Período Mínimo de Cotización para acceder a la Pensión de Viudedad: Recientes Consideraciones Jurisprudenciales
  María Salas Porras
- Tarifa Plana y Autónomos Societarios: La doctrina del Tribunal Supremo
  Rafael Pardo Gabaldón

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- La respuesta legislativa frente a la pandemia del Coronavirus en Austria
  Nora Melzer-Azodanloo

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 Ramón Trillo García

Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social

- Definición y ejecución de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ámbito de las empleadas del hogar.
  Román García Oliver

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

- El Pacto de Toledo y la política de pensiones: recorte del gasto, contributividad y financiación
  Mikel de la Fuente Lavín

Clásicos de la Seguridad Social

- FRANCISCO LARGO CABALLERO (1869-1946): Ministro de trabajo y previsión en la IIª República Española
  José Luis Monereo Pérez

Ediciones Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

3er Trimestre 2021 Nº 28

© Ediciones Laborum, S.L.

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

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

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

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:
www.laborum.es/revsegsoc
facebook.com/RevSegSoc
@RevSegSoc
revsegsoc@laborum.es

Reservados todos los derechos.
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; 917021970 / 932720447)

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 Gil, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma 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 **9**

EL ACUERDO SOCIO-POLÍTICO TRIPARTO DE 2021: LA RECUPERACIÓN DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL EN EL PROCESO DE REFORMA DEL SISTEMA DE PENSIONES..... 11
José Luis Monereo Pérez
Guillermo Rodríguez Iniesta

1. PRESENTACIÓN.....11
2. SOBRE LOS CONDICIONAMIENTOS CONSTITUCIONALES DEL MODELO GLOBAL DE PENSIONES: PÚBLICO Y PRIVADO EN EL SISTEMA DE PENSIONES.....12
3. ANÁLISIS DE CONJUNTO DEL ACUERDO SOCIO-POLÍTICO PARA LA REFORMA DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES.....16
4. REFLEXIÓN DE CONJUNTO SOBRE EL ACUERDO SOCIO-POLÍTICO DE REFORMA DEL SISTEMA DE PENSIONES: POLÍTICA DEL DERECHO Y SISTEMA DE PENSIONES.....26

ESTUDIOS DOCTRINALES **35**

EL COMPLEMENTO PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO: UNA SUPERACIÓN DEL EMBROLLO..... 37
Jesús Cruz Villalón

1. EL ESCENARIO DE PARTIDA: UNA MANIFIESTA DESIGUALDAD DE GÉNERO EN PENSIONES.....37
2. EL INICIAL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD.....39
3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....40
4. EL NUEVO COMPLEMENTO PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO: FINALIDAD PERSEGUIDA.....41
5. SUJETOS BENEFICIARIOS: PREVALENTEMENTE MUJERES CON HIJOS.....42
6. PENSIONES A COMPLEMENTAR.....44
7. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA.....44
8. TEMPORALIDAD DE LA MEDIDA EN EL MEDIO PLAZO.....45
9. FINANCIACIÓN.....45
10. CONSIDERACIÓN CONCLUSIVA.....46

«PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA» EN LA ACTIVIDAD DESARROLLADA POR EL BENEFICIARIO Y CONSERVACIÓN DE LA PRESTACIÓN O SUBSIDIO DE DESEMPLEO..... 47
Juan José Fernández Domínguez

1. LA MUESTRA ILUSTRATIVA DE UNA REGULACIÓN DESFASADA.....47
2. DEL AVAL CONSTITUCIONAL AL LEGISLADOR A LA INTERPRETACIÓN HUMANITARIA POR LOS TRIBUNALES.....50
3. LOS TÉRMINOS DE LA INCOMPATIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN Y EL SUBSIDIO POR DESEMPLEO CON EL TRABAJO POR CUENTA PROPIA Y LA APLICACIÓN DEL "PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA ECONÓMICA".....51
4. CONCLUSIÓN.....55

ALGUNAS CUESTIONES INTERPRETATIVAS ASOCIADAS A LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES REGULADORAS DE LAS INDEMNIZACIONES RECONOCIDAS A LOS TRABAJADORES POR INCAPACIDAD PERMANENTE 57
DAVID MONTOYA MEDINA

1. PLANTEAMIENTO 57
2. EL PRESUPUESTO SUSTANTIVO PARA EL NACIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD INDEMNIZATORIA ESTABLECIDA EN EL CONVENIO COLECTIVO: EL CARÁCTER IRREVERSIBLE O PREVISIBLEMENTE DEFINITIVO DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE 61
3. EL HECHO CAUSANTE DE LA RESPONSABILIDAD INDEMNIZATORIA ESTABLECIDA EN EL CONVENIO COLECTIVO 67
4. CONCLUSIONES 75

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 77

INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL Y LA SEGUNDA ACTIVIDAD EN LA POLICÍA AUTÓNOMA VASCA. COMENTARIO A LA STS, SOCIAL, DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2020 (NÚM. 792/2020) 79
SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

1. LA SEGUNDA ACTIVIDAD COMO SITUACIÓN ADMINISTRATIVA ESPECIAL 79
2. EL CASO PARTICULAR DE LA POLICÍA AUTÓNOMA VASCA 80
3. LA CUESTIÓN DEBATIDA 81
4. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS 82
5. RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA 83
6. SOBRE EL CONCEPTO DE "PROFESIÓN HABITUAL" 84
7. IMPOSIBILIDAD DE PERCIBIR LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL EN LA SITUACIÓN DE "SEGUNDA ACTIVIDAD" 85
8. CONCLUSIÓN 87

LA DIFERENTE REGULACIÓN DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD EN LA LEY DE CLASES PASIVAS DEL ESTADO Y EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (COMENTARIO AL ATC 124/2020, DE 21 DE OCTUBRE) 89
RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO
ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO

1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL ATC 124/2020 89
2. SOBRE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 92
3. CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 93

EL PERÍODO MÍNIMO DE COTIZACIÓN PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD: RECIENTES CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES 99
MARÍA SALAS PORRAS

1. INTRODUCCIÓN 99
2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS CONSULTADAS 111
3. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES Y JUDICIALES CONSULTADAS 112

TARIFA PLANA Y AUTÓNOMOS SOCIETARIOS: LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO 115
RAFAEL PARDO GABALDÓN

1. INTRODUCCIÓN 115

2. LA TARIFA PLANA DE SEGURIDAD SOCIAL 117
3. LA PROBLEMÁTICA DE LOS AUTÓNOMOS SOCIETARIOS....118
4. CONCLUSIÓN....122
5. BIBLIOGRAFÍA....122

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 125

LA RESPUESTA LEGISLATIVA FRENTE A LA PANDEMIA DEL CORONAVIRUS EN AUSTRIA.... 127
NORA MELZER-AZODANLOO

1. INTRODUCCIÓN 127
2. DEFINICIONES Y CIFRAS EN CONEXIÓN CON EL CORONAVIRUS 127
3. FINANCIACIÓN DE LAS MEDIDAS-COVID-19 EN AUSTRIA Y SU BASE JURÍDICA....128
4. CONDICIONES LEGALES MARCO A NIVEL FEDERAL DE LAS MEDIDAS EN EL ÁMBITO DE LA ECONOMÍA 129
5. PRINCIPIOS RELEVANTES PARA LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS Y PARA LAS PROHIBICIONES DE ENTRADA Y PERMANENCIA....129
6. MEDIDAS JURÍDICO SOCIALES....133
7. OBSERVACIÓN FINAL....147
8. BIBLIOGRAFÍA CITADA....148

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 149

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

1. CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS....151
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL 168
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS....184

CRÓNICA DE DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL 187

NOVEDADES NORMATIVAS Y DE GESTIÓN DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 189
JAVIER AIBAR BERNAD

DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL PRIMER TRIMESTRE DE 2021 196
ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA

CRÓNICA DE ACTUALIDAD DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DE SEGURIDAD SOCIAL 215

DEFINICIÓN Y EJECUCIÓN DE ACTUACIONES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN EL ÁMBITO DE LAS EMPLEADAS DEL HOGAR. 217
REPERCUSIONES DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL APLICABLES A ESTE SECTOR.... 217
ROMÁN GARCÍA OLIVER

1. LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LAS PERSONAS EMPLEADAS EN EL HOGAR FAMILIAR. EL DETONANTE DE UNA ACTUACIÓN DE INSPECCIÓN....217

2. LA ESPECIAL CONDICIÓN DE "EMPLEADOR" EN EL HOGAR Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LOS TRÁMITES OBLIGATORIOS DE S. SOCIAL 221
3. PARTICULARIDADES DEL SISTEMA DE COTIZACIÓN. IMPLICACIONES DE LA APLICACIÓN DE BASES POR TRAMOS 222
4. EFECTOS DE LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR DEL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL VIGENTE 224
5. CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL Y DETERMINACIÓN DEL SALARIO MÍNIMO DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR QUE TRABAJEN POR HORAS, EN RÉGIMEN EXTERNO 225
6. APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS LABORALES AL SISTEMA ESPECIAL DE COTIZACIÓN 230
7. CONFIGURACIÓN DE LAS HERRAMIENTAS DE GESTIÓN DE LA S. SOCIAL. INFLUENCIA SOBRE LA INFORMACIÓN TRANSMITIDA POR LOS EMPLEADORES 232
8. ESCENARIO Y DEFINICIÓN DE ACTUACIONES POR LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL 234
9. CONSECUENCIAS INMEDIATAS. MEJORAS EN LA GESTIÓN DEL SEEH 236
10. BIBLIOGRAFÍA 237

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL 239

EL PACTO DE TOLEDO Y LA POLÍTICA DE PENSIONES: RECORTE DEL GASTO, CONTRIBUTIVIDAD Y FINANCIACIÓN 241
MIKEL DE LA FUENTE LAVÍN

1. INTRODUCCIÓN 241
2. LA REDUCCIÓN/CONTENCIÓN DEL GASTO DE LAS PENSIONES 242
3. CONTRIBUTIVIDAD O REDISTRIBUCIÓN Y SOLIDARIDAD 248
4. SITUACIÓN FINANCIERA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y ALTERNATIVAS 250
5. LA PROMOCIÓN DE LAS PENSIONES PRIVADAS 258
6. BREVES REFLEXIONES FINALES 260

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 263

FRANCISCO LARGO CABALLERO (1869-1946): MINISTRO DE TRABAJO Y PREVISIÓN EN LA IIª REPÚBLICA ESPAÑOLA 265
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

1. VIDA Y OBRA: ELEMENTOS DE BIOGRAFÍA POLÍTICA Y SOCIAL 265
2. PENSAMIENTO POLÍTICO SOCIAL Y SOCIO-JURÍDICO DE FRANCISCO LARGO CABALLERO EN LAS FASES SUCESIVAS DE LA IIª REPÚBLICA 271
3. LA COYUNTURA HISTÓRICA: CRISIS ECONÓMICA Y POLÍTICA ENTRE LAS DOS GUERRAS MUNDIALES 282
4. LARGO CABALLERO Y EL MINISTERIO DE TRABAJO Y PREVISIÓN EN EL "PRIMER BIENIO REPUBLICANO" (1931-1933) 287
5. BIBLIOGRAFÍA DE FRANCISCO LARGO CABALLERO Y SU ÉPOCA (SELECCIÓN) 307

Editorial

Laborum

El acuerdo socio-político triparto de 2021: la recuperación de la concertación social en el proceso de reforma del sistema de pensiones

A three-sided socio-political agreement of 2021: the recovery of social consensus in the pension reform process

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. "El acuerdo socio-político triparto de 2021: la recuperación de la concertación social en el proceso de reforma del sistema de pensiones". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 28* (2021): 11-34.

"La prudencia en el Derecho, también es el hábito de obrar bien jurídicamente, una virtud de buen consejo, de ponderada o equilibrada deliberación de los medios más oportunos para decidirse y obrar en cada caso, según Derecho, conforme a la justicia […]. La jurisprudencia implica el conocimiento del Derecho, y en este sentido se ha tomado para significar, no un conocimiento cualquiera, sino el conocimiento más completo y fundado del mismo, es, a saber, el científico"

FELIPE CLEMENTE DE DIEGO[1]

1. PRESENTACIÓN

El pasado 28 de junio de 2021, Gobierno, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT suscribieron un acuerdo para la reforma del sistema público de pensiones, cuyo objetivo –declarado por el Gobierno– es garantizar el poder adquisitivo de las pensiones actuales y las del futuro y asegurar la sostenibilidad financiera del sistema ante el gran desafío que supondrá la jubilación de la generación del "*baby-boom*". Se presenta además como el primer acuerdo consensuado en materia de pensiones que se realiza en España desde 2011 y que además ya está contemplado en el Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia, componente 30[2].

El contenido del Acuerdo se divide en siete apartados con varios subapartados:

[1] CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La jurisprudencia como fuente del derecho,* edición y estudio preliminar, "Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio" (pp. IX-XLV), Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2016, pág. 26.

[2] Véase la nota de prensa del Gobierno sobre la firma del acto en https://www.lamoncloa.gob.es/presidente (consultado en 16-7-2021). Se está refiriendo al Acuerdo de Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantia de las pensiones suscrito en 2-2-2011, que luego daría lugar a la Ley 27/2011, de 1 de agosto de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. EL citado Plan de 27 de abril de 2021 se puede consultar en https://www.lamoncloa.gob.es. (consultado en 16-7-2021).

I. Nueva fórmula de revalorización para el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.
II. Medidas para favorecer el acercamiento de voluntario de la edad efectiva con la edad legal de jubilación.
1. Jubilación anticipada voluntaria.
2. Jubilación anticipada involuntaria.
3. Jubilación anticipada por razón de la actividad.
4. Jubilación demorada.
5. Jubilación activa.
6. Jubilación forzosa.
7. Reducción en la cotización para trabajadores mayores de 52 años.
III. Fortalecimiento de la estructura de ingresos del sistema: culminación del principio de separación de fuentes.
IV. Nuevo sistema de cotización por ingresos reales y memora de la protección social en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
V. Medidas para preservar el equilibrio y la equidad intergeneracional.
VI. Otras medidas de mejora de la gestión y de la calidad de la acción protectora.
1. Agencia Estatal de la Seguridad Social.
2. Viudedad de parejas de hecho.
3. Base reguladora de las prestaciones de incapacidad temporal en los casos de personas trabajadoras con contrato fijo-discontinuo.
4. Cláusula de "salvaguarda".
5. Cotización de becarios.
6. Convenios especiales de cuidadores SAAD.
VII. Integración de textos normativos como anexo de este acuerdo.

El acuerdo va acompañado de un borrador de anteproyecto de Ley de Garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. Este aspecto no carece de relevancia, porque *subraya el carácter de legislación negociada también desde el punto de vista técnico-jurídico de la técnica de legislar.* Efectivamente, el apartado VII ("Integración de textos normativos como Anexo de esta Acuerdo"), lo indica explícitamente: "se integra y suscribe, como *inseparable* de este Acuerdo, el texto normativo que concreta su contenido en los aspectos en los que corresponde y que el Gobierno incorporará fielmente en el Proyecto de Ley que remitirá a las Cortes Generales para su tramitación parlamentaria".

2. SOBRE LOS CONDICIONAMIENTOS CONSTITUCIONALES DEL MODELO GLOBAL DE PENSIONES: PÚBLICO Y PRIVADO EN EL SISTEMA DE PENSIONES

La interpretación de los artículos 41 y 50 de la CE (y en general de todo el bloque o grupo normativo regulador de los derechos de Seguridad Social contemplados en el Capítulo III), deberá hacerse necesariamente –por imperativo del art. 10.2 CE– en el marco del sistema internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales. En este contexto sistémico hay que interpretar la referencia del art. 41 CE a que los poderes públicos deberán "*mantener"* un régimen público de Seguridad Social y el art. 50 CE ("Los poderes públicos *garantizarán* mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas la *suficiencia económica* a los ciudadanos durante la tercera edad…"). Es posible pensar que con ello el constituyente no ha pretendido consagrar el principio de irregresividad del nivel de Seguridad Social alcanzado en cada momento. Pero no cabe duda que esa referencia a mantener debe ponerse en relación con la configuración del derecho a la Seguridad Social y de su *contenido esencial* tal como se impone deducir del sistema multinivel de garantías de los derechos fundamentales (que incluye, evidentemente, a los derechos fundamentales sociales) por el cauce del art. 10.2 CE (en relación los artículos 93 a 96 de la Constitución). Y para

decirlo con la mayor brevedad y precisión *esa configuración y delimitación del contenido esencial se contiene en el art. 12 de la Carta Social Europea Revisada* (1996), que significativamente utiliza los mismos términos y precisar su alcance. Efectivamente, conforme al art. 12 CSE ("Derecho a la Seguridad Social"): "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, las Partes se comprometen: 1. a *establecer o mantener* un régimen de Seguridad Social. 2. a *mantener* el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del *Código Europeo de la Seguridad Social.* 3. a esforzarse por elevar progresivamente el nivel [alcanzado] del régimen de Seguridad Social…". Como se ve la obligación de "mantener un régimen de Seguridad Social" viene acompañada de la identificación de un estándar mínimo delimitador del alcance dinámico de los derechos de Seguridad Social, que materializan ese derecho matriz de estructura compleja, pues comprende diversos derechos prestacionales. La referencia al Código Europeo de la Seguridad Social (como en la versión anterior de 1961 que se hacía al Convenio OIT, núm. 102, norma mínima de Seguridad Social)[3], es precisa respecto a la concreción de ese contenido mínimo esencial y conforma un estándar prestacional; un ideal de cobertura que integra un amplio conjunto de prestaciones contributivas y no contributivas que debe ser mantenido (y según el apartado 3 del art. 12 CSE elevado progresivamente en atención a la necesidad de cobertura de nuevas necesidades sociales, pues la Seguridad Social presenta un contenido variable y en constante evolución con límites inestables) por el Estado, como responsabilidad pública[4]. De nuevo, hay que decir que es necesario tomarse en serio los derechos sociales fundamentales, por decir con Ronald Dworkin[5].

Es así que si se atiende al art. 41 dentro del bloque o grupo normativo constitucional regulador del derecho a la Seguridad Social (sistema multinivel de garantía del derecho ex artículos 10.2 y 93-94 CE), debe concluirse que actualmente se dispone de un Modelo constitucional de Seguridad Social de *Textura Abierta,* pero dotado de un contenido esencial irreducible para el legislador ordinario de desarrollo de las previsiones constitucionales (la mejor jurisprudencia del Tribunal Constitucional así ha venido a consagrar los condiciones constitucionales como zona reservada por el legislador constituyente respecto del legislador infraconstitucional (Entre muchas, SSTC 19/1982, 1982, de 5 de mayo; 65/1987, de 21 de mayo; 37/1994, de 10 de febrero; 89/2009, de 20 de abril; aunque, ciertamente, otras sentencias de nuestro Alto Tribunal han tendido a devaluar el derecho a la Seguridad Social como derecho constitucional dotado de garantías y condiciones irreductibles al considerarlo que es de "estricta configuración legal", lo que comportaría una inadmisible "desconstitucionalización material" de la Seguridad Social[6]). Alterar los

[3] MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: "El Convenio OIT núm. 102 (1952) sobre norma mínima de Seguridad Social como delimitador del estándar mundial y sus límites actuales", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* Vol. 7, Núm. Extra 0, 2019, págs. 90-123.

[4] "Derechos a la Seguridad Social (Artículo 12)", en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea,* MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2017, pp. 629-659.

[5] DWORKIN, R.: *Los derechos en serio,* Barcelona, Ariel, 1ª ed., 1984.

[6] Véase, por ejemplo, las STC 100/1990, de 30 de mayo, y 49/2015, de 5 de marzo. Puede consultarse, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: "El derecho de la Seguridad Social en la doctrina del Tribunal Constitucional", en BARRIOS BAUDOR, G. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.) *et altri: Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social*, Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2016. Murcia, Laborum, 2017; MONEREO PÉREZ, J.L.: "Dignidad de la persona y protección social en la Constitución de 1978: balance y propuestas de reforma para la mejora de sus garantías de suficiencia como derecho social fundamental", en *RTSS. CEF.* Núm. 429 (diciembre 2018), donde se indica que el marco constitucional regulador de la seguridad social es insuficiente y deficiente y la misma interpretación, forzadamente restrictiva, llevada a cabo por el Tribunal Constitucional contribuye decisivamente a ese déficit de la garantía constitucional de los derechos de seguridad social. Ello ha permitido que este derecho no quede mínimamente blindado ante políticas restrictivas de tales derechos sin estar siquiera acompañadas de un fundado motivo justificado ni de proporcionalidad (como obliga la inversión de la carga de la prueba por parte del Estado conforme al garantismo multinivel de los derechos fundamentales). Frente a este criterio hermenéutico, se debe entender que la seguridad social es derecho social fundamental (en el sentido amplio atribuido a este último término en el derecho internacional de los derechos

(...)

condicionantes que se infieren del contenido esencial del derecho a la Seguridad implicaría una reforma constitucional respecto a todo el bloque normativo constitucional regulador, incluyendo los artículos 10.2 y 93-96 de la Norma Fundamental[7]. Toda vez que existe de *lege data* una auténtica garantía internacional y europea de los derechos a la Seguridad Social[8].

Por otra parte, funcional y metodológicamente toda reforma o revisión eficiente de cualquiera de estos dos ámbitos de la Protección Social General requiere, pues, tomar en consideración ambos ámbitos, pues actúan en combinación y se articulan a menudo *disfuncionalmente* como "vasos comunicantes" (porque en el art. 41 CE no tiene cabida esa lógica: la lógica de la iniciativa privada es la de la estricta complementariedad y no la sustituibilidad, en términos constitucionales) en el campo de la protección de las personas[9].

Pues bien, de todo lo anterior se deduce que la incorporación en nuestro país del factor de sostenibilidad (en virtud de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad e índice de Revalorización) y la política de fomento legal de la protección social *complementaria* (que el Texto Constitucional califica de "libre", salvada la suficiencia y adecuación de las prestaciones públicas que dispensa en Sistema de Seguridad Social) no puede realizarse a costa de comprometer el principio de suficiencia y de pensiones adecuadas enunciado en los artículos 41 y 50 CE. No cabe duda que todo sistema de protección ha de ser sostenible en términos financieros y de credibilidad social, de modo que los ciudadanos tengan la certeza de que dicho sistema será capaz de proporcionarles protección ante los estados de necesidad que puedan presentárseles. De ahí que parece lógico que se adopten medidas de reforma que hagan que el sistema sea viable en el tiempo y, por tanto, equilibrado en términos presupuestarios. Pero el problema surge cuando de la aplicación de dichas medidas se produce una erosión del ideal de cobertura del sistema. Y es aquí donde se plantean importantes dudas al respecto, ya que la incorporación de los factores de sostenibilidad puede convertirse en un tipo de política deliberada de "*vasos comunicantes*" donde a partir de la reducción de la cuantía de las pensiones públicas se amplíen los espacios funcionales del mercado privado de la previsión. Esta es una finalidad no declarada de la Ley 23/2013 pero que se puede deducir de los efectos financieros que puede llegar a tener (y que tendrá) la aplicación de los factores de sostenibilidad diseñados.

Más allá de que se pueda producir eventualmente la potenciación de la protección o previsión social privada a partir de la merma de los derechos a la pensión pública como consecuencia de la incorporación de los mecanismos de ajuste comentados más arriba, interesa comprobar aquí la posible fricción de éstos con el sistema de garantías constitucionales. Es éste un aspecto que deliberadamente se ha pasado por alto tanto por los expertos encargados de elaborar el

fundamentales) en una interpretación sistemática que atiende al grupo o bloque normativo constitucional regulador de este derecho de estructura jurídica compleja (arts. 41, 43, 49, 50 en relación con el art. 10.2 Constitución española, que es la norma de apertura constitucional de engarce y remisión al sistema multinivel de garantía del derecho a la seguridad social, y los arts. 93 a 96 Norma Fundamental).

[7] MONEREO PÉREZ, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 CE)", en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (Dirs.): *Comentario a la constitución socio-económica de España,* Granada, Comares, 2002, págs. 1425-1524; MONEREO PÉREZ, J.L.: "Dignidad de la persona y protección social en la Constitución de 1978: balance y propuestas de reforma para la mejora de sus garantías de suficiencia como derecho social fundamental", en *RTSS*. CEF, núm. 429 (2018).

[8] MONEREO PÉREZ, J.L.: "La garantía internacional y europea de los derechos a la Seguridad Social y Asistencia Social", en VV.AA.: *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet,* Barcelona, Atelier, 2017, págs. 187-228.

[9] En este sentido, con la crítica a la teoría de los "vasos comunicantes", como una construcción incompatible con el modelo constitucional de Seguridad Social, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el Sistema de Pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los sistemas privados,* Madrid, Tecnos, 1996, espec., págs 39 y sigs., y págs. 77 y sigs. ("Límites positivos explícitos entre los ámbitos funcionales de intervención de los Planes de Pensiones privados y el Sistema público de pensiones"), y págs. 138 y sigs. (sobre el "Carácter no sustitutivo y complementariedad eventual de la acción protectora del sistema de Seguridad Social" de los Planes de pensiones).

Informe ya comentado como por el propio Gobierno y en muchos casos se ha relegado en las revisiones del Pacto de Toledo, el cual debe operar sobre las condicionamientos constitucionales de toda opción de política del Derecho que incida sobre las pensiones en su doble dimensión de público y privado. Sería suficiente examinar la doctrina constitucional sobre el concepto de pensión suficiente y adecuada de los artículos 41 y 50 CE que sitúa el debate y los límites intrínsecos de las opciones posibles en sus justos términos.

Y de nuevo aquí se abre la posibilidad a que la caída de ingresos se vea compensada con la promoción de las pensiones privadas de capitalización. Desde las instituciones comunitarias se apuesta porque los gobiernos de los Estados miembros promuevan la constitución de planes de pensiones como forma de mejorar los ingresos por jubilación. En el conocido *Libro Blanco* sobre las pensiones la Comisión Europea insta a los países de la Unión Europea a que los planes de ahorro complementarios de jubilación desempeñen un papel más importante a la hora de garantizar la futura adecuación de las pensiones y ello pese a destacar las importantes limitaciones que los mismos presentan en un contexto de crisis como el que vivimos. Se constata la nula o escasa rentabilidad de éstos, la (in)seguridad de los planes de pensiones complementarios y los problemas de acceso igualitario a ellos. El apoyo a los planes de pensiones privados ha sido una constante ascendente en las políticas económico-sociales de la Unión Europea. Las pensiones complementarias privadas en el contexto europeo han tenido un cierto protagonismo. La política comunitaria ha jugado un papel importante a la hora de potenciar este ámbito de la previsión social voluntaria. En los últimos años, las instituciones europeas vuelven a actuar en dicho campo a través de la adopción de diversas medidas de diferente índole que son objeto de tratamiento en este trabajo. El resultado de esta actuación resulta un tanto desalentador, toda vez que las propuestas adoptadas hasta la fecha son manifiestamente insuficientes para abordar la complejidad de los problemas sociales y económicos que plantean los sistemas de previsión complementarios en el marco de la Unión Europea. La intervenciones normativas de las instituciones europeas se han producido en distintos ámbitos de actuación: Libertad de circulación de las personas: la Directiva 2014/50/UE, de 16 de abril; Promoción de un alto nivel de protección de los trabajadores; Libertad de establecimiento y de prestación de servicios y mercado de capitales: la Directiva 2016/2341 14 de diciembre de 2016 y el Reglamento (UE) 2019/1238, de 20 de junio de 2019, relativo a un producto Paneuropeo de pensiones individuales (PEPP). Del conjunto de las actuaciones normativas de las instituciones europeas se puede deducir la insuficiencia de sus propuestas para abordar la complejidad de los problemas sociales y económicos que plantean los sistemas de previsión complementarios en el marco de la Unión Europea. Se hace necesario, por tanto, un perfeccionamiento de las medidas tendentes a favorecer mecanismos de coordinación ante la excesiva diversidad que caracteriza a los regímenes profesionales de cada uno de los Estados miembros. En definitiva, la construcción de un marco comunitario de prestaciones complementarias del segundo nivel pasa por abordar, de forma decidida, cuestiones tales como: la diversidad de modalidades de técnicas de gestión y control, las diferentes condiciones impuestas para la consolidación de los derechos a pensiones privadas, la problemática acerca de la transferibilidad de los derechos de pensiones complementarias en el supuesto de un desplazamiento a otro Estado miembro o el distinto tratamiento fiscal otorgado a estos instrumentos[10].

Sin embargo, cabe pensar en una política de racionalización del gasto público en pensiones y en una adicional política de aumento de los ingresos para financiarlas. El equilibrio interno entre gastos e ingresos es un criterio racionalización que no debe suponer nunca una exigencia imperativa absoluta ex artículos 41 y 50 de la Constitución, porque cumpliendo con el mandato constitucional de "mantener" el sistema público de pensiones suficientes y adecuadas –que recae sobre los poderes

[10] MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: "La política del derecho comunitario de apoyo a los planes privados de pensiones: nuevas medidas para su relanzamiento", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214 (2018), págs. 55-89, con propuestas de política del derecho sobre la regulación comunitaria de las pensiones privadas desde una perspectiva del garantismo jurídico-social y de seguridad jurídica.

públicos– puede articularse una política estatal de aumento de los ingresos por vía de impuestos o por vía de incremento selectivo de las cotizaciones sociales. No se puede "absolutizar" lo que son *opciones* de política del Derecho Social de la Pensiones en el marco de las políticas redistributivas de rentas. Importante ante todo la *sostenibilidad social y jurídico-institucional* y al servicio de ella deben establecer los instrumentos adecuados para garantizar la sostenibilidad financiera. Estas dimensiones de la sostenibilidad se encuentra en una relación teleológica y funcional de fines (garantía de pensiones públicas suficientes y adecuadas) y medios (obtención de los recursos para la provisión pública que hagan posible, recayendo en los poderes públicos la responsabilidad para establecer esta *sostenibilidad integral y completa y garantizarla dinámicamente frente a los transformaciones en cursos y circunstancias sobrevenidas*[11].

En este orden de ideas, la supresión del factor de sostenibilidad de la Ley 2013 –una fórmula que vinculaba la pensión inicial del pensionista a la esperanza de vida es importante en sí por evita que el riesgo del envejecimiento sea asumido por la propia persona afectada. Queda la incertidumbre de que el Gobierno ofrece a la Comisión Europea establecer un mecanismo de equidad intergeneracional, el cual queda todavía por determinar. Mecanismo que habrá que valorar en su momento.

3. ANÁLISIS DE CONJUNTO DEL ACUERDO SOCIO-POLÍTICO PARA LA REFORMA DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES

I.-Nueva fórmula de revalorización de las pensiones, la sustitución del factor de sostenibilidad por un nuevo mecanismo de equidad intergeneracional y cláusula de salvaguarda de las pensiones[12]

El Acuerdo va a suponer la derogación del Índice de Revalorización recogido en el art. 58 de la LGSS, sustituyéndolo por un nuevo mecanismo de garantías del mantenimiento del poder adquisitivo a través del incremento de las pensiones en 1 de enero de cada año, de acuerdo con la inflación media anual registrada en el mes de noviembre del ejercicio anterior. En el hipotético caso de que la inflación fuere negativa, se garantiza que las pensiones queden inalteradas sin que sufran merma o descuento alguno[13]. Por otro lado, se establece una previsión que evite las desviaciones que el tiempo pudiera dar lugar la revalorización y la inflación soportada y así cada cinco años, en el marco del Diálogo Social se analizará la evolución del poder adquisitivo, se dará traslado al Pacto

[11] MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *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,* Madrid, Tecnos, 2014; "Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuestas de reforma", en *Derecho de las relaciones laborales,* núm. 2 (2018); SUÁREZ CORUJO, B.: *El sistema público de pensiones: Crisis, reformas y sostenibilidad,* Valladolid, Lex-Nova, 2014; GUTIERREZ BENGOECHEA, M.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas. Análisis Tributario y Laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *Sostenibilidad y protección social. La tensión entre la Unión Europea y Monetaria y el Pilar Europeo de Derechos Sociales,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

[12] Apartados I y V del Acuerdo.

[13] Téngase en cuenta que en 2014 y 2020 el IPC del Estado en su variación anual (diciembre-diciembre) fue negativo (-1 y -0,5 respectivamente).
El art. único, uno del borrador de Anteproyecto de Ley de garantia del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones modifica el art. 58 d de la LGSS en los siguientes términos:
"Artículo 58. Revalorización y garantía de mantenimiento de poder adquisitivo de las pensiones.
1. Las pensiones mantendrán su poder adquisitivo en los términos previstos en esta ley.
2. A estos efectos, las pensiones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, se revalorizarán al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior.
3. Si el valor medio al que se refiere el apartado anterior fuera negativo, el importe de las pensiones no variará al comienzo del año"

de Toledo, y se hará una propuesta para corregir, si fuese necesario, cualquier desviación para asegurar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones[14]. Se pretende con ello dar cumplimiento a la recomendación 2ª. del Pacto de Toledo de 2020 corrigiendo la fórmula introducida en 2013[15] cuya aplicación estaba suspendida de hecho desde 2018[16].

El Factor de Sostenibilidad (FS) se implantó en 2013 por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, como parámetro adicional a los existentes, de carácter automático, que vinculaba las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas, a través de una fórmula matemática recogida en el apartado 2 del art. 211 LGSS. La vinculación se llevaba a cabo ajustando las cuantías que percibirán aquellos que se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes, con la finalidad declarada de garantizar la viabilidad del correspondiente sistema de Seguridad Social a medio y largo plazo[17]. El FS tenía que haber entrado en vigor para las pensiones que se causasen a partir de 1-1-2019, si bien la DF. 38ª de la Ley 6/2018, de 3 julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 retrasó su entrada en vigor hasta 1-1-2023 matizándose que su aplicación "s*e llevará a cabo una vez que, en el seno de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, se alcance un acuerdo acerca de la aplicación de las medidas necesarias para garantizar la sostenibilidad del sistema»,* pero**,** *en todo caso, en el 2023."*

El Acuerdo recoge el compromiso de los firmantes de sustituir el factor de sostenibilidad recogido en el art. 211 LGSS, por un nuevo mecanismo de *equidad intergeneracional* cuya operatividad se retrasa hasta 2027[18]. Además, se indica que el proceso de negociación del mismo se iniciará de inmediato después de la suscripción del mismo, para incorporarlo al proyecto de ley (el que tiene que dar cumplimiento al Acuerdo) antes de 15-11-2021, si bien con la salvaguarda de que de no llegar a dicho acuerdo el Gobierno procederá a su regulación. Este nuevo mecanismo de sostenibilidad ahora equidad intergeneracional se describe de forma muy vaga e imprecisa en el párrafo 2 del apartado V, en el sentido de que habrá que incorporar *". indicadores que en conjunto ofrezcan una imagen más fidedigna del desafío que para el sistema supone el envejecimiento de la población y que, actuando de forma equilibrada sobre el conjunto de parámetros del sistema, sirvan de base para un diseño del nuevo mecanismo que evite hacer recaer en las generaciones más jóvenes el coste derivado de la llegada a la edad de jubilación de cohortes de trabajadores más pobladas, repartiendo de forma equilibrada el esfuerzo entre generaciones y fortaleciendo la sostenibilidad del sistema a la largo plazo".*

Esta futura reforma ha sido quizás a la que mayor relevancia mediática se le ha querido dar por parte de algunos de los agentes sociales como CC.OO. que cuando habla del Acuerdo destaca "*Derogación de la reforma de 2013: pensiones suficientes y dignas para todos. La derogación de la reforma de 2013 devuelve a nuestro sistema de pensiones a la garantía de pensiones justas, dignas, suficientes y sostenibles*"[19]; y también UGT "*La derogación de la reforma de las pensiones de 2013…,aquella reforma ha sido definitivamente derogada …",* presentado el Acuerdo como el fin

[14] A tal fin el borrador de Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, en su art. único. Once a añade una nueva disposición adicional, la trigésima octava a la LGSS que establece un "seguimiento de la revalorización de las pensiones y garantía del poder adquisitivo.
Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (a propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020", *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 25, 4.º trimestre 2020, págs. 13-32.

[15] Véase el art. 7 de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, que modificó el art. 48 LGSS/1994

[16] Véase la Ley 6/2018, de 3 de julio y el RDL 28/2018, 28 diciembre.

[17] Exposición de motivos de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre.

[18] Así se prevé en la DA. Segunda del borrador de Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones

[19] Véase el documento *"# Pensionesconfuturo. Acuerdo de la mesa de diálogo social en materia de Seguridad Social y pensiones 2021*", julio 2021, disponible en https://ccoo.es [consultado en 16-7-2021], págs. 7 y ss.

de la reforma introducida por el Partido Popular[20].Con independencia de que se esté o no de acuerdo con el Factor de Sostenibilidad, lo cierto es que en 2013 no hubo ninguna reforma. Debe recordarse que el artículo 8 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, vino añadir una nueva disposición adicional quincuagésima novena al texto refundido de la LGSS de 1994, introduciendo en nuestro sistema la figura del factor de sostenibilidad, según la cual, con el objetivo de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismo y garantizar su sostenibilidad, a partir de 2027 los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027. Dichas revisiones se efectuarán cada 5 años, utilizando a este fin las previsiones realizadas por los organismos oficiales competentes. El Factor de Sostenibilidad ya estaba previsto su incorporación al Sistema de Seguridad Social en 2011 por un gobierno socialista. Lo que es cierto es que su articulación normativa se llevó a cabo en 2013 ahora con un gobierno del Partido Popular. También la crítica a la falta de acuerdo con los agentes sociales o en su caso de llevarla a cabo dentro del Pacto de Toledo puede ser cierta. Pero no se olvide que llegado noviembre de 2021 si no hay acuerdo, el gobierno podrá hacer uso unilateral de la facultad de imponer su regulación tal y como en el Acuerdo se recoge.

Otro aspecto que llama la atención es la preocupación de evitar *"hacer recaer en las generaciones de más jóvenes el coste derivado de la llegada de la edad de jubilación de las cohortes de trabajadores más poblada*s". Se está claramente refiriendo a la conocida popularmente como generación "baby boom". Lo cual nos ofrece la paradoja de que se da la impresión de que esta generación es la responsable de la crisis del sistema cuando gracias a ella se están pagando las actuales pensiones. A esta generación se le ha venido diciendo *"hoy pagas tu para que mañana otros paguen por ti"* y ahora, cuando llega el momento de acceder a la condición de pensionista, se le pide sigue sacrificándote en pro del equilibrio y equidad intergeneracional, porque representan un problema para el futuro de los jóvenes. Las palabras del Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, José Luis Escrivá Belmonte el 1-7-2021, a las pocas horas de la firma del Acuerdo, fueron muy ilustrativas y preocupantes para los nacidos en la generación del *baby boom* (entre 1958 y 1977) ya deberán "trabajar un poco más" si no quieren ver afectada su pensión", sin que sus rectificaciones un día después les vayan da dar más tranquilidad[21].

Finalmente, el apartado VI punto 4 del Acuerdo recoge lo que se conoce como "cláusula de salvaguarda" con la que se viene a mantener la garantía ya recogida en el Acuerdo de Pensiones de 2011 para que las personas despedidas antes de 2013 y que no han vuelto a encontrar trabajo mantenga el derecho de opción por la legislación que les sea más beneficiosa a la hora de jubilarse. Hasta ahora tal cláusula recogida en el apartado 5 de la DT. Cuarta de la LGSS limitaba su vigencia a las pensiones que se causen antes de 1-1-2021 para determinados supuestos[22].

II.-Nuevas medidas para impulsar, de forma voluntaria, el acercamiento de la edad efectiva con la edad legal de jubilación

El Acuerdo dice partir de la recomendación 12ª. del Pacto de Toledo de 2020 y busca un equilibrio entre el derecho a la jubilación y el impuso a un acercamiento de la edad efectiva de

[20] Véase el documento *"Texto explicativo del Acuerdo para la Modernización y Refuerzo del Sistema Público de Pensiones"*, núm. 27, 1 de julio 2021, Servicio de Estudios de UGT, disponible eh https://servicioestudiosugt.com [consultado en 16-7-2021], págs. 3 y ss.

[21] Véase https://elpais.com/economia/2021-07-02/escriva-corrige-su-postura-sobre-la-pension-de-los-baby-boomers-no-tuve-mi-mejor-dia.html [consultado 2-7-2021].

[22] El art. único, catorce del borrador de Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, da una nueva redacción al apartado 5 de la DT. 4.ª LGSS, en este sentido.

jubilación a la ordinaria. Es la parte del Acuerdo más amplia y que ofrece mayor concreción[23]. Las modificaciones que se postulan afectan a varias de las modalidades de jubilación en los siguientes términos:

A) Jubilaciones anticipadas

Para la jubilación **anticipada ordinaria o voluntaria** (dos años como máximo antes de los 67 años) las medidas afectan a[24]:

-Revisión de los coeficientes reductores: estos pasan de ser trimestrales a mensuales y con un tratamiento más favorables para aquellos que tengan una carrera de seguro más larga. Cuanto más se acerquen a la edad de jubilación el coeficiente penalizador es más favorable.

-Se beneficia mediante la aplicación de los coeficientes reductores para la jubilación anticipada no voluntaria aquellos que se jubilen anticipadamente estando en situación de desempleo subsidiado al menos tres meses antes de acceder a ella.

-Con el eufemismo de fomentar el acercamiento voluntario de la edad efectiva de jubilación a la ordinaria, a los beneficiarios que puedan tener una pensión teórica superior al límite máximo, el coeficiente reductor se le aplicará sobre la cuantía de la pensión (respetando eso si el límite del art. 57 LGSS). Se prevé que esta penalización se haga de forma progresiva en un período de diez años que comenzaría en enero de 2022. Con una salvaguarda, que al menos la pensión reconocida a los trabajadores con base reguladora superior a la pensión máxima no sea inferior a la pensión que les hubiera correspondido con las reglas vigentes actualmente[25].

-De la regla anterior, también se excepciona –a modo de cláusula de salvaguardia– a las personas con base reguladora superior a la pensión máxima, con las condiciones siguientes a) Que su relación laboral se extinga antes de 1-1-2022 (y obviamente no vuelvan a quedar luego incluidas en el sistema por un período superior a 12 meses); b) La extinción sea consecuencia de decisiones tomadas en ERES o convenios colectivos, acuerdos colectivos o procedimientos concursales aprobados antes de que entre en vigor la reforma. Por otro lado, en estos casos, también se permite que el beneficiario opte por la aplicación de la legislación vigente a la fecha del hecho causante.

Como se puede apreciar o deducir de lo acordado básicamente afecta a los que quieren jubilarse de forma voluntaria y tienen ingresos más altos y penaliza más a las carreras de seguro cortas.

En lo relativo a la **jubilación anticipada involuntaria.** Básicamente las modificaciones acordadas son las siguientes[26]:

-A las causas recogidas en el art. 207.1 LGSS que permiten utilizar esta modalidad se incorporan el resto de las causa extintivas previstas en los artículos 40.1, 41.3, 49.1.m) y 50 Estatuto de los Trabajadores.

-El coeficiente reductor será por mes de adelanto y no por trimestre.

---

[23] Véase: MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", Título I, Vol. I. obra colectiva Por una Pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible, Ediciones Laborum, Murcia, 2019, págs. 21-90.

[24] El art. único, siete del borrador de Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, modifica la letra b) del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 208 LGSS y añade un nuevo apartado tres.

[25] El art. único, trece del borrador de Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, añade una nueva DT, la 31ª. a la LGSS

[26] El art. único, seis del borrador de Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, modifica el apartado 1 y 2 del art. 207 LGSS. Véase también el art. único catorce, que modifica la DT. 4º. LGSS.

-Posibilidad de aplicación en los dos años inmediatamente anteriores a la edad de jubilación ordinaria de los coeficientes reductores previstos para la jubilación anticipada voluntaria si estos fueren más favorables.

-Una rebaja del coeficiente reductor correspondiente a los seis meses previos a la edad de jubilación ordinaria.

-Se mantienen los mismos coeficientes reductores del 0,5 por trimestres desde la pensión máxima para estas jubilaciones anticipadas voluntarias.

Se modifica la **jubilación anticipada por razón de la actividad**[27]**.** Las tradicionales modalidades de jubilación anticipada en atención a la naturaleza del trabajo (tóxicos, penosos, peligrosos) que permitían el anticipo de la edad sin penalización de la pensión, van a ser objeto de una nueva regulación con novedades que afectan básicamente al procedimiento de solicitud y reconocimiento de coeficientes: se modificará el procedimiento y se precisarán con mayor detalle los indicadores de peligrosidad o penosidad; las solicitudes de inicio del procedimiento serán deberán ser formuladas conjuntamente por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas; o por las organizaciones sindicales más representativas y la administración correspondiente cuando el procedimiento afecte al personal de las administraciones públicas. Además se creará una comisión encargada de evaluar y, en su caso, instar la aprobación de los correspondientes decretos de reconocimiento de coeficientes reductores (integrada por los Ministerios de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones; Trabajo y Economía Social; y Hacienda; junto las organizaciones empresariales y sindicales más representativas) y se establecerá un procedimiento para la revisión de los coeficientes con una periodicidad máxima de diez años[28].

La jubilación **anticipada por discapacidad** adquiere autonomía propia y pasará a regularse en un artículo nuevo de la LGSS sin cambios significativos[29].

B) La **jubilación retrasada o demorada** también es objeto de atención para dotarla de más interés para el beneficiario[30]. Se establecen varios estímulos consistentes en: a) Eximir de la obligación de cotizar por contingencias comunes (salvo por IT) a partir de la edad ordinaria de jubilación que corresponda; y b) Mayores incentivos para quienes prolonguen la edad de jubilación más allá de la ordinaria.

Dentro de este último aparato, se proponen tres incentivos: 1) Un nuevo porcentaje adicional del 4% por cada año de retraso respecto a la edad que corresponda de jubilación ordinaria; 2) Una cantidad a tanto alzado –en sustitución del aumento del 4%– en función de la cuantía de la pensión y

[27] El art. único, cuatro del borrador de Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, modifica el art. 206 LGSS. Téngase también en cuenta que el art. único, dieciséis, modifica la DT. undécima de la LGSS.
Véase también RD 383/2008, de 14 de marzo, por la que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de bomberos al servicio de las administraciones y organismos autónomos; RD 1698/2011, de 18 noviembre, regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social; DD. AA 159, 164 y 165 de la Ley 6/2018, de 3 julio, Presupuestos Generales del Estado para el año 2018; RD 1499/2018, de 14 diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local.

[28] El art. único, doce del borrador de Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, da una nueva redacción de la DA. 39 de la LGSS.

[29] El art. único, cinco del borrador de Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, introduce un nuevo art. 206 bis LGSS

[30] El art. único, ocho del borrador de Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, modifica los apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 210 LGSS.
Por su parte el art. único, tres modifica el art. 152 LGSS.

al que corresponda en atención a los años cotizados (en realidad esta oferta de pago único no es muy ventajosa frente a un complemento vitalicio de la pensión, si tenemos en cuenta la expectativa normal de vida de un pensionista); y 3) Una combinación de los dos anteriores (que no se detalla). Esta elección se llevará a cabo por una sola vez, no permitiéndose luego la modificación. En caso de no opción expresa se aplicará el complemento adicional del 4%. De estos beneficios quedan excluidos los que accedan a la jubilación parcial y flexible. Por otro lado, se advierte que quien opte por ellos no podrá luego acceder a la jubilación activa.

C) En cuanto a la **jubilación activa**[31] como fórmula que permite compatibilizar trabajo y pensión, se indica que deberán de tenerse en cuenta todas las previsiones del Acuerdo para la pensión de jubilación, se exigirá para el acceso a ella el transcurso de un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (se impone un plazo de espera). Se da un plazo al Gobierno de 12 meses para una revisión del marco jurídico de esta modalidad que tenga en cuenta las diferencias entre regímenes y sistemas que integran el sistema y que se evite que la regulación pueda posibilitar la sustitución de trabajadores con cotización completa por otros de cotización reducida.

D) **Jubilación forzosa**[32]. Se pretende establecer un nuevo marco jurídico que haga posible algo que parece que se opone frontalmente con el objetivo general para las pensiones de jubilación de acercar la edad de jubilación real a la ordinaria. Interesa mantener que los convenios colectivos no tienen una potestad originaria y propia para establecer en su ámbito, con determinadas condiciones, una edad obligatoria de retiro/jubilación facultando al empleador a despedir al trabajador por esta causa, sino que esta potestad le viene conferida por una habilitación legal constitutiva *ex origen* y bajo las condiciones establecidas en cada momento por la ley estatal habilitante.

Las notas o características que nos presenta el Acuerdo son las siguientes:

-No se admitirán cláusulas convencionales que permitan una jubilación forzosa antes de los 68 años de edad.

-Llegada a esa edad se permitirá, siempre que el trabajador tenga la posibilidad de acceder a la pensión de jubilación contributiva con el 100% de su base reguladora.

-La extinción contractual de un trabajador en las anteriores condiciones requerirá la contratación simultánea de un –al menos– trabajador de forma indefinida y a tiempo completo.

-Cabe excepcionar la edad mínima de 68 años hasta la edad ordinaria de jubilación, en determinados casos: a) Que la tasa de ocupación de las trabajadoras en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20%; b) Que la persona trabajadora haya generado el derecho al 100% de la base reguladora de la pensión; c) Que en la CNAE al que esté adscrita la persona afectada por la aplicación de esta cláusula concurra una tasa de ocupación para empleadas inferior al 20% en la fecha de efectos de la decisión extintiva; y d) Que a cada extinción de la relación laboral (la decisión debe ser comunicada previamente por la empresa a los representantes de los trabajadores y al propio trabajador) lleve consigo simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de al menos una mujer.

Y finalmente, con el fin de favorecer la permanencia de los trabajadores de más edad en el trabajo, se establece *una reducción* del 75% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias profesionales cuando dichos trabajadores con 62 años cumplidos o más se encuentren en situación de incapacidad temporal. Adviértase que este beneficio en la cotización es una

[31] El art. único, nueve del borrador de Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, da una nueva redacción al art. 214 LGSS.

[32] Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA. G.: "Notas sobre las aportaciones del RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema de pensiones y en la jubilación forzosa", *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 18, 1.º trimestre 2019, págs. 13-26.

reducción y no una bonificación, nuevamente una medida de fomento del mantenimiento del empleo a cargo de la Seguridad Social[33].

Adviértase, en clave de aclaración pedagógica, que la regulación del Acuerdo (y del borrador de Anteproyecto de Ley integrante del mismo) no incide bajo ningún concepto en las jubilaciones forzosas por razón de la edad de los funcionarios públicos (empleados públicos funcionariales en régimen de Derecho público) reguladas en la legislación administrativa, aunque sí es operativa, como es obvio, respecto a los empleados públicos laborales, es decir, aquellos empleados cuya relación de trabajo se formaliza a través de contrato de trabajo.

III.-La historia interminable de la culminación de la separación de fuentes en la financiación de las prestaciones del Sistema

El Pacto de Toledo de 2020 en su Recomendación 1.º volvía a recordar la necesidad de separación de fuentes y medidas cuya financiación corresponda al Estado y todavía esté por asumir[34]. Se asume ahora en el Acuerdo que el Estado incorpore a las transferencias a la Seguridad Social: a) El coste de la pensión de jubilación anticipada involuntaria de personas con edades inferiores a la edad de jubilación; 2) Los complementos de prestaciones contributivas sujetos a límite de ingresos; y 3) La cuantía equivalente al 1 punto de cotización por otros conceptos de naturaleza no contributiva[35]. En realidad, es nuevamente un reconocimiento de que no hay razón para que la Seguridad Social con sus ingresos tenga que atender una serie de gastos que no le corresponden. Sin embargo, como antes se ha advertido también debería de haberse asumido también esa reducción en la cotización del 75% de la cotización empresarial por contingencias comunes de los trabajadores con 62 años o más en situación de incapacidad temporal. Y finalmente se garantiza el equilibrio financiero en los importes y durante el tiempo estrictamente necesario cuando la totalidad de los recursos previstos en el art. 109 LGSS no sean suficientes[36]. Esperemos que sirva para ir reduciendo el déficit de la Seguridad Social. Más optimista se pronuncia UGT que llega a decir "Lo que ocurre en realidad es que, como resultado de esa regularización y reajuste que en todo caso había que hacer, *desaparece el déficit de la Seguridad Social*"[37].

IV.- De nuevo con la cotización por ingresos reales y mejora de la acción protectora en el Régimen "Especial" de Trabajadores Autónomos o por cuenta propia (inserto en la paulatina lógica racionalizadora de devenir en Régimen "General" de Trabajadores Autónomos)

El Pacto de Toledo de 2020 en su Recomendación 5.ª se decantaba por un sistema de cotización basado en los rendimientos reales declarados fiscalmente. Aquí se prevé que en 2022 se aprobará un sistema en tal sentido que entrará en vigor en 2023 y de aplicación progresiva hasta un

[33] El art. único, once del borrador de Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, da una nueva redacción al art. 311 de la LGSS.

[34] El tema es recurrente en el Pacto de Toledo de 1995 (recomendación primera); en la Renovación del Pacto de Toledo de 2003 (recomendación 1); y en la reforma del Pacto de Toledo de 2010 (recomendación 1)

[35] En el Anteproyecto de Ley pactado, se sitúa como una dos los objetivos a perseguir el que "ha de reforzarse el equilibrio del sistema como forma más efectiva de asegurar una adecuada capacidad de respuesta a las exigencias demográficas y económicas. Para ello son necesarias medidas que fortalezcan la estructura de financiación de la Seguridad Social a través de la asunción del Estado de los gastos de naturaleza no contributiva en los términos recogidos en el acuerdo de 1 de julio de 2021; al tiempo que se incorporan también otras medidas dirigidas a contener de forma equitativa y justa el incremento de gasto asociado a la jubilación de los *baby boomers* a través de incentivos que favorecen la demora en el acceso a la pensión de jubilación". Estaríamos en la problemática de la financiación de los llamados "gastos impropios" del sistema de pensiones a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, y su transferencia a la caja de la Seguridad Social.

[36] El art. único, quince del borrador de Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, da una nueva redacción a la DA. 32ª. LGSS.

[37] Véase "Texto explicativo del Acuerdo para la Modernización y Refuerzo del Sistema Público de Pensiones", de 1 de julio de 2021, nº. 27, Servicios de Estudios de UGT, pág. 6.

plazo máximo de 9 años, con revisiones cada tres. Cabe la posibilidad de un acortamiento del calendario a tenor de las decisiones que gobierno, organizaciones empresariales, sindicales y asociaciones de autónomos decidan.

Durante este período transitorio:

- Los autónomos que tengan rendimientos fiscales por encima de la base mínima de cotización del RETA cotizarán por ellos.
- La base mínima se equiparará progresivamente a la fijada para el Régimen general.
- El autónomo que tenga rendimientos fiscales declarados inferiores a la base mínima de cotización vigente cotizarán por los mismos. Si bien en relación con la acción protectora se tendrá en cuenta la base mínima correspondiente durante un período máximo de dos años.
- El trabajador autónomo podrá elegir la base de cotización entre los tramos que se determinen, con la posibilidad de su modificación a su elección seis veces al año para ajustarla a sus rendimientos.
- Habrá una regularización anual por diferencias a más o a menos procediendo en su caso a la devolución si se ha cotizado en exceso.

Y nuevamente se deja para un análisis posterior (en el plazo de doce meses) un análisis de las diferencias de protección entre la acción protectora del Régimen General y el RETA.

V. Medidas para preservar el equilibrio y la equidad intergeneracional

En cumplimiento del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el Gobierno y los interlocutores sociales se comprometen a negociar la sustitución del factor de sostenibilidad del art. 211 por un nuevo mecanismo de equidad intergeneracional que operará a partir de 2027. Si en el proceso de negociación en el marco del diálogo social no se alcanzara un acuerdo, para incorporarlo al proyecto de ley antes del 15 de noviembre de 2021, el Gobierno de España procedería a regular el citado mecanismo.

Se considera necesario incorporar en el nuevo mecanismo consensuado indicadores que en conjunto ofrezcan una imagen más fidedigna del desafío que para el sistema supone el envejecimiento de la población y que, actuando de forma equilibrada sobre el conjunto de parámetros del sistema, sirvan de base para un diseño del nuevo mecanismo que evite hacer recaer en las generaciones más jóvenes el coste derivado de la llegada a la edad de jubilación de cohortes de trabajadores más pobladas, repartiendo de forma equilibrada el esfuerzo entre generaciones y fortaleciendo la sostenibilidad del sistema en el largo plazo.

Este acuerdo se plasma en la Disposición Adicional 2ª, relativa al Mecanismo de equidad intergeneracional, y en la Disp. Derogatoria Única, que deroga expresamente el art. 211 LGSS (Factor de sostenibilidad de la pensión de jubilación) del Anteproyecto de Ley que figura como Anexo al Acuerdo.

VI. Otras medidas en relación con la calidad de la protección

Aquí nos encontramos con medidas de futuro, como:

a) La creación de la **Agencia Estatal de la Seguridad Social**. Recogida en la recomendación octava del Pacto de Toledo de 2020. En realidad, no es la primera vez que hay un mandato en tal sentido[38]. El Gobierno en seis meses deberá de aprobar un Proyecto de Ley para su

[38] La DA. Séptima de la Ley 27/2011, 1 agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, ya autorizaba al Gobierno para su creación en los siguientes términos:
"Disposición adicional séptima. Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social.

(...)

creación. Habrá que ver si la Agencia asume o no a la totalidad de entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.

b) **Viudedad de las parejas de hecho.** El Pacto de Toledo en su recomendación 13ª. interesa una revisión del marco regulador del acceso de las parejas de hecho a la viudedad con el fin de la equiparación a los matrimonios.

c) **Base reguladora de la incapacidad temporal de los trabajadores fijos-discontinuos**. Se considera necesario que la legislación de Seguridad Social contenga una referencia expresa para que la base reguladora diaria de la prestación por incapacidad temporal se calcule mediante el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas desde el último llamamiento al

---

1. Se autoriza al Gobierno para la creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social, con la naturaleza de agencia estatal para la mejora de los servicios públicos de las previstas en la Ley 28/2006, de 18 de julio, cuyo objeto es llevar a cabo, en nombre y por cuenta del Estado, la gestión y demás actos de aplicación efectiva del sistema de la Seguridad Social, así como aquellas otras funciones que se le encomienden.
2. Se integrarán en la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social las siguientes Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, así como su personal y funciones:
– El Instituto Nacional de la Seguridad Social.
– El Instituto Social de la Marina, en aquellos ámbitos que se correspondan con las funciones de Seguridad Social inherentes a la gestión del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.
– La Tesorería General de la Seguridad Social.
– La Gerencia de Informática de la Seguridad Social.
– El Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social.
3. Dicha integración supondrá la asunción por parte de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social de las funciones necesarias para que el sistema de la Seguridad Social se aplique, con el alcance y en las condiciones establecidos en la Ley General de la Seguridad Social, sus normas de aplicación y desarrollo y demás disposiciones complementarias, a todas las personas incluidas en su campo de aplicación, mediante los procedimientos de encuadramiento en el sistema, inclusión o exclusión en sus regímenes, cotización, liquidación de sus recursos, recaudación voluntaria y ejecutiva, tanto material como formal, de dichos recursos de derecho público, y percepción de los de derecho privado, gestión de las prestaciones económicas del sistema, pago de las mismas, su gestión económica y jurídica, así como los demás actos de gestión de los recursos económicos y administración financiera del sistema.
4. La actuación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social no se extenderá a las prestaciones y subsidios por desempleo, ni a los servicios sociales del sistema de la Seguridad Social.
De igual modo, la actuación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social no se extenderá a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, salvo en los ámbitos en los que la Ley General de la Seguridad Social, sus normas de aplicación y desarrollo y demás disposiciones complementarias prevean la actuación, respecto de dicha prestación, de los organismos que se integran en aquélla.
5. La participación en el control y vigilancia de la gestión llevada a cabo por la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social se llevará a cabo por el Consejo General, por la Comisión Delegada del Consejo General y por las Comisiones Provinciales.
6. La constitución y entrada en funcionamiento de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social se producirá con la aprobación de su Estatuto por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y adoptado a propuesta conjunta de los Ministerios de Política Territorial y Administración Pública, de Economía y Hacienda y de Trabajo e Inmigración, previa negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas.
En dicho Estatuto se recogerán las especialidades contenidas en la normativa vigente de aplicación en materia de Seguridad Social.
7. Sin perjuicio de lo establecido en la Ley 28/2006, de 18 de julio, la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social estará sometida al mismo régimen de dirección y gestión contable y control interno que el establecido por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, para las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, correspondiendo el ejercicio de estas funciones a la Intervención General de la Administración del Estado a través de la Intervención General de la Seguridad Social.
8. Lo dispuesto en esta disposición no será de aplicación respecto de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado, Fuerzas Armadas y Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia, los cuales serán gestionados por los órganos y entidades correspondientes conforme a lo establecido en las normas específicas que los regulan, salvo en aquellas materias en que se disponga expresamente lo contrario.
9. Lo dispuesto en esta disposición adicional, se entiende sin perjuicio de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social, conforme a sus respectivos Estatutos de Autonomía."

trabajo, con un máximo de tres meses inmediatamente anteriores al del hecho causante, entre el número de días naturales comprendidos en el período[39]. Trata de garantizar que la cuantía de la prestación se corresponde con el salario realmente percibido por el trabajador en el período de actividad real (los beneficiarios son fundamentalmente los trabajadores agrarios y de la industria agroalimentaria de las zonas de Murcia, Almería y Valencia.

d) **La cotización obligatoria de todos los *becarios***. Las prácticas formativas, no laborales o académicas de cualquier modalidad que se realicen en empresas o en instituciones de cualquier tipo carecían hasta el momento de cotización a la Seguridad Social, con las correspondientes pérdidas de derechos y de protección social para las personas afectadas. Téngase en cuenta que el RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre ya que su disposición adicional quinta relativa a "Seguridad Social de las personas que desarrollan programas de formación y práctica no laborales y académicas, no ha sido objeto de del desarrollo reglamentario previsto[40] y no ha resuelto el problema de las prácticas de los becarios. Se prevé que en el plazo máximo de tres meses se proceda al desarrollo reglamentario de la disposición adicional quinta del RD-ley 28/2018, 28 de diciembre y que la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación; la realización de prácticas no laborales en empresas y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, determinen la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que realicen las prácticas indicadas, aunque no tengan carácter remunerado.

En realidad, en el fondo de la reforma subyace una respuesta a las denuncias de abusos en las prácticas de los estudiantes. Según el informe *La experiencia de los becarios en la Unión Europea*, publicado por la Comisión Europea, el 58% de los alumnos en prácticas en España no recibe ninguna remuneración. Además, 7 de cada 10 estudiantes reconoce que durante su período de prácticas ha tenido una carga laboral equivalente a la de los trabajadores con contrato. Y por ello quizás el *Plan director por un trabajo digno 2018-2019-2020* de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social recoge en una de sus medidas operativas la de "Regularizar la situación de los trabajadores y trabajadoras que se encuentren bajo la figura del Falso Becario*"*.

Con relación a los becarios se pone especial énfasis en que, en numerosas ocasiones, bajo la falsa apariencia de una actividad formativa, se está realizando un trabajo por cuenta ajena sin el reconocimiento de tal condición y por ello de los derechos laborales y de seguridad social que comportarían para el alumno. Por otro lado, en relación con las prácticas no laborales que buscan ofrecer una formación práctica a quien ya cuenta con una teórica o académica, se denuncia su abuso tanto en estudios oficiales universitarios o de FP, como en otros ofertados en distintos foros y que no cuenta con regulación sustantiva alguna, dirigida tanto a estudiantes como a todo tipo de personas. Se denuncia, además, que determinadas entidades de formación, academias o de otro tipo organizan cursos presenciales o no presenciales, muchas veces vinculados a la realización de tareas que se identifican con puestos de trabajo y que no requieren una especial cualificación, acentuándose con la exigencia al alumno de pagar por realizar el curso. Y, también, se sigue denunciando, están surgiendo entidades que se presentan en el mercado como "consultoras de empleo" o intermediarias, ofertando a través de sus páginas web programas formativos y prácticas no laborales para realizar en empresas, sin formación teórica alguna o de escasa entidad.

No puede negarse que en determinadas ocasiones podemos encontrarnos cuando se acude a las empresas ofertantes de plazas académicas de prácticas, en su mayoría pequeñas y medianas empresas, que el interés de tales empresas cuando solicita un estudiante en prácticas puede ser más que colaborar en la formación de un estudiante universitario, buscar una mano de obra barata para la

[39] Véase art. 248.1 c) LGSS.

[40] Su apartado 6 decía "El Gobierno, en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley, procederá a desarrollar lo previsto en esta disposición y a adecuar a la misma las normas reglamentarias sobre la materia."

realización de las actividades comunes de su empresa. El diseño de las enseñanzas universitarias que establecen asignaturas (*practicum* o prácticas externas) como obligatorias, de cuya superación depende la obtención del título de grado universitario o el de máster, puede llevar consigo que se acuerden o concierten convenios de cooperación educativa que tengan un diseño formativo que mire más a los intereses empresariales que hacia los formativos de los alumnos. O también, todo hay que decirlo, que si bien formalmente el proyecto formativo esté correctamente formulado u orientado, luego resulte ineficaz o y la tutorización académica sea insuficiente para impedir que bajo la apariencia de una beca, ayuda para gastos, etcétera, se camufle u oculte un verdadera relación laboral

En este punto la controversia estará servida especialmente para las denominadas prácticas curriculares que son imprescindibles para poder superar los estudios.

Por otro lado, estas prácticas tendrán una reducción a la cotización a la Seguridad Social de estas prácticas le corresponderá una reducción del 75 por cien. La cuestión estará en quien deberá de abonar el resto. Nuevamente una medida de fomento a cargo de la Seguridad Social.

e) **Convenios especiales de los cuidadores del Sistema de Atención a la Dependencia**. Los cuidadores de personas en situación de dependencia (regulados en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo), en los casos de personas que hayan reducido su jornada de trabajo para dedicar una parte de la misma al cuidado de las personas en situación de dependencia, pueden hacer convenios especiales con la Seguridad Social que les permiten garantizar el mantenimiento de las bases de cotización que tenían estas personas antes de dicha reducción, así como las correspondientes actualizaciones de dicha base de cotización en los mismos términos en que lo haga el tope mínimo del Régimen General de la Seguridad Social. Se trata de corregir un problema técnico que rebajaba la cotización de las personas que reducen su jornada para atender a un familiar en situación de dependencia. La financiación de las cotizaciones de tales convenios fue asumida por el Estado y más tarde suprimida. Ahora se repone esa financiación para paliar los efectos negativos que la atención de personas dependientes puede ocasionar para las personas que se ocupan de sus cuidados.

Se prevé un plazo de seis meses para efectuar los cambios normativos que posibiliten la financiación pública establecida para asumir las cuotas derivadas de los convenios especiales de los cuidadores de personas en situación de dependencia.

4. REFLEXIÓN DE CONJUNTO SOBRE EL ACUERDO SOCIO-POLÍTICO DE REFORMA DEL SISTEMA DE PENSIONES: POLÍTICA DEL DERECHO Y SISTEMA DE PENSIONES

El Acuerdo sociopolítico –expresión de concertación social tripartita– constituye una primera fase de realización de las previsiones del Pacto de Toledo, queda pendiente un proceso de reformas más incisivas y probablemente más duras.

Con todo, sin duda es importante la derogación completa de la Ley 23/2013, pues se había derogado el criterio o factor de "revalorización" (en la práctica una virtual congelación de la pensiones públicas), pero no el factor de sostenibilidad que hacía recaer riesgo del envejecimiento –su esperanza de vida– en los pensionistas con una reducción drástica del importe de la pensión[41].

El problema de fondo será la verificación del nuevo factor de sostenibilidad que se establecerá y será entonces cuando se podrá valorar la entidad del cambio o su giro social.

[41] MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas,* Madrid, Tecnos, 2014; MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: "Revalorización y actualización de pensiones: La STC 49/2015, de 5 de marzo de 2015", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* Nº. Extraordinario, 2016.

En cualquier caso el Acuerdo sociopolítico no introduce ninguna medida de revalorización de las pensiones mínimas, cuestión que queda aplazada a pesar de su innegable importancia para garantizar pensiones mínimas que se aproximen al salario mínimo interprofesional. Esto hay que tenerlo en cuenta, porque nuestro país ha ratificado la Carta Social Europea Revisada[42]; y ésta contiene un sistema reforzado de garantías y con mecanismos control que son competentes en materia de cumplimiento de los derechos de Seguridad Social[43]. Se ha adoptado el acuerdo de aplicación provisional del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995 (BOE 28-6-2021). El presente Protocolo se viene aplicando provisionalmente por España desde el 1 de julio de 2021, fecha de entrada en vigor de la Carta Social Europea (revisada de 1996).

Esto significativa, entre otras muchas cuestiones, que será difícil soslayar una política de rentas aplicada en sentido bidireccional tanto a las complementos de las pensiones mínimos como al salario mínimo interprofesional (En la práctica, ya se está planteando desde el propio Gobierno que el incremento de este último será ineludible atendiendo al incremento del IPC, pero también de otras variables que afectan a las rentas de las familias y unidades de convivencia como el aumento de gasto energético (nuestro país tiene un serio problema con la "pobreza energética" y con la vivienda).

Hay un continuismo en la política de potenciación de la Prolongación de la vida activa y la consiguiente limitación de las jubilaciones forzosas y de las jubilaciones anticipadas voluntarias (realmente), no de las jubilaciones anticipadas "involuntarias".

Debe saludarse como una medida correcta el endurecimiento de las condiciones para establecer jubilaciones forzosas a través de cláusulas en convenios colectivos estatutarios. Formalmente se mantienen las cláusulas que las condiciones garantistas son mayores. Se acuerda que no sea posible establecer cláusulas convencionales que prevean la jubilación forzosa del trabajador por el cumplimiento de una edad inferior a 68 años. Observada esta limitación de edad, se requerirán además las siguientes condiciones: Primero: que la persona trabajadora afectada tenga derecho al 100% de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. Segundo: que cada extinción contractual por jubilación forzosa lleve aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo, de, al menos, una persona trabajadora como medida vinculada a objetivos de política de empleo expresados en el convenio colectivo.

Sólo excepcionalmente, este límite podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social cuando la tasa de ocupación de los trabajadores en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20% de las personas ocupadas en las mismas.

Por otra parte, se exigirá el cumplimiento de los siguientes requisitos legalmente establecidos: que el trabajador tenga derecho al 100% de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva; que en el CNAE al que esté adscrito el trabajador concurra una tasa de ocupación inferior al 20% sobre el total de trabajadores de dicho CNAE; y que cada extinción contractual derivada de esta jubilación forzosa afecte a un puesto de trabajo vinculado a alguna de las actividades señaladas, y que dicha extinción lleve aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer.

Se establece un periodo transitorio con plazos acotados. En tal sentido, las cláusulas sobre jubilación forzosa incluidas en los convenios colectivos al amparo de la legislación hasta ahora

[42] Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada) hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (BOE 11-5-2021).

[43] MONEREO PÉREZ, J.L.: *La garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis,* Murcia, Laborum (Col. Trabajos de Investigación), 2021.

vigente podrán ser aplicadas hasta 3 años después de la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio en cuestión.

El contenido de este acuerdo se recoge en la Disp. final 1ª del Anteproyecto de Ley, que establece la modificación de la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores (*Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación*).

Se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en los términos siguientes:

Uno. Se modifica la disposición adicional décima, que queda redactada como sigue:

"Disposición adicional décima. *Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.*

1. En aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, los convenios colectivos no podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad inferior a 68 años. Observada esta limitación de edad, se requerirán además las siguientes condiciones:

a) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir 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, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador.

2. Excepcionalmente, con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género, el límite del apartado anterior podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social cuando la tasa de ocupación de las trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas.

A estos efectos, las actividades económicas en las que se ha de cumplir esta condición serán las que correspondan a los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas que figuren en el Registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad (REGCON). La Administración de la Seguridad Social facilitará la tasa de ocupación de las trabajadoras respecto de la totalidad de trabajadores por cuenta ajena en cada una de las CNAE correspondientes en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio.

La aplicación de esta excepción exigirá, además, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Primero, que la persona trabajadora afectada tenga derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.

b) Segundo, que en el CNAE al que esté adscrita la persona afectada por la aplicación de esta cláusula concurra una tasa de ocupación de empleadas inferior al 20 por ciento sobre el total de personas trabajadoras a la fecha de efectos de la decisión extintiva. Este CNAE será el que resulte aplicable para la determinación de los tipos de cotización para la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

c) Tercero, que cada extinción contractual en aplicación de esta previsión lleve aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la mencionada actividad.

La decisión extintiva de la relación laboral será con carácter previo comunicada por la empresa a los representantes legales de los trabajadores y al propio trabajador afectado"[44].

Con todo, se opera una c*ondicionalidad* que recupera el "espíritu", o mejor la "ratio iuris", de la interpretación más restrictiva originaria efectuada por el Tribunal Constitucional[45].

- En cuanto a las jubilaciones anticipadas voluntarias (realmente), no de las jubilaciones anticipadas "involuntarias". Se establece un endurecimiento respecto de las consideradas "voluntarias reales"; y una mayor permisibilidad y facilitación de las que se entendiendo como jubilaciones "involuntarias reales". La idea-fuerza es materializar la Recomendación 12 del Pacto de Toledo en el sentido de buscar la coincidencia entre la edad fáctica de retiro profesional con la edad de jubilación legalmente establecida.

El Anteproyecto de Ley pactado de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de medidas de refuerzo de garantía de la sostenibilidad financiera y *social* del sistema público de pensiones, es especialmente prolijo respecto de las jubilaciones "involuntarias reales": es suficiente atender que la propuesta de modificar el artículo 206, al que se da nueva redacción (Artículo 206 LGSS. *Jubilación anticipada por razón de la actividad*); y asimismo la introducción de un nuevo artículo 206 bis LGSSS: "Artículo 206 bis. *Jubilación anticipada en caso de discapacidad* (ya en su apartado 1º establece que: "1. La edad mínima de acceso a la pensión de jubilación a que se refiere el artículo 205.1.a) podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, en los términos contenidos en el correspondiente real decreto acordado a propuesta del titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas respecto de las que existan evidencias contrastadas que determinan de forma generalizada una reducción significativa de la esperanza de vida").

La cuestión es muy delicada, ya que el propio Pacto de Toledo fijó un plazo de tres meses para elaborar un estudio sobre la jubilación anticipada sin penalizaciones (o penalizaciones menores) para quienes hubiesen trabajo cuarenta o más años. Pero se ha atrasado hasta 2022 la entrega de dicho estudio, sin compromiso, por lo demás, de aceptar esa reivindicación planteada reiteradamente por el movimiento social de pensionistas[46].

Por otra parte, se continúa la política de fomento de la prolongación voluntaria de la edad de jubilación, a través de distintas técnicas de incentivos (dirigidos a los trabajadores y también a los empresarios) y de compatibilidad entre percepción de la pensión jubilatoria y trabajo profesional.

---

[44] Problemática resulta la previsión: Dos. Se añade una nueva disposición transitoria novena, que queda redactada como sigue:
"Disposición transitoria novena. *Aplicación temporal de lo establecido en la disposición adicional décima.* Lo establecido en la disposición adicional décima sólo se aplicará a los convenios colectivos suscritos a partir de la entrada en vigor de esta ley. En los convenios colectivos suscritos con anterioridad a esta fecha, las cláusulas de jubilación forzosa podrán ser aplicadas hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio en cuestión".

[45] STC 22/1981, de 2 de julio de 1981. Muy flexible y liberalizadora, por el contrario, fue ya el pronunciamiento de la STC 58/1985, de 30 de abril de 1985.
Algo más restrictiva respecto de las jubilaciones forzosas, pero con la concurrencia de otros motivos competenciales en el marco del Estado Social autonómico, se ha mostrado posteriormente la STC Pleno. Sentencia 177/2019, de 18 de diciembre de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 1882-2019. Planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, respecto de la disposición adicional decimotercera de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos. Competencias en materia laboral: nulidad parcial del precepto legal autonómico que establece la edad de jubilación del personal laboral al servicio del Instituto Catalán de la Salud.

[46] DE LA FUENTE, M.: "La (enésima) reforma de las pensiones: escasas mejoras y recortes radicales", en *Viento Sur,* 17 de julio de 2021. https://vientosur.info/la-enesima-reforma-de-las-pensiones-escasas-mejoras-y-recortes-radicales/.

Sin perjuicio de una reflexión y estudio más detenido, no debe verse aquí una concepción antagonista entre dicha política promocional con el acceso al empleo –y su aumento– de los jóvenes (quizás habría que tomarse más en serio el reparto del empleo no a través de la facilitación de la jubilación, sino de otras técnicas como la reducción de la jornada y la incentivación de los contratos de relevo, o el trabajo a tiempo parcial voluntario y dignificado en derechos, que no acaban de tener el éxito que cabría esperar).

Atendiendo a las consideraciones contenidas en la citada *Recomendación 12* del Pacto de Toledo, referentes a la conveniencia de fomentar la permanencia de los trabajadores en activo a través de la adaptación y mejora de los incentivos sociales, fiscales y laborales existentes, así como a la valoración positiva que en la misma se realiza de la mejora del régimen de compatibilidad de la pensión con los ingresos provenientes de una actividad profesional, la reforma llevada a cabo por la presente norma se extiende a ambas situaciones.

En esa lógica interna, en materia de *jubilación demorada*[47], se favorece la utilización de dicha fórmula mediante la sustitución del incentivo único hasta ahora establecido por la posibilidad de que el interesado pueda optar entre la obtención un porcentaje adicional del cuatro por ciento por cada año completo de trabajo efectivo que acredite con posterioridad al cumplimiento de la edad de jubilación –porcentaje adicional que se sumará al que corresponda de acuerdo con el número de años cotizados y se aplicará a la respectiva base reguladora, a efectos de determinar la cuantía de la pensión– o una cantidad a tanto alzado por cada año completo de trabajo efectivo acreditado y cotizado entre la fecha de cumplimiento de la edad de jubilación y la del hecho causante de la pensión; o una combinación de las dos opciones anteriores. Adicionalmente, se aplica una exención de la obligación de cotizar por contingencias comunes, salvo en el caso de incapacidad temporal, a partir del cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria que corresponda en cada caso.

En lo atinente a la *jubilación activa* se refiere, en coherencia con todo los objetivos perseguidos, se exige como condición para acceder a esta modalidad de jubilación el transcurso de al menos un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, estableciéndose el compromiso del Gobierno de revisar esta modalidad de jubilación en el plazo de seis meses y en el marco del diálogo social, con el fin de favorecer el mantenimiento de la actividad de los trabajadores mayores, al tiempo que se preserva la sostenibilidad del sistema.

Al efecto, el Anteproyecto de Ley de materialización jurídica de la primera fase de desarrollo legal del Acuerdo social tripartito[48], modifica el art. 214, que queda redactado en los siguientes términos: "Artículo 214. *Pensión de jubilación y envejecimiento activo.* 1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 213, el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad

[47] El Punto 4 del Acuerdo Socio-Político Tripartito, relativo a la *jubilación demorada,* dispone que: -Se acuerda aplicar la exención de la obligación de cotizar por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal, a partir del cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria que corresponda en cada caso. –Se acuerda mejorar los incentivos para la prolongación de la carrera profesional más allá de la edad ordinaria de jubilación.-Se ofrecen, por otra parte, tres tipos de incentivos, a elegir, por cada año de demora: 1º. Un porcentaje adicional del cuatro por cierto (este porcentaje adicional se sumará al que corresponda de acuerdo con el número de años cotizados y se aplicará a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión). 2º. Una cantidada tanto alzado en función de la cuantía de la pensión y premiando las carreras de cotización más largas. Y 3º. Una combinación de las opciones anteriores.

[48] El Punto 5 del Acuerdo Social Tripartito, relativo a la Jubilación Activa, según el cual: - En coherencia con el conjunto de previsiones de este bloque, que exige como condición para acceder a esta modalidad de jubilación el transcurso de al menos un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. – En el pazo máximo de doce meses, el Gobierno revisará, en el marco del diálogo social con las organizaciones sindicales y empresariales, esta modalidad de jubilación con el fin de corregir las diferencias existentes entre regímenes y sistemas especiales y *favorecer el mantenimiento de los trabajadores mayores,* al tiempo que se preserva la sostenibilidad del sistema. En todo caso, la nueva regulación no podrá tener como consecuencia la sustitución de trabajadores con cotización completa por trabajadores con cotización reducida.

contributiva, será compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista, en los siguientes términos:

a) El acceso a la pensión deberá haber tenido lugar al menos un año después de haber cumplido la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en el artículo 205.1.a), sin que, a tales efectos, sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado.

b) El porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100 por ciento.

c) El trabajo compatible podrá realizarse por cuenta ajena, a tiempo completo o a tiempo parcial, o por cuenta propia.

2. La cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista. No obstante, si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por ciento. La pensión se revalorizará en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social. No obstante, en tanto se mantenga el trabajo compatible, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 por ciento, excepto en el supuesto de realización de trabajos por cuenta propia en los términos señalados en el párrafo anterior.

3. El pensionista no tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que compatibilice la pensión con el trabajo.

4. El beneficiario tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos.

5. Finalizada la relación laboral por cuenta ajena, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación. Igual restablecimiento se producirá en el caso de cese en la actividad por cuenta propia cuando no se dieran las circunstancias señaladas en el párrafo segundo del apartado 2.

6. La regulación contenida en este artículo se entenderá aplicable sin perjuicio del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo, establecidas legal o reglamentariamente.

Las previsiones de este artículo no serán aplicables en los supuestos de desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público, delimitado en el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que será incompatible con la percepción de la pensión de jubilación."

Resulta evidente que, en efecto, se favorece esta fórmula de compatibilidad que, pese a todo, tendrá un efecto subjetivo muy limitado en la práctica, pues sólo unas pocas personas cualificadas y con posibilidades de colocación podrán disfrutar de una jubilación activa. La mayoría no tendrá posibilidades reales de obtener un empleo en un mercado de trabajo que tiende hacia la expulsión de los trabajadores maduros.

Como acontece a menudo suele ser importante no sólo lo que se hace explícito, sino también los silencios que seguramente aparecerán en la segunda fase de la reforma[49].

[49] MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* nº 25, 4º Trimestre 2020.

En este sentido queda muy abierto el modelo a seguir del nuevo factor de sostenibilidad ("Factor de Equidad Intergeneracional"), llamado a sustituir al antisocial factor de sostenibilidad previsto en la Ley de 2013 (que realmente suponía una drástica reducción disruptiva de la cuantía inicial de las pensiones públicas contributivas, bajo el criterio de la evolución "previsible" de la esperanza media de vida los que cumplen la edad ordinaria de jubilación) y una ruptura del consenso del proceso político del Pacto de Toledo, pues la reforma fue unilateralmente impuesta[50]. Si el nuevo Factor de Equidad Intergeneracional viniera a introducir una fórmula de reducción de la cuantía de las pensiones públicas iniciales, ello entraría en contradicción con el principio de suficiencia y adecuación social de las pensiones (bloque formado por los artículos 41, 50 y 10.2, en relación con los artículos 93 a 96 de nuestra Norma Fundamental, que remite al estándar fundamental multinivel de garantía del derechos a las pensiones públicas: sería suficiente hacer reclamo del art. 12 de la Carta Social Europea Revisada)[51].

El Ministro Escrivá hizo pública una propuesta "informal" de reforma en virtud de la cual el Gobierno plantearía subir el periodo de cómputo para calcular las pensiones públicas de 25 a 35 años, lo cual podría suponer una reducción de las misas en un 5,5%[52].

En el vector de las prestaciones no contributiva del Sistema de Seguridad Social, queda emplazada para un futuro indeterminado –por el momento– una racionalización interna de las prestaciones no contributivas de la seguridad social por las sinergias que tendrá la introducción del Ingreso Mínimo Vital[53]. Ello exigirá una mejora de la cuantía y del acceso al IMV superando muchos de los límites actuales (que afectan negativa a la calidad o intensidad de la protección dispensada y otros aspectos instrumentales) que están más pensados para las situaciones de pobreza que para las situaciones socio-jurídicas de exclusión social por el trabajo.

Por otra parte, no debe olvidarse que esta reforma de la Seguridad Social se ha de articular con la reforma –disruptiva respecto de las anteriores liberalizadoras– de la legislación laboral abordando el gran problema de la precariedad laboral y la garantía efectiva del "trabajo decente" o digno de la persona que trabaja. La recuperación efectiva del principio de estabilidad en el empleo (en su proyección la justa causa de los despidos y en la preferencia por la contratación indefinida), junto con el descarte de la vía del contrato único (favorece el despido y resulta inviable si se pretende eliminar la contratación temporal de carácter estructural) con mochila austriaca (que elimina la solidaridad e incrementa exponencialmente las desigualdades), contribuirán, sin duda, a mejorar también el sistema público de pensiones (y, por cierto, en cierta medida, ayudarán a

[50] MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas,* Madrid, Tecnos, 2014; Suárez Corujo, B.: *El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad,* Valladolid, Lex Nova, 2014.

[51] MONEREO PÉREZ, J.L.: *La garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis,* Murcia, Laborum (Col. Trabajos de Investigación), 2021; MONEREO PÉREZ, J.L.: "Dignidad de la persona y protección social en la Constitución de 1978: balance y propuestas de reforma para la mejora de sus garantías de suficiencia como derecho social fundamental", en *RTSS*. CEF, núm. 429 (2018); MONEREO PÉREZ, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución)", en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España,* MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, págs. 1425-1524. Para el sentido del sistema multinivel de garantía de los derechos de Seguridad Social, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: "Derechos a la Seguridad Social en la Carta Social Europea Revisada (Artículo 12), en MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs) *et atri: La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea,* Granada, Comares, 2017*,* pp. 629 y sigs. La preocupación por la segunda fase que ha de venir se aprecia en DE LA FUENTE, M.: "La (enésima) reforma de las pensiones: escasas mejoras y recortes radicales", en *Viento Sur,* 17 de julio de 2021. https://vientosur.info/la-enesima-reforma-de-las-pensiones-escasas-mejoras-y-recortes-radicales/.

[52] Véanse las declaraciones del Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, José Luis Escrivá Belmonte en el diario *ELPAÍS*, martes 22 de diciembre de 2020, Sección de "Economía y Trabajo", pág. 38.

[53] MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G. y TRILLO GARCÍA, A.: *El Ingreso Mínimo Vital. Estudio de su configuración y régimen jurídico,* Murcia, Laborum, 2020; MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G. y TRILLO GARCÍA, A.: *El Ingreso Mínimo Vital,* Murcia, Laborum (Col. Trabajos de Investigación), 2021.

potenciar también los planes de pensiones complementarios del sistema de empleo, sin necesidad de que se "alimenten" de la reducción de la cuantía de las pensiones públicas).

Sería preciso establecer una estrategia de reforma garantista de las pensiones públicas (en términos de calidad de las pensiones, y sostenibilidad financiera y social de las mismas), y hacerlo atendiendo al ciclo largo a medio y largo plazo. Y deben hacerse explícitos los objetivos a perseguir de una manera integral y transparente. Una reforma por fases sincronizadas, pero no concebidas como compartimentos estancos y "sin máscaras" que los oculten o tergiversen. Rechazan, por ejemplo, el ya conocido (e impulsado por ciertos sectores) sistema de cuentas nocionales(que eliminan el componente redistributivo con vista a la jubilación) y la reducción sistemática de la cuantía de las pensiones públicas bajo el enfoque unilateral de un determinismo demográfico inexorable conforme al cual la evolución demográfica arrojaría una realidad demoledora. También las declaraciones de que el sistema avanzaría en una senda insostenible (que paradójicamente suena a algo así como la "ingobernabilidad de las democracias" como sustancialmente posible supuestamente inevitable); cuando de manera irresponsable se tiende a oponer la garantías de pensiones dignas con las expectativas de futuro de las pensiones para los jóvenes, lo cual supondría, de entrada, una fractura del pacto intergeneracional subyacente al sistema financiero de reparto.

Pero este es un enfoque que incide ciertamente en un factor importante (el factor demográfico concurrente), pero ignora otros posibles, entre ellos la mejora de los niveles de empleo y la garantía del derecho al trabajo decente y, por supuesto, un enfoque que atiendo no solo en los gastos, sino también en aumento de los ingresos del Sistema. Precisamente en la sostenibilidad del sistema de pensiones depende no ´solo del número de cotizantes, sino también de la calidad del empleo (incluidas señaladamente las condiciones salariales dignas y la estabilidad del empleo que lo es también la estabilidad de los ingresos y correspondientes cotizaciones) de los trabajadores respecto de los cuales se cotiza. Es decir, una política orientada al pleno empleo (acorde con las previsiones del art. 40 CE).

Para ello hay que reconstruir –no simplemente recuperar en términos de identidad– el contrato social de la postguerra mundial que al amparo de las Constituciones democrático-social y del nuevo orden internacional vincularon a los gobiernos y a los agentes económicos y sociales en un intento de institucionalizar dinámicamente los conflictos distributivos que presiden las sociedades fragmentadas del capitalismo tardío[54].

En este marco también debe afrontarse la dialéctica entre público y privado en el sistema global de pensiones, de manera que su relación no se realice sobre la lógica de la privación de ámbitos funcionales del sistema público, sino sobre una combinación entre las pensiones públicas y las pensiones privadas basadas en la complementariedad y la voluntariedad en su establecimiento y no en la sustituibilidad cauces directos o indirectos (conforme al art. 41 CE "La asistencia y prestaciones *complementarias serán libres"*; es decir, no sustitutivas de las pensiones suficientes y adecuadas y no subjetivamente obligatorias, por lo que debe garantizarse la adhesión voluntaria)[55].

Hay que dejar constancia que el Acuerdo sociopolítica tripartito sobre las pensiones ("sobre el primer bloque de medidas para el equilibrio del sistema, el reforzamiento de su sostenibilidad y la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas en cumplimiento del Pacto de Toledo y del Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia"), suscrito por el Gobierno con las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales más representativas, el 1 de julio de 2021 (refleja en el Borrador de Anteproyecto de Ley incorporado al mismo), aporta medidas garantistas relevantes en

[54] JUDT, T.: *Postguerra: una historia de Europa desde 1945* (2005), título original en inglés: *Postwar:A History of Europe Since 1945*), Madrid, Taurus, 2006.

[55] Ese enfoque desde el *garantismo jurídico* sería subrayado en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones,* Madrid, Tecnos, 1996, espec., págs. 39 y sigs., 77 y sigs., y 147 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas,* Madrid, Tecnos, 2014.

términos de conjunto, pero deja incógnitas importantes especialmente respeto de la que sería un "segundo bloque" de medidas de reforma a acometer. En esta segunda fase se abordará a fondo la cotización por ingresos reales de los autónomos y conjunto muy amplio de reformas pendientes durante el año 2022. Se adquiere el compromiso que estas reformas en desarrollo del Pacto de Toledo y de algunas previsiones del Acuerdo Sociopolítico Tripartito (1 de julio 2021), se realizarán a través de la concertación social entre el Gobierno y los interlocutores sociales.

Está por verificar lo en qué se concrete el nuevo Factor de equilibrio y equidad intergeneracional (este factor es llamado a sustituir al suprimido Factor de sostenibilidad que introdujera la derogada Ley de 2013) y el diseño del modelo del nuevo "fondo público de pensiones" de nueva generación que coexistirá con los planes privados clásicos desde su inicial regulación en la Ley de Planes y Fondos de Pensiones de 1987, para impulsar la previsión social complementaria libre en el mercado de la provisión privada de pensiones. Es de esperar que esta reforma de primera fase –con todos las virtudes y déficit que pueda presentar– no sea contradicha o neutralizada en sus avances garantistas por la reforma de segunda fase.

Estudios Doctrinales

Laborum

El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo

An accessory for tightening the gender gap: overcoming deception

JESÚS CRUZ VILLALÓN *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Sevilla
https://orcid.org/0000-0002-1275-5289

Cita sugerida: CRUZ VILLALÓN, J. "El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 28* (2021): 37-46.

Resumen

La notable brecha de género en la cuantía de las pensiones de Seguridad Social constituye un efecto indirecto derivada a su vez de la brecha salarial existente en el mercado de trabajo, por lo que la eliminación plena y definitiva de la primera de las brechas depende de la superación de la segunda. No obstante, hasta tanto que ello no se logre se deben adoptar ciertas medidas de corrección directa dentro de la normativa de Seguridad Social. De manera indirecta algo de ello provocaba el complemento por maternidad introducido a partir de 2016, si bien éste presentaba enormes deficiencias técnica y sobre todo no paso el filtro de las exigencias de prohibición de tratamientos discriminatorios establecidas por el Derecho de la Unión Europea.

Con vista a superar el callejón sin salida provocado por la sentencia del Tribunal de Luxemburgo y con vistas a diseñar una fórmula que tenga directamente el objetivo de corrección de la brecha de género en las pensiones, se establece el nuevo complemento introducido a principios de 2021. El presente estudio pretende analizar las luces y sombras de este nuevo complemento, que desde luego presenta destacadas ventajas, supera el problema provocado por la jurisprudencia europea, si bien también se apuntan ciertas deficiencias que podrían ser corregidas de futuro.

Palabras clave

Pensiones, discriminación, brecha de genero

Abstract

The significant gender gap in the amount of social security pensions is an indirect effect of the wage gap in the labour market, so that the full and definitive elimination of the former depends on overcoming the latter. However, until this is achieved, certain direct corrective measures must be adopted within the social security regulations. The increase in parents' pensions introduced from 2016 onwards indirectly did some of this, although it had enormous technical shortcomings and above all did not pass through the filter of the requirements of EU law prohibiting discriminatory treatment.

With a view to overcoming the impasse caused by the Luxembourg Court ruling and with a view to designing a formula that directly aims to correct the gender gap in pensions, the new supplement introduced at the beginning of 2021 is established. The present study aims to analyse the lights and shadows of this new supplement, which of course has significant advantages and overcomes the problem caused by the European case law, although it also points out certain shortcomings that could be corrected in the future.

Keywords

Pensions; discrimination; gender gap

1. EL ESCENARIO DE PARTIDA: UNA MANIFIESTA DESIGUALDAD DE GÉNERO EN PENSIONES

Desde la implantación del vigente sistema público de Seguridad Social, las pensiones han mostrado una manifiesta brecha de género en relación con todos y cada uno de los regímenes de Seguridad Social. En concreto, a principios del presente año, conforme a los datos estadísticos del Ministerio de Seguridad Social la pensión media de los hombres se situaba en los 1.248,99 € al mes mientras que la de las mujeres apenas alcanzaba los 824,65 € al mes, de modo que la pensión media

Fecha Recepción: 08/04/2021 – Fecha Revisión: 15/04/2021 – Fecha Aceptación: 16/04/2021
Pags. 37-46

de las mujeres era del 66 % respecto de la de los hombres[1]. Ese diferencial se presenta en casi todas las pensiones. Por ejemplo, en las pensiones de jubilación la pensión media de los hombres es de 1.360,77 € al mes mientras que la de las mujeres se encuentra en los 905,50 € al mes, es decir, la pensión de jubilación de las mujeres se sitúa en el 69,85 % de la correspondiente a la de los hombres. De mismo modo, respecto de las pensiones por incapacidad permanente, la pensión media de los hombres es de 1.047,38 € al mes mientras que la de las mujeres es de 901, 39 € al mes, es decir, la de las mujeres representa el 86,06 % respecto de la de los hombres. Sólo en el caso de la pensión de viudedad las cuantías se invierten, de modo que la pensión media de los hombres es de 522,39 € al mes en tanto que la de las mujeres se sitúa en los 755,44 € al mes, lo que supone que la de los hombres se cifre en el 69 % respecto de la de las mujeres.

No requiere mucha explicación indicar que este resultado no deriva directamente de la normativa reguladora de nuestras pensiones contributivas, ni de los requisitos exigidos para su percepción, ni de la fórmula de cálculo de su cuantía. Por el contrario, incluso se podría afirmar que el sistema contributivo en alguna de sus facetas se encuentra corregido por encima y por debajo, de modo que sin esas correcciones la brecha podría llegar a ser mucho mayor. Baste por indicar dos datos, por debajo y por arriba. Por debajo el sistema de complementos a mínimo afecta más a las mujeres que a los hombres, al extremo que son el doble de las pensiones percibidas por las mujeres respecto de los hombres las que reciben este tipo de complemento, de modo que, de no existir tal incremento, el diferencial medio entre las pensiones de mujeres y hombre sería mucho mayor. De otro lado, por arriba, el tope máximo de las pensiones afecta más a los hombres que a las mujeres, de modo que, de no existir esta otra corrección a la contributividad, las pensiones de los hombres por término medio serían más elevadas y, con ello, la brecha de género se agrandaría.

Las anteriores precisiones lo son al objeto de confirmar algo que resulta bien conocido: la causa determinante de la brecha de género en las pensiones deriva de la, a su vez, diferencia de condiciones contractuales en el mercado trabajo, empezando por la importante brecha salarial por razón de género existente y que ha existido en el pasado dentro de nuestro mercado de trabajo. En la medida en que la cuantía de las pensiones deriva de la carrera profesional del beneficiario de las pensiones, en la medida en que ésta depende de la media de cotizaciones efectuadas y del tiempo durante el que se ha estado cotizando. Al tener un salario en valores comparativos más bajos, al ser el trabajo a tiempo parcial fundamentalmente de mujeres, al haberse en mayor medida producido interrupciones en la continuidad de la carrera profesional de las mujeres, el resultado es pensiones mucho más bajas para mujeres que para hombres, al ser todavía muchas más las mujeres que sólo acceden a la pensión de viudedad de cuantía más reducida comparada con la de jubilación: 2,16 millones de viudas con pensión frente a 189.000 pensiones de viudedad de hombre, teniendo presente que la pensión media de viudedad se sitúa en los 736,65 € al mes frente a la pensión media de jubilación que se sitúa en los 1.182,02 € al mes, es decir, la pensión media de viudedad representa el 62,32 € respecto de la pensión de jubilación. Incluso la inversión en la cuantía de la pensión de viudedad (superior para las mujeres respecto de la correspondiente a la de los hombres) antes indicada se explica en cuanto que hay separación entre sujeto causante y beneficiario: la cuantía de la pensión de las viudas se calcula respecto de la carrera de cotización del cónyuge hombre fallecido, mientras que, a la inversa, la cuantía de la pensión de los viudos se calcula respecto de la carrera de cotización de la cónyuge mujer fallecida. Más aún, en las más de las ocasiones los hombres que perciben la pensión de viudedad la compatibilizan con la pensión de jubilación, de modo que al final el resultado vuelve a ser una perceptible brecha de género de la mujer respecto del hombre en el total de la pensión percibida.

En resumidas cuentas, sin perjuicio de que se pueda actuar sobre la brecha de género en materia de pensiones, no cabe la menor duda de que la solución final del problema se logrará acudiendo a las raíces del mismo, que no son otras que la brecha laboral y salarial de género en el

[1] http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas

mercado de trabajo. En la medida en que se logre una plena y continuada incorporación de la mujer al mercado de trabajo, en condiciones sustanciales de igualdad, como efecto reflejo desaparecerá la brecha de género de las pensiones.

Eso sí, el objetivo de igualdad en el mercado de trabajo es un proceso progresivo, que es muy difícil lograrlo de manera inmediata, pues depende de factores muy diversos que se arrastran desde tiempo atrás. Más aún, incluso si lográsemos que mañana desapareciese por completo la brecha de género en el mercado de trabajo, pervivirá durante un tiempo la brecha de pensiones, ya que nos enfrentamos a un impacto prolongado en el tiempo de la brecha que ha existido en el pasado sobre el presente de las pensiones. Por mucho que se corrija ahora la brecha de género, al calcularse las pensiones por las cotizaciones de pasado, será como el efecto de la estrella negativa que se apagó hace ya lustros pero que seguimos viendo en el presente. Prueba elocuente de ello es que actualmente la brecha de género en materia de pensiones de la Seguridad Social como media (34 %) es muy superior a la que se calcula como la brecha salarial en estos momentos (21,7 %). Por ello, aunque es previsible que vaya reduciéndose y deseable que llegue a eliminarse la brecha salarial ello, aunque impactará también sobre la brecha de género en pensiones, el efecto será sobre un diferencial superior y tardará más tiempo en llegar a superarse.

A tenor de ello, resulta más que justificado adoptar medidas adicionales de corrección específica de la brecha de género en el terreno de las pensiones, dado que las existentes que hemos mencionados resultan de todo punto insuficiente.

En ese marco tiene toda su explicación el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género que acaba de aprobar el Gobierno por medio del Real Decreto-ley[2]. Ciertamente se trata de una medida modesta, que puede corregir muy modestamente la brecha de género, en los términos que indicaremos a continuación, pero que, en todo caso, debe ser bienvenida, por cuanto que lo más relevante es que abre el camino y sólo cabe esperar de futuro mejoras en la línea de incrementar el impacto de esta medida sobre la corrección de una manifiesta desigualdad marcadamente injusta respecto de las mujeres que se encuentran en una posición de mayor debilidad en nuestra sociedad.

2. EL INICIAL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD

El punto de partida en esta concreta medida, y su antecedente más inmediato se encuentra en la introducción de un complemento de maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social. La misma se introduce en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016[3], mediante un art. 50 bis en la Ley General de Seguridad Social, que inmediatamente paso a ser el art. 60 del texto refundido de 2015, con vigencia efectiva a partir de inicio de 2016. Se trata de una norma que dio lugar a cierto debate entre la doctrina laboral y de Seguridad Social[4].

El hecho causante del complemento era exclusivamente haber tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y tener derecho a cualquiera de las pensiones contributivas del sistema en cualquiera de sus regímenes jurídicos. Por tanto, este complemento, como tal, no pretendía actuar

[2] Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero (BOE 3 de febrero), por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

[3] Disp. final 2ª Ley 48/2015, de 29 de octubre (BOE 30 de octubre), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

[4] Por todos, M. TERESA MARBÁN PINILLA, El complemento por maternidad en la pensión de jubilación, en Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible, XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Madrid 2019. M. R. MARTÍNEZ BARROSO, La brecha de género en la pensión de jubilación: algunos mecanismos correctores y cuestiones pendientes, en diritti fondamentali 1/2020, http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2020/06/Barroso-La-brecha-de-g%C3%A9nero-en-la-pensi%C3%B3n-de-jubilaci%C3%B3n.pdf C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Complemento por maternidad y pensiones contributivas: las olvidadas madres del baby boom y las madres de hijos únicos, Revista Internacional de Protección Social vol. 4 núm. 1 (2019). I. A. Rodríguez Cardo, El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social, Revista Trabajo y Derecho nº 16 (2016).

sobre la brecha de género, por cuanto que se presentaba formalmente como un complemento justificado por la "aportación demográfica a la Seguridad Social" por parte de las mujeres. Prueba elocuente de ello es que se tenía derecho a su percepción con independencia de que la pensión percibida fuese inferior a la del hombre en idénticas circunstancias, incluso que se reconocía el derecho a su percepción aun en el caso de que la beneficiaria alcanzase a percibir la cuantía máxima de la pensión legalmente establecida, si bien su percepción se reducía a la mitad; en definitiva, en algunos casos provocaba el efecto de que las mujeres percibirían en términos absolutos una pensión superior a la de los hombres en idénticas circunstancias. Eso sí, comoquiera que las beneficiarias de este complemento eran exclusivamente las mujeres, en la medida en que los datos antes referidos muestran una percepción media en la pensión de las mujeres inferior a la del hombre, el efecto práctico indiscutible es que el mismo provocaba un efecto de reducción de la brecha de género, a pesar de que la norma como tal no justificase la introducción de dicho complemento con tal finalidad.

La norma, desde luego, provocaba la percepción por las mujeres de este complemento con independencia de que ello provocase o no una reducción de la brecha de género, incluso no reducía la brecha de género respecto de las pensionistas que sólo hubiesen tenido un hijo. En todo caso, desde la perspectiva estadística y sociológica general, resulta indiscutible que dicho complemento provocaba ese efecto de reducción de la brecha en pensiones.

Del mismo modo, no cabe la menor duda de que la brecha a la que nos venimos refiriendo se encuentra generalizada para el conjunto de las mujeres y no solamente afecta a aquellas que han tenido al menos dos hijos, pues son muy diversos y amplios los factores que están subyaciendo en la causa eficiente de la brecha salarial que impacta sobre las pensiones. Pero, del mismo modo, es claro que las responsabilidades familiares derivadas de la atención a los hijos han sido y siguen siendo uno de los factores más destacados que han truncado la carrera profesional de las mujeres y, por efecto derivado, el resultado de pensiones de cuantía inferior a las reconocidas a los hombres. Por eso, no se puede dudar de que este complemento por maternidad ha tenido ese indiscutible efecto de reducir el diferencial en pensiones entre hombres y mujeres.

3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En este contexto surgió un cierto debate en torno al posible carácter discriminatorio de la medida, especialmente desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, por cuanto que se proyectaba la duda de hasta qué punto un complemento de esta naturaleza por maternidad podría ser contrario a la Directiva relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social[5]. Ya cierta doctrina avanzó la posible oposición de este complemento con las exigencias derivadas del Derecho de la Unión Europea[6], confirmado en su valoración posterior por algunos[7], si bien cuando se dictó la doctrina fue bastante crítica con la misma[8]. El asunto que llega al Tribunal de Justicia, a través de una cuestión prejudicial, era un exponente paradigmático de una evidente desigualdad de trato no justificada, por cuanto que se trataba de un hombre que se había quedado viudo bastante joven con hijos menores, que había que tenido que asumir por sí solo las correspondientes responsabilidades familiares al tiempo que debía desarrollar una actividad laboral para el mantenimiento económico propio y de sus hijos. En definitiva, se trataba de un caso patente de trabajador que podía haber visto dificultada su carrera profesional y al final la percepción de una

[5] Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

[6] Por todos, M. A. BALLESTER PASTOR, *El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatorio de la Unión Europea*, Lex Social vol. 6 núm. 1, https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/1656

[7] F. MORENO ROMERO, El complemento por maternidad: "Ordenamiento deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/435?acceptCookies=1

[8] Por todos, C. MOLINA NAVARRETE, "Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado", *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* CEF búm. 445 (2020).

pensión superior por tener que asumir en solitario los deberes de atención a sus hijos. A la vista del caso, sea o no por su singularidad, lo cierto es que la sentencia a la que nos venimos refiriendo, acabó fallando que el complemento por maternidad introducido en 2015 exclusivamente a favor de las mujeres era contrario a la Directiva de referencia cuando excluye de su percepción a los hombres que se encuentran en idéntica situación[9].

A partir de aquí se produce un resultado expansivo del fallo de la sentencia, que da como resultado formal el reconocimiento de este complemento de manera indiferenciada a hombres y mujeres, siendo el único elemento delimitador del hecho causante del mismo el tratarse de una persona (hombre o mujer) con derecho a una pensión contributiva de la Seguridad Social que al menos haya tenido dos hijos. Ciertamente la base del pronunciamiento de la sentencia de referencia es una muy específica situación, en los términos emblemáticos que hemos referido, pero con independencia de que formalmente el pronunciamiento afecte singularmente a este concreto caso, el sentido del fallo es expansivo, de generalización a favor de todos los hombres con al menos dos hijos y, por tanto, una universalización de la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

A partir de ahí, se produce lo que en el encabezamiento de esta entrada hemos denominado como un embrollo, por cuanto que la medida, aparte del enorme impacto económico que presenta por la extensión a todos los pensionistas con más de un hijo, supone la eliminación de uno de los objetivos que contenía implícita la medida al introducirla exclusivamente a favor de las mujeres: la voluntad de incorporar una medida de acción positiva a favor de las mujeres, a resultas de su peor situación de protección social en nuestro sistema de pensiones públicas.

Sin necesidad de entrar en la valoración de la sentencia, de sus argumentos y de la mayor o menor sensibilidad del Tribunal frente a las medidas de acción positiva al efecto, al enfrentarse a un supuesto tan singular como el que se le planteó, acabó tirando por tierra la vertiente de acción positiva que iba implícita en el complemento por maternidad. Entre la falta de finura jurídica del complemento de 2015, que no fue capaz de contrarrestar con ciertos matices las situaciones evidentes que provocaba de tratamiento peyorativo para ciertos hombres, unido a la respuesta de brocha gorda de la sentencia del Tribunal de Justicia, el resultado fue la situación en el otro extremo nada deseable de bloquear lo que de positivo tenía la medida en orden a propiciar la reducción de la brecha de género en materia de pensiones, a pesar de que formalmente no fuera ese su objetivo, tal como venimos indicando.

Es frente a este escenario ante el que se enfrenta el legislador de 2021, que intenta resolver el embrollo, a partir de unos antecedentes que han desembocado en un resultado complejo, por cuanto que, por un lado debe recuperar una de las finalidades implícita de la medida; y, al propio tiempo, ha de ofrecer una fórmula que logre el objetivo que venimos señalando de reducción de la brecha, sin poder partir en la construcción del modelo desde cero, por cuanto que los antecedentes existentes pesan de manera notable.

4. EL NUEVO COMPLEMENTO PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO: FINALIDAD PERSEGUIDA

El nuevo complemento introducido en febrero de 2021 sí que tiene expresamente como objetivo la reducción de la brecha de género, al extremo de que se le cambia de denominación y de manera directa con la nueva regulación se alude expresamente a dicha finalidad[10]. La propia

[9] STJUE 12 de diciembre de 2019, C-450/18, WA; ECLI:EU:C:2019:1075.

[10] Comentarios de urgencia a este nuevo complemento en M. ARENAS, *Nuevo complemento de maternidad. RDLEY 3/20121, ¿Mejor o peor? O todo lo contrario*, https://kaosenlared.net/nuevo-complemento-de-maternidad-mejor-o-peor-o-todo-lo-contrario/ I. A. RODRÍGUEZ CARDO, *El nuevo complemento para reducir la brecha de género en las pensiones*, https://leyteratura.blogspot.com/2021/02/ii-el-nuevo-complemento-para-reducir-la.html M. J. ROMERO RÓDENAS, *Una nueva norma de urgencia: El RDL 3/2021, de 2 de febrero. Complemento de maternidad y covid como enfermedad profesional del personal sanitario y socio sanitario*, https://baylos.blogspot.com/2021/02/una-nueva-norma-de-urgencia-el-rdl.html

exposición de motivos de la norma justifica así el cambio de regulación, destacando cómo a partir de los efectos provocados por la sentencia del Tribunal de Justicia, "la necesidad de proceder a su redefinición ofrece la oportunidad de convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones".

Eso sí, en la elaboración de una norma, más allá de cual sea la voluntad expresa del legislador en cuanto a la finalidad de una determinada reforma, es preciso que esta venga acompañada de un régimen jurídico que confirme el resultado pretendido. Y, en efecto, al igual que la regulación precedente, aspectos centrales de la nueva regulación van en esa dirección de provocar la reducción de la brecha de género. Basta a tal efecto señalar como lo más significativo que este nuevo complemento gira en torno al reconocimiento generalizado del mismo, sin excepción, a todas las mujeres que hayan tenido hijos, incluso rebajando el requisito precedente del anterior de haber tenido al menos dos hijos; al propio tiempo, que corrige el efecto indirecto provocado por la sentencia del Tribunal de Justicia de reconocérselo a todos los hombres, aunque lo contempla para casos singulares, como indicaremos más adelante.

Eso sí, también conviene advertir que el complemento en algunos de sus aspectos queda desvirtuado como medida de acción positiva exclusivamente favorable a las mujeres, al sentirse obligado el legislador a evitar un nuevo pronunciamiento judicial contrario a la nueva regulación por su carácter discriminatorio, al mismo tiempo que no logra establecer un complemento de nuevo cuño, sino que se encuentra fuertemente condicionado por el antecedente del complemento de maternidad.

De este modo, por un lado, cuando se verifica un reconocimiento de la prestación a los hombres, es obvio que desaparece en esos casos la finalidad de reducción de la brecha de género, convirtiéndose en una cantidad orientada a corregir los efectos negativos de quienes hayan visto mermada, interrumpida o truncada su carrera profesional a resultas de tener que atender a sus hijos menores, con independencia de que se trate de hombres o de mujeres; no es que con ello estemos criticando la medida, pues es obligada para no provocar una valoración como discriminatoria de la misma, incluso hay que valorarla como positiva en cuanto tiene todo su fundamento y finalidad lógica de compensar a los hombres que han visto perjudicada su carrera de cotización por motivos familiares, pero lo cierto es que su efecto no va en la dirección de reducir la brecha de género.

De otro lado, hay que señalar que el legislador no se ha atrevido a corregir los aspectos de la regulación que sólo se enfocaban a ofrecer un complemento por maternidad y que no incidían en la reducción de la brecha de género. Con ello, a ciertos efectos, sigue siendo más un complemento de maternidad que un auténtico complemento orientado exclusivamente a reducir la brecha de género. A la postre, el legislador en algún punto se ha quedado corto en la sustitución de un modelo prestacional por otro, siendo deudor de los antecedentes legales de la nueva regulación; deudor, a nuestro juicio, en el sentido negativo del término.

5. SUJETOS BENEFICIARIOS: PREVALENTEMENTE MUJERES CON HIJOS

Como ya hemos indicado, el beneficiario por antonomasia del complemento son las mujeres con hijos, incluso rebajando el requisito, pues basta con haber tenido un hijo mientras que antes se exigían al menos dos. Con toda seguridad, cuando empiece a funcionar la fórmula y se tengan los correspondientes datos estadísticos, con plena seguridad el complemento vendrá a ser percibido por las mujeres por encima del 90 % del total de los beneficiarios. Comoquiera que la norma es deudora, como hemos indicado, del elemento de la maternidad, quedan fuera de las beneficiarias aquellas mujeres que han tenido que atender a otros familiares diversos de los hijos, especialmente a familiares dependientes distintos de los hijos, que con seguridad constituye un factor sociológico constatado también de merma de la carrera de cotización de las mujeres. Posiblemente, de haberse introducido este dato adicional, con requisitos objetivos que lo confirmen en cuanto al efecto negativo sobre la cuantía de la pensión, se habría reforzado más sí cabe esa finalidad de reducción de la brecha de género.

De otra parte, como también hemos indicado, la norma para evitar una nueva declaración de que la medida es discriminatoria por razón de género, bien lo sea desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, o desde la perspectiva de la prohibición constitucional de discriminación por este motivo, procede a reconocer también el complemento a aquellos pensionistas hombres que hayan visto reducida la cuantía de su pensión a resultas de su condición de padres. Eso sí, mientras que para las mujeres se reconoce el derecho al complemento por el mero hecho de haber tenido un hijo, estableciendo un a modo de presunción 'iuris et de iure' de perjuicio de tal circunstancia respecto de su carrera de cotización, respecto de los hombres se requiere unos requisitos estrictos demostrativos de tal perjuicio. En concreto, sin entrar en detalles, para los hombres se requiere o bien que se trate de viudos con derecho a la pensión correspondiente cuando al menos un hijo tenga derecho a percibir la pensión de orfandad, o bien para los pensionistas hombres beneficiarios de la pensión de jubilación o de incapacidad cuando demuestren haber interrumpido o haber sido afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción. Comoquiera que con ello se contrarresta el efecto de la sentencia que había provocado un efecto injustificadamente expansivo a favor de todos los hombres con al menos dos hijos, ahora son muchos menos los hombres que pueden acceder a tener derecho a la pensión. Siendo este cambio plenamente justificado, para lograr la finalidad perseguida, es obvio que supone un régimen más restrictivo, lo cual también justifica que como medida transitoria se establezca que quienes ya vienen disfrutando del complemento de maternidad pueden seguir manteniendo indefinidamente el derecho a percibirlo y no lo pierden, aunque ahora no reúnan los requisitos para percibir el complemento para la reducción de la brecha.

A nuestro juicio, este elemento diferencial es el que permite provocar el efecto de reducción de la brecha de género, de modo que, si se estableciese una identidad de requisitos a estos efectos, el resultado de reducción de la brecha sería mucho más reducido. Con independencia de que, como diremos a continuación, el régimen puede resultar como tal mejorable, a mi juicio esta diferencia como tal no puede considerarse discriminatoria, por cuanto que se inserta en una clara expresión de acción positiva justificada por el objetivo tantas veces señalado.

Eso sí, en algunos aspectos la norma puede llegar a resultar excesivamente limitativa del reconocimiento del derecho a la percepción del complemento por parte de los hombres como beneficiarios. Por ejemplo, puede resultar poco justificable que el complemento en el caso de pensionistas de viudedad sólo se reconozca a aquellos hombres que tengan al menos un hijo con derecho a percibir una pensión de orfandad; dicho en otros términos, cuando algún hijo en el momento del fallecimiento de la madre tenga menos de 21 o de 25 años, según que tenga o no ingresos inferiores a la cuantía del salario mínimo (art. 224 LGSS). No resulta muy razonable establecer esta diferencia de tratamiento respecto de los padres que quedan viudos con los hijos mayores y pueden aportar datos objetivos que muestren que su carrera de cotización se ha truncado, a semejanza de lo que se prevé cuando son beneficiarios de la pensión de jubilación o de incapacidad. Más aún, la incongruencia se muestra teniendo presente la compatibilidad entre las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, por un lado, y la pensión de viudedad por otro lado; ello provoca, en una lectura literal de la norma, el resultado de que los viudos con pensiones indiscutiblemente altas por acumular ambas pensiones pueden percibir dicho complemento si demuestran el efecto negativo sobre la carrera profesional, mientras que ello no se permite respecto de quienes sólo tienen derecho a la pensión de viudedad. Algunos han venido defendiendo incluso que el complemento en el caso de causarse por tener la pensión de viudedad exclusivamente sería de carácter temporal, pues se perdería a partir del momento en que los hijos dejasen de percibir la pensión de orfandad. A nuestro juicio, cabe una interpretación alternativa, consistente en que se está exigiendo el requisito de la percepción de la pensión de orfandad sólo en el momento del fallecimiento de la madre, de modo que el complemento siempre tendrá carácter permanente, en la medida en que va vinculado a una pensión de viudedad siempre permanente también. Refuerza a nuestro juicio esta interpretación el dato de que se precise en un momento determinado que el complemento se abonará "en tanto la persona beneficiaria perciba una de las pensiones" vinculadas

a dicho complemento, añadiendo que "en consecuencia su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento".

Por lo demás, hubiera sido más razonable equiparar el tratamiento de los tres tipos de pensiones (viudedad, incapacidad permanente y jubilación) en atención a datos objetivos de efectos negativos sobre la carrera profesional y, en su caso, excluir aquellos casos en los que la cuantía de la pensión no desemboque en tratamiento peyorativo en la práctica por tener derecho a la percepción acumulada por compatibilidad de dos pensiones.

Aunque puede tratarse de un supuesto muy excepcional, debe señalarse que la nueva norma exige respecto de los hijos a tomar en consideración la regla de que "únicamente computarán los hijos o hijas que hubieran nacido con vida con anterioridad al hecho causante de la pensión". En efecto, la regla resulta poco razonable en la medida que provoca la exclusión del cómputo de los hijos póstumos: pensionista viuda que causa el derecho a la pensión por fallecimiento del cónyuge antes del nacimiento del hijo, pero ya embarazada. Sería aconsejable corregir esta limitación, pensando más en los hijos nacidos de otro progenitor posterior, que probablemente es en lo que está pensando la norma.

6. PENSIONES A COMPLEMENTAR

Como ya hemos indicado, se tiene derecho al complemento respecto de quienes tengan derecho a las pensiones contributivas por jubilación, por incapacidad permanente en todas sus modalidades, así como por viudedad. La única exclusión se produce respecto de la pensión de jubilación parcial en sus diversas variantes (art. 215 LGSS), si bien teniendo presente que se causa el derecho al complemento a partir del momento en el que concluye el período de jubilación parcial y se pasa a la situación de jubilación plena. Nada que objetar al efecto, por cuanto que son situaciones en las que el trabajador se encuentra todavía en activo y tiene compensación de ingresos por esa otra parte.

Algunos han criticado la inclusión entre los beneficiarios de quienes perciben la pensión de viudedad, especialmente cuando se trata de mujeres las beneficiarias. El argumento que se aduce al respecto es que en estos casos la cuantía de la pensión deriva de la carrera profesional del hombre y no de la correspondiente de la mujer, lo que, como ya vimos, determina que la pensión media de viudedad de las mujeres sea superior a la de los hombres. Sin embargo, no compartimos este argumento, por cuanto que nos parece formalista en exceso. Lo relevante a estos efectos reside en que en las más de las ocasiones, hasta el momento presente, las mujeres pensionistas sólo cobran esta pensión porque no han podido ellas por sí sola acumular una carrera de cotización que les permita optar a una pensión de incapacidad permanente o de jubilación y, sobre todo, que al ser el porcentaje a aplicar a la base reguladora marcadamente inferior en la viudedad que en la jubilación, provoca que la pensión media de viudedad percibida por las mujeres (755,44 € mes) sea muy inferior a la de jubilación percibida por los hombres (1.360,77 € mes), en términos tales que la primera representa sólo el 55,51 % respecto de las segundas. Mientras que se mantenga este intenso diferencial se encuentra más que justificada la asignación del complemento también para la pensión de viudedad.

De nuevo, lo discutible es que la regulación no tenga en cuenta la compatibilidad de la pensión de viudedad con las otras dos de jubilación e incapacidad permanente, que en algunos casos alcanza a percibir la pensión máxima y, por ende, no cabe la presencia de brecha de género alguna. Insistimos, si se quiere superar el modelo de mero complemento de maternidad para asentarlo definitivamente en un complemento orientado a la reducción de la brecha de género es clave tener en cuenta estas situaciones de compatibilidad de pensiones.

7. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA

En términos comparativos respecto del precedente complemento por maternidad, el nuevo de reducción por razón de género atribuye una cuantía absoluta igual para todos los pensionistas, con

independencia de la cuantía inicial de su pensión, sólo diferenciada según el número de hijos (uno, dos o tres hijos). Por el contrario, el criterio del complemento por maternidad era establecer un incremento porcentual de la pensión en función del número de hijos: 5 % para dos hijos, 10 % para tres hijos y 15 % a partir de cuatro hijos. La nueva fórmula resulta más ajustada a derecho, por cuanto que concentra sus efectos en las pensiones más bajas, que son las más perjudicadas por la brecha, en tanto que tiene mucho menor alcance para las pensiones más elevadas, donde la brecha es mucho menos intensa. Eso de nuevo, muestra el cambio de filosofía del complemento, antes atendiendo exclusivamente al hecho simple de la maternidad, ahora centrado en la maternidad con pensiones bajas y mayor brecha en la cuantía de las pensiones.

De nuevo, al poder provocar un efecto comparativo perjudicial para algunos beneficiarios, también aquí se incorpora como medida transitoria que quienes ya vienen disfrutando del complemento de maternidad puedan seguir manteniendo indefinidamente el derecho a percibirlo y no lo pierdan, para no sufrir merma en su cuantía personal.

Regla nueva también plenamente justificada es que el importe del complemento no será tenido en cuenta a efectos de tener derecho al complemento por mínimos, pues como ya hemos visto, es aquí donde se produce el mayor diferencial de la brecha salarial y donde mayor impacto puede tener este complemento.

Por el contrario, resulta de todo punto criticable que se haya mantenido el criterio de que este complemento no será tenido en cuenta en la aplicación del límite máximo de pensiones previsto legalmente. Más aún, la regla se acentúa comparativamente con el régimen anterior, dado que antes el complemento se percibía al 50 %, mientras que ahora se percibe en su totalidad al margen de recibir la pensión máxima, bien es cierto que el impacto es menor por cuanto que hay que recordar que antes el complemento era un porcentaje de la pensión, en tanto que ahora es una cantidad absoluta. En todo caso, la pervivencia de esta regla, que permite incrementar la pensión a quienes perciban la máxima, carece de toda lógica en un complemento orientado a la reducción de la brecha de género, mientras que podría tener mayor sentido (aunque tampoco compartido personalmente) cuando se dirigía a incrementar la pensión por el mero hecho de haber tenido al menos dos hijos. Esta regla provoca la percepción de una pensión superior, respecto de quienes no tengan hijos, con independencia de que se sea hombre o mujer, carente de toda justificación objetiva o razonable. En definitiva, el mantenimiento de esta regla constituye un tratamiento discriminatorio por razón de vínculos familiares y en las más de las ocasiones, además, por razón de género. Por ello, tiene carácter contrario al Derecho de la Unión, de la directiva mencionada y del texto constitucional.

8. TEMPORALIDAD DE LA MEDIDA EN EL MEDIO PLAZO

En la lógica de tratarse de una medida orientada a reducir la brecha de género, la medida se contempla como temporal, por cuanto que desaparecerá en el momento en el que dicha brecha se sitúe por debajo del 5 %. Teniendo en cuenta que la brecha actual, tal como hemos indicado al inicio, se sitúa en el 34 % en el total del sistema de pensiones, que ha de interpretarse constituye el referente para computar dicha brecha, nos encontramos muy lejos de lograr situar el diferencial por debajo del 5 %. En otros términos, se trata de un complemento que se va a encontrar vigente por mucho tiempo, de modo que su desaparición no se proyecta ni en el corto ni en el medio plazo, sino en el largo plazo, por desgracia. En todo caso, incluso en ese horizonte futuro de lograr una brecha inferior al 5 % habrá que reconsiderar su total desaparición, por cuanto que una cosa es que la brecha en su conjunto se encuentre por debajo de cierta cifra y otra cosa es que pervivan situaciones de mermas en la carrera de cotización para ciertas mujeres que aconsejen el mantenimiento ilimitado y conforme a criterios objetivos del presente complemento.

9. FINANCIACIÓN

Para terminar, conviene destacar como muy positivo el hecho de que el nuevo complemento vaya a ser financiado mediante una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social.

Tiene toda su lógica la medida, por cuanto que constituye una regla de corrección del principio puro de contributividad del sistema. A semejanza del hecho de que los complementos a mínimos van con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, lo mismo sucede con este complemento. De este modo, la medida tiene el valor de atender a uno de los nuevos acuerdos de adoptados en octubre de 2020 en el seno del Pacto de Toledo, en orden a descargar los gastos de la Seguridad Social con cargo a cotizaciones, de prestaciones o complementos de las mismas que no derivan del sistema contributivo en el sentido estricto del término[11]. Como expresamente se indica en la conclusión primera del nuevo acuerdo, "parece razonable que al menos una parte de las mismas sea sufragada por el Estado, singularmente las prestaciones relacionadas con el nacimiento y cuidado de menor, así como el complemento de pensión regulado en el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social.

10. CONSIDERACIÓN CONCLUSIVA

Al margen de los elementos discutibles que presenta el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género, resulta innegable que el mismo debe ser valorado muy positivamente en su conjunto, de modo que no sólo supera el embrollo provocado por una deficiente regulación del complemento por maternidad precedente especialmente a partir de los efectos expansivo derivados de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Eso sí, a lo largo del análisis más arriba realizado hemos detectado deficiencias, incongruencias y una falta de decisión para implantar un complemento para la reducción de la brecha de género de plena orientación hacia esa finalidad. De ahí que a lo largo del texto se hayan formulado algunas propuestas de mejora. A tal efecto, no deja de tener su trascendencia que el Congreso de los Diputados haya acordado convertir el Real Decreto-ley en un proyecto de ley de tramitación ordinaria, que puede constituir la oportunidad de introducir este tipo de mejoras a la regulación del complemento[12].

[11] Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, eg-social.es/wps/wcm/connect/wss/837109f0-e8fa-47fb-b878-668afc1bca1e/Informe+Pacto+de+Toledo+2011..pdf?MOD=AJPERES&CVID=

[12] https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_id_texto=(BOCG-14-D-228.CODI.)

«Principio de insignificancia» en la actividad desarrollada por el beneficiario y conservación de la prestación o subsidio de desempleo

The "principle of insignificance" expressed by the beneficiary in the activity carried out and the maintenance of the unemployment benefit or subsidy

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de León
https://orcid.org/0000-0002-5231-7566

Cita sugerida: FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. "«Principio de insignificancia» en la actividad desarrollada por el beneficiario y conservación de la prestación o subsidio de desempleo ". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 28* (2021): 47-56.

Resumen

El especial rigor con el que el legislador español ha querido tratar la falta de comunicación por el beneficiario al Servicio Público Estatal de Empleo (SPEE) de la realización de actividades incompatibles con la prestación de desempleo, encuentra adecuada matización por vía judicial a través del "principio de insignificancia", ordenado a evitar la clara desproporción de la sanción en los supuestos en los cuales los ingresos obtenidos son de muy escasa relevancia, fruto de una iniciativa económica absolutamente marginal.

Palabras clave

desempleo, "principio de insignificancia", actividades marginales, comunicaciones al SPEE, extinción de la prestación

Abstract

The special rigor with which the Spanish legislator has dealt with the lack of communication between the beneficiary and the State Public Employment Service (SPEE) regarding the carrying out of activities incompatible with unemployment benefits, has found a useful avenue through the court with the "principle of insignificance", designed to avoid the clear disproportion of sanctions in cases in which the income obtained is of very little relevance - result of an absolutely marginal economic initiative.

Keywords

unemployment; "principle of insignificance"; marginal activities; communications to the SPEE; termination of the service

1. LA MUESTRA ILUSTRATIVA DE UNA REGULACIÓN DESFASADA

Sin necesidad de retrotraerse más en el tiempo, con solo volver la vista atrás unos veinticinco años cabrá comprobar cómo, al menos desde el RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio[1], el núcleo o parte central del vigente art. 282.1 LGSS se mantiene inalterado a la hora de establecer la incompatibilidad total o absoluta de la prestación y del subsidio de desempleo con el trabajo por cuenta propia, así como una incompatibilidad relativa con el trabajo por cuenta ajena, por cuanto se admite que pueda coexistir con el empleo a tiempo parcial, pero siempre detrayendo de su importe la cuantía correspondiente en proporción al tiempo trabajado.

Conocida es la razón para tal regla de partida situada en la incompatibilidad, pues si la prestación y el subsidio tratan de paliar la ausencia involuntaria de ingresos a consecuencia de la falta de actividad profesional, resulta lógico que quien presta sus servicios por cuenta propia o ajena

[1] La perspectiva anterior en VIQUEIRA PÉREZ C., "Efectos de la suspensión y extinción del derecho a la prestación por desempleo a causa de la realización de trabajos por el desempleado (A propósito de la STCT de 13 de febrero de 1987)", *Poder Judicial*, núm. 19, 1990, pp. 313-322.

Fecha Recepción: 25/11/2020 – Fecha Revisión: 22/12/2020 – Fecha Aceptación: 22/12/2020
Pags. 47-56

no pueda percibir un beneficio que cubre un riesgo, en su caso, inexistente[2]. Desaparición de la contingencia a proteger que, no advertida en tiempo y forma a la entidad Gestora (Servicio Público Estatal de Empleo –SPEE– en la actualidad), y salvo causa justificada, constituirá una infracción grave (art. 25.3 LISOS), respecto de la cual, y frente a la regla general establecida para contravenciones de esta entidad (pérdida de la prestación durante tres meses), se establece –como también ocurre con la incapacidad temporal– la sanción de extinción de la prestación o el subsidio, según dispone la letra b) del art. 47.1 LISOS[3].

Severa reacción en la cual, y dejando al margen la perspectiva financiera (que, por otra parte, podría servir –y de hecho sirve– también para justificar la compatibilidad con el trabajo a tiempo parcial)[4], cuanto ha latido desde el inicio ha sido la sospecha de fraude.

En este sentido, preciso será reconocer cómo a la complejidad técnica se unió su alto coste para justificar una relativa tardanza en su implantación[5], siendo el legislador consciente en todo momento de la doble realidad que estaba llamada a acompañar al beneficiario: de un lado, el hecho de constituir un problema estructural en las sociedades industrializadas que en épocas de crisis puede comprometer seriamente la viabilidad financiera del sistema[6]; de otro, y precisamente en atención a la cautela precisa para evitar esas situaciones tan comprometidas, el ajuste imprescindible en las prestaciones, capaz de colocar a sus beneficiarios en una situación de precariedad[7].

Si a una estructura de la contingencia que favorece el fraude (como ocurre también de manera clara con la incapacidad temporal, de ahí la reacción común de contemplar una sanción más enérgica)[8] se añade una situación de necesidad solo parcialmente satisfecha[9], es sencillo de comprender el escenario frecuente de "una espiral de pobreza y trabajo irregular a la espera de un empleo digno"; un terreno de arenas movedizas donde el aparente respeto a la ley va en tantas ocasiones de la mano de actividades sumergidas[10].

[2] Especialmente claro el silogismo que al respecto traza y desarrolla ALZAGA RUIZ, I., "Compatibilidades e incompatibilidades de la prestación y el subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 99, 2012, p. 92; de interés, igualmente, la firme defensa de la regla en LUELMO MILLÁN, M. A., "La prestación contributiva de desempleo", *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 89, 2019, pp. 43 y ss.

[3] Una crítica al mantenimiento de una reacción sancionadora tan dura cuando con el tiempo se han introducido otras modificaciones destinadas a mitigar el rigor en RON LATAS, R., "Suspensión y extinción de prestaciones por desempleo, y de infracciones y sanciones administrativas en la protección por desempleo", *Actualidad Laboral*, T. III, 2002, pp. 741 y 742 o RIVAS VALLEJO, M. P., "Dinámica de la protección por desempleo: suspensión y extinción de las prestaciones", *Tribuna Social*, núm. 150, 2003, pp. 58 y 59.

[4] En el brillante planteamiento de PÉREZ DEL PRADO, D., "La compatibilidad entre el trabajo y las prestaciones por desempleo", en VV.AA. (MERCADER UGINA, J. R., Dir., y ARAGÓN GÓMEZ, C., Coord.), *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013, p. 287 o DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M., "La incompatibilidad entre prestaciones y trabajo, según la Ley General de Seguridad Social", *Documentación Laboral*, núm. 103, 2015, pp. 105 y ss.

[5] MONEREO PÉREZ, J. L., *El sistema de protección por desempleo en España*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, p. 18.

[6] GARCÍA MURCIA, J., "Desempleo", en VV.AA., *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pp. 29-34.

[7] BLASCO LAHOZ, J. F., *Protección de las personas en situación de desempleo. Las prestaciones por desempleo de los Regímenes General y Especiales de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 17 y ss.

[8] Mostrando sus aspectos más salientes, LÓPEZ INSUA, M. B., "El fraude en las prestaciones por desempleo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 3, 2015, pp. 123-137.

[9] En una dualidad o alternativa no siempre excluyente según el veterano, pero permanentemente actual, planteamiento de MONZO GIMÉNEZ, A., "El fraude a las prestaciones por desempleo, entre la picaresca y la necesidad", *La Ley*, T. IV, 1988, pp. 869-880.

[10] LÓPEZ INSUA, M. B., "La lucha contra la precarización en el empleo desde la perspectiva de la Seguridad Social: desempleo o supervivencia en un contexto de crisis 'económica' y 'social'", *Iuslabor*, núm. 1, 2016, p. 3.

Por ende, también explica la reacción legal significada y ordenada a, "mediante sanciones ejemplarizantes", reprimir la tentación de conculcar la norma[11]. E igualmente justifica el hecho de poner al servicio de tal propósito la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a través tanto de su quehacer general, como, en particular, de campañas específicas dirigidas a aquellos sectores, colectivos, empresas o situaciones que, de acuerdo con los datos disponibles, aparecen como especialmente proclives a vulnerar la norma en este concreto aspecto[12].

No son pocas ni infundadas las voces que, al calor de los pasos dados por el legislador para atenuar el rigor de la regla, abogan de manera decidida por un cambio fundado en la eficiencia y en la equidad[13]. No se trata únicamente de evitar la "instalación cómoda en la situación de desempleo"[14], sino también de hacer frente a la insuficiencia de la prestación, no en vano, por una parte, la compatibilidad con el trabajo a tiempo parcial no incentiva el paso a la actividad laboral, dadas las claras deficiencias tanto a la hora de instrumentar la reducción del importe de la prestación como a la de articular la proyección del tiempo de trabajo compatible sobre la duración de la cobertura; por otro, el cierre absoluto a la compatibilidad con el trabajo autónomo, explicable precisamente como prevención al fraude, se traduce en la práctica en una significativa reacción en sentido contrario, permitiendo sostener con toda razón que en verdad "nutre la propensión hacia las actividades sumergidas"[15].

Tal lo que ocurre con el supuesto que aquí y ahora concita la atención, capaz de mostrar los excesos a los cuales puede llevar ese temor a la picaresca, pues a una beneficiaria de prestación de desempleo con 720 días de derecho se le aplica la sanción de extinción de la prestación y percepción indebida de la misma por no haber comunicado la baja preceptiva en su devengo. Esta había de derivar del dato de incurrir en la situación determinante de suspensión a resultas de haber ejercido una actividad en favor de Voruver España MSL consistente en vender un robot aspirador de la empresa Thermomix, cobrando por ello una comisión de 206,76 €.

Desestimadas sus alegaciones por el SPEE, y confirmada la sanción en instancia y en suplicación, el Tribunal Supremo reitera una doctrina que ha venido sentando de manera firme en los últimos años destinada a suavizar el rigor de la norma en supuestos de simple negligencia aparejada a actividades aisladas, insignificantes y claramente marginales[16].

---

[11] COS EGEA, M., "La compatibilidad de la prestación de desempleo y trabajo como infracción administrativa: análisis de la conducta infractora", en VV.AA., *La protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la AESSS*, Laborum, Murcia, 2015, p. 689.

[12] Por extenso, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La Inspección de trabajo frente al fraude en las prestaciones de Seguridad Social*, 2ª ed., Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2014, pp. 406-442.

[13] Con un criterio que expuso en su tesis doctoral y había desarrollado en otras obras previas, el argumento por extenso en PÉREZ DEL PRADO, D., *La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

[14] GIL Y GIL, J. L., "Extinción de la prestación de desempleo por realización de un trabajo por cuenta propia", *Aranzadi Social*, T. I, núm. 10, 2008, p. 41.

[15] DESDENTADO BONETE, A., "Prólogo", en PÉREZ DEL PRADO, D., *La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo*, cit., pp. 7 y 8. Así se llega a afirmar que las reiteradas situaciones de crisis y la insuficiencia de la prestación y del subsidio han hecho que sea tan común en la práctica su devengo y el desarrollo de alguna actividad adicional que la situación "puede ser considerada como vía normal para evitar la espiral de precariedad, pobreza y desprotección", TEZANOS TORTAJADA, J. F., "El desempleo y las desigualdades como indicadores de una crisis social y de civilización", *Temas para el Debate*, núm. 227, 2013, pp. 21 y 22.

[16] Ilustrando sobre el "espíritu restrictivo de la norma" que descubren los tribunales, y aportando sus argumentos al respecto, MORENO DE VEGA Y LOMO, F., "Suspensión/extinción de la prestación contributiva de desempleo basándose en la realización de una actividad laboral", *Actualidad Laboral*, T. I, 2005, pp. 2393 y 2394; VALDÉS ALONSO, A., "Extinción del derecho a la prestación por desempleo por la realización de un trabajo por cuenta propia", *Documentación Laboral*, núm. 79, 2007, p. 152 o ROMERO RÓDENAS, M. J., *La compatibilidad del trabajo con las prestaciones de Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2019, pp. 92 y 93.

2. DEL AVAL CONSTITUCIONAL AL LEGISLADOR A LA INTERPRETACIÓN HUMANITARIA POR LOS TRIBUNALES

En un interesante y amplio pasaje, la sentencia viene a recordar el aval otorgado por el Tribunal Constitucional a la decisión legal de tratar con el mayor rigor la falta de comunicación de la baja cuando se produzca la situación de suspensión o extinción del derecho por el motivo aquí analizado. En dos pronunciamientos consecutivos[17], cuando menos discutibles en su argumentación[18] y que "pueden conducir a resultados que ofrecen difícil aceptación en algunos casos"[19], desestimó el argumento del órgano judicial que cuestionaba la constitucionalidad de la decisión legal porque suponía "un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria".

Aun admitiendo las graves consecuencias a seguir de la extinción del subsidio (dificultad para volver a generar otra situación de desempleo, comprometer la cotización para lucrar la pensión de jubilación, etc.), niega que sea "extravagante o excesivo que el legislador ligara una extinción de la prestación tan gravosa a la simple percepción, incluso transitoria, de rentas incompatibles con dicho subsidio".

Lo hace en el doble plano del juicio de constitucionalidad y de aquel otro de normalidad legal. En atención al primero sostienen de manera contundente cómo "desde el punto de vista de la proporcionalidad de la sanción que aquí nos ocupa, el legislador no está obligado constitucionalmente a graduar la sanción en función de si el beneficiario ha incurrido en el referido ilícito con intención fraudulenta o por simple negligencia, ni a tomar en consideración la cuantía de la cantidad ocultada. La determinación de si tales extremos han de ser o no tomados en consideración a efectos de definir la reacción sancionadora que corresponde a la infracción cometida es una cuestión que, según la doctrina constitucional indicada, únicamente corresponde valorar al legislador, que es quien, en el ejercicio del amplio margen de libertad que la Constitución le reconoce, debe tipificar las infracciones y sanciones".

Alcanza tal consideración por cuanto valora que, en atención a una estricta perspectiva legal "la decisión adoptada no incurre en patente exceso o derroche inútil de coacción cuando asocia una extinción del subsidio por desempleo con derivaciones tan gravosas a la percepción, aun transitoria, de rentas incompatibles, máxime cuando según el precepto que ahora analizaremos ya no es esa mera percepción de rentas, sino esta más su no comunicación temporánea a la autoridad competente, la que da lugar a la sanción de extinción del subsidio por desempleo". Especial y expreso hincapié hace el Tribunal en que "la sanción de extinción del subsidio por desempleo ante la infracción consistente en la no comunicación temporánea a la autoridad competente de la percepción de rentas incompatibles tiene por objeto una finalidad constitucionalmente legítima como es combatir las percepciones fraudulentas y, consecuentemente, afianzar la sostenibilidad del sistema".

Hasta aquí el parecer de quien podría haber modulado el criterio del legislador y, sin embargo, le concede virtualidad plena. Punto de partida obligado, por tanto, también para el Tribunal Supremo, quien lo acata sopesando cómo "la inexistencia de dicha notificación es lo que

[17] AATC 187/2016, de 15 de noviembre, y 43/2017, de 28 de febrero.

[18] Así el planteamiento de SEMPERE NAVARRO, A. V., "Video-comentario al ATC, de 15 de noviembre 2016. Extinción del subsidio por desempleo por infracción consistente en la no comunicación temporánea a la autoridad competente de la percepción de rentas incompatibles", *Aranzadi Digital*, núm. 1, 2010, BIB\2020\33502. Un comentario en detalle en ROMERAL HERNANDEZ, J., "La ausencia de declaración de ingresos compatibles con el subsidio de desempleo es causa de su extinción", en VV.AA. (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y ARIAS DOMÍNGUEZ, A., Coords., y ALONSO OLEA, M.; MONTOYA MELGAR, A. y SEMPERE NAVARRO, A. V., Dirs.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XXXVI (2015-2018), 2019, pp. 917-926.

[19] Como conclusión que alcanza, tras valorar la dificultad interpretativa y el problema de seguridad jurídica, HERNÁNDEZ VITORIA, M. J., "Una reflexión sobre el Auto del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2016 y la jurisprudencia sobre la suspensión y extinción de prestaciones de desempleo en caso de incumplimiento de deberes informativos por parte de su preceptor", *Información Laboral*, núm. 1, 2017, BIB\2017\10773.

hace entrar en juego el régimen sancionador de la LISOS (…). Lo contrario supondría otorgar injustamente el mismo tratamiento a quien ha cumplido correctamente con la obligación de comunicar la concurrencia de circunstancias determinantes de la suspensión del derecho, frente a quien o ha cumplimentado esa misma obligación".

Y, sin embargo, con el margen de apreciación que se otorga a sí mismo, viene a moderar las drásticas consecuencias a seguir de la estricta literalidad de la norma a partir del que denomina "principio de insignificancia económica", llamado a proporcionar "la correcta interpretación de la regla del art. 282.1 LGSS" a través de una doctrina en cuya virtud ha "matizado la enorme desproporción y excesiva rigurosidad de las consecuencias jurídicas que se derivarían, en los casos que los ingresos obtenidos por el beneficiario de la prestación son especialmente reducidos, insignificantes y de muy escasa relevancia, fruto de una actividad económica absolutamente marginal".

3. LOS TÉRMINOS DE LA INCOMPATIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN Y EL SUBSIDIO POR DESEMPLEO CON EL TRABAJO POR CUENTA PROPIA Y LA APLICACIÓN DEL "PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA ECONÓMICA"

El Tribunal Supremo acompaña la proclamación del "principio de insignificancia económica" de varias consideraciones que –como reconoce–, "si bien es verdad que resultarían de más fácil constatación en la realización de labores agrícolas vinculadas al autoconsumo", constituyen parámetros que "también pueden trasladarse a otro tipo de actividades en las que concurra el esencial y más relevante elemento de su total y absoluta irrelevancia económica, hasta el punto de considerarse ocupaciones marginales que ni tan siquiera puedan calificarse con cierta propiedad como 'trabajos por cuenta propia'"[20].

Estas consideraciones, bajo una relectura de cuanto se recibe en la sentencia con un literal excesivamente extenso y en algunos extremos poco atinente al caso, habrían de llevar a ponderar: "a) la necesidad de contemplar la aplicación casuística de la doctrina de la Sala en la materia; b) que el trabajo por cuenta propia será incompatible con la prestación, aunque no determine la inclusión en el campo de aplicación de alguno de los regímenes de la Seguridad Social; c) la prudencia a la hora de aplicar las rotundas afirmaciones [de alguna sentencia de finales del siglo pasado (….)] para evitar sacarlas fuera de contexto, que debe situarse en sus justos y razonables términos en la delimitación económica de cada caso; d) valorar si los rendimientos derivados de la actividad pueden calificarse –con cierta propiedad– de verdadero 'rendimiento económico (…), cualidad esta que es presupuesto sobreentendido del 'trabajo por cuenta propia' (…) que [se] proclama incompatible con la prestación o el subsidio de desempleo; e) la exclusión de las 'labores orientadas al autoconsumo' (…) que carecen del menor atisbo de profesionalidad".

De no existir ese mínimo de exigencia profesional, con la de estructura adecuada y organizada a tal efecto aun cuando sea elemental, sostener la incompatibilidad –subraya– "comporta desconocer una realidad sociológica y lleva –como en el caso debatido– a consecuencias desproporcionadas y poco acordes a la equidad".

En atención a esa imprescindible valoración de un comportamiento con visos de ser profesional y, en todo caso, la obligada presencia de un rendimiento económico de cierta entidad, el pronunciamiento comentado llega a la solución en el caso concreto a partir de dos pasos previos: el primero, la enunciación de la incompatibilidad de la prestación y el subsidio de desempleo con el trabajo por cuenta propia; el segundo, un recuerdo más generoso de referencias a la doctrina general sobre los efectos de la falta de comunicación de la baja en el momento en el cual se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho.

[20] Sobre la viabilidad de aplicarlo a cualquier tipo de trabajo, las apreciaciones en detalle de ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Nuevos vientos fríos en la protección desempleo", *Relaciones Laborales*, T. I, 1994, pp. 362-363.

Por cuanto a lo primero hace, centra su atención en exclusiva en el trabajo por cuenta propia y entrecomilla, siguiendo el tenor de la ley, que tendrá lugar "aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social". Obvia, por ende, cualquier referencia a la regla general del art. 281.1 LGSS en la interpretación del Tribunal Supremo cuando, reflexionando sobre una ocupación en régimen laboral, sienta sin ambages –y mantiene desde entonces como pauta[21]– que la incompatibilidad establecida "no pende del importe de los ingresos, sino del desempeño de un trabajo", y que se ha de aplicar incluso cuando el perceptor hubiere prestado servicios retribuidos en un solo día[22].

La sanción impuesta, de extinción del beneficio, no se ve menos atenuada por el hecho de que en el supuesto en concreto no se sancionara por aplicación de la falta muy grave recogida en el art. 26.2 LISOS (compatibilizar prestación o subsidio con trabajo por cuenta propia o ajena), sino por la del art. 25.3 LISOS (no comunicación de la baja en la prestación o subsidio en el momento de acaecer el hecho determinante de la suspensión o extinción del beneficio), pues aun cuando este último precepto admite excepciones a su aplicación, "la consecuencia jurídica acaba siendo la misma: la extinción"[23].

El segundo de los escalones en el razonamiento se centra precisamente en el tipo aplicado –la infracción del art. 25.3 LISOS–, del cual conviene recordar que la norma exige una comunicación realizada "en el momento en que se produzca"; la expresión interpretada por el Tribunal Supremo como "de inmediato, y en todo caso antes de que transcurra el tiempo que determina la percepción".[24]

Para ilustrar sobre supuestos en los cuales se ha aplicado el tipo de falta de comunicación, y sobre las cuales se ha creado por tanto la anterior doctrina, el pronunciamiento analizado contra diversos ejemplos referidos al ingreso no notificado de algunas rentas de variada procedencia que debieron llevar a la suspensión de la prestación o el subsidio. Se trata de ingresos salariales del cónyuge[25], o del hijo que además vive independientemente[26], o de partidas determinadas, como pudieran ser el incremento patrimonial derivado de la aceptación de una herencia, el proveniente de la venta de un inmueble[27] (con la doctrina particular creada par a los supuestos de venta a plazos)[28] o

[21] La continuidad del pronunciamiento comentado puede seguirse en las SSTS 29 julio 2015 (rec. 2788/2014), 14 junio 2016 (rec. 2349/2015) y 15 septiembre 2017 (rec. 663/2016). En la doctrina, ARETA MARTÍNEZ, M., "Art. 272. Extinción del derecho", en VV.AA. (SEMPERE NAVARRO, A. V. y BARRIOS BAUDOR, G. L., Dirs., y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., Coord.), *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, Vol. V, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 151 o GARCÍA GIL, B., *Protección de los desempleados*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 198 y 199.

[22] STS 13 mayo 2015 (rec. 2785/2014).

[23] Tras el examen del pronunciamiento, incluida la relevante cuestión de tales excepciones ("si se observa el tenor de la tipicidad aparece un elemento clave en la locución 'salvo causa justificada'. Por eso poseen suma relevancia tanto los hechos declarados probados, fecha y hora en que se realiza la actividad, cuanto las consideraciones de la sentencia recurrida acerca de las posibilidades –escrito, fax, teléfono– al alcance del trabajador para haber advertido acerca de su decisión de aceptar el trabajo incompatible", la contundente conclusión de BLÁZQUEZ AGUDO, E. M., *Protección por desempleo. Los distintos niveles complementarios y sucesivos*, Juruà, Lisboa, 2016, pp. 81 y 82.

[24] Recordando la STS 7 diciembre 2006 (rec. 3344/2005), de nuevo, STS 13 mayo 2015 (rec. 2785/2014).

[25] STS 9 marzo 2017 (rec. 3503/2015) o SSTSJ Andalucía/Sevilla 6 julio y 8 noviembre 2017 (rec. 3185/2016 y 2106/2016) y Andalucía/Granada 12 julio 2018 (rec. 3005/2017).

[26] SSTS 10 abril 2019 (rec. 1378/2015) o SSTSJ Cataluña 2 y 16 octubre, 3 noviembre, 9 y 12 diciembre 2017 (rec. 3567/2017, 4149/2017, 4185/2017, 5540/2017 y 6086/2017), 7 mayo 2018 (rec. 1474/2018) o 29 abril 2019 (rec. 6230/2018); Andalucía/Granada 17 mayo 2018 (rec. 2491/2017) o Madrid 23 enero y 18 mayo 2020 (rec. 577/2019 y 1011/2019). Un comentario al pronunciamiento del Tribunal Supremo citado en primer lugar en ISPIZUA DORNA, E., "La extinción o suspensión del subsidio de desempleo como sanción ante el incumplimiento del deber de comunicación", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 227, 2020, pp. 307-311.

[27] SSTS 3 febrero 2015 (rec. 288/2014) y 6 febrero 2018 (rec. 3104/2015) o SSTSJ Andalucía/Granada 9 junio 2016 (rec. 204/2016), Madrid 29 noviembre 2017 (rec. 1269/2017), Andalucía/Málaga 16 mayo 2018 (rec. 2366/2017),

(...)

de su alquiler[29], la cuantía resultante de la pensión compensatoria con adjudicación de acciones a la liquidación de la sociedad de gananciales[30], la percepción de intereses de una cuenta bancaria[31], el importe de la venta de acciones[32] o de la enajenación o rescate de un fondo de inversiones[33], el rescate de un seguro de vida[34] o de un plan de pensiones[35] o, por no seguir, e incluso, el cobro realizado de un premio de la lotería[36].

El punto de arribada viene dado por la conjunción de los dos pasos previos, es decir, del trabajo por cuenta propia y la ausencia de comunicación de tal actividad.

Lejos del criterio "oscilante" de épocas anteriores[37], y también sin sopesar (al menos no directamente) la posible negligencia grave o al ánimo de defraudar[38], el Tribunal Supremo ha unificado doctrina –que mantiene sin fisuras– para corregir la conclusión "natural" a seguir de las dos premisas expuestas, pues lejos de conducir a una infracción grave (o muy grave en función del tipo apreciado en el caso concreto[39]), y a la consiguiente sanción de extinción, pondera la cuantía de lo obtenido a través de ese quehacer como autónomo y, si fuere residual, de escasa relevancia y fruto de una actividad económica marginal, considera que no media incompatibilidad de ningún tipo[40].

Este bautizado como "principio de insignificancia" económica, según bien pone de relieve el pronunciamiento analizado, ha encontrado como principal referencia las labores agrícolas y ganaderas que pudieran ser consideradas como tangenciales, esporádicas o de conservación patrimonial, "completamente alejadas de lo que se considera 'trabajo', pues implica que del mismo derivaran posibilidades, por mínimas que sean, de sustento personal; faltando además, en tales casos, el requisito de habitualidad determinante del encuadramiento en la Seguridad Social como autónomo"[41].

Cataluña 13 julio 2018 (rec. 3157/2017) y 19 junio 2019 (rec. 1451/2019) o Castilla-La Mancha 5 mayo 2020 (rec. 45/2019).

[28] Así, SSTSJ Cataluña 18 enero 2018 (rec. 6874/2017) o Castilla y León/Valladolid 31 enero 2018 (rec. 780/2017).

[29] SSTSJ Andalucía/Sevilla 6 julio y 8 noviembre 2017 (rec. 2106/2016 y 3185/2016), Comunidad Valenciana 12 julio 2017 (rc. 2527/2016) o Cataluña 17 octubre 2017 (rec. 5129/2017) y 26 octubre 2018 (rec. 4164/2018).

[30] STSJ Comunidad Valenciana 28 enero 2020 (rec. 3337/2018).

[31] SSTSJ Cataluña 7 abril 2017 (rec. 851/2017) y 15 enero 2018 (rec. 6232/2017).

[32] STS 28 septiembre 2016 (rec. 3002/2014) o STSJ Castilla y León/Burgos 14 mayo 2015 (rec. 269/2015).

[33] STS 22 febrero 2016 (rec. 994/2014) o SSTSJ Castilla y León/Burgos 14 mayo 2015 (rec. 269/2015) y Galicia 28 febrero 2018 (rec. 4794/2017); en la doctrina, DOMÍNGUEZ MARTÍN, A., "Los incrementos patrimoniales ponen en peligro el subsidio por desempleo", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2017, BIB\2017\10529.

[34] STS 23 enero 2019 (rec. 417/2017) o STSJ Baleares 18 enero 2018 (rec. 494/2017).

[35] STS 19 febrero 2016 (rec. 3035/2014) y SSTSJ Cataluña 1 abril y 20 octubre 2016 (rec. 6979/2015 y 4698/2016) o 12 abril y 8 mayo 2017 (rec. 352/2017 y 1164/2017) y País Vasco 31 enero 2017 (rec. 43/2017). Vid el matiz introducido al respecto por MARTÍN QUERALT, J. B., "IRPF: El rescate de un plan de pensiones no determina la extinción del subsidio de desempleo, al considerarse como rentas solo la plusvalía generada por el plan, no las aportaciones realizadas al mismo", *Carta Tributaria*, núm. 19, 2016, pp. 87-89.

[36] STSJ Cataluña 24 abril 2017 (rec. 920/2017).

[37] Justificando el adjetivo con ejemplos elocuentes, POQUET CATALÁ, R., *Protección por desempleo. El sistema tras las últimas reformas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 75, notas 181 a 185.

[38] Factores que ponía de relieve, por ejemplo, DE LA CASA QUESADA, S., *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008, p. 302.

[39] Sobre la "doble infracción" en presencia y los criterios que pueden mover a su ubicación en uno u otro tipo, ARETA MARTÍNEZ, M., "Art. 272. Extinción del derecho", cit., pp. 150 y 151.

[40] Así ocurre en la serie de pronunciamientos que anteceden al comentado (y que encuentran sólida base en las SSTS 13 marzo 2000 –rec. 654/1999– y 3 marzo 2010 –rec. 1948/2009–) e inicia la STS 27 abril 2015 (rec. 1881/2014), encontrando continuidad en la SSTS 12 y 14 marzo 2015 (rec. 1881/2014, 2683/2014 y 1588/2014), 5 abril 2017 (rec. 1066/2016) o 21 junio 2018 (rec. 490/2017).

[41] El literal, total o parcialmente reproducido para las actividades agrícolas o ganaderas que valora, ya antes de la doctrina unificada, en SSTSJ Castilla y León/Valladolid 4 marzo, 14 abril, 7 mayo, 4 junio, 8 y 22 octubre y 2 diciembre 2014 (rec. 11151/2013, 333/2014, 568/2014, 655/2014, 1239/2014, 1121/2014, 1369/2014 o 27 enero y 4, 5 y 18 febrero 2015 (rec. 1369/2014, 856/2014, 15/2015, 415/2015, 13/2015). Otros ejemplos en los cuales ya

(...)

Tesis que anticipaba el criterio jurisdiccional finalmente adoptado y que encuentra ilustrativo reflejo en aquel previo para el cual "la regulación debe interpretarse de un modo razonable y proporcional a la trascendencia que el subsidio de desempleo tiene. Debe considerarse la situación de necesidad y también la trascendencia de la actividad desarrollada, especialmente en casos como el que nos ocupa en el que los ingresos parecen derivar de actividades ganaderas esporádicas, más de mantenimiento que otra cosa y que además han sido debidamente declaradas en el ámbito fiscal. Sería socialmente rechazable que se dejaran perder por una interpretación excesivamente rígida de la incompatibilidad, que no parece que sea lo querido por el legislador ordinario ni por el constituyente, dados los términos del art 41 CE. En definitiva (…) debe efectuarse una interpretación finalista del art. 221.1 LGSS [vigente art. 281.1 LGSS], conforme a lo dispuesto en el art. 3.1 CC y acorde a las exigencias de protección social recogidas en el art. 1.1 y 41 CE"[42].

Una vez unificada la doctrina (sobre la base precisamente de las actividades agrícolas y pecuarias tomadas como referencia[43]), la formulación más acabada aparece en aquel pronunciamiento del Tribunal Supremo para el cual la actividad "resultaría insuficiente para atender sus necesidades básicas y podría calificarse en sí misma de manifiestamente irrelevante"[44], porque –retomando un discurso ya conocido– estas labores del campo "carecen del menor atisbo de profesionalidad e incluso pueden considerarse (…) 'trabajos residuales y esporádicos de mera administración y conservación de un pequeño patrimonio agrícola', que de otro modo se vería malbaratado y perdido por dejar de prestar los cuidados mínimos imprescindibles, que incluyen la recogida del fruto (…) La incompatibilidad presupone no solamente una apariencia de la referida profesionalidad, sino la existencia de una explotación agraria –cualquiera que sea su entidad y grado de organización– orientada a la producción de bienes con básicos fines de mercado, por lo que ha de excluirse tal incompatibilidad cuando la labor agraria se concreta (…) a un reducido cultivo (…) en términos tan limitados que excluyen paralelamente la posibilidad de fraude". Momento en el cual afirma cuanto ya se reprodujera al inicio del discurso: "sostener lo contrario comporta desconocer una realidad sociológica y lleva (…) a consecuencias desproporcionadas y poco acordes a la equidad"[45].

A pesar de ser el descrito el ámbito característico, y teniendo siempre presente que la carga de probar el "autoconsumo" (léase marginalidad de la actividad económica) corresponde al beneficiario[46], ya antes de la doctrina unificada se había extendido el criterio a otro tipo de actividades que tampoco se consideraban incompatibles ni, por tanto, comportaban obligación de efectuar comunicación alguna[47].

---

se venía recogiendo este criterio en SSTSJ Asturias 13 diciembre 2013 (rec. 1661/2013), Aragón 29 septiembre 2014 (rec. 519/2014), Galicia 31 julio 2014 (rec. 199/2012) o Castilla-La Mancha 27 abril 2015 (rec. 856/2014).

[42] Para un supuesto de actividad ganadera con una media de 18 cabezas de ganado e ingresos en años sucesivos de 1.274 € y 2.617,98 €, STSJ Cantabria 22 abril 2015 (rec. 1881/2014).

[43] Las actividades agrícolas habían supuesto poco más de 400 € el primer año y 906,75 € el segundo en la STS 27 abril 2015 (rec. 1881/2014); 285,66 € en el primer año y 314,23 € en el segundo en la STS 12 mayo 2015 (rec. 2683/2014) y 36,15 € –rendimiento neto 9,89 €– y 614,67 € –rendimiento neto 136,64 €– en STS 14 mayo 2015 (rec. 1588/2014). Matices de interés en ARETA MARTÍNEZ, M., "Art. 279. Suspensión y extinción del subsidio", en VV.AA. (SEMPERE NAVARRO, A. V. y BARRIOS BAUDOR, Dirs., y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., Coord.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Vol. V, cit., p. 225.

[44] Para un supuesto de actividad agrícola con rendimiento neto anual de 790,42 €, e ingresos íntegros de 3.415 €, STS 21 junio 2018 (rec. 490/2017); a 262,35 € asciende el supuesto analizado en STSJ Castilla-La Mancha 5 enero 2016 (rec. 371/2015), 889,11 € en STSJ Andalucía/Sevilla 4 diciembre 2019 (rec. 2151/2018).

[45] El tenor, tantas veces reproducido después, en STS 27 abril 2015 (rec. 1881/2014).

[46] Pues si no consiguiera acreditarlo habría de regir la regla de la incompatibilidad, SSTSJ Andalucía/Sevilla 22 junio 2017 (rec. 1745/2016) y 18 octubre 2018 (rec. 2916/2017).

[47] Baste el análisis que de un supuesto de ventas de productos artesanales elaborados por el beneficiario (STSJ Castilla y León/Valladolid 19 noviembre 2014 –rec. 1433/2014–), o la aportación de capital inicial pero sin desarrollo de actividad alguna (STSJ Cataluña 17 abril 2015 –rec. 1897/2015–), que efectúa DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M., "La incompatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo como desencadenante del fraude", en VV.AA., *(...)*

Con posterioridad consta su plena y expresa equiparación por el Tribunal Supremo para un supuesto de mediación comercial[48]. Al margen de que otros órganos judiciales lo hayan aplicado también a supuestos concretos de trabajo por cuenta ajena[49], también lo han extendido a otras variantes de mediación mercantil[50], agencia de seguros[51], mantenimiento de cartera de seguros[52], comercialización de cosméticos[53], venta de algunas camadas de perros –incluso estando de alta por tal en el IAE–[54], redacción de artículos periodísticos[55], recepción de una compensación proveniente del Colegio Profesional por prestar servicios como Letrada en el turno de oficio[56], realización de actividades de traducción o intérprete[57] o, por no seguir, ostentar la simple titularidad –con alta en el IAE– de una instalación fotovoltaica si no se realiza actividad alguna relaciona con ella, limitándose a recibir los ingresos correspondientes[58], o hacer lo propio con un buque del cual cuya titularidad le proporcione el rendimiento derivado de su explotación, pero sin realizar trabajo alguno a bordo[59].

A la vista de todo lo cual, la simple percepción de una única comisión de 206,76 € por la venta de una Thermomix no puede ser considerada más que una actividad aislada, insignificante y claramente marginal que, por consiguiente, "no ha de tener la menor incidencia en el derecho al mantenimiento de la prestación, en tanto que ni tan siquiera ha de dar lugar a su suspensión (…), pues su nula relevancia económica [hace] que no resulte incompatible con la percepción del beneficio". Tal tenor deja a las claras que no obra incompatibilidad de ninguna clase ni, por tanto, se incumple el deber de comunicación tipificado como falta grave en el art. 25.1 LISOS.

4. CONCLUSIÓN

"El celo por tu casa me consume", reza el salmo 69:9. La diligencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en perseguir el fraude en la prestación y subsidio por desempleo no debería llegar nunca al extremo de aplicar con todo el rigor el tenor de una norma cuya reformulación hace tiempo que debería haber tenido lugar. Hacerlo significa desconocer una jurisprudencia firme asentada bajo cuanto se ha denominado "principio de insignificancia

La protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la AESSS, cit., pp. 678-679 y 680-681, respectivamente. Sobre el problema de fondo y su solución de distinta forma en el ordenamiento germánico, ARUFE VARELA, A., "Los 'minijobs' alemanes, un estudio de su régimen jurídico, laboral y de Seguridad Social comparado con el del 'trabajo marginal' español, industrial y doméstico", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 155, 2012, pp. 17-36.

[48] En el cual se acredita un ingreso de 1.283 € para un beneficio neto de 64,35 €, STS 5 abril 2017 (rec.1066/2016).

[49] Por la escasa cuantía de la retribución, así como el breve tiempo de prestación de servicios, SSTSJ Cataluña 23 noviembre 2018 (rec. 4720/2018) y 11 marzo 2019 (rec. 6388/2018).

[50] Para unos rendimientos de 126,29 € el primer año y 137,65 € el segundo, STSJ Asturias 18 febrero 2020 (rec. 2561/2019); de 382,92 €, STSJ Andalucía/Sevilla 26 mayo 2020 (rec. 3394/2018). En este punto resulta absolutamente recomendable la lectura de ensayo de LÓPEZ INSUA, B. M., "La extinción de la prestación por desempleo como sanción ante el incumplimiento del deber de comunicación del desempeño de una actividad profesional (Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de julio de 2015)", *Temas Laborales*, núm. 132, 2016, pp. 233-251.

[51] Con rendimientos de 3.463,19 € el primer año y 735,09 € el segundo la STSJ Andalucía/Sevilla 4 octubre 2018 (rec. 3124/2017).

[52] Habiendo ingresado 408,09 € el primer año, 291,88 € el segundo y 216 € el tercero, STSJ Galicia 13 noviembre 2015 (rec. 2888/2014).

[53] STSJ Aragón 18 enero 2019 (rec. 775/2018).

[54] Actividad por la que recibió 700 € y 565 € en las dos transacciones habidas, STSJ Andalucía/Sevilla 11 febrero 2018 (rec. 1208/2017).

[55] Por los cuales percibió 475 € en STSJ Galicia 8 febrero 2019 (rec. 3465/2018).

[56] Compensación consistente en 1.191,86 € por el año en que se realizó la actividad, STSJ Castilla y León/Valladolid 19 marzo (rec. 209/2018).

[57] Por los cuales se percibieron 1.089,73€ en la STSJ Galicia 19 abril 2016 (rec. 1251/2015) o 796,42 € brutos en la STSJ Baleares 19 octubre 2017 (rec. 349/2017).

[58] Casando la STSJ Canarias/Las Palmas 11 enero 2018 (rec. 1237/2017), y confirmando el criterio de la STSJ 28 abril 2016 (rec. 202/2016), la imprescindible STS 20 diciembre 2018 (rec. 1723/2018).

[59] STSJ Galicia 8 septiembre 2015 (rec. 3419/2014).

económica", y puede llevar a situaciones absurdas como privar del beneficio de 720 días de prestación por desempleo a quien obtuvo 206,76 € como comisión por la venta de una Thermomix, obligándole a pleitear hasta tener que llegar al Tribunal Supremo. Mejor encaminar los esfuerzos a otras labores más necesitadas de atención.

Algunas cuestiones interpretativas asociadas a las cláusulas convencionales reguladoras de las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores por incapacidad permanente

Some interpretative issues associated with the conventional clauses regulating the compensation granted to workers with permanent disabilities

DAVID MONTOYA MEDINA *Profesor Titular de Universidad*
Universidad de Alicante
https://orcid.org/0000-0002-3939-5092

Cita sugerida: MONTOYA MEDINA, D. "Algunas cuestiones interpretativas asociadas a las cláusulas convencionales reguladoras de las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores por incapacidad permanente". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 28* (2021): 57-76.

Resumen

El presente estudio enfoca la atención en dos interrogantes relacionados con la virtualidad aplicativa de las cláusulas indemnizatorias por incapacidad permanente reconocidas a los trabajadores por la negociación colectiva. El primero concierne a la determinación del carácter definitivo o provisional de la declaración administrativa de incapacidad permanente como presupuesto de reconocimiento del derecho del beneficiario a la citada mejora convencional. Sobre el particular, un reciente pronunciamiento de la jurisprudencia unificadora ha puesto de relieve que la claridad de los términos en los que la resolución administrativa establezca el plazo para la revisión de la incapacidad resulta determinante para concluir si a la misma deben atribuírsele efectos extintivos sobre el contrato de trabajo o meros efectos suspensivos, dependiendo de dicho extremo el reconocimiento o negación del derecho indemnizatorio del trabajador. La segunda cuestión, más espinosa, afecta a la determinación del momento del hecho causante del derecho a la prestación indemnizatoria. Sobre dicha cuestión no existen criterios uniformes en la jurisprudencia arbitrándose soluciones distintas según cual sea la naturaleza de la contingencia sufrida por el trabajador. Por lo demás, el diverso origen de los instrumentos de regulación de esta específica cuestión (normas estatales, autonomía colectiva y autonomía privada) la hacen revestirse de una particular complejidad para el operador jurídico.

Palabras clave

Indemnizaciones en convenio colectivo; mejoras voluntarias; incapacidad permanente

Abstract

This study focuses on two issues raised by the applicative potential of permanent disability compensation clauses applied to workers via collective bargaining. The first concerns the determination of the definitive or provisional nature of the administrative declaration of permanent disability as a presupposition for the recognition of the beneficiary's right to said conventional improvement. In this regard, a recent pronouncement of the unifying law has highlighted that the clarity of the terms in which the administrative resolution establishes the term for the review of disability is decisive in concluding whether this should have an extinctive or suspensive effect on the employment contract and therefore, depending on such an extreme, the recognition or denial of the worker's right to compensation. The second issue, which is more contentious, relates to the determination of the event which has given rise to the right to compensation. There is no uniform legal criterion related to this last issue, which arbitrarily navigates between different solutions depending on the nature of the contingency suffered by the worker. Furthermore, the different regulation instrument sources related to this specific issue (state regulations, collective autonomy, and private autonomy) make it a particularly complex space to navigate for a legal operator.

Keywords

Compensation in collective agreement; voluntary improvements; permanent disability

1. PLANTEAMIENTO

Como es sabido, junto a la acción protectora que nuestro sistema de Seguridad Social dispensa, a través de las correspondientes prestaciones económicas, a la incapacidad permanente y a

Fecha Recepción: 02/12/2020 – Fecha Revisión: 08/12/2020 – Fecha Aceptación: 24/12/2020
Pags. 57-76

las situaciones de muerte y supervivencia, no es infrecuente que la negociación colectiva, con fundamento en los arts. 43, 238.1 a) y 239 LGSS, instaure una protección de índole complementaria articulada a través de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. Por su relación directa con la prestación de Seguridad Social de la que traen su causa, dichas mejoras suelen identificarse por la doctrina como "*mejoras directas en sentido estricto*"[1] o "*mejoras estrictamente complementarias"*[2] de las prestaciones públicas de Seguridad Social. Además de su origen voluntario, presentan, fundamentalmente, los siguientes rasgos caracterizadores. En primer lugar, su acto de creación parte de una instancia de poder privada, ya sea la autonomía colectiva o la individual. En segundo lugar, su finalidad es mejorar o incrementar el nivel de cobertura de la acción protectora de la Seguridad Social contributiva, proyectándose sobre las mismas contingencias que ésta. En tercer lugar, son sufragadas por las empresas que las instauran. Por último, son objeto de gestión privada, bien por el propio empresario, bien por un tercero, normalmente una entidad mercantil, como pasa, singularmente, con las entidades seguros y de fondos de pensiones[3]. Junto a dichos rasgos definidores, también ha sido oportunamente subrayada por la doctrina su libertad de configuración y autorregulación, constituyendo, fundamentalmente, la fuente de implantación de la mejora el principal núcleo regulador de su régimen jurídico[4].

Por lo que concierne a su naturaleza jurídica, las mejoras directas se vienen concibiendo como prestaciones extrasalariales de acción asistencial empresarial, de carácter voluntario y vinculadas al contrato de trabajo[5]. Si bien se originan en el marco de una relación contractual de carácter laboral y pueden ser asimilables a las prestaciones de Seguridad Social a determinados efectos, doctrina y jurisprudencia convienen en que no son salarios ni prestaciones de Seguridad Social. No tienen naturaleza salarial por cuanto no constituyen una contraprestación por el trabajo realizado. Adviértase, en este sentido, que las mejoras suelen sustanciarse cuando el contrato se encuentra suspendido o extinguido ya que su finalidad es suplir las rentas del trabajo con objeto de proteger a los trabajadores respecto de determinadas contingencias que han mermado su capacidad de ganancia[6].

Por otra parte, si bien pueden resultar asimilables a las prestaciones de Seguridad Social a determinados y puntuales efectos[7], no pueden identificarse completamente con éstas. Es cierto que el art. 1.3 de la vieja OM 28-12-1966, reguladora de las mejoras voluntarias, atribuye a las mismas los caracteres propios de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y dispone que, una vez establecidas, formarán parte, a todos los efectos, del sistema público de protección social. Con todo, como ya ha advertido la doctrina, dicha vieja previsión reglamentaria no deja de constituir un obsolescente anacronismo, muy alejado de la realidad práctica de nuestro tiempo[8]. Y es que, por su origen privado y voluntario, las mejoras directas no pueden conceptuarse como prestaciones del

[1] DE LA FLOR FERNÁNDEZ, Mª. L. "Las mejoras voluntarias de protección social: naturaleza y régimen jurídico". *Temas Laborales* nº 36, 1995, pág. 86.

[2] REGA RODRÍGUEZ, A. L. "Las mejoras voluntarias pactadas en los convenios colectivos", en AAVV. *Pensiones sociales: problemas y alternativas*. *IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración (Madrid), 1999, vol. II, págs. 300 y 301.

[3] ROQUETA BUJ, R. "Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social". *Actualidad Laboral* nº 12, 2010, pág. 1396.

[4] ARADILLA MARQUES, Mª. J. "La protección social complementaria", en ROQUETA BUJ, R. y GARCÍA ORTEGA, J. *Derecho de la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch (Valencia), 2020, pág. 501.

[5] DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C. "La negociación colectiva como instrumento de regulación de las mejoras voluntarias". Anuario jurídico de La Rioja nº 3, 1997, pág. 286 a 288.

[6] GALA DURÁN, C. *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*. Bosch (Barcelona), 1999, págs. 51 y 52. ARAGÒN GÓMEZ, C. "Artículo 43. Mejoras voluntarias", en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J. R., *et altrii*, *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*. Thomson Reuters (Pamplona), 2ª edic., 2016, pág. 263.

[7] ROQUETA BUJ. R. "Las mejoras voluntarias…", op. cit., págs. 1397 y 1398

[8] SUÁREZ CORUJO, B. "Artículo 238. Mejoras de la acción protectora", en GARCÍA-PERROTE, I., MERCADER UGUINA, J. R. *et altrii Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*. Thomson Reuters (Pamplona), 2ª edic, 2016, pág. 1117.

sistema público de Seguridad Social, integrantes de su acción protectora, ya que éste, por exigencias del art. 41 CE, está sostenido por los poderes públicos. Dicho extremo ha sido, igualmente, constatado por la jurisprudencia que ha señalado que, como quiera que el régimen jurídico de las mejoras directas de prestaciones viene determinado, fundamentalmente, por su fuente de implantación, no pueden gozar de los mismos caracteres que las prestaciones básicas a no ser que el convenio colectivo o fuente que las establezca así lo determine[9].

Como se ha adelantado, las mejoras directas de prestaciones, de ordinario, son plasmadas en las cláusulas normativas de los convenios colectivos[10] a través del reconocimiento al beneficiario del derecho a percibir determinadas indemnizaciones con idéntica finalidad reparadora. Como es lógico, la cuantía de las citadas indemnizaciones, por lo general, oscila en función del origen común o profesional de la contingencia y, cuando ésta sea la de incapacidad permanente, en atención a cuál haya sido el grado de calificación de la misma. Cuando se trata de muerte del trabajador o incapacidad permanente derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional, el *quantum* indemnizatorio suele ser ostensiblemente más elevado que el previsto para las contingencias comunes en atención, precisamente, al origen profesional del menoscabo a la salud y del consiguiente resultado lesivo sufrido por el trabajador. Y cuando en particular se trata de incapacidad permanente, la prestación suele circunscribirse a los supuestos en que el trabajador haya sido calificado en el grado de total, absoluta o gran invalidez por cuanto, como es sabido, a diferencia de la incapacidad permanente parcial, solamente la calificación del trabajador en los citados grados de incapacidad pueden comportar la extinción del contrato de trabajo ex art. 49.1 e) ET determinando su cese en la percepción de rentas del trabajo. Como ha subrayado la doctrina, el efecto extintivo sobre el contrato de trabajo aparejado a la declaración de incapacidad permanente en alguno de esos grados constituye un elemento nuclear en la ejecución de este tipo de pactos convencionales[11].

Por lo demás, a diferencia de la denominada responsabilidad civil patronal derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, el derecho del beneficiario a la cuantía indemnizatoria establecida en las aludidas cláusulas convencionales no resulta condicionado por las circunstancias en que se haya producido la contingencia lesiva para la salud del trabajador, particularmente la concurrencia de culpa y, por tanto, el grado de responsabilidad del empresario y del propio trabajador en su acaecimiento. Es suficiente con la concurrencia de las circunstancias previstas en la cláusula convencional que instaura este tipo de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, esto es, que el trabajador, en el marco de su relación contractual, haya fallecido o haya sido declarado por la Seguridad Social en incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez bien por una contingencia común, bien por una de origen profesional.

Asimismo, como quiera que el importe de dichas percepciones indemnizatorias suele ser de cuantía considerablemente elevada, tampoco es infrecuente que las empresas suscriban con una compañía aseguradora una póliza de seguro patronal que les permita hacer frente a las responsabilidades pecuniarias establecidas en la norma convencional. Se trata de los denominados por la autonomía negocial "seguros colectivos de accidentes" que permiten dotar de cobertura al empresario frente a la responsabilidad indemnizatoria instaurada en el convenio colectivo para las aludidas contingencias que pueda sufrir el trabajador durante la vigencia de su relación de trabajo[12]. No siempre la concertación de dichas pólizas de seguro se efectúa de forma voluntaria. De hecho,

[9] Sentencias TS 11 de mayo de 1998 (Rec. nº 3879/1995) y 20 de marzo de 1997 (Rec. nº 2730/1996).

[10] Sobre la idoneidad de los convenios para el establecimiento de este tipo de mejoras, cfr. DEL REY GUANTER. S. y GALA DURÁN, C. "La negociación colectiva como instrumento…", *op. cit*., pág. 314.

[11] LÓPEZ CUMBRE, L. "Extinción por muerte, incapacidad o jubilación del trabajador", en GOERLICH PESET, J. Mª. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Tirant lo Blanch (Valencia), 2016, pág. 951.

[12] Sobre este tipo de pólizas, cfr. FOLGUERA CRESPO, J. "Accidente de trabajo y seguro colectivo: competencia y derecho sustantivo". *La Ley: revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 1986, págs. 1009 y ss.

particularmente en los sectores de actividad en los que la actividad laboral entraña más riesgo, tampoco es infrecuente que el propio convenio colectivo imponga normativamente la suscripción obligatoria por la empresa de la correspondiente póliza hasta, al menos, cubrir las cuantías establecidas convencionalmente por la totalidad de los trabajadores que ocupe[13]. De no hacerlo o de no estar al corriente en el pago de la correspondiente prima, como es lógico, la empresa deberá hacer frente a la indemnización a su exclusivo cargo. Dicho efecto, como es lógico, también se producirá cuando aun habiendo concertado la empresa la correspondiente póliza de seguro, ésta dispense una protección menor o distinta a la pactada en el convenio colectivo[14].

En estos contextos, no debe pasar desapercibido que, por las razones expuestas, todo lo relativo al alcance de la responsabilidad empresarial y, en su caso, de la entidad aseguradora en el pago de estas mejoras voluntarias suele ser, de ordinario, un terreno acusadamente abonado a la litigiosidad.

Lo cierto es que son variados y de muy diversa índole los problemas interpretativos que se vienen suscitando en torno a este ámbito. Desde cuál haya de ser el conjunto de disposiciones normativas que rigen la mejora establecida en la norma convencional (particularmente, cuál de estas debe ser la aplicable) hasta su naturaleza jurídica y su eventual compatibilidad con la indemnización de daños y perjuicios que, asimismo, pueda causar el trabajador. También resulta, cuanto menos, enojosa la identificación de los elementos sustantivos que condicionan el nacimiento del derecho a la mejora convencional, la determinación del momento del hecho causante del nacimiento de la prestación o el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción, por citar algunas de las cuestiones más comúnmente planteadas en nuestros tribunales. Tratándose, además, de una responsabilidad, de ordinario, objeto de contrato de seguro es habitual que los problemas en sede judicial se focalicen también en el alcance y límites de la responsabilidad de la entidad aseguradora que pueden adquirir un especial cariz cuando se ha producido la sucesión de dos o más compañías aseguradoras en la cobertura. En estos supuestos, la clara determinación del alcance de la responsabilidad del asegurador exige del operador jurídico una cuidadosa interpretación combinada de la cláusula convencional, de los términos y condiciones de la póliza suscrita, particularmente lo que concierne a su fecha de efectos, y de las disposiciones aplicables de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.

De entre todos los problemas expuestos, en el presente estudio se pretende detener la atención solamente en dos de ellos. En primer lugar, el relativo a la determinación de cuáles son las circunstancias exigibles para concluir que la incapacidad permanente reviste carácter definitivo a efectos de poder reconocer al trabajador el derecho a la indemnización prevista en la cláusula convencional. Se trata de una cuestión respecto de la que conviene adelantar que se ha suscitado cierta confusión en la doctrina judicial que ha tenido que ser zanjada por un reciente pronunciamiento de la doctrina unificadora. En segundo lugar, junto al presupuesto relativo al carácter definitivo de las lesiones padecidas por el trabajador, resulta interesante ahondar en lo

[13] Cfr., por ejemplo, y entre otros muchos el art. 48 del *convenio colectivo estatal de empresas de* seguridad (BOE nº 29, de 1 de febrero de 2018); el art. 37 del *convenio colectivo de trabajo de ámbitoprovincial para la Industria Siderometalúrgica de Burgos* (BOB nº 155, de 21 de agosto de 2017);o el art. 38 del *convenio colectivo de pirotecnia de la Comunidad Valenciana* (DOCV nº 7899, de 19 de octubre de 2016); el art. 44 del *convenio colectivo del sector de los grandes almacenes* (BOE nº 242, de 7 de octubre de 2017). También, aunque con dicción dudosa en cuanto a su alcance vinculante, cfr. el art. 179 del *II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAUy Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU* (BOE nº 273, de 13 de noviembre de 2019). Dicho precepto convencional, a diferencia de los anteriores, se limita a constatar que las empresas incluidas en su ámbito funcional "*tienen suscritos seguros colectivos de riesgo que cubren las contingencias de fallecimiento e incapacidad absoluta para las personas trabajadoras con contrato indefinido de cada una de las empresas adheridas a los mismos*".

[14] Tal y como ha señalado la jurisprudencia. Cfr., en este sentido, las sentencias TS 29 de enero de 2019 (Rec. nº 3326/2016), 16 de septiembre de 2010 (Rec. nº 3105/2009), 10 de junio de 2009 (Rec. nº 3133/2009), 31 de enero de 2006 (Rec. nº 4617/2004) y 13 de mayo de 2004 (Rec. nº 2070/2003).

concerniente a la identificación del hecho causante de la prestación indemnizatoria. Esta segunda cuestión tampoco se encuentra exenta de dificultad, ha propiciado una intensa litigiosidad y, con ella, posiciones interpretativas que distan mucho de ser claras y uniformes.

2. EL PRESUPUESTO SUSTANTIVO PARA EL NACIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD INDEMNIZATORIA ESTABLECIDA EN EL CONVENIO COLECTIVO: EL CARÁCTER IRREVERSIBLE O PREVISIBLEMENTE DEFINITIVO DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

Una de las cuestiones interpretativas más espinosas que se vienen suscitando en relación con las cláusulas indemnizatorias de los convenios colectivos para los supuestos de declaración del trabajador en incapacidad permanente concierne a la identificación del principal presupuesto sustantivo del nacimiento de la responsabilidad empresarial en el abono de dicha mejora voluntaria de la prestación. Dicho presupuesto no es otro que el carácter irreversible o, al menos, "*previsiblemente definitivas*", tal y como señala el art. 193.1 LGSS, de las reducciones anatómicas o funcionales graves constitutivas de la incapacidad permanente. Pues bien, dable es plantearse si, a la luz de la exigibilidad de dicho presupuesto, tendría o no derecho el trabajador que ha sido declarado, por resolución del INSS, en incapacidad permanente, a la indemnización establecida en el convenio colectivo de aplicación para tal contingencia cuando en dicha resolución se haya hecho constar un plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado del incapacitado.

Un reciente pronunciamiento de la jurisprudencia unificadora[15] ha tenido la oportunidad de pronunciarse en este particular ámbito resolviendo un supuesto litigioso conformado por las siguientes circunstancias de hecho. Un trabajador venía prestando servicios para una empresa constructora como oficial de 2ª en la construcción hasta que sufrió un accidente de trabajo iniciando un proceso de incapacidad temporal. Desarrollado el pertinente procedimiento administrativo y transcurridos dieciocho meses desde la baja médica inicial, al trabajador se le reconoció por la Dirección Provincial del INSS una pensión de incapacidad permanente en el grado de total para la profesión habitual. En dicha resolución se hizo constar que dicha calificación podría ser revisada por agravación o mejoría a partir de una determinada fecha que se situaba en torno a los veinticuatro meses posteriores a la fecha de la resolución administrativa.

Con anterioridad a la baja médica del trabajador, la empresa había contratado una póliza de seguro con una aseguradora con objeto de cubrir, entre otros, los riesgos derivados de la incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo entendiéndose por tal aquella que ha sido considerada irreversible por la Seguridad Social al no haberse previsto revisión por mejoría. Sin embargo, la empresa procedió a la devolución del recibo de la entidad aseguradora correspondiente al periodo dentro del cual se produjo el accidente del trabajador que determinó su calificación en incapacidad permanente total para la profesión habitual. Pocos días después de dicha devolución, la empresa concertó con otra compañía aseguradora una nueva póliza de seguro para cubrir los riesgos derivados de incapacidad permanente total por accidente de trabajo. Como se verá posteriormente, dichas circunstancias, junto a lo dispuesto por el convenio colectivo aplicable sobre la fecha de efectos de la prestación[16], tuvieron, sin duda, su trascendencia y reflejo en el fallo condenatorio del

[15] Sentencia TS 23 de julio de 2020 (Rec. nº 1117/2018).

[16] Art. 53.1 c) del *convenio colectivo de trabajo del sector de la construcción y obras públicas de la provincia de Badajoz* (DOE 12 de marzo de 2008) y art. 62 del *IV convenio general del sector de la construcción* (BOE 11 de agosto de 2007). Adviértase que a fecha de redacción del presente texto, dichas normas convencionales no se encuentra en vigor por cuanto fueron sucedidas, respectivamente, por el convenio del sector de la provincia de Badajoz publicado en el DOE nº 67, de 6 de abril de 2017 y por el *VI convenio general del sector de la construcción 2017-2021* (BOE nº 232, de 26 de septiembre de 2017). Con todo el contenido del art. 51.1 c) del vigente convenio provincial y el art. 65.1 c) del vigente convenio nacional mantienen idéntica cuantía indemnizatoria (28.000 €) para los supuestos de declaración del trabajador en incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo.

Tribunal Supremo que recayó exclusivamente sobre la empresa demandada, sin alcanzar a las entidades aseguradoras.

2.1. La problemática jurídica planteada: Los arts.200.2 LGSS y 48.2 ET. Sus diferentes núcleos de imputación normativa

Tal y como se ha adelantado, el problema que nos ocupa consiste en determinar si, a los efectos del nacimiento de la obligación empresarial de abonar la indemnización prevista en el convenio colectivo aplicable para los supuestos de declaración del trabajador en incapacidad permanente total, puede o no calificarse dicha incapacidad como definitiva o irreversible cuando la resolución administrativa que la reconoce establece un plazo a partir del cual podrá instarse su revisión.

La cuestión, como se va a ver, gira en torno al alcance de dos preceptos normativos (los arts. 48.2 ET y 200.2 LGSS) que, pese a estar ubicados en disposiciones legales distintas, contemplan supuestos de hecho relativamente próximos por cuanto ambos hacen referencia a la previsión de plazos en los que puede, eventualmente, ser instada la revisión de la calificación de la incapacidad efectuada por el órgano de valoración de la misma. Se trata de un interrogante de gran interés por cuanto la proximidad de los supuestos de hechos de las normas aludidas esconde matices diferenciales de relieve de los que se deriva que la aplicación de una u otra norma para la resolución de la cuestión aquí planteada comporte consecuencias jurídicas bien diferenciadas.

En efecto, si bien se mira, el carácter irreversible o previsiblemente definitivo de la declaración de la incapacidad permanente no obsta a que pueda, eventualmente, producirse su eventual revisión, por agravamiento o mejoría, con posterioridad a la resolución calificadora del INSS. En este sentido, el art. 193.1 LGSS tras identificar la incapacidad permanente con las reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen la capacidad laboral del trabajador, añade que "*no obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo*". Nuestra legislación de Seguridad Social, sin embargo, va más allá al exigir que la posibilidad de revisión de la calificación efectuada, necesariamente, deba formar parte integrante de la resolución administrativa que reconoce la incapacidad permanente. Es por esto por lo que el art. 200.2 LGSS dispone que toda resolución administrativa que reconozca una incapacidad permanente "*hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá 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), para acceder al derecho a la pensión de jubilación*".

Los preceptos aludidos permiten alcanzar una importante conclusión que tiene, a su vez, una incidencia directa en la resolución de la problemática aquí planteada: que la obligada previsión por el órgano médico calificador de la incapacidad de una posible revisión de la misma por agravamiento o mejoría del incapacitado, no desdibuja el carácter irreversible o, cuanto menos, previsiblemente definitivo de la incapacidad.

Con todo, el contenido del art. 48.2 ET viene, en cierta manera, a dificultar la labor interpretativa del operador jurídico en este ámbito. Dicha norma laboral viene a proyectar una sombra de duda sobre los supuestos en que se puede conceptuar como definitiva la calificación de la incapacidad permanente efectuada por el INSS. Y ello, precisamente, en atención a los concretos términos en los que la resolución administrativa que la reconoce haya previsto una eventual revisión de la misma por agravamiento o mejoría del estado del beneficiario. En efecto, como es sabido, el art. 48.2 ET establece una suerte de extensión de los efectos suspensivos de la incapacidad temporal al establecer que en los supuestos de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, "*cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un*

periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente".

De dicho precepto laboral se desprende claramente que, frente a la regla general de los efectos extintivos de la incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez (art. 49.1 e) ET), existe un supuesto en los que la calificación del trabajador por la resolución administrativa del INSS en alguno de esos grados de incapacidad permanente no comportará la extinción del contrato de trabajo sino su suspensión con reserva de puesto de trabajo. Y es cuando, a juicio del órgano médico de valoración de la misma, la incapacidad del trabajador, en atención a su estado clínico y a su probable evolución, vaya a ser probablemente objeto de revisión por mejoría. Los efectos suspensivos que dicha previsión médica expresamente contemplada en la resolución administrativa comportan sobre el contrato de trabajo impiden, como es lógico, concebir como irreversible o previsiblemente definitiva la incapacidad declarada del trabajador[17].

Como ha puesto de relieve, oportunamente, la doctrina, los arts. 48.2 ET y 200.2 LGSS integran en sus respectivos supuestos de hecho importantes elementos diferenciadores que permiten separar nítidamente el uno del otro. En primer lugar, el primero solamente prevé la revisión por mejoría mientras que el segundo contempla, además, la revisión por agravación y por error de diagnóstico. En segundo lugar, en cuanto al momento de realización de la revisión, el art. 48.2 ET dispone que ésta se efectúe necesariamente dentro de los dos años siguientes a la resolución que reconoce la incapacidad permanente mientras que la revisión que contempla el art. 200.2 LGSS no se realizará hasta que se cumpla el plazo previsto en la propia resolución. Por último, la revisión del precepto laboral se somete a un plazo de dos años, finalizado el cual ésta ya no será posible. Sin embargo, la prevista en la norma de Seguridad Social podrá ser efectuada mientras el beneficiario no cumpla la edad de jubilación[18].

En efecto, si bien se mira, los arts. 200.2 LGSS y 48.2 ET contemplan supuestos de hecho semejantes pero sensiblemente diferentes y a los que el ordenamiento jurídico asocia consecuencias netamente distintas. El art. 200.2 LGSS se refiere al plazo a partir del cual es posible que sea instada la revisión por agravamiento o mejoría del estado del beneficiario. Se trata de un plazo mínimo a partir del cual "*se podrá instar la revisión*" lo que significa que no necesariamente se debe llevar a efecto en ese periodo[19]. La mera posibilidad de revisión es un rasgo inherente, pues, a toda declaración de incapacidad permanente sin que a ello obste sus efectos extintivos sobre el contrato de trabajo (art. 49.1 e) ET) ni el carácter irreversible o previsiblemente definitivo de las reducciones anatómicas o funcionales que presente el trabajador tal y como estatuye el art. 193.1 LGSS. En cambio, el art. 48.2 ET contempla un tipo cualificado de declaración de incapacidad permanente. Concretamente, aquella en la que el órgano calificador de la misma, a la luz del estado clínico del beneficiario y de su probable evolución, juzgue que ésta vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo. Dicha calificación es, en cambio, necesariamente provisional por cuanto se somete a un plazo máximo de dos años, dentro del cual no es que su revisión por el órgano calificador sea posible sino que es previsible y, por tanto, probable que se efectúe, comportando con ello la prolongación, durante ese tiempo, de los efectos suspensivos de la relación laboral que se iniciaron con la incapacidad

[17] Idéntica conclusión se ha alcanzado en los supuestos de impugnación administrativa o judicial del reconocimiento de la incapacidad permanente. Cfr., en este sentido, las sentencias TS 12 de marzo de 1992 (Rec. nº 595/1991), 9 de octubre de 1993 (Rec. nº 2265/1992) y 11 de mayo de 1994 (Rec. nº 3082/1993). Valorando positivamente dicha posición interpretativa, GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R. *La incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*. Bomarzo (Albacete), 2005, pág. 85. LÓPEZ CUMBRE, L. "Extinción por muerte, incapacidad o jubilación del trabajador", op. cit., pág. 948.

[18] LÓPEZ GANDÍA, J. y ROMERO RÓDENAS, Mª. J. *La incapacidad permanente: acción protectora, calificación y revisión*. Bomarzo (Albacete), 2011, págs. 96 y 97.

[19] FERNÁNDEZ PRATS, C. "Artículo 200. Calificación y revisión", en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J. R., *et altrii*, *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*. Thomson Reuters (Pamplona), 2ª edic, 2016, pág. 972.

temporal. Durante el citado plazo, la suspensión del contrato se somete a una suerte de condición resolutoria incierta cual es la revisión de la incapacidad por mejoría del trabajador que determine su aptitud para el trabajo[20]. Si tras la revisión efectuada, el INSS dicta una nueva resolución dentro de ese periodo revocando la previa declaración de incapacidad permanente por constatarse la aptitud laboral del trabajador, éste deberá reincorporarse inmediatamente a su puesto de trabajo. Si, en cambio, transcurrido dicho lapso temporal, la entidad gestora no ha dictado resolución o lo ha hecho una vez transcurrido el mismo, cesará la suspensión y la reserva de puesto de trabajo. En tales casos se puede producir, a instancia del empresario, la extinción de la relación laboral, en el bien entendido que la causa extintiva del art. 49.1 e) ET no juega, necesariamente, de forma automática[21].

Es por esto que, a los efectos que ahora importan (el nacimiento o no de la obligación empresarial de pago de la mejora voluntaria sobre la prestación de incapacidad permanente prevista en el convenio colectivo) resulte crucial atender a los términos exactos en los que se ha pronunciado dicha resolución administrativa. En consecuencia, la incapacidad podrá considerarse definitiva cuando la resolución administrativa califique al trabajador en determinado grado de incapacidad permanente por más que la misma establezca un plazo dentro del cual pueda ser revisada por mejoría o agravamiento del estado del beneficiario[22]. Téngase en cuenta que dicha revisión no podrá producirse si no concurren conjuntamente las dos circunstancias siguientes: por un lado, que se haya producido una mejora o un empeoramiento de las primitivas dolencias o que la aparición de otras posteriores haya agravado el cuadro clínico del trabajador. Por otro lado, que esa evolución favorable o desfavorable de las dolencias haya repercutido claramente en la capacidad del trabajador, conduciéndole, así, a un grado superior o inferior de incapacidad permanente[23] o, incluso, al no reconocimiento de grado alguno de incapacidad.

En cambio, la declaración administrativa de la incapacidad permanente debe tenerse por no definitiva cuando la resolución estime, conforme al art. 48.2 ET, como previsible su revisión por mejoría del estado del trabajador comportando efectos suspensivos sobre el contrato de trabajo. En suma, el ordenamiento jurídico atribuye efectos extintivos a las resoluciones de incapacidad permanente previsiblemente definitivas, por más que, conforme al art. 200.2 LGSS, deban hacer referencia a un plazo para su revisión por agravamiento o mejoría, y efectos meramente suspensivos a aquellas otras que reconozcan que la incapacidad vaya a ser objeto de previsible y, por tanto, probable revisión por mejoría.[24]

2.2. La equívoca solución en la doctrina judicial

Planteada la cuestión en estos términos, algún pronunciamiento en suplicación se ha decantado por zanjar el problema planteado en sentido negativo, no reconociendo el derecho del trabajador a la indemnización por incapacidad permanente prevista en el convenio colectivo[25]. Dicha solución, como es lógico, encontró su anclaje en el carácter presumiblemente no definitivo de la resolución administrativa de reconocimiento de la incapacidad permanente. Carácter aparentemente no definitivo que pudo deducirse de los términos literales de la citada resolución (por cuanto dispuso una fecha a partir de la cual era posible instar la revisión por mejoría del

[20] FERNÁNDEZ PRATS, C. "Causas y efectos de la suspensión", en GOERLICH PESET, J. Mª (Dir.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Tirant lo Blanch (Valencia), 2016, pág. 856.

[21] MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A. *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*. Bomarzo (Albacete), 2017, págs. 55 y 56. RIVAS VALLEJO, P. *La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza y supuestos legales*. Bomarzo (Albacete), 2002, pág. 170. En contra, PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. *et altrii*. La incapacidad permanente y las lesiones no invalidantes. Tirant lo Blanch (Valencia), 2010, págs. 110 y 111.

[22] En ese sentido resolvió, por ejemplo, la sentencia TSJ Andalucía 10 de marzo de 2016 (Rec. nº 2015/2015)

[23] PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. *et altrii*. *La incapacidad permanente y las lesiones no invalidantes*, op. cit., pág. 55.

[24] Tal y como ha constatado la jurisprudencia y la doctrina judicial. Cfr. las sentencias TS 17 de julio de 2001 (Rec. nº 3645/2000), TSJ Galicia 13 de julio de 2010 (Rec. nº 1599/2010) y TSJ Navarra 8 de mayo de 2007 (Rec. nº 8/2007).

[25] Sentencia TSJ de Extremadura 16 de enero de 2018 (Rec. nº 744/2017).

beneficiario) interpretada a la luz del art. 48.2 ET y de determinada doctrina jurisprudencial precedente que, a mi juicio, no fue oportunamente invocada.

En efecto, para alcanzar dicha conclusión, la doctrina judicial aquí citada trajo a colación determinada línea jurisprudencial erigida en torno a supuestos en los que también se había negado el derecho del trabajador a la reclamación de la indemnización establecida en convenio colectivo si bien el trabajador demandante no había sido calificado con una incapacidad permanente total sino con una incapacidad permanente absoluta[26].

Conforme a esta línea jurisprudencial, los efectos suspensivos sobre la relación laboral dispuestos por el art. 48.2 ET constituyen una importante especialidad respecto de la previsión general de revisiones de las declaraciones de incapacidad prevista en el art. 200.2 LGSS[27]. Este último precepto establece, como regla general, que toda declaración de incapacidad permanente es susceptible de revisión, tanto por mejoría como por agravamiento, en tanto el beneficiario no haya alcanzado la edad de jubilación, razón por la cual se debe establecer un plazo a partir del cual se podrá solicitar la revisión por cualquiera de las partes. En cambio, en el art. 48.2 ET contempla una revisión por mejoría no meramente posible sino probable por cuanto el órgano médico calificador considera previsible que ésta se producirá. Por ello, la norma fija un plazo de suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo vinculante para el empresario.

Para esta doctrina jurisprudencial, el carácter irreversible que constituye el presupuesto de nacimiento de la responsabilidad indemnizatoria fijada en el convenio colectivo no pude producirse en los casos en que el INSS estima probable que en un futuro próximo se vaya a producir una revisión de la incapacidad por mejoría. En tales supuestos, no se está en el supuesto general del art. 200.2 LGSS que no impide calificar como definitiva la incapacidad por cuanto, aunque la revisión pueda producirse no es probable que se produzca. Se está ante una previsión legal específica que, como excepción a la regla general, dispone que, incluso estando afectado el trabajador por unas afecciones "*previsiblemente definitivas*" es probable, sin embargo, que las supere, desaparezcan o se minoren en el transcurso de dos años de tal forma que pueda reincorporarse al trabajo.

Tal y como ha expresado el primero de los pronunciamientos jurisprudenciales citados, "*el art. 48.2 ET constituye una disposición aparentemente contradictoria con la normativa de Seguridad Social… por cuanto no permite considerar irreversible una incapacidad permanente declarada… con la específica advertencia de que se prevé que la situación de incapacidad vaya a ser objeto de revisión por mejoría., que permita la reincorporación al puesto de trabajo antes de dos años. Y, por ello, lo mismo que en términos laborales esa apreciación no faculta al empresario para declarar la ruptura de la relación laboral es espera de esa posibilidad de reincorporación a su trabajo por parte del trabajador, por la misma razón hay que entender que aquella incapacidad declarada no es irreversible. Se trata, por lo demás de una situación de espera transitoria en tanto en cuanto, si esa revisión por mejoría prevista no se ha producido en aquel plazo máximo de los dos años previsto en el art. 48.2 ET quedará abierta para el trabajador la posibilidad de reclamar la indemnización, y la consiguiente obligación de abonarla para la entidad aseguradora, pues a partir de entonces la incapacidad declarada ya tendrá la condición de irreversible. Si la mejoría que permita la incorporación del trabajador a su puesto de trabajo se ha producido se habrá*

[26] Sentencias TS 28 de diciembre de 2000 (Rec. nº 546/2000), 4 de febrero de 2014 (Rec. nº 2281/2014) y 4 de febrero de 2016 (Rec. nº 2281/2014). Dicha doctrina jurisprudencial ha tenido, naturalmente, su eco en otros pronunciamientos de la doctrina judicial. Cfr., entre otras, la sentencia TSJ Castilla León 11 de septiembre de 2007 (Rec. nº 484/2007).

[27] Anterior art. 143.2 del actualmente derogado RDL 1/1994, de 20 de junio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*.

demostrado que realmente no estábamos en presencia de una situación irreversible de las que daban derecho a la indemnización pactada"[28].

Pues bien, el anteriormente citado pronunciamiento en suplicación, a mi juicio equívocamente, trajo a colación la anterior doctrina jurisprudencial para concluir que, en el supuesto de autos, el trabajador no había causado derecho a la indemnización prevista en el convenio colectivo por cuanto la previsión de revisión contenida en la resolución del INSS no era la del art. 200.2 LGSS sino la del art. 48.2 ET determinante de la suspensión del contrato de trabajo. Añadió la sentencia que dicha conclusión no conduce al absurdo de imposibilitar siempre la consideración de la incapacidad como irreversible ya que el art. 200.2 LGSS autoriza, con carácter general, su revisión. Y ello por cuanto, a juicio de la Sala, al haberse establecido en la resolución administrativa una fecha a partir de la cual se podría revisar la calificación de la incapacidad por agravación o mejoría, es a partir de esa fecha cuando puede entenderse irreversible la incapacidad.

Desde mi punto de vista, la solución de fondo adoptada por esta posición de la doctrina judicial no es compartible ni tampoco lo son los argumentos esgrimidos para sustentarla. A mi modo de ver, el pronunciamiento de referencia erró clamorosamente en el planteamiento, invocó inadecuadamente la aplicación al supuesto enjuiciado del art. 48.2 ET y efectuó una interpretación manifiestamente desviada de la antes citada doctrina jurisprudencial ya que extrapoló la solución de fondo contenida en la misma (la inexistencia del derecho del trabajador a la indemnización por no ser definitiva su incapacidad) a un supuesto de hecho sustancialmente distinto.

Y es que, si bien se mira, en el supuesto de autos, a diferencia de los contemplados en la doctrina unificadora antes citada, la declaración administrativa calificadora de la incapacidad no lo hizo con una mención de previsible o probable revisión de ésta por mejoría con los efectos suspensivos sobre la relación laboral tal y como dispone el art. 48.2 ET. La resolución administrativa de referencia se limitó, en cambio, en cumplimiento del mandato del art. 200.2 LGSS a señalar una fecha a partir de la cual la calificación efectuada podría hipotéticamente ser objeto de revisión por agravamiento o mejoría. Siendo así las cosas, si la tantas veces citada doctrina jurisprudencial se pudo traer a colación para resolver el debate, tuvo que haber sido para concluir que en el supuesto enjuiciado, a diferencia de los contemplados por aquella, la incapacidad declarada revestía carácter previsiblemente definitivo y, por tanto, procedía el abono al trabajador de la indemnización por incapacidad permanente total establecida en el convenio colectivo.

Por lo demás, resulta cuanto menos sorprendente el argumento aducido en suplicación para negar el carácter definitivo de la incapacidad consistente en que el establecimiento en la resolución administrativa de una fecha a partir de la cual se podría instar una revisión de la misma determina que la situación no puede considerarse irreversible o definitiva hasta el cumplimiento de dicha fecha.

Dicha consideración evidencia, a mi juicio, un nuevo y llamativo error de la citada doctrina judicial. Si bien se mira, la fecha a la que se refiere la resolución administrativa no es aquella hasta la que puede producirse la revisión. Dicha fecha, o *dies ad quem*, de haberse previsto, sería, precisamente, la fecha que permite fijar el art. 48.2 ET determinando hasta su cumplimiento la suspensión de la relación contractual con reserva de puesto de trabajo. Sin embargo, la resolución administrativa de referencia en las actuaciones no contiene un *dies ad quem* sino de un *dies a quo*, esto es, una fecha a partir de la cual puede producirse la revisión. En este sentido, la errónea interpretación del citado pronunciamiento en suplicación no solamente determina, en efecto, que ninguna declaración de incapacidad permanente pudiera considerarse definitiva mientras no se cumpla la fecha aludida. Conduce, además, al contrasentido de no concebir la incapacidad

[28] Sentencia TS 28 de diciembre de 2000 (Rec. nº 646/2000), Fund. Jco. 2º.3. Insiste también en esta última consideración (los efectos de espera transitoria de la declaración administrativa de la previsible revisión por mejoría), reproduciendo lo expuesto por este primer pronunciamiento, la posterior sentencia TS 4 de febrero de 2016 (Rec. nº 2281/2014).

permanente como tal hasta el momento en que, precisamente, la misma puede ser objeto de revisión por el INSS.

Mención aparte merece el criticable efecto de desprotección social aparejado a la aplicación de este criterio interpretativo pues impondría a todo trabajador declarado en incapacidad permanente el sometimiento a un largo periodo de espera, por muy incapacitantes que fuesen las reducciones anatómicas o funcionales que evidenciase, para causar derecho a la indemnización establecida en el convenio colectivo.

2.3. La corrección de la doctrina unificadora

En este contexto fáctico, normativo y jurisprudencial no debe sorprender el signo del fallo y la fundamentación jurídica contenidos en la sentencia TS, de 23 de julio de 2020 (Rec. nº 1117/2018). La sentencia recurrida resultaba claramente contradictoria con un anterior pronunciamiento de la doctrina judicial[29] que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales dictó un fallo diametralmente opuesto, cumpliéndose así el requisito de contradicción con una sentencia de contraste tal y como exige el art. 219 LRJS. En ambos supuestos se trataba de trabajadores declarados en incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo en los que la resolución administrativa fijaba una fecha a partir de la cual dicha calificación podría ser objeto de revisión por agravación o mejoría. Y en ambos, el trabajador reclamaba la indemnización estipulada en el convenio colectivo provincial del sector de la construcción para los supuestos de incapacidad permanente total. Sin embargo, mientras en la sentencia de contraste se reconoció al trabajador el derecho a la indemnización, en la sentencia recurrida se negó el nacimiento de dicho derecho.

Este nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo, dictado a la luz de la sentencia de contraste y de los arts. 193 y 200.2 LGSS, 48.2 ET y 55.1 c) del convenio colectivo de la construcción y obras públicas de la provincia de Badajoz, y de su anterior doctrina unificadora colige que el asunto enjuiciado en esta ocasión dista mucho de ser identificable con los contemplados por dicha anterior doctrina. La misma, por tanto, tal y como aquí se ha afirmado, no fue oportunamente traída a colación por la sentencia en suplicación por cuanto dichos pronunciamientos jurisprudenciales negaron el derecho del trabajador a la indemnización con fundamento en unas circunstancias fácticas diametralmente distintas a las ahora enjuiciadas.

Pondera, a mi juicio con buen criterio, el alto tribunal que, a diferencia de los supuestos analizados en anteriores pronunciamientos, la declaración administrativa de incapacidad del supuesto de autos se emitió con carácter previsiblemente definitivo, sin que quepa entender que la misma no era irreversible tal y como juzgó la sentencia de instancia recurrida. Y es que, en el supuesto de que el órgano calificador de la incapacidad hubiese estimado que ésta fuera a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría lo hubiese hecho constar en la propia resolución administrativa, advirtiendo también que ello implicaba la suspensión del contrato de trabajo, con reserva de puesto de trabajo, por un periodo de dos años, cosa que la citada resolución administrativa no hizo. No conteniéndose dicha mención en la resolución administrativa, la incapacidad permanente ha de juzgarse definitiva, comportando la extinción del contrato ex art. 49.1 e) ET y el nacimiento del derecho del trabajador a la indemnización establecida en el convenio colectivo.

3. EL HECHO CAUSANTE DE LA RESPONSABILIDAD INDEMNIZATORIA ESTABLECIDA EN EL CONVENIO COLECTIVO

Otro de los problemas aplicativos que más frecuentemente se plantean en relación con la exigencia de la responsabilidad indemnizatoria del empresario y, en su caso, de su entidad aseguradora en los supuestos de declaración de incapacidad permanente del trabajador es la relativa

[29] Sentencia TSJ Castilla la Mancha 15 de octubre de 2009 (Rec. nº 531/2009).

a la fecha del hecho causante del nacimiento del derecho a dicha indemnización. Resulta crucial, a estos efectos, la exacta determinación de dicha fecha por cuanto se trata de un parámetro que condiciona extremos tales como cuál deba ser el convenio colectivo aplicable y, por tanto, el régimen convencional regulador de la indemnización, así como el nacimiento de la propia responsabilidad de la empresa en su abono y la de, en su caso, la entidad aseguradora[30].

La respuesta a la problemática determinación de la fecha del hecho causante del nacimiento de la mejora voluntaria establecida en el convenio colectivo para las prestaciones de incapacidad permanente, no tiene una acogida explícita en nuestro ordenamiento jurídico. Por su parte, como se verá, la jurisprudencia no ha ofrecido una nítida respuesta al problema planteado, que pueda ser aplicada en la globalidad de supuestos y con independencia de cuál sea el origen (enfermedad o accidente) y la naturaleza (común o profesional) de la contingencia determinante de la incapacidad permanente.

Ciertamente, si bien a los efectos del reconocimiento de la prestación pública de incapacidad permanente, el art. 13.2 de la OM, de 18 de enero de 1996, *por la que se desarrolla el Real Decreto 1300/1995 de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social*, dispone que "*el hecho causante de la prestación se entenderá producido en la fecha en que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la invalidez permanente*". Cuando la incapacidad permanente no se encuentre precedida de incapacidad temporal, el hecho causante se considerará producido "*en la fecha emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades*". En concordancia con dicho precepto, el art. 174.1 LGSS dispone que la incapacidad temporal se extinguirá, entre otros supuestos, con el alta médica del trabajador con declaración de incapacidad permanente[31], facultad que atribuye exclusivamente el art. 200.1 LGSS al INSS, debiéndose estar a la fecha de la correspondiente resolución administrativa (art. 6.3 RD 1300/1995, de 21 de julio).

De la aplicación combinada de los citados preceptos legales y reglamentarios, podría pensarse que, con carácter general, habrá de estarse al momento de extinción de la incapacidad temporal y/o de reconocimiento de la incapacidad permanente. Y ello, además, con independencia de si aquella tuvo su origen en una enfermedad o accidente y cualquiera que sea la naturaleza, común o profesional, de dichas contingencias pues el señalado marco jurídico no hace distingos a estos efectos.

Sin embargo, si bien se mira, la concurrencia en estos particulares contextos de regulaciones procedentes de normas y disposiciones de distinta naturaleza y origen, impiden, naturalmente resolver la cuestión planteada desde la óptica estricta de las disposiciones legales antes citadas. Tratándose en estos casos de mejoras voluntarias de prestaciones públicas de Seguridad Social que han sido instauradas en normas convencionales y que, con frecuencia, son objeto de una póliza de seguro, la resolución de la cuestión planteada adquiere un cariz mucho más complejo. Su adecuado examen y resolución exige, como es lógico, no solamente estar al contenido de las citadas disposiciones legales. También habrá de estarse, pues, al contenido de la propia cláusula

[30] A propósito, precisamente, de esta cuestión, la sentencia TS 23 de julio de 2020 (Rec. nº 1117/2018) no se pronunció sobre la eventual responsabilidad en el pago de la indemnización de las entidades aseguradoras, condenando exclusivamente a la empresa. Todo apunta a que dicha exoneración de responsabilidad fue debida a que la primera de las pólizas de seguro concertada por la empresa no se encontraba en vigor (por impago de la correspondiente anualidad), cuando aconteció el accidente y la segunda fue suscrita con posterioridad a su acaecimiento.

[31] Extinción que, como ya ha apuntado oportunamente la doctrina, a diferencia de lo que ocurre con el inicio de la incapacidad temporal que exige constitutivamente una comunicación formal del empresario, se producirá automáticamente. Cfr. LÓPEZ INSUA, B. *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad* Social. Comares (Granada), 2014, pág. 297. VIDA SORIA, J. "La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo". Tribunal Social nº 44/45, 1994, pág. 9.

convencional de mejora, pues ésta puede contener alguna previsión sobre la fecha de hecho causante del derecho a la indemnización.

En ese sentido la doctrina ya ha advertido que, en lo que concierne a la determinación de las condiciones, requisitos y elementos que configuran las mejoras voluntarias, ha de estarse, particularmente, a las reglas que las crean, ya se trate de convenios colectivos, contratos de trabajo o decisiones unilaterales del empresario y, en lo no previsto por la autonomía privada, al ordenamiento de la Seguridad Social[32]. En la misma línea, la jurisprudencia ya ha señalado en este sentido que las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social pactadas en un convenio colectivo "*se regulan, en primer lugar, por las disposiciones o acuerdos que los han implantado, tanto en cuanto a su reconocimiento como en cuanto a la anulación o disminución de los derechos atribuidos a dichas prestaciones, pero que en lo no expresamente previsto, deben regirse, en principio, por las propias normas del sistema de la Seguridad Social básica*"[33].

Por lo demás, consistiendo la mejora en indemnizaciones que, con frecuencia, son objeto de cobertura a través de una póliza de seguro colectivo concertada con una entidad aseguradora, habrá que estar también, en su caso, a las disposiciones de la Ley 50/1980, *del contrato de seguro*, así como los términos de la cobertura contenidos en el clausulado de la póliza concertada por la empresa con dicha entidad. Respecto de este último, la jurisprudencia ya ha advertido de la importancia de ponderar, a efectos de determinar el alcance de las entidades aseguradoras, los términos en que la póliza ofrece la cobertura del riesgo. Se ha señalado, en este sentido, que "*cuando se trata de seguros de grupo las definiciones de los riesgos y contingencias objeto de cobertura deben ser la precisadas en la póliza de seguro y sólo en caso de silencio u oscuridad de la póliza puede acudirse al concepto que de esos riesgos dan las normas de la Seguridad Social, pues, sobre todo, para interpretar la póliza debe estarse a la intención de las partes contratantes, lo que obliga a estar a la literalidad de la póliza cuando es fiel reflejo de la intención de quienes suscribieron el contrato de seguro*"[34].

De entrada, son diversas las posibles las soluciones que pueden ofrecerse a la cuestión planteada. Una primera interpretación posible consistiría en sostener que la fecha del hecho causante debe ser la de la fecha de reconocimiento administrativo de la incapacidad permanente o, cuanto menos, la del dictamen del equipo de valoración de incapacidades, pues, antes de la misma, no se puede hablar de la concurrencia del presupuesto material sobre el que se proyecta el nacimiento de la responsabilidad indemnizatoria del empresario. Una segunda interpretación, consistiría en atender a un criterio más materialista tendente a identificar como fecha del hecho causante no tanto el momento en que la incapacidad permanente es declarada formalmente como tal por la Seguridad Social cuanto aquel en que las secuelas padecidas revelan el carácter permanente del menoscabo a la salud sufrido por el trabajador. Una tercera posible interpretación, inspirada claramente en las reglas civiles del contrato de seguro, pasaría por distinguir el riesgo asegurado (la lesión a la salud) del daño o secuelas objeto de indemnización (la incapacidad permanente). De esta forma, habría que atender al momento de materializarse el acto lesivo a la salud del trabajador y no al del reconocimiento administrativo de la incapacidad. Ello determinaría que, al menos en los supuestos de accidente, habría que situar el hecho causante en la fecha de su acaecimiento, habida cuenta además que, de ordinario, aquel y no la propia incapacidad constituye el riesgo protegido por el empresario y, en su caso, asegurado por la correspondiente compañía aseguradora.

[32] ROQUETA BUJ, R. "Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social", op. cit., págs. 1398 y 1399.

[33] Sentencias TS 8 de junio de 2009 (Rec. nº 2873/2008), 14 de abril de 2010 (Rec. nº 1813/2009), 29 de noviembre de 2000 (Rec. nº 4366/1999), 13 de julio de 1998 (Rec. nº 3883/1997),17 de marzo de 1997 (Rec. nº 2817/1996), 20 de marzo de 1997 (Rec. nº 2730/1996), y 5 de junio de 1997 (Rec. nº 4675/1996).

[34] Sentencia TS 24 de noviembre de 2009 (Rec. nº 1145/2008). En la misma línea, cfr. las sentencias TS 22 de julio de 2002 (Rec. nº 1276/2001), 15 de marzo de 2002 (Rec. nº 4633/2000) y 24 de septiembre de 2002 (Rec. nº 3436/2001).

Como se ha adelantado, la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la cuestión aquí planteada, no ha ofrecido una respuesta suficientemente nítida ni tampoco uniforme que pueda proyectarse, con vocación de globalidad, para resolver la generalidad de los litigios que se planteen en este ámbito. Tampoco puede decirse que las posiciones en la doctrina unificadora hayan sido constantes pues, particularmente en los supuestos en los que la incapacidad permanente deriva de accidente, ha experimentado una notable evolución. Por lo demás, conviene adelantar que las soluciones arbitradas por la doctrina jurisprudencial, si bien en algunos casos han sido alimentadas por una loable finalidad de protección social del trabajador ante situaciones de vulnerabilidad, desde un punto de vista técnico, no siempre resultan totalmente satisfactorias. En efecto, como se verá, de la respuesta actualmente ofrecida por la jurisprudencia se desprende una artificiosa distinción entre las contingencias de enfermedad y accidente, que pasa a efectos prácticos por dispensar respuestas distintas para cada una de ellas. La cuestión planteada, pues, resulta especialmente espinosa, de contornos poco claros y singularmente controvertida. No es de extrañar, en este sentido, que algunos de los más importantes pronunciamientos del Tribunal Supremo en este ámbito hayan suscitado singulares e interesantes votos particulares emitidos por magistrados que han discrepado con el criterio mayoritario de la sala[35].

Como regla general, la jurisprudencia viene situando el hecho causante del derecho a la mejora establecida en el convenio colectivo en un momento análogo al establecido para las prestaciones públicas y básicas para dicha contingencia, atendiendo a la fecha del dictamen médico emitido por el equipo de valoración de las incapacidades de la Seguridad Social[36].Conforme a esta línea jurisprudencial, semejante solución responde al hecho, por lo demás incontestable, de que las secuelas derivadas de un daño a la salud no pueden ser predeterminadas en el momento de su acaecimiento, sino que dependen de múltiples factores de desarrollo incierto. Por otra parte, es evidente que situar el hecho causante en el momento de la declaración de la incapacidad permanente aporta mayor seguridad jurídica, ya que permite identificar con facilidad a las empresas y entidades aseguradoras responsables del pago de las mejoras voluntarias propiciando, así, mayor certidumbre en la atribución de sus responsabilidades indemnizatorias.

Sin embargo, dicha interpretación cuenta con un par de importantes excepciones que se encuentran refrendadas por una consolidada doctrina jurisprudencial. Una de ellas concierne a los supuestos en que las dolencias padecidas presentasen carácter definitivo o irreversible antes del reconocimiento administrativo de la incapacidad permanente. Otra, se refiere a los supuestos en que ésta traiga su causa en accidente, particularmente en un accidente de trabajo por ser estos ordinariamente objeto de previsión en las cláusulas indemnizatorias de los convenios colectivos y, asimismo, objeto de cobertura en las pólizas de seguro concertadas por el empresario.

Por lo que se refiere a la primera excepción, se ha razonado que el anterior criterio formalista, que pasa por situar el hecho causante en el momento en que es declarada formalmente la incapacidad permanente por el equipo de valoración de las incapacidades de la Seguridad Social, debe ceder en aquellos supuestos en que, por la naturaleza de la lesión sufrida por el trabajador, las secuelas apreciadas con ocasión de su incapacidad temporal, por su carácter definitivo e irreversible, revelan ya desde ese momento que el mismo se verá afectado de forma permanente para la prestación de trabajo[37]. En tales casos, se juzga razonable atender no tanto al plano formal del

[35] Cfr., por ejemplo, las sentencias TS 29 de enero de 2019 (Rec. nº 3326/2016), 1 de febrero de 2000 (Rec. nº 200/1999), 15 de mayo de 2010 (Rec. nº 1477/1999) y 14 de abril de 2010 (Rec. nº 1813/2009).

[36] Sentencias TS 3 de abril de 1992 (Rec. nº 1176/1991) y 22 de abril de 1993 (Rec. nº 744/1992), en supuestos de declaración de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, y sentencias TS 20 de abril de 1994 (Rec. nº 2198/1993), 23 de octubre de 1995 (Rec. nº 3657/1994), 2 de febrero de 1999 (Rec. nº 1886/1998) y 15 de mayo de 2000 (Rec. nº 1477/1999), referidasa incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional.

[37] Aplicando dicho criterio en relación con el acceso a la prestación pública de incapacidad permanente, cfr. la sentencia TS 18 de mayo de 2010 (Rec. nº 3495/2009). Y en relación con el reconocimiento del derecho a la mejora voluntaria establecida por el convenio colectivo, cfr. las sentencias TS 30 de abril de 2007 (Rec. nº 618/2006), 14 de mayo de 2010 (Rec. nº 1813/2009) y 20 de julio de 2017 (Rec. nº 3748/2015). Esta última *(...)*

reconocimiento por el INSS de la incapacidad, cuanto a la realidad del proceso patológico evidenciado por el trabajador cuando ésta permite situar el hecho causante al comienzo de la incapacidad temporal. Por lo demás, dicha posición interpretativa, calificada por la doctrina como "*más humanizadora*"[38], resulta coherente con una dilatada doctrina jurisprudencial anterior, conforme a la cual, la fecha del dictamen del equipo de valoración médica de incapacidades no puede configurarse necesariamente y en todo caso, como el hecho causante de la prestación ya que lo decisivo debe ser el momento en que las dolencias aparecen fijadas como definitivas e invalidantes[39].

En cuanto a la segunda excepción, afecta a los supuestos en que la incapacidad permanente tiene su origen en un accidente del trabajador, particularmente en los supuestos de accidente de trabajo, por cuanto esta contingencia constituye la más frecuentemente prevista por las cláusulas indemnizatorias de los convenios colectivos y, en buena lógica, también habitualmente objeto de cobertura por una póliza de seguro concertada por la empresa. En estos supuestos, la jurisprudencia ha experimentado un ostensible golpe de timón. Inicialmente la doctrina unificadora venía aplicando, el criterio interpretativo antes expuesto, con vocación de globalidad. Por tanto, también en los supuestos de accidente de trabajo se ha razonado que debe regir el mismo criterio para determinar el hecho causante en las prestaciones públicas y en las mejoras voluntarias, lo que conducía a situarlo en la fecha del dictamen del equipo de valoración de incapacidades[40].

Sin embargo, a partir de determinado pronunciamiento dictado en sala general, se abrió una nueva y discutida línea interpretativa, correctora de su doctrina anterior[41]. Conforme a esta nueva corriente interpretativa, actualmente imperante, en los supuestos de accidente, la fecha del hecho causante a efectos de causar el derecho a la correspondiente mejora voluntaria establecida en el convenio colectivo, debe situarse no en la fecha del dictamen del equipo de valoración de las incapacidades de la Seguridad Social, sino en la del acaecimiento de aquel y consiguiente inicio de la incapacidad temporal[42].

Para alcanzar semejante conclusión se razona que la técnica que nuestro sistema de Seguridad Social emplea para la protección de los trabajadores frente a los accidentes, distinguiendo entre contingencias determinantes, situaciones protegidas y prestaciones, es análoga a la que en el marco del seguro se asocia a la distinción entre el riesgo, el daño derivado de su materialización y su reparación. Así, mientras con carácter general, la Seguridad Social garantiza unas determinadas

---

contempló un supuesto de un trabajador que había causado baja por contingencia común al haber sufrido una herida incisiva por arma blanca que le produjo una sección total del nervio radial del brazo derecho, lesión que, desde el momento del siniestro, revelaba su carácter definitivo e invalidante.

[38] LÓPEZ GANDÍA, J. y ROMERO RÓDENAS, Mª. J. *La incapacidad permanente: acción protectora, calificación y revisión*, op. cit., págs. 23 y 24.

[39] Criterio iniciado con la sentencia TS 13 de febrero de 1987 (Roj nº 3644/1987), y después continuado por otras muchas tales como las de 8 de octubre de 1991 (Rec. nº 580/1991), 3 de diciembre de 1991 (Rec. nº 600/1991), 27 de diciembre de 1991 (Rec. nº 332/1991), 21 de enero de 1993 (Rec. nº 2277/1991) y 28 de junio de 2006 (Rec. nº 428/2005).

[40] Cfr., entre otras muchas, las sentencias TS 26 de noviembre de 1991 (Roj. nº 13362/1991),28 de enero de 1997 (Rec. nº 2666/1996), 12 de junio de 1997 (Rec. nº 2203/1996), 18 de marzo de 1998 (Rec. nº 2222/1996), 6 de octubre de 1998 (Rec. nº 205/1998) y 20 de enero de 1999 (Rec. nº 4376/1992).

[41] Sentencia TS 1 de febrero de 2000 (Rec. nº 200/1999).Si bien dicho pronunciamiento fue dictado, no en un supuesto de reclamación de la indemnización establecida en el convenio colectivo para la incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo, sino en uno donde se debatíasi debía aplicarse o no la exclusión de las prestaciones a tanto alzado (como es singularmente, la derivada de incapacidad permanente parcial) del ámbito del reaseguro obligatorio que dispone el art. 63.2 del RD 1993/1995, de 7 de diciembre.

[42] Criterio interpretativo continuado, entre otros, en posteriores pronunciamientos en los que la contingencia sufrida había sido un accidente de trabajo. Cfr. las sentencias TS 11 de abril de 2000 (Rec. nº 3112/1999), 5 de junio de 2000 (Recs. nº 3253/1999 y 3431/1999), 21 de septiembre de 2000 (Rec. nº 2021/1999), 17 de enero de 2001 (Rec. nº 2294/2000), 25 de junio de 2001 (Rec. nº 2202/2000), 4 de octubre de 2001 (Rec. nº 3902/2000), 10 de junio de 2002 (Rec. nº 713/2002), 25 de septiembre de 2002 (Rec. nº 3493/2001), 31 de octubre de 2002 (Rec. nº 3902/2000), 8 de junio de 2009 (Rec. nº 2873/2008), y 19 de enero de 2009, (Rec. nº 1172/2008).

prestaciones, cuando se trata de accidente, lo que hace el sistema es asegurar la responsabilidad empresarial derivada del mismo desde el mismo momento en que se ha producido. La noción de hecho causante empleada por las normas de Seguridad Social si bien es fundamental para determinar el momento en que haya de entenderse nacida la situación protegida que da acceso a la correspondiente prestación púbica, no lo es para determinar el sujeto responsable de las secuelas que derivan del accidente. Y no lo es porque por cuanto, como el accidente constituye el riesgo asegurado, es la fecha de su acaecimiento la que cuenta a efectos de la responsabilidad empresarial y de la entidad aseguradora, en su caso, aunque el efecto dañoso (la incapacidad) se produzca con posterioridad.

Dicha argumentación se hace pivotar en torno a los arts. 100 y 104 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, de los que se desprende claramente que en el seguro de accidentes el riesgo asegurado es el accidente mismo más no las secuelas que no constituyen sino los efectos de su materialización[43]. De aquí que lo trascendente sea, a estos efectos, la relación de causalidad entre el accidente y sus secuelas pero no la fecha en que éstas se produzcan ni tampoco la fecha del dictamen del equipo de valoración de incapacidades que las ha constatado. En esta línea se ha traído a colación la distinción que la jurisprudencia civil viene efectuando entre el accidente como riesgo asegurado y el daño derivado del mismo. Se ha sostenido, en este sentido, que "*la declaración de invalidez, lejos de significar el hecho de causación del daño o del siniestro, es meramente una formalidad administrativa determinante, entre otras, de las consecuencias económicas den diversos aspectos del accidente, pero en modo alguno puede identificarse con este*"[44]. Pondera también, no obstante, la citada jurisprudencia social que, en el ámbito de la protección pública dispensada por el sistema de Seguridad Social, se reproduce el mismo esquema que el previsto en el contrato de seguro por cuanto la protección debe ser dispensada por la entidad gestora o colaboradora que tuviese establecida la cobertura en el momento del accidente (art. 200.1 LGSS y art. 19 OM 15-04-1969) y ésta es la que responde de sus consecuencias aunque se manifiesten con posterioridad.

Por último, esta corriente interpretativa cierra su fundamentación con un argumento de claros contornos sociales, que ha sido invocado a la luz de la exigencia de interpretar las normas jurídicas conforme a "*la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*" que impone el art. 3.1 del Código Civil. Se ha razonado, en este sentido, que la hipótesis de situar el momento del hecho causante en aquel en el que el equipo de valoración de incapacidades emite su dictamen puede llevar aparejada consecuencias prácticas inconvenientes desde el punto de vista de la protección de la posición jurídica del trabajador. Por un lado, la protección dispensada en la cláusula indemnizatoria del convenio colectivo y, en su caso, asegurada mediante póliza de seguro, puede quedar diluida cuando se trata de trabajadores temporales cuyo contrato se ha extinguido antes de la declaración de la incapacidad permanente. Basta reparar en el hecho de que este tipo de cláusulas son habituales en sectores, como es particularmente, la construcción donde las tasas de temporalidad en la contratación son ostensibles. Por otro lado, la función de garantía patrimonial desempeñada por la póliza de seguro colectivo de accidentes puede quedar empañada por la dificultad práctica para cualquier empresa de suscribir una póliza una vez se haya actualizado el riesgo, por el acaecimiento del accidente, y sea previsible el daño derivado del mismo. Amén de que si la cobertura se hace depender de una actuación posterior a la producción de la contingencia

[43] Extremo ponderado también por la sentencia TS 20 de julio de 2017 (Rec. nº 3748/2015), Fund. Jco. 2º, que sigue la doctrina de la sentencia TS 1 de febrero de 2000 (Rec. nº 200/1999) pero que, curiosamente, no contempla un supuesto de accidente de trabajo sino de accidente no laboral (sección total del nervio radial del brazo derecho por arma blanca).

[44] Sentencia TS, sala 1ª,17 de junio de 1993 (Rec. nº 3324/1990), Fund. Jco. 3º. En el mismo sentido, cfr. la sentencia TS, sala 1ª, 6 de febrero de 1995 (Rec. nº 1828/1990), Fund. Jco. 3º a).

determinante (el accidente), ello puede propiciar conductas estratégicas, cuando no fraudulentas, de las empresas dirigidas a la suscripción de la póliza[45].

Desde un punto de vista de justicia social, nada hay que objetar a esta última consideración argumental. Por otra parte, no debe resulta desconocido que, estando en juego la obligación empresarial de pago de importantes sumas indemnizatorias, la aplicación de un criterio formalista, que atienda exclusivamente, a la fecha de la resolución administrativa declarativa de la incapacidad pueden generar situaciones de acusada desprotección social del trabajador. Dicho contexto socialmente adverso para el mismo puede producirse, particularmente, cuando haya sido objeto de despido sin causa, con ocasión de su baja médica por incapacidad temporal, por más que la improcedencia de la decisión extintiva sea posteriormente reconocida por el empresario[46]. Es evidente que, en estos particulares contextos, los efectos lesivos de la decisión extintiva del empresario, no ajustada a Derecho, se multiplican al poder comprometer seriamente el acceso del trabajador a la indemnización a la que, de ordinario, tendría derecho de no haberse producido la extinción del contrato de trabajo[47].

Desde otra óptica distinta, también es cierto que la aplicación estricta de la anterior doctrina jurisprudencial solamente a los supuestos en los que la incapacidad permanente deriva de accidente no deja de resultar un tanto insatisfactoria técnicamente pues efectúa una artificiosa distinción entre contingencias dispensando un tratamiento diferente según cuál sea el origen de la incapacidad. Dicha separación no sintoniza con el principio de consideración conjunta de las contingencias que alumbró la ley de bases de Seguridad Social de 1963 y que todavía inspira en nuestros días nuestro sistema de protección pública. A resultas del mismo, la acción protectora de nuestro sistema de Seguridad Social se despliega en atención a la situación de necesidad del beneficiario (muerte, incapacidad, supervivencia, etc.) y no a la causa que ha generado dicha situación. El tenor literal del art. 41 CE pone dicho extremo en evidencia al vincular el mantenimiento del régimen público de Seguridad Social y la exigencia de suficiencia de las prestaciones a *"situaciones de necesidad"*.

Por otra parte, no es ocioso recordar que, tal y como ya se ha expresado aquí, las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, además de regularse por las disposiciones o acuerdos que las han implantado, se rigen por las propias disposiciones normativas del sistema público de Seguridad Social. Como es sabido, por lo que se refiere al hecho causante de las prestaciones de incapacidad permanente, dichas normas no establecen distinción alguna en función de cuál haya sido la causa (enfermedad o accidente) constitutiva de la aludida situación de necesidad. Es por esto por lo que resulta, a mi juicio, claramente distorsionante sostener, como sostiene la jurisprudencia, un régimen distinto de identificación del momento del hecho causante de la mejora con fundamento en las previsiones reguladoras de los contratos de seguro privado, sin perjuicio, claro está de que haya que estar a las mismas para delimitar el alcance, en su caso, de la responsabilidad de la entidad aseguradora.

En esta misma línea crítica, alguna posición doctrinal ha puesto de relieve, si bien en relación con el reconocimiento de la prestación pública por la Seguridad Social, que el concepto material de hecho causante al que conduce la citada doctrina jurisprudencial (que permite situarlo en la fecha del accidente) propicia inseguridad jurídica tanto para los beneficiarios como para la entidad gestora. Junto a ello, el aludido criterio interpretativo entraña el riesgo de volverse en contra

[45] Tal y como constatan, entre otras, las ya aquí citadas sentencias TS 1 de febrero 2000 (Rec. nº 200/1999), Fund. Jco. 6º, y 18 de abril de 2000 (Rec. nº 3112/1999), Fund. Jco. 3º, y 31 de octubre de 2002 (Rec. nº 3902/2000), Fund. Jco. 4º.

[46] Ese fue precisamente el supuesto contemplado por la ya citada sentencia TS 20 de julio de 2017 (Rec. nº 3748/2015.

[47] Para un tratamiento reciente sobre la problemática que plantea el despido sin causa del trabajador con ocasión de su incapacidad temporal, cfr. MONTOYA MEDINA, D. *Tutela laboral y protección social de los trabajadores enfermos crónicos*. Bomarzo (Albacete), 2020, págs. 78 a 82. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A. *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, op. cit., págs. 158 a 166.

de los intereses de los propios beneficiarios por cuanto la anticipación de la fecha del hecho causante de la incapacidad permanente determinará la imposibilidad de computar las cotizaciones con posterioridad a esa fecha[48]. En esta línea de pensamiento, a efectos del nacimiento de la responsabilidad indemnizatoria establecida en el convenio colectivo, es cierto que situar el hecho causante en el momento del accidente propicia mayor incertidumbre por cuanto dificulta la labor de identificación de las empresas y entidades aseguradoras responsables del pago de las mejoras convencionalmente pactadas.

Lo anterior no impide afirmar que, tratándose, como se trata, de mejoras instauradas en pactos colectivos, habrá que estar primordialmente a los términos de las cláusulas convencionales que las han instaurado que, sin lugar a dudas, constituyen el título constitutivo de aquellas. Si de los mismos se desprende claramente que el derecho a la indemnización se instaura para los supuestos en que el trabajador haya sido declarado en incapacidad permanente, es evidente que dicho derecho y, por tanto, la responsabilidad del empresario y/o del ente asegurador, no podrá nacer hasta que el INSS haya emitido la pertinente resolución administrativa reconociendo la incapacidad del trabajador con carácter irreversible o, cuanto menos, previsiblemente definitivo. Cosa distinta y, por tanto, diferente solución habrá de arbitrarse en aquellos casos en que la cláusula convencional contenga una disposición reguladora del momento de nacimiento del hecho causante que se aparte de la que, con carácter general, se deduzca del vigente marco normativo en cuyo caso habría que estar a aquella[49].

Algo similar acontece con los términos y condiciones en los que se hallen redactadas las cláusulas reguladoras de la cobertura ofrecida, en su caso, por la póliza de seguro colectivo que haya suscrito la empresa. En este sentido, la jurisprudencia ya ha dado cuenta de supuestos en los que la póliza de seguro establece como fecha del hecho causante, determinante de la responsabilidad de la entidad aseguradora, no la fecha del accidente sino aquella en la que se haya dictado la resolución administrativa o judicial en la que se reconozca el derecho a la prestación. En tales casos, quiebra la regla general que se deduce de las normas de Seguridad Social y las reguladoras del contrato de seguro operando la excepción expresamente prevista e impuesta por la voluntad de las partes del contrato de seguro[50]. En síntesis la regla que se infiere de esta corriente jurisprudencial es que cuando se trata de mejoras voluntarias establecidas en convenio colectivo y objeto de una póliza de seguro, los términos y condiciones que delimitan el alcance de la responsabilidad del asegurador deben ser los acordados en la póliza aunque no sean coincidentes con los que resulte de las normas de Seguridad Social. Como es lógico, la consecuencia inmediata de la operatividad de dicha excepción es la exoneración de la entidad aseguradora, más no necesariamente del empleador, cuando al tiempo del reconocimiento formal de la incapacidad permanente la póliza de seguro ya había dejado de estar en vigor.

[48] ROQUETA BUJ, R. "Incapacidad permanente", en ROQUETA BUJ, R. y GARCÍA ORTEGA, J. *Derecho de la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch (Valencia), 9ª edic., 2020, pág. 394.

[49] Cfr., por ejemplo, el art. 65.4 del VI *convenio general del sector de la construcción 2017-2021* (BOE nº 232, de 26 de septiembre de 2017) a cuyo tenor, "*a los efectos de acreditar el derecho a las indemnizaciones aquí pactadas se considerará como fecha del hecho causante aquélla en la que se produce el accidente de trabajo o la causa determinante de la enfermedad profesional*". Idéntica disposición contiene, entre otros muchos, el art. 29.4 del *convenio colectivo de trabajo del sector de Canteros, Marmolistas y Granitos Naturales de la provincia de Valencia* (BOP nº 22, de 31 de enero de 2018) y el art. 24.4 del *convenio colectivo de trabajo del sector de pintores murales y empapeladores de la provincia de Valencia* (BOP nº 139, de 12 de junio de 2008).

[50] Sentencia TS 29 de enero de 2019 (Rec. nº 3326/2019), que sigue la doctrina contenida en las anteriores sentencias de 23 de septiembre de 2009 (Rec. nº 2248/2008), 30 de abril de 2007 (Rec. nº 618/2006), 24 de mayo de 2006 (Rec. nº 210/2005), 19 de enero de 2004 (Rec. nº 2807/2002), 28 de abril de 2004 (Rec. nº 2346/2003), 23 de diciembre de 2004 (Rec. nº 3356/2003), 26 de abril de 2003 (Rec. nº 4518/2002), 20 de noviembre de 2003 (Rec. nº 3238/2003).

4. CONCLUSIONES

Como se habrá advertido, la materialización de los derechos indemnizatorios que la negociación colectiva instaura como mejoras voluntarias de las prestaciones causadas por los trabajadores declarados en incapacidad permanente por la Seguridad Social viene suscitando múltiples problemas interpretativos y, con ello, una constante litigiosidad que pone en riesgo la finalidad protectora que inspira la regulación convencional de dichas mejoras.

Aparte de la considerable cuantía económica a la que suelen ascender las indemnizaciones fijadas en las cláusulas convencionales, buena parte de las razones que explican la problemática jurídica que rodea los derechos indemnizatorios instaurados en aquellas conectan con la diversidad y heterogeneidad de sus fuentes reguladoras. Adviértase que se trata de un ámbito en el que se produce la simultánea intervención normativa del poder regulador estatal (mediante las disposiciones legales y reglamentarias de Seguridad Social y las ordenadoras del contrato de seguro), de la autonomía colectiva (a través de las cláusulas convencionales) y de la autonomía privada (manifestada en el clausulado de las pólizas empresariales de seguro colectivo). Dicho particular contexto normativo, sin lugar a dudas, dificulta la labor del operador jurídico ante la tarea de determinar, en cada caso, el alcance de los derechos del trabajador y de la propia responsabilidad empresarial.

De entre los diversos problemas interpretativos de relevancia que se suscitan en este ámbito, el presente estudio ha detenido, particularmente, la atención en dos de ellos. Las cuestiones objeto de análisis revisten interés y presentan una especial importancia aplicativa por incidir, de manera directa, en el nacimiento del derecho prestacional reconocido al trabajador por el convenio colectivo y en el de la consiguiente responsabilidad indemnizatoria del empresario.

El primero de ellos, concerniente, como se sabe, a la determinación del carácter definitivo o no de la declaración de incapacidad permanente, viene suscitándose, fundamentalmente, por la acción combinada de dos factores.

Por una parte, por la proximidad de los diversos supuestos de revisión de la incapacidad permanente actualmente contemplados en nuestro ordenamiento jurídico. Si bien se mira, tanto el art. 48.2 ET como el art. 200.2 LGSS se refieren a la eventual revisión de la calificación de la incapacidad permanente efectuada por la resolución administrativa del INSS y ambos preceptos, asimismo, exigen de la citada resolución la previsión de un plazo determinante del periodo dentro del cual la revisión puede ser efectuada. Junto a ello, si bien cada una de estas disposiciones normativas contempla la revisión en términos distintos (una como posible y otra como previsible), ambas la estatuyen en clave de hipótesis. Dicha circunstancia puede alimentar cierta dificultad del operador jurídico, incluidos los tribunales de justicia, en la labor de identificación del carácter definitivo o transitorio de la incapacidad trayendo consigo importantes repercusiones prácticas en el reconocimiento del derecho exigido por el trabajador.

Por otra parte, debe advertirse que esa dificultad en la identificación del carácter definitivo o provisional en que ha sido reconocida la incapacidad puede, en ocasiones, venir propiciada, también, por el propio contenido de las resoluciones de los directores provinciales del INSS reconociendo determinado grado de incapacidad permanente. Interpretar el sentido exacto y cuáles deben ser los efectos laborales y de protección social de las resoluciones administrativas, en relación con la naturaleza del plazo dispuesto para la revisión de la incapacidad permanente, puede suponer una tarea harto compleja. Y puede serlo, especialmente, en aquellos casos en los que los términos de la resolución administrativa sobre este concreto extremo no sean tan claros como sería deseable. En este sentido, a mi juicio, podría contribuir a propiciar una mayor certidumbre sobre los efectos atribuibles a este tipo de resoluciones que éstas, con carácter general, se refiriesen expresamente al carácter previsiblemente definitivo o transitorio del grado de incapacidad reconocido, así como al precepto legal (art. 48.2 ET o art. 200.2 LGSS) con arreglo al cual se contempla y dispone una eventual revisión.

Con respecto a la segunda de las cuestiones aquí analizadas (la relativa al momento del hecho causante del nacimiento del derecho a la indemnización establecida en el convenio colectivo), son diversos los componentes que alimentan su complejidad característica y justifican un análisis unitario como el aquí efectuado. Basta reparar en la diversidad y heterogeneidad de las fuentes potenciales de regulación de dicha cuestión, en la posibilidad de una pluralidad de sujetos eventualmente responsables del abono de la indemnización, y en la ausencia de soluciones suficientemente concluyentes en nuestra legislación. Todos ellos son elementos que dificultan ostensiblemente la labor de exégesis del operador jurídico. Asimismo, las pronunciadas oscilaciones que ha experimentado la jurisprudencia han convertido la cuestión señalada en un terreno de incertidumbre, especialmente abonado a la inseguridad jurídica, propiciando una constante conflictividad social en sede judicial. Precisamente por este motivo, es importante destacar el papel regulador que puede y debe desempeñar la autonomía colectiva a la hora de precisar el momento del hecho causante del derecho a la prestación indemnizatoria como elemento modulador de la responsabilidad empresarial. También del clausulado de las pólizas de seguro colectivo en lo que concierne a la responsabilidad de las entidades aseguradoras. La intervención reguladora de uno y otro instrumento negocial sobre este concreto aspecto, a mi juicio, resulta decisiva a fin de propiciar mayor certidumbre para los sujetos beneficiarios, así como para las empresas y las entidades aseguradoras. Dicha intervención, además, debe contribuir a diluir el actual margen de zozobra que sobre este ámbito se deduce de las posiciones interpretativas la jurisprudencia ha venido adoptando.

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

Incompatibilidad entre la incapacidad permanente total y la segunda actividad en la Policía Autónoma Vasca. Comentario a la STS, Social, de 23 de septiembre de 2020 (núm. 792/2020)

Incompatibility between total permanent disability and non-operational duty in the Autonomous Basque Police force. Commentary on the Social Supreme Court Ruling of September 23, 2020 (no. 792/2020)

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
https://orcid.org/0000-0001-5910-2982

Cita sugerida: RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. "Incompatibilidad entre la incapacidad permanente total y la segunda actividad en la Policía Autónoma Vasca. Comentario a la STS, Social, de 23 de septiembre de 2020 (núm. 792/2020)". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 28* (2021): 79-87.

Resumen

La situación de "segunda actividad" de un policía autonómico, en la que, debido al deterioro en sus condiciones físicas, desarrolla, desde la posición de servicio activo, tareas eminentemente administrativas propias de su profesión habitual, resulta incompatible con el disfrute de una prestación económica de incapacidad permanente total.

Abstract

The condition of "non-operational duty", in which an autonomous police officer would undertake more administrative tasks than they usually would in a position of active service due to the deterioration of their physical condition, is incompatible with the benefits of economic compensation received by a person with a completely permanent disability.

Palabras clave

incapacidad permanente total, profesión habitual, incompatibilidad, segunda actividad, policía

Keywords

completely permanent disability; usual profession; incompatibility; non-operational duty; police

1. LA SEGUNDA ACTIVIDAD COMO SITUACIÓN ADMINISTRATIVA ESPECIAL

Determinados cuerpos de funcionarios (de policía, de bomberos, de agentes penitenciarios o de agentes rurales) exigen la disposición subjetiva de unas óptimas condiciones físicas y mentales que permitan en todo momento el desarrollo eficiente de las funciones que les son propias, una vez superados exigentes procesos selectivos en los que no sólo hay que aprobar pruebas de conocimiento sino también test conductuales. Al tiempo, deben acreditar determinada fortaleza, sin estar incursos, a la postre, en alguno de los apartados de los cuadros médicos de exclusiones[1].

Teniendo en cuenta que sus integrantes llevan a cabo cometidos eminentemente operativos con manejo de armas y, en muchas ocasiones, desempeñan quehaceres arriesgados y peligrosos, no puede extrañar que sus aptitudes psíquicas y corporales deban cumplir rigurosos estándares durante toda su carrera, de manera que la rebaja de tales cualidades provocará la imposibilidad en el

[1] TRAYTER GIMÉNEZ, J.M.: "La situación administrativa de segunda actividad aplicable a determinados cuerpos especiales de funcionarios", *Revista Catalana de DretPublic*, núm. 57, 2016, pág. 182.

Fecha Recepción: 28/12/2020 – Fecha Revisión: 11/02/2021 – Fecha Aceptación: 12/02/2021
Pags. 79-87

cumplimiento, con solvencia, de los deberes profesionales anteriormente desarrollados, pudiendo, no obstante, realizar otros menos exigentes.

Tal circunstancia ha sido atendida por el legislador de Seguridad Social a través de dos mecanismos fundamentales: de un lado, estableciendo edades de jubilación anticipada sin penalización y, de otro, protegiendo la situación de incapacidad para el trabajo como consecuencia de una alteración de la salud del sujeto que la padece a través de la prestación de incapacidad permanente total cuando presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, previsiblemente definitivas, que impiden la realización de todas o de las fundamentales tareas de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, siempre que pueda dedicarse a otra distinta (art. 194 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social –TRLGSS–). Tal afectación irá acompañada de una pensión vitalicia del 55% de la Base Reguladora. Esta pensión puede sustituirse, excepcionalmente, por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario sea menor de 60 años. Asimismo, dicha pensión podrá también ser incrementada en un 20%, cuando por la edad del beneficiario, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior. La cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común no podrá resultar inferior al importe mínimo fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común de titulares menores de sesenta años con cónyuge no a cargo (art. 196.2 TRLGSS).

En paralelo a este régimen de protección social, desde la legislación de función pública también se ha pretendido dar solución a este detrimento subjetivo a través de la denominada segunda actividad, entendida como institución específica que tiene como finalidad garantizar un equilibrio entre la eficacia en el servicio y el mantenimiento del derecho al cargo del funcionario, permitiendo la adaptación de su devenir profesional a los cambios que puedan producirse por el transcurso del tiempo o por la disminución sobrevenida de su aptitud físico-cognitiva[2]. En efecto, las reglamentaciones respectivas de los citados cuerpos de bomberos o policías, tanto a nivel nacional, autonómico o municipal, disponen la limitación de las funciones a realizar por los profesionales afectados cuando concurren las circunstancias en cada caso previstas, de suerte que podrán llevar a cabo unas concretas áreas (normalmente, de naturaleza auxiliar o burocráticas) igualmente necesarias para la viabilidad de los servicios, pero cuya carga física o psíquica sea ostensiblemente menor a la que comporta el desempeño de los quehaceres típicos del correspondiente cuerpo[3].

2. EL CASO PARTICULAR DE LA POLICÍA AUTÓNOMA VASCA

Descendiendo al colectivo de los ertzaintzas, además de poder acogerse a la regulación general de la Seguridad Social sobre la incapacidad permanente total en los términos anteriormente indicados, disfrutan de un coeficiente reductor en la edad de jubilación del 0,20 de aplicación a los años completos efectivamente trabajados como miembros del Cuerpo (disposición adicional 20ª TRLGSS)[4].

Al tiempo, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 22 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Policía del País Vasco, en su art. 90, regula el pase desde la situación de

[2] CANTERO MARTÍNEZ, J.: "A vueltas con las causas de pase a la segunda actividad de los policías locales y su nuevo régimen de jubilación anticipada", *Revista Vasca de Organización de Personas y Administraciones Públicas*, núm. 17, 2019, pág. 32.

[3] LUJÁN ALCARAZ, J. y SELMA PENALVA, A.: "Segunda actividad y reconocimiento de incapacidad permanente total ¿compatibilidad o abuso? (STS 26 abril 2017)", *Revista Derecho de la Seguridad Social*, núm. 13, 2017, pág. 207.

[4] BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: "La reducción de la edad de jubilación en los policías locales", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 43, 2016, pág. 270.

servicio activo a la situación administrativa especial de segunda actividad de este colectivo "por disminución apreciable de las facultades psíquicas o físicas, cuando esta determine una insuficiente capacidad de carácter permanente para el pleno desempeño de las funciones propias de su categoría, sin impedir la eficaz realización de las fundamentales tareas de la profesión policial", aclarando además que "se consideran tareas fundamentales de la profesión policial (núcleo duro) las relativas al mantenimiento y restauración del orden y la seguridad ciudadana, la prevención derechos delictivos, su investigación, y la persecución de las personas culpables; tareas cuyo eficaz desempeño exige una elemental capacidad tanto para el uso y el manejo de armas de fuego y demás defensas reglamentarias, como para la conducción de vehículos en condiciones normales, así como una elemental capacidad motriz/motora".

Se trata, por ende, de una situación temporal, solicitada a instancia de parte o reconocida de oficio, previa valoración de las limitaciones funcionales por un tribunal evaluador compuesto por tres facultativos, que motivará el cese del funcionario en el puesto de trabajo de origen, siéndole asignado otro en adscripción provisional, en el que percibirá las retribuciones básicas de la categoría o aquéllas de carácter personal que tuvieran reconocidas, incluyendo los trienios que seguirán perfeccionándose. Se abonarán, además, las retribuciones complementarias que correspondan al puesto o plaza efectivamente desempeñados.

3. LA CUESTIÓN DEBATIDA

A la vista de esta regulación administrativa, puede resultar difícil deslindar dos consecuencias confluyentes ante la disminución de aptitudes psicofísicas para el desempeño de la función policial: el pase a la segunda actividad y la declaración de incapacidad permanente total por el INSS, surgiendo la duda de si se trata de dos situaciones compatibles entre sí o excluyentes. El art. 90 Real Decreto Legislativo 1/2020 parece dar solución a esta incertidumbre, pues su apartado 7 in fine determina que: "en aquellos supuestos en que el funcionario haya sido declarado en situación de incapacidad permanente por los órganos competentes de la Seguridad Social, sin que proceda su jubilación forzosa, las retribuciones complementarias que le correspondan se minorarán en la misma cuantía que importe la prestación de pago periódico que tenga reconocida en aquel concepto".

Pese a esta regulación que parece apostar, en una primera aproximación, por la compatibilidad, procede realizar una reflexión más detenida. Así, a la luz de la normativa básica de función pública, podría interpretarse que la situación de segunda actividad sería compatible únicamente con una incapacidad permanente parcial, es decir, aquella que ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para dicha profesión acompañada de una indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades de la base reguladora (art. 196.1 TRLGSS), pero no podría serlo con aquellas incapacidades que provocan el reconocimiento de una jubilación forzosa y, por tanto, la pérdida de la condición de funcionario en virtud del art. 67.1 c) Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), esto es: incapacidad permanente total, que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta; incapacidad permanente absoluta, que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio; o gran invalidez, esto es, cuando por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (art. 194 TRLGSS).

Ahora bien, para aquilatar en sus justos términos la cuestión debatida, deviene obligatorio tomar en consideración lo previsto en el art. 198 TRLGSS, en virtud del cual "en caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total".

Precisamente sobre los contornos de este precepto en su aplicación a la policía autónoma vasca versa la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2020

objeto del presente comentario, que profundiza sobre la compatibilidad o no entre las retribuciones inherentes a la situación de segunda actividad y el disfrute de una pensión de incapacidad permanente total reconocida precisamente por no estar el sujeto en condiciones de realizar las funciones operativas propias de su profesión en la primera actividad.

El Tribunal llega a una conclusión negativa atendido, en síntesis, a una consideración fundamental: el art. 198 TRLGSS no puede aplicarse cuando la profesión que realiza el policía en la primera y segunda actividad es la misma, recibiendo por el ejercicio de tal profesión la correspondiente retribución en la segunda actividad[5]. Dicho en otros términos, el funcionario no deja de trabajar en el mismo cuerpo que ingresó, pero por razones personales y de interés público presta otro tipo de tareas más livianas[6].

Para llegar a este entendimiento el Tribunal realiza un sólido razonamiento que puede ser secuenciado en los siguientes hitos:

4. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

Con fecha 27 de diciembre de 2017, el Juzgado de lo Social número 5 de Vitoria dicta sentencia estimando la demanda interpuesta por la Mutua aseguradora de las contingencias profesionales frente a la Resolución del INSS de Álava que había resuelto declarando a un policía-ertzaintza afecto de incapacidad permanente total cualificada derivada de accidente de trabajo, dejando sin efecto dicha Resolución. El relato fáctico puede resumirse en el sentido siguiente:

El interesado, que prestaba servicios como preparador físico de la Brigada Móvil, sufre un accidente de trabajo el 18 de febrero de 2015 en el desarrollo de dicha actividad con afectación en una rodilla, causando baja con fecha 13 de marzo de 2015. El 26 de febrero de 2016 causa nueva baja por recaída, siendo intervenido quirúrgicamente en dos ocasiones. Finalmente, el 29 de diciembre de 2016, la Mutua emite informe de alta médica ante su posible inclusión en el programa de segunda actividad dentro del Cuerpo de Ertzaintza.

Por Resolución del INSS de Álava de fecha 27 de febrero de 2017 se resuelve declarar afecto al demandante de incapacidad permanente total, derivada de accidente de trabajo de carácter cualificado para el ejercicio de su profesión, con derecho a percibir una pensión del 75 por 100 de su base reguladora con efectos económicos desde el 23 de febrero de 2017, siendo responsable de su abono la Mutua. En el informe médico de síntesis se recoge como diagnóstico "lesión de menisco interno en rodilla izquierda. Artrosis avanzada bicompartimental", que provoca una "limitación clínico-funcional para tareas con requerimientos físicos moderados mantenidos o importantes de rodilla izquierda, en evolución, sin clara mejoría, estando agotadas, por el momento, las posibilidades terapéuticas".

Con fecha 15 de junio de 2017, en la franja horaria que media entre las 8.45 horas y las 11.20 horas, un detective privado siguió al demandante, consiguiendo imágenes en actos tales como pasear al perro, ir a la comprar, montar en motocicleta y subir a su vivienda por las escaleras en reiteradas ocasiones.

Frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social, que, como ya consta, estimó la demanda de la Mutua y dejó sin efecto el reconocimiento por el INSS de la pensión por incapacidad permanente total (cualificada) derivada de accidente de trabajo, el policía formula recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que dicta sentencia de fecha 10 de abril de 2018, confirmado en su integridad el pronunciamiento de instancia.

[5] CANTERO MARTÍNEZ, J.: "A vueltas con las causas de pase a la segunda actividad de los policías locales y su nuevo régimen de jubilación anticipada", *Revista Vasca de Organización de Personas y Administraciones Públicas*, núm. 17, 2019, pág. 39.

[6] TRAYTER GIMÉNEZ, J.M.: "La situación administrativa de segunda actividad aplicable a determinados cuerpos especiales de funcionarios", *Revista Catalana de DretPublic*, núm. 57, 2016, pág. 186.

Contra este parecer de suplicación, se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, alegando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 8 de marzo de 2017[7].

5. RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

El art. 219 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), requiere, como presupuesto de admisibilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, que exista contradicción entre dos resoluciones judiciales, la que se impugna y otra de contraste que se debe invocar, lo que supone, a la postre, la existencia de diversos pronunciamientos en sus respectivas partes dispositivas en relación con unos hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales[8]. Es más, 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[9].

Bajo tales exigentes premisas, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha venido señalando en multitud de ocasiones que la cuestión relativa a la calificación y graduación de la incapacidad permanente (parcial, total, absoluta o gran invalidez) no es materia propia de unificación de doctrina "tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, de supuestos en que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general", llegando a comprometer gravemente, si se admitiese, "la garantía del principio de celeridad, que es esencial en la configuración institucional del proceso social"[10].

En el presente caso, la sentencia presentada como de contraste se ocupa del siguiente asunto: un ertzaintza fue declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual por una lesión de cadera, entendiendo que si bien en la segunda actividad suelen desarrollarse labores de carácter administrativo, el juicio de incapacidad debe realizarse teniendo en cuenta el conjunto de las tareas esenciales de la profesión que requieren para su eficaz desempeño de una elemental capacidad tanto para el uso y manejo de armas de fuego y demás defensas reglamentarias como para la conducción de vehículos en condiciones normales, así como una elemental funcionalidad motriz/motora.

Aunque las dolencias son distintas, entre la sentencia recurrida y la de contraste se aprecia identidad sustancial en: los hechos, pues en ambos casos se trata de ertzaintzas que solicitan una pensión por incapacidad permanente total a resultas de cuadros clínicos, que aun siendo distintos, sin la menor duda impiden el desempeño de las denominadas tareas de calle, pudiendo en cambio realizar funciones administrativas propias de la segunda actividad; los fundamentos porque se aplica la normativa de seguridad social sobre la incapacidad permanente total y la normativa autonómica vasca sobre la profesión de ertzaintza; y las pretensiones, no en vano se dilucida sobre el reconocimiento o no de la pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual de ertzaintza. Sin embargo, la conclusión alcanzada es distinta: la sentencia recurrida no reconoce la pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual como ertzaintza al poder desempeñar las tareas administrativas propias de la segunda actividad, mientras la sentencia de

[7] Rec. 73/2017.

[8] DE VAL TENA, A.L.: "Compatibilidad de la declaración de incapacidad permanente total con el desarrollo de una segunda actividad propia de algunas profesiones (como policías y bomberos): la suspensión de los efectos económicos de la pensión", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2018, pág. 80.

[9] SSTS, Social, 8 febrero 2017 (rec. 614/2015), 6 abril 2017 (rec. 1869/2016) y 4 mayo 2017 (rec. 1201/2015).

[10] Entre muchas,SSTS, Social, 12 febrero 2003 (rec. 861/2002), 11 febrero 2004 (rec. 4390/2002), 2 noviembre 2005 (rec. 3117/2004), 20 julio 2006 (rec. 1320/2005), 18 abril 2007 (rec. 4757/2005), 17 febrero 2010 (rec. 52/2009), 22 octubre 2015 (rec. 1529/2014), 4 julio 2016 (rec. 3819/2014), 22 noviembre 2017 (rec. 616/2016) o 18 septiembre 2018 (rec. 144/2017).

contraste atribuye al policía autonómico la pensión por incapacidad permanente total pese al eventual desempeño de las tareas administrativas y ello en base a una consideración integral de las funciones propias de la profesión habitual de ertzaintza.

Al calor de tales extremos, el Tribunal Supremo realiza una valoración no demasiado rigorista de la contradicción, pues el divergente planteamiento de la cuestión no es óbice para admitir la contradicción que abre las puertas al recurso, toda vez que en los dos supuestos se debate la posible incompatibilidad de la percepción de la prestación de incapacidad permanente total declarada con el salario percibido por el policía como consecuencia del desarrollo de la segunda actividad.

6. SOBRE EL CONCEPTO DE "PROFESIÓN HABITUAL"

La naturaleza jurídica de la incapacidad permanente total a los efectos prestacionales del art. 193 y ss. TRLGSS es la que se corresponde con la imposibilidad para el desempeño de las tareas fundamentales que definen la llamada profesión habitual, lo que justifica la sustitución de las rentas de activo por las pasivas de una pensión vitalicia. Es, por ello, esencial para una adecuada calificación de la situación residual de la persona afectada la determinación de su profesión habitual, ya que unas mismas lesiones y secuelas pueden ser o no constitutivas de incapacidad permanente en función de tal concepto[11].

Así, aun cuando el art. 194.2 TRLGSS, pendiente de desarrollo reglamentario, señala que "a efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente", lo cierto es que el Tribunal Supremo, más que cerrar y precisar la definición legal, ha optado y sigue haciéndolo por la concreción negativa del término en el bien entendido sentido de focalizar la cuestión en lo que no merece la consideración de "profesión habitual".

Así, el Alto Tribunal ha venido entendiendo que la "profesión habitual" no se define en función del concreto puesto de trabajo que se desempeña, ni en consideración a la delimitación formal dela categoría, nivel salarial o grupo profesional[12], sino en relación con las "funciones globales a las que se refiere el tipo de trabajo realizado", es decir, los "cometidos que objetivamente integran la profesión"[13]. Sólo fijada la profesión habitual puede acometerse la valoración de la incapacidad permanente, debiendo concurrir una identidad entre las circunstancias recogidas en la resolución administrativa del INSS, en particular el profesiograma, y las funciones globales del cargo del interesado incluyendo todas las posibles variaciones habidas a lo largo del tiempo, sin que se pueda atender a las concretas tareas específicas que se pudiesen llevar a cabo cuando ocurre el hecho causante de la incapacidad permanente sino al oficio propiamente dicho o profesión del trabajador[14].

Tal consideración actual, en virtud de la cual el desarrollo de funciones menos gravosas dentro de la totalidad de tareas asociadas a su cometido de policía no modifica el concepto de "profesión habitual", llevó al Alto Tribunal en pronunciamientos previos a la sentencia aquí disertada asentar varios extremos:

a) Si el sujeto ya ha pasado a segunda actividad y desde esa situación administrativa solicita el reconocimiento de una incapacidad permanente total, el concepto "profesión habitual" se

[11] Por extenso, LÓPEZ GANDÍA, J. y ROMERO RÓDENAS, M.J.: "La incapacidad permanente: acción protectora, calificación y revisión, Albacete (Bomarzo), 2011, págs. 42 y ss.

[12] SSTS, Social, 27 abril 2005 (rec. 998/04), 25 marzo 2009 (rec. 3402/2007) y 26 octubre 2016 (rec. 1267/2015).

[13] SSTS, Social, 28 febrero 2005 (rec. 1591/2004), 10 octubre 2011 (rec. 4611/2010), 4 diciembre 2012 (rec.258/2012)y 26 octubre 2016 (rec. 1267/2015).

[14] STS, Social, 11 marzo 2020 (núm. 227/2020).

expande, incluyendo tanto las funciones del servicio ordinario de calle como las más livianas de la segunda actividad, de suerte que si el trabajador no está en condiciones de llevar a cabo las segundas, hay que entender que está incapacitado para su profesión habitual. Igualmente, si el sujeto no ha pasado a segunda actividad cuando se declara la incapacidad permanente total, el concepto "profesión habitual" quedaría reducido a las funciones del servicio ordinario, pero la declaración sería igualmente de incapacidad permanente total porque no podría realizar las tareas fundamentales de tal servicio ordinario[15].

b) Si la incapacidad permanente total fue declarada con anterioridad al reconocimiento de la situación administrativa de segunda actividad, el INSS quedaba impedido para sustentar una revisión de oficio de la incapacidad permanente total ya reconocida con base únicamente en el pase a segunda actividad, esencialmente por no concurrir ninguna de las causas legales de revisión (mejoría o error de diagnóstico)"[16].

c) Si primero se produce el paso a la segunda actividad y desde tal situación se obtiene el reconocimiento de la incapacidad permanente total valorando la totalidad de las tareas que componen la profesión, el Tribunal Supremo ha dado un paso más para sentar que el lucro de la pensión queda condicionada al cese en dicha segunda actividad, no en vano mantiene la profesión y los correlativos ingresos como funcionario en activo, de suerte que se produciría el absurdo de que quienes realizan las tareas de mayor requerimiento psicofísico en la primera actividad percibirían, de facto, menores ingresos que quienes llevan a cabo cometidos más livianos por estar en segunda actividad, a partir de la vía de permitirles a estos compatibilizar el salario con la pensión[17].

En definitiva, permítase la reiteración, el Tribunal Supremo ha efectuado una concreción del término "profesión habitual", señalando que no es identificable con el "grupo profesional"[18], tampoco con el "puesto de trabajo"[19], ni con la "categoría profesional"[20]. Estas afirmaciones quizá se revisen *ad futurum* cuando entre en vigor el art. 194.2 TRLGSS, pendiente de concreción reglamentaria, que, como ya consta, establece que "se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente"[21], pero a día de hoy la interpretación del Alto Tribunal es contundente en el sentido *supra* indicado.

7. IMPOSIBILIDAD DE PERCIBIR LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL EN LA SITUACIÓN DE "SEGUNDA ACTIVIDAD"

Constante ha sido la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que entiende que en el supuesto de que se acceda a la incapacidad permanente total desde la situación de activo laboral, la fecha de inicio de los efectos económicos de la pensión coincide con la del cese efectivo en el trabajo, tanto si la causa es una enfermedad profesional como si se trata de una

[15] SSTS, Social, 23 febrero 2006 (rec. 5135/2004), 10 junio 2008 (rec. 256/2007) y 25 marzo 2009 (rec. 3402/2007).

[16] SSTS, Social, 3 mayo 2012 (rec. 1809/2012), 4 julio 2012 (rec. 1923/2011), 2 noviembre 2012 (rec. 4074/2011) o 16 octubre 2012 (rec. 3907/2012). MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "La incompatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente total y el salario por segunda actividad, o el triunfo de la razón. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017 (rec. 3050/2015)", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros),* núm. 412, 2017, pág. 111.

[17] STS, Social, 26 abril 2017 (rec. 3050/2015).

[18] STS, Social, 28 febrero 2005 (rec 1591/2004).

[19] STS, Social, 26 octubre 2016 (rec. 1267/2015).

[20] STS, Social, 25 marzo 2009 (rec. 3402/2007).

[21] MORALES VALLEZ, C.: "Sobre la noción segunda actividad y sus efectos en el reconocimiento de una incapacidad permanente total", Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 11, 2020.

enfermedad común, no en vano cobra plena virtualidad el principio de "incompatibilidad del salario y de la prestación de invalidez para el mismo puesto de trabajo simultáneamente"[22].

No obstante, la compatibilidad del grado de incapacidad permanente total con la realización de otra profesión distinta a la habitual está implícita en su propia denominación legal, circunscrita, permítase la reiteración, a la "profesión habitual". Por consiguiente, no tendrían que extenderse necesariamente las limitaciones de la incapacidad a otras profesiones diferentes de la considerada habitual en el momento de suceder el hecho causante de la prestación, que podrán ser desempeñadas por el beneficiario salvo que no se tenga habilidad o capacidad al efecto[23].

Ahora bien, pese a esta regla general a favor de la compatibilidad entre el percibo de la prestación por incapacidad permanente total y la realización de actividades laborales distintas de las habituales, no cabe perder de vista tampoco que la situación de "segunda actividad" se halla integrada en el servicio activo del cuerpo de la policía, no en vano se mantiene la prestación de servicios en condición de agentes de la autoridad, así como el mismo régimen económico y disciplinario.

Desde tal perspectiva y contando con el bagaje judicial previo, la sentencia objeto de comentario se centra en dilucidar si el desarrollo de las funciones de la segunda actividad es compatible o no con la percepción de una prestación de incapacidad permanente total. Si, en términos generales, nadie duda de que la compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente total y el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, aparece siempre condicionada a que las nuevas funciones "no coincidan con aquellas que dieron lugar a la propia pensión" (art. 198 TRLGSS), tampoco cabe olvidar que cuando se asigna a un policía una segunda actividad conforme a su normativa profesional, sigue desarrollando aunque sea en condiciones particularmente poco gravosas la misma profesión respecto de la cual se reconoció la prestación por incapacidad permanente total[24].

Bajo tales premisas, el Tribunal Supremo entiende en el presente pronunciamiento de 23 de septiembre de 2020 que el policía en segunda actividad mantiene idéntica su cualidad profesional previa, siquiera limitando sus funciones a las menos exigentes de entre todas las que le corresponden a su categoría y, al tiempo, conserva los ingresos económicos como policía en activo. En la medida en que continúa desarrollando su profesión habitual, esta circunstancia es incompatible con la pensión de incapacidad permanente total, que tiene naturaleza de renta sustitutoria de salarios dejados de percibir, de manera que esta prestación queda sin efectos económicos hasta el cese efectivo en las funciones tanto en la situación de primera actividad como en la segunda. Y ello porque el sujeto en segunda actividad realiza la misma profesión que desarrollaba con anterioridad, *in casu*, la de policía autonómico, hasta el punto de no conllevar la pérdida de la condición de agente de autoridad, pudiendo incluso excepcionalmente ser requerido para el cumplimiento de funciones operativas propias de la primera.

En suma, el principio básico que extrae la sentencia es la absoluta incompatibilidad entre la prestación económica por incapacidad permanente total y el desempeño de la misma profesión para la que se declara la incapacidad puesto que la pensión se satisface precisamente para compensar la pérdida de ingresos provenientes del desempeño de todo el contenido de la profesión habitual del trabajador. Como con acierto razona el Tribunal Supremo, la declaración de incapacidad

[22] SSTS, Social, 16 diciembre 1997 (rec. 1731/1997), 24 abril 2002 (rec. 2871/2001), 13 octubre 2004 (rec. 6096/2003), 14 marzo 2006 (rec. 2724/2004), 15 febrero 2007 (rec. 5398/2005), 19 enero 2009 (rec. 1764/2008), 4 mayo 2016 (rec. 1848/2014) y 22 junio 2016 (rec. 353/2015).

[23] DE VAL TENA, A.L.: "Compatibilidad de la declaración de incapacidad permanente total con el desarrollo de una segunda actividad propia de algunas profesiones (como policías y bomberos): la suspensión de los efectos económicos de la pensión", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2018, pág. 78.

[24] LUJÁN ALCARAZ, J. y SELMA PENALVA, A.: "Segunda actividad y reconocimiento de incapacidad permanente total ¿compatibilidad o abuso? (STS 26 abril 2017)", *Revista Derecho de la Seguridad Social*, núm. 13, 2017, pág. 210.

permanente total se reserva a quienes están incapacitados para continuar desarrollando la que era su profesión habitual, pero están en condiciones de desplegar otra, no siendo posible admitir la compatibilidad entre la pensión y el desarrollo de la misma profesión[25], debiendo quedar aplazados los efectos económicos de la pensión al cese en la profesión habitual[26].

En el presente caso, queda acreditado que el trabajador padece una limitación clínico funcional para tareas con requerimientos físicos moderados, mantenidos e importantes en la rodilla izquierda, estando agotadas por el momento las posibilidades terapéuticas, lo que supone una imposibilidad real de desempeñar las funciones de calle o las de su puesto de trabajo de preparación físico de la brigada móvil, pero no le impiden la realización de las tareas propias de la segunda actividad eminentemente administrativas, pero también propias de la profesión de policía. De este modo, se entiende conforme a derecho la revocación realizada por el Juzgado de lo Social, confirmada en suplicación, del reconocimiento por el INSS de la situación de incapacidad permanente total.

En definitiva, a la vista del contenido del fallo, puede concluirse, dando un paso más, que una vez reconocida la incapacidad permanente total el beneficiario en cuestión tendría dos opciones: o conservar el puesto de trabajo aceptando el pase a segunda actividad, o cesar en sus funciones como policía, comenzando a percibir la prestación reconocida. Si optara por esta segunda vía, siempre tendrá la posibilidad, sin perder la pensión que le ha sido reconocida, de encontrar una nueva actividad, compatible con su estado físico, correspondiente a una profesión diferente a la de policía para la que acredite, no solo poseer la formación necesaria, sino la capacidad laboral suficiente para llevarla a cabo[27]. Entender lo contrario supondría un privilegio de tal calado que consolidaría la incomprensible cobertura excesiva de los beneficiarios de incapacidad permanente total que continúan en activo y la innegable infraprotección de quienes no encuentran un nuevo empleo. O, dicho en otros términos, se protegería sin justificación aparente a ciertos ámbitos profesionales[28]. No obstante, esta tesis no sería aplicable a la declaración de incapacidad permanente parcial, pues resulta perfectamente compatible el percibo de la indemnización a tanto alzado con el desarrollo de la segunda actividad[29].

8. CONCLUSIÓN

Sentada la incompatibilidad entre la percepción de una prestación por incapacidad permanente total y la realización de tareas retribuidas correspondientes a la situación administrativa de segunda actividad en su mismo cuerpo de adscripción, cabe, a la postre, introducir una reflexión adicional tendente a solventar el problema de partida: en los casos en los que la concreta profesión, por sus elevadas exigencias psicofísicas y atendiendo a su normativa específica, reconozca el pase a una "segunda actividad" dentro del mismo cuerpo para llevar a cabo tareas más livianas, la calificación de incapacidad permanente total para la profesión habitual solo debe admitirse cuando el estado del solicitante le impide verdaderamente realizar incluso tales tareas menos gravosas que integran el contenido de esta llamada "segunda actividad"[30].

---

[25] STS, Social, 16 diciembre 1997 (rec. 1731/1997).

[26] STS, Social, 19 diciembre 2003 (rec. 2151/2003).

[27] LUJÁN ALCARAZ, J. y SELMA PENALVA, A.: "Segunda actividad y reconocimiento de incapacidad permanente total ¿compatibilidad o abuso? (STS 26 abril 2017)", *Revista Derecho de la Seguridad Social*, núm. 13, 2017, pág. 211.

[28] MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "La incompatibididad entre la prensión de incapacidad permanente total y el salario por segunda actividad o el triunfo de la razón. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017, rec. 3050/2015", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 412, 2017, pág. 114.

[29] ARETA MARTÍNEZ, M.: "El concepto profesión habitual en orden a declarar la incapacidad permanente de un bombero que pasa a segunda actividad. Comentario a la STSJ de Castilla-La Mancha/SOC núm. 853/2019, de 3 de junio", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2019.

[30] LUJÁN ALCARAZ, J. y SELMA PENALVA, A.: "Segunda actividad y reconocimiento de incapacidad permanente total ¿compatibilidad o abuso? (STS 26 abril 2017)", *Revista Derecho de la Seguridad Social*, núm. 13, 2017, pág. 212.

La diferente regulación de la pensión de orfandad en la ley de clases pasivas del Estado y en el régimen general de la Seguridad Social (Comentario al ATC 124/2020, de 21 de Octubre)

The different legal regulation surrounding the orphan pension of passive classes of the State and in the general framework of Social Security (Comment to ATC 124/2020, of October 21)

RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO *Profesora Titular de Derecho de la Trabajo y de la Seguridad Social, UCM*
https://orcid.org/0000-0003-0383-293X
ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO *Profesora Titular de Derecho de la Trabajo y de la Seguridad Social, UCM*
https://orcid.org/0000-0002-9553-0930

Cita sugerida: AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTÓBAL RONCERO, R., "La diferente regulación de la pensión de orfandad en la ley de clases pasivas del Estado y en el régimen general de la Seguridad Social (Comentario al ATC 124/2020, de 21 de Octubre)". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 28* (2021): 89-98.

Resumen

El Auto analiza una cuestión de inconstitucionalidad que deniega el reconocimiento del derecho a pensión de orfandad de un hijo, mayor de veintidós años, que no acredita su incapacidad para trabajar, ni discapacidad igual o superior al 33 por 100 ni tampoco carácter de huérfano absoluto, por el fallecimiento de su madre, empleada pública, en aplicación de lo establecido en el artículo 41 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de clases pasivas del Estado, por considerarlo vulnerador del principio de igualdad ante la ley en el art. 14 CE.

Palabras clave

Pensión de orfandad; reconocimiento del derecho; principio de igualdad

Abstract

The Order analyzes the issue of unconstitutionality surrounding the denial of the recognition of a child's right to an orphan's pension. This child was over the age of twenty-two years old, and did not prove their inability to work, or that they had a disability equal to or greater than 33 percent, or that they were an absolute orphan, due to the death of their mother, a public employee. The application of the provisions of article 41 of Royal Legislative Decree 670/1987, of April 30, which approved the revised text of the Passive State Law Class, considered them a violator of the principle of equality before the law in art. 14 CE.

Keywords

Orphan's pension; recognition of rights; principle of equality

1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL ATC 124/2020

El comentario de este Auto presenta una notable relevancia, pues coincide en el tiempo con la aprobación de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021 que suprime la diferencia de tratamiento entre la legislación de Seguridad Social y la vigente –en el momento de aprobación del Auto– en relación con el reconocimiento y duración de la pensión de orfandad. De forma, que la diferente regulación de la pensión de orfandad en la Ley de Clases Pasivas del Estado y en el Régimen General de la Seguridad, que reza el título de nuestro comentario y subyace en el espíritu del Tribunal Constitucional, queda superada por la nueva regulación otorgada por el legislador.

Hasta la entrada en vigor del Real Decreto ley 13/2010, de 3 de diciembre de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y el empleo, los funcionarios

Fecha Recepción: 17/02/2021 – Fecha Revisión: 06/04/2021 – Fecha Aceptación: 07/04/2021
Pags. 89-98

públicos del Estado, al igual que el personal militar gozaban de un sistema de protección social diferenciado, que ha tratado, empero, de homogeneizarse al sistema de protección contemplado en el Régimen General de la Seguridad Social[1].

Como bien es sabido, los funcionarios públicos españoles, dependiendo de la particular Administración Pública a la que se vinculan con ocasión de su ingreso al servicio del Estado, quedaban encuadrados, a efectos de protección social, bien en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Públicos (con su doble mecanismo de cobertura, el Régimen de Clases Pasivas y el Régimen del Mutualismo Administrativo), bien en el Régimen General de la Seguridad Social.

El Real Decreto Ley 13/2010 inicia el tránsito hacia "la integración de los funcionarios de nuevo ingreso en el Régimen General de la Seguridad Social (…) a los exclusivos efectos de Clases Pasivas, manteniéndose con el mismo alcance la acción protectora gestionada por las respectivas mutualidades de funcionarios. Esta progresiva homogeneización se produce con la inclusión en el RGSS de los funcionarios públicos y de otro personal de nuevo ingreso, llevada a cabo a partir de 1 de enero de 2011, por el Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre. En efecto, con esta medida se simplifican y armonizan los actuales sistemas de pensiones públicas (…)[2], si bien el objetivo pretendido no se alcanza con la previsión contenida en su art. 20, que afecta exclusivamente a los funcionarios de nuevo ingreso partir del 1 de enero de 2011[3].

Con posterioridad a esta fecha, la Ley de Clases Pasivas del Estado ha experimentado nuevos cambios en la regulación de las prestaciones de los funcionarios en aras a la progresiva homogeneización de sus regímenes de Seguridad Social. En efecto, el propósito del legislador de integrar a todos los funcionarios se presenta como una "meta a largo plazo"[4], cuya consecución pasa por la supresión de las diferencias subsistentes entre regímenes, principalmente, en materia de cotización y acción protectora.

A pesar de las dificultades, esta tendencia integradora se mantiene y se ha ido manifestando en determinadas y concretas modificaciones en la regulación del Régimen de Clases Pasivas del Estado; si bien la diferencia entre la legislación de la Seguridad Social y la correspondiente a las Clases Pasivas del Estado[5], en relación con el reconocimiento y duración de la pensión de orfandad, se ha visto suprimido gracias a la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2021.

En efecto, la disposición final sexta apartado tres LPGE 2021 otorga una nueva redacción al art. 41.2 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto

[1] Realidad que hacía atisbar una integración plena, lo que llevaría a la progresiva desaparición de los sistemas especiales ISFAS; MUFACE y MUGEJU, si bien parece que el legislador ha centrado sus esfuerzos en el mutualismo administrativo y en el Régimen de Clases Pasivas, como ya apunta RODRÍGUEZ CARDO, I. "sería deseable que el proceso de homogeneización fuera llevado a cabo al mismo ritmo en todas las parcelas, tanto mutualismo administrativo y Régimen de Clases Pasivas como mutualismos judicial y militar", en "La progresiva homogeneización de los regímenes de Seguridad Social de los funcionarios públicos: novedades en el primer semestre de 2009", *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social,* 2009, núm 84, pág. 209.

[2] Y, en el contexto, en el que fue aprobada la norma "se incrementa el número de cotizantes a la Seguridad Social, y, en consecuencia, los ingresos de la Tesorería General de la Seguridad Social, lo que propiciará una mayor estabilidad del sistema público de protección social, mediante el establecimiento de un único sistema contributivo y de reparto de las pensiones" (Apartado IX, Exposición de Motivos RDL 13/2010).

[3] Repárese, no obstante, que el art. 20 ha sido expresado derogado por la Disposición derogatoria única. Derogación normativa del Real Decreto Legislativo, 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

[4] RODRÍGUEZ CARDO, I. "La progresiva homogeneización de los regímenes de Seguridad Social de los funcionarios públicos: novedades en el primer semestre de 2009",cit., pág. 207.

[5] PANIZO ROBLES, A: "La Seguridad Social en los Presupuestos para 2021 (Comentarios a la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021), CEF, Laboral SOCIAL, en:https://www.laboral-social.com/panizo-robles-en-abierto-analisis-contenido-ley-11-2020-presupuestos-generales-estado-2021.html

refundido de Clases Pasivas del Estado, de modo que, manteniendo el límite general de 21 años, a efectos del reconocimiento o mantenimiento de la pensión de orfandad, en aquellos casos en los que el huérfano no realice un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propio o, cuando realizándolo, los ingresos que obtenga en cómputo anual resulten inferiores al importe del salario mínimo interprofesional que se fija en cada momento, también en cómputo anual, se podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad, siempre que, a fecha de fallecimiento del causante, fuera menor de 25 años, a cuyo cumplimiento de edad se extinguirá la pensión[6].

Con esta modificación legal se da un paso más en la convergencia entre regímenes, en el sentido recogido en al art. 10.4 *in fine* TRLGSS que promueve la tendencia a "la máxima homogeneidad con el Régimen General que permitan las disponibilidades financieras del sistema y las características de los distintos grupos afectados por dichos regímenes", así como también se siguen las orientaciones contenidas en la recomendación 4ª del nuevo Pacto de Toledo, que insiste en la necesidad de avanzar en la convergencia con las condiciones del Régimen General, evitando las existencia de discriminaciones, pero sin mermar los derechos adquiridos por los beneficiarios de dicho Régimen.

Ciertamente, las reticencias planteadas, incluso por los propios afectados –no referidas al reconocimiento de la prestación de orfandad objeto de nuestro comentario, sino a otras prestaciones y obligaciones– se han ido atenuando. Y esa meta "tan a largo plazo" está siendo alcanzada, de forma progresiva, mediante la supresión de las diferencias que, a lo largo de los años, se han mantenido entre los regímenes de Seguridad Social y de los Funcionarios Públicos.

* * *

Pues bien, a pesar de la convergencia entre la legislación de Seguridad Social y la del Régimen de Clases Pasivas del Estado en orden el reconocimiento o mantenimiento de la pensión de orfandad establecida por la Disposición Final sexta de la LGPE 2021, pocas dudas presenta la argumentación que el Tribunal Constitucional realiza del supuesto que se plantea en el Auto 124/2020, de 21 de octubre, sobre si se ha vulnerado o no el derecho a la igualdad del art. 14 CE.

En efecto, esta resolución se ocupa de analizar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que ha de resolver un recurso contencioso administrativo contra la resolución la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas de 21 de marzo de 2019, que deniega el reconocimiento del derecho a pensión de orfandad.

El supuesto que se plantea es el de un hijo, mayor de veintidós años, que no acredita su incapacidad para trabajar, ni discapacidad igual o superior al 33 por 100 ni tampoco carácter de huérfano absoluto, y que solicita el reconocimiento del derecho a la pensión de orfandad por el fallecimiento de su madre, empleada pública, en aplicación de lo establecido en el artículo 41 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de clases pasivas del Estado, por considerarlo vulnerador del principio de igualdad ante la ley en el art. 14 CE.

No es la primera oportunidad en la que el Alto Tribunal se pronuncia sobre este asunto; ya se había ocupado de una cuestión idéntica, planteada por la hermana del ahora recurrente, impulsada por el mismo órgano judicial, respecto del mismo precepto legal. En esta ocasión, lo que hace el TC, para resolver la presente cuestión de inconstitucionalidad, es sintetizarlo razonado en su Auto 72/2020.

[6] Salvo que le pensionista estuviera cursando estudios, manteniéndose en este supuestos, al igual que sucede en los Regímenes de Seguridad Social, la percepción de la pensión de orfandad hasta el primer día del mes siguiente al inicio del siguiente curso académico, en PANIZO ROBLES, A: "La Seguridad Social en los Presupuestos para 2021, en: https://www.laboral-social.com/panizo-robles-en-abierto-analisis-contenido-ley-11-2020-presupuestos-generales-estado-2021.html, cit., pág. 47.

2. SOBRE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La cuestión de inconstitucionalidad se funda en la diferente regulación legal de la pensión de orfandad según se trate de empleados públicos sometidos al régimen de Clases Pasivas o de empleados públicos sometidos al régimen de la Seguridad Social, régimen en el que quedan encuadrados todos los empleados públicos del Estado, entre ellos los Jueces y Magistrados, que hayan ingresado en la Carrera a partir del 1 de enero de 2011 en virtud de lo establecido en el Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre.

Se considera que el artículo 41 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, que es el aplicable al supuesto de hecho, vulnera el derecho a la igualdad ante la Ley consagrado en el artículo 14 CE, invocando como elemento de comparación la situación contemplada para los huérfanos simples del régimen general de Seguridad Social en idénticas circunstancias fácticas que la solicitante, consistentes en su condición de estudiante y carencia de trabajo e ingresos

El órgano judicial considera que el artículo 41 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril por el que se aprueba el texto refundido de Ley de clases pasivas del Estado, que es el aplicable al supuesto de hecho, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 CE, puesto que en una situación idéntica, el art. 224 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, habría conducido a reconocer el derecho a la pensión de orfandad.

En efecto, la regulación de la pensión de orfandad, en el momento del hecho causante, era diferente en el Régimen de clases pasivas del Estado y en el Régimen General de la Seguridad Social, como después expondremos. Es, precisamente, esta diferencia de trato entre un régimen y otro lo que origina la presente cuestión de inconstitucionalidad, en tanto que el causante se considera de peor derecho y entiende que se vulnera el principio de igualdad ex art. 14 CE en el acceso a su pensión de orfandad.

En todo caso, y a pesar del fondo de la cuestión de inconstitucionalidad, ni se discute que la causante estuviera encuadrada, hasta su fallecimiento, en el régimen de clases pasivas del Estado –por lo que le es aplicable el Real Decreto Legislativo 670/1987– ni tampoco que el recurrente tenía veintitrés años cuando su madre falleció –sin que concurran las circunstancias adicionales de padecer discapacidad o de ser huérfano de ambos padres–, lo que evidencia que la aplicación directa del art. 41 Real Decreto Legislativo 670/1987, que conlleva la denegación del solicitante del derecho a continuar percibiendo la pensión de orfandad concedida una vez cumpla los veintidós años de edad, se ajusta estricta y perfectamente a la norma legal aplicable al supuesto.

La cuestión cumple todos los requisitos procesales previstos en el art. 35 LOTC para poder ser admitida.

a) Así, en primer lugar, los preceptos cuestionados tienen rango legal: art. 41 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado y art. 224 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

b) En segundo lugar, también se entiende cumplido el requisito de planteamiento de la cuestión en el momento procesal oportuno (art. 35.2 LOTC), toda vez que, según consta en los antecedentes de la sentencia, concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, se dictó la providencia de apertura del trámite de audiencia sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

c) En tercer lugar, se entiende cumplido el juicio de aplicabilidad y relevancia en relación con la norma cuestionada. El órgano judicial justifica en el auto de planteamiento que para resolver el recurso interpuesto contra la resolución de la Dirección General de Costes de Personal y

Pensiones Públicas de 12 de abril de 2019 ha de aplicarse la ley que se cuestiona y que la aplicación de esta ley es determinante de la decisión que se adopte. Por lo que se refiere al denominado juicio de relevancia, esto es, el requisito relativo a la justificación de que la decisión del proceso a quo depende de la validez de la norma cuestionada (art. 35.2 LOTC), es indiscutible que, en el presente caso, el sentido del fallo del proceso a quo depende de la validez de la norma legal cuestionada, toda vez que las pretensiones de la demandante consistían precisamente en la reclamación de la percepción de una pensión de orfandad. El art. 41 del Real Decreto Legislativo 670/1987 constituye pues, inequívocamente, una disposición aplicable al caso y de cuya validez depende la resolución del proceso.

d) Por providencia de 11 de diciembre de 2019 el órgano judicial cuestionante otorgó audiencia a las partes sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad. En esta resolución se pone de manifiesto también el precepto constitucional que se considera vulnerado. Atendiendo a las alegaciones realizadas por las partes en este trámite de audiencia, puede considerarse que las mismas "han podido conocer los términos de la duda de constitucionalidad planteada así como expresar su criterio sobre ella a fin de poner a disposición del órgano judicial 'un medio que le permita conocer, con rigor, la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso' (STC 121/2010, de 29 de noviembre, FJ 4)" [STC 50/2015, de 5 de marzo, FJ 2].

Por lo tanto, puede decirse que procesalmente la cuestión de inconstitucionalidad cumple todos los requisitos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que la cuestión puede ser notoriamente infundada, y, por ello, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 37.1 LOTC por providencia de 21 de julio de 2020 acordó oír a la fiscal general del Estado para que en el plazo de diez días alegase lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad.

La Fiscal General del Estado, mediante escrito de 23 de septiembre de 2020, interesa la inadmisión de la cuestión por considerarla notoriamente infundada, reproduciendo los argumentos de su informe presentados en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 628-2020 en que se dictó el ATC 72/2020.En síntesis, la Fiscal General del Estado considera que las situaciones subjetivas que han sido traídas a comparación no son homogéneas o equiparables y que en virtud de la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, la falta de identidad en el nivel de protección no constituye un imperativo jurídico ni vulnera el principio de igualdad.

3. CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.1. Cuestión "notoriamente infundada"

Antes de adentrarnos en el análisis de las razones que llevan al Tribunal Constitucional a rechazar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, es necesario recordar que conforme a lo dispuesto en el art. 37.1 LOTC, el Tribunal Constitucional puede rechazar en trámite de admisión y mediante Auto, previa audiencia al Fiscal General del Estado, aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que fueren notoriamente infundadas, en el significado que la reiterada doctrina del Tribunal viene dando al concepto de "cuestión notoriamente infundada".

Se trata, en efecto, de un concepto que, como el propio Tribunal Constitucional ha reiterado en numerosas ocasiones, encierra un cierto grado de indefinición, el cual se traduce procesalmente en la necesidad de otorgar al Tribunal Constitucional un determinado margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, de modo que existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte

arbitraria, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables, como la paralización de otros procesos en los que resulta aplicable la norma cuestionada (entre otros muchos, AATC 389/1990, de 29 de octubre, FJ 1; 134/1995, de 9 de mayo, FJ 2; 380/1996, de 17 de diciembre, FJ 2; 229/1999, de 28 de septiembre, FJ 2; 119/2000, de 10 de mayo, FJ 2; 46/2001, de 27 de febrero, FJ 2; 269/2003, de 15 de julio, FJ 2; 63/2004, de 24 de febrero, FJ 2; 306/2008, de 7 de octubre, FJ 3; 30/2009, de 27 de enero, FJ 4; y 54/2010, de 19 de mayo, FJ 3).

Pues bien, la presente cuestión de inconstitucionalidad es inadmitida al considerarla el Tribunal Constitucional notoriamente infundada. El Tribunal se remite a lo razonado íntegramente en el ATC 72/2020, de 14 de julio, que resuelve una cuestión idéntica, planteada por el mismo órgano judicial, respecto el mismo precepto legal en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la hermana del ahora recurrente. De este modo, en el Auto aquí comentado el Tribunal Constitucional lo que hace es sintetizar lo razonado en esencia en el ATC 72/2020.

3.2. Términos de comparación

El órgano judicial proponente de la cuestión de inconstitucionalidad compara el art. 41 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, relativo a las condiciones de acceso a la pensión de orfandad, con el art. 224 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), que regula la pensión de orfandad en el régimen general de la Seguridad Social.

Como ya hemos señalado, de acuerdo con el art. 224.2 TRLGSS, los hijos del causante menores de 25 años que no efectúen un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o que realizándolo perciban ingresos inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente del salario mínimo interprofesional, podrán ser beneficiarios de la pensión de orfandad. Esta previsión, sin embargo, no se contiene en la Ley de Clases Pasivas del Estado en la redacción vigente del art. 41 del RDLg 670/1987 en el momento del hecho causante. Así, según dicha norma, podrán ser beneficiarios de la pensión de orfandad los menores de 22 años siempre que no realicen un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o cuando realizándolo, los ingresos que obtengan en cómputo anual resulten inferiores al importe del salario mínimo interprofesional que se fije en cada momento, también en cómputo anual. La edad se amplía hasta los 24 años si no sobreviviera ninguno de los padres o el huérfano presentara una discapacidad igual o superior al 33 por 100.

La regulación de los sujetos beneficiarios de la pensión de orfandad ha sufrido a lo largo de los años numerosos cambios tanto en el régimen general de la Seguridad Social como en el régimen de clases pasivas[7].

En efecto, en el régimen general de la Seguridad Social inicialmente sólo tenían derecho a la pensión de orfandad los hijos del causante menores de 18 años o incapacitados para el trabajo. El art. 10.1 de la Ley 24/1997, de 5 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, modificó esta regulación, de tal manera que se reconoció el derecho a ser beneficiario de la pensión de orfandad a los hijos del causante que no efectuaran un trabajo lucrativo y que al fallecer el causante fueran menores de 21 años o 23 años si no sobreviviera ninguno de los padres. El art. 46 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, volvió a modificar la norma para reconocer el derecho a la pensión de orfandad a los menores de 21 años, aunque realicen un trabajo por cuenta propia o ajena, siempre y cuando los

[7] En efecto, las reformas normativas realizadas hasta el momento buscaban como objetivo único mejorar el insuficiente nivel de protección. No obstante, las últimas "han avanzado en la evidenciada necesidad de tomar nota de la evolución de las estructuras sociales y familiares de nuestro país", en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social,* 13ª ed., Ed. Tecnos, 2017, pág. 380.

ingresos que obtengan en cómputo anual resulten inferiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional que se fije en cada momento.

Por su parte, el art. 34.8 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, amplió la edad de 21 a 22 años y la de huérfano absoluto de los 23 a los 24 años. El art. 5.6 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, volvió a modificar los requisitos para ser beneficiario de la pensión de orfandad y amplió los ingresos que se obtengan por los menores de 22 años, o 24 si no sobreviviera ninguno de los padres, del 75 por 100 del salario mínimo interprofesional al 100 por 100 del salario mínimo interprofesional vigente en cómputo anual. Finalmente, la disposición adicional 1.1 de la Ley 27/2011, de 11 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, modificó la norma en los términos recogidos actualmente, de manera que, como regla general, se reconoce el derecho a la pensión de orfandad a los menores de 21 años, independientemente de si realizan o no un trabajo por cuenta propia o ajena, y a los incapacitados para el trabajo. El derecho a la pensión de orfandad se podrá ampliar hasta los 25 años si el hijo del causante no efectúa un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual.

La regulación de la pensión de orfandad en la Ley de Clases Pasivas del Estado también ha sufrido numerosas modificaciones. Así, inicialmente, podemos decir que la regulación en la Ley de Clases Pasivas del Estado era más favorable que en el Régimen General pues se reconocía el derecho a la pensión de orfandad a los hijos del causante de los derechos pasivos que fueran menores de veintiún años o que, siendo mayores de dicha edad, estuvieran incapacitados para todo trabajo desde antes de cumplirla y tuvieran derecho al beneficio de la justicia gratuita. El art. 49.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, amplió la edad a los 23 años pero sólo para el supuesto de que no sobreviviera ninguno de los padres. El art. 55.4 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificó la norma en el sentido de reconocer el derecho a la pensión de orfandad a los menores de 22 años siempre que no realicen un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga en cómputo anual resulten inferiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional que se fije en cada momento, también en cómputo anual. Si no sobreviviera ninguno de los padres la pensión de orfandad se podrá percibir hasta los 24 años. Posteriormente, el precepto ha sufrido alguna otra modificación pero que no afecta al asunto aquí planteado.

Finalmente, la disposición final 6.3 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, ha modificado la redacción del apartado 2 del art. 41 de la Ley de Clases Pasivas del Estado y lo ha hecho para recoger la misma previsión contenida en la Ley General de Seguridad Social[8]. De esta manera, desde el 1 de enero de 2021 no hay diferencia en las condiciones de acceso al derecho a la pensión de orfandad en el régimen general de la Seguridad Social y en el régimen de clases pasivas: la pensión de orfandad podrá percibirse hasta los 25 años de edad siempre y cuando el huérfano no realice un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga en cómputo anual resulten inferiores al importe del salario mínimo interprofesional que se fije en cada momento, también en cómputo anual.

Ahora bien, aunque las diferencias entre uno y otro régimen han desaparecido actualmente, el problema que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad aquí comentada es si la diferencia que

[8] Se tiende hacia la integración y armonización del Régimen General de la Seguridad Social y del Régimen de Clases Pasivas del Estado, considerando que "la cobertura de Seguridad Social debería ser una y la misma, extendiendo su protección a toda la población sin distinciones", en MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo,* 41 ªed., Ed. Tecnos, 2020, pág. 751.

ha venido existiendo en el acceso a la pensión de orfandad en uno y otro régimen vulnera o no el principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 14 CE.

3.3. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad en materia de Seguridad Social

Son varias las razones que llevan al Tribunal Constitucional a entender que tal vulneración no existe, todas ellas basadas en reiterada jurisprudencia sobre la materia.

Así, en primer lugar, hay que tener en cuenta que como tiene declarado el Tribunal Constitucional desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en relación con el art. 14 CE, "el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos" (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, por todas).

A la vista del término de comparación que ante la jurisdicción constitucional propone el Auto de planteamiento de la cuestión, hay que tener en cuenta, como señaló la STC 88/2005, de 18 de abril, FJ 5 “que no son términos homogéneos de comparación, a efectos de lo dispuesto en el art. 14 CE, regímenes de la Seguridad Social distintos (SSTC 103/1984, de 12 de noviembre, FJ 4; 173/1988, de 3 de octubre, FJ 2; 184/1993, de 31 de mayo, FJ 2). El art. 14 CE no alcanza a corregir las desigualdades existentes entre los diversos regímenes que integran la Seguridad Social, pues la articulación de los mismos se justifica en las peculiaridades socioeconómicas o productivas que están presentes”. En efecto, "las diferencias de trato que se producen por aplicación de regímenes jurídicos distintos encuentran justificación en el distinto ámbito objetivo y subjetivo que cada uno de ellos regulan y, por tanto, también, en principio, la pertenencia a órdenes normativos distintos constituye, por sí misma, causa justificativa de la diferencia de trato" (STC 39/1992, de 30 de marzo, FJ 8).

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha considerado que “un problema de diferenciación del régimen jurídico que a efectos de Seguridad Social existe entre los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores autónomos sólo podría discutirse, desde la perspectiva del principio de igualdad, poniendo en cuestión no los contenidos diversos de las normas que en uno y otro régimen –general y especial– se incardinan, sino el principio mismo de articulación de la materia entre un régimen general y diversos regímenes especiales [apartados a) y b) del artículo 9.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social].

Tal controversia sobre uno de los principios estructurales a partir de los que hoy se organiza nuestro sistema de Seguridad Social no es, sin perjuicio de otras consideraciones, admisible teniendo en cuenta que la diversificación entre regímenes general y especiales de la Seguridad Social –se valore del modo que sea en términos de política legislativa– se ha introducido por el

legislador sin proceder a diferenciar entre lo que antes de su acción estaba sujeto a un hipotético régimen común, sino ordenando de modo peculiar situaciones jurídicamente diversas y relativas, en este caso, al tipo de actividad laboral desarrollada por los afiliados al sistema (trabajo por cuenta ajena o autónomo)" [STC 88/2005, de 18 de abril, FJ 5].

El Tribunal Constitucional ha igualmente recordado que la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos "puede ser un objetivo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo constitucional (SSTC 103/1984, de 12 de noviembre, FJ 4; y 27/1988, de 23 de febrero, FJ 5). Aunque existe una tendencia en el plano legal a la equiparación de los distintos regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, corresponde al propio legislador llevar a cabo la culminación de este proceso, en el que el Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto de la institución, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable (STC 38/1995, de 13 de febrero, FJ 2)" (STC 88/2005, de 18 de abril, FJ 5 y más recientemente ATC 146/2012, de 16 de julio, FJ 4).

3.4. Aplicación de la doctrina constitucional al caso planteado

Pues bien, partiendo de esta clara jurisprudencia constitucional el Auto comentado llega a la conclusión de que en el presente caso no se dan parámetros homogéneos para verificar la pertinente comparación y correlativa aplicación por igual de la prestación discutida. Estamos ante distintos regímenes, cada uno con su propia normativa, y esto justifica el diferente tratamiento en materia de prestaciones.

El órgano judicial proponente ofrece un término de comparación que no resulta idóneo. Ciertamente, los beneficiarios de la pensión de orfandad han estado regulados, como hemos señalado, de una manera diferente en uno y otro régimen. En el momento del hecho causante la regulación prevista en la LGSS resultaba más favorable, sin embargo, por ejemplo, en el año 1987 la situación era contraria, de manera que la regulación de la Ley de Clases Pasivas era más favorable para los beneficiarios al reconocer el derecho a la pensión de orfandad a los menores de 21 años cuando la LGSS entonces vigente sólo lo reconocía a los menores de 18 años. En todo caso, como también ha señalado el Tribunal Constitucional, la consideración de los términos comparativos entre regímenes diversos habría de hacerse, en su conjunto y no por las consecuencias individualizadas, más o menos beneficiosas, que en cada caso tenga la aplicación de uno y otro régimen (ATC 42/1990, de 29 de enero, FJ 2).

Por tanto, cabe concluir que de conformidad con la doctrina previa del Tribunal no es posible alegar discriminación como resultado de la comparación de regímenes distintos de Seguridad Social, dado que no son términos homogéneos. Se trata de la articulación legal de diferentes "sistemas de protección", caracterizados por sus propios principios configuradores, que justifican y determinan su diverso alcance protector, también en cuanto a la determinación legal de los sujetos a los que se extiende la cobertura del sistema, que se inscriben dentro del amplio margen de configuración legal de que goza el legislador, sin que por tal motivo pueda advertirse incompatibilidad con el derecho a la igualdad proclamado por el art. 14 CE.

3.5. El encuadramiento del personal al servicio de la administración de justicia en diferentes regímenes de protección social

Podría haberse planteado por el órgano judicial proponente de la cuestión, desde la perspectiva del principio de igualdad, no la diferencia del régimen jurídico que existe entre los beneficiarios de la pensión de orfandad en el régimen general y en el régimen de clases pasivas, sino la articulación del sistema de protección social de los jueces, que aun realizando la misma función, son encuadrados en regímenes de protección diferentes. La diferencia de régimen jurídico aplicable responde a razones temporales: el momento de acceso a la carrera judicial.

En efecto, la modificación del sistema que se produce en 2011 supuso la inclusión de aquellos jueces que accedían en la carrera a partir de entonces en el régimen general de la Seguridad Social, manteniendo, sin embargo, a los que ya estuviesen en la misma en el régimen de clases pasivas. El art. 20 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, incluyó en el régimen general de la Seguridad Social, con efectos de 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, a los funcionarios de carrera de la Administración de Justicia siempre que el acceso a la condición de que se trate se produzca a partir de aquélla fecha.

Como ya hemos señalado, para apreciar una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley debe partirse de la homogeneidad o identidad del término de comparación utilizado. Lo propio del juicio de igualdad, es "su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas" y, de otro, que "las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso". Solo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma (SSTC 205/2011, de 15 de diciembre, FJ 3, y 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 7).

En este caso, estaríamos ante una diferencia de trato entre un determinado colectivo, el colectivo de jueces o más en concreto, de funcionarios de la Administración de Justicia. Sin embargo, la diferencia de trato, a nuestro juicio, no carece de explicación, sino que responde a una diferenciación por razones temporales que se aplica por igual a todos los funcionarios de carrera de la Administración de Justicia.

Es cierto que existe una diferencia de trato al quedar incluidos unos en el régimen general de la seguridad social y otros en el régimen de clases pasivas, pero el diferente trato se establece en función de una circunstancia de ámbito temporal y las diferencias que derivan de esa circunstancia están justificadas. Su ámbito de aplicación es el mismo, todo el conjunto de funcionarios de carrera de la Administración de Justicia, sin que se desprendan diferencias con respecto al ámbito posible de sus destinatarios, más allá de la temporal. Por ello, a nuestro entender, aunque la cuestión se hubiera planteado desde esta perspectiva tampoco se hubiera vulnerado el derecho a la igualdad del art. 14 CE.

El Período Mínimo de Cotización para acceder a la Pensión de Viudedad: Recientes Consideraciones Jurisprudenciales

The Minimum Contribution Period in order to access the Widowhood Pension: Recent Legal Considerations

MARÍA SALAS PORRAS *Prof. Titular de Universidad. Dpto. Dcho. del Trabajo y la Seguridad Social Universidad de Málaga*
https://orcid.org/0000-0002-1146-6880

Cita sugerida: SALAS PORRAS, M., "El Período Mínimo de Cotización para acceder a laPensión de Viudedad: Recientes Consideraciones Jurisprudenciales". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 28* (2021): 99-113.

Resumen

Probablemente uno de los aspectos menos tratados doctrinalmente sea este que intitula el estudio que de seguida es desarrollado a pesar de que su aplicación práctica pone de relieve que en absoluto resulta pacífico para los ciudadanos. Las conclusiones jurisprudenciales y de la doctrina judicial reflejan, a la vez, la importante función que en su diseño jurídico juega la función interpretativa y complementaria que tienen asignadas sendas instancias. Estamos, pues, como de seguida se pretende mostrar, ante una institución en que el Derecho vivo tiene un amplio margen de actuación.

Palabras clave

periodo mínimo, cotización, pensión viudedad, teoría de los días-cuota, teoría del paréntesis, principio de reciprocidad, Reglamento UE 883/2004

Abstract

Probably one of the least doctrinally treated aspects is the one mentioned in the title of this study, which is developed below, despite the fact that its practical application highlights that it causes substantial turmoil among citizens. The legal conclusions and the judicial doctrine also reflect the important role that assigned interpretive and complementary functions play in its legal design. We are, then, as is shown below, dealing with an institution in which living Law has a wide margin of action.

Keywords

minimum period; quote; widowhood pension; day-fee theory; parenthesis theory; principle of reciprocity; EU Regulation 883/2004

1. INTRODUCCIÓN

La publicación casi simultánea de recientes resoluciones sobre la pensión de viudedad por parte tanto del Tribunal Constitucional[1] como del Tribunal Supremo[2]ha sido el detonante de que abordemos un estudio de estas características, si bien es cierto que centrado exclusivamente en el requisito indicado por la rúbrica que lo intitula.

El período mínimo de cotización para acceder a la pensión de viudedad y, salvo error u omisión por nuestra parte, adolece entre la doctrina científica de un tratamiento que pudiera calificarse de abundante, lo cual resulta cuanto menos insólito en la medida en que tal requisito resulta exigible en cualquiera de los distintos supuestos de hecho regulados legalmente y a partir de los cuales se generala precitada pensión. Uniéndose de este casual modo singularidad y necesidad, nos ha resultado ineludible pronunciarnos al respecto, de forma que el ensayo de seguida presentado tiene como finalidad única ofrecer una foto fija de la mentada condición. Para ello el estudio se estructura en torno a tres grandes apartados, quedando el primero destinado a abordar su configuración jurídico-normativa. Sobre las conclusiones que de este extraigamos podremos apoyar la construcción del segundo de los epígrafes, determinado a mostrar tanto las distintas posiciones

[1] Nos referimos a la STC 1/2021, de 25 de enero (BOE nº 46, de 23 de febrero).
[2] Y a la STS (Sala de lo Social) de 22 de septiembre de 2020, ECLI: ES:TS:2020:3146.

Fecha Recepción: 16/03/2021 – Fecha Revisión: 12/04/2021 – Fecha Aceptación: 13/04/2021
Pags. 99-113

jurisprudenciales que han permitido la interpretación normativa del precepto que regula el período de cotización, como la casuística que ha posible la aplicación práctica de la finalidad última de la pensión de viudedad. La vertiente internacional y regional comunitaria no pueden ser descuidadas en un estudio sobre este tema, habida cuenta de las trascendentales repercusiones sociales que esta institución despliega. De ahí que el epígrafe tercero busque satisfacer esta incuestionable necesidad jurídica. Las reflexiones más relevantes alcanzadas a lo largo del ensayo se recogen y confirman en el apartado reservado para las conclusiones.

1.1. El período mínimo de cotización como requisito transversal a todos los supuestos de viudedad

La pensión de viudedad, como se ha subrayado por la más autorizada doctrina[3], precisamente porque es tributaria de la relación de dependencia económica que subyacía al vínculo matrimonial, tanto en su versión primigenia[4] como en la contemporánea[5], pivota de forma esencial sobre esta presunción relativa al detrimento económico que sufre la unidad familiar cuando fallece uno de sus miembros aportantes y la consiguiente necesaria compensación que ha de asumir el Estado Social y de Derecho ante tal situación. Justamente la asistencia económica apuntada justificaría no sólo la intervención de los Poderes Públicos en una cuestión que, aun perteneciendo en todo punto al ámbito del Derecho Privado –como es la relación interpersonal y el estado económico de la familia– busca paliar una situación de carestía[6] sino, además, y en lo que a nosotros respecta, que la actuación administrativa *ex* artículo 219.1 de la LGSS[7] se haga depender de la constatación de una concreta realidad, *id est*: que el causante realizaba aportaciones a la unidad familiar sin las cuales "será necesario compensar un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite (…)" –STC nº 184/1990[8]–. Por consiguiente, y como derivación lógica de esta afirmación, para que exista minoración o supresión total de ingresos, previamente han debido acontecer estos y derivarse del desempeño de una actividad productiva, sea por cuenta ajena o propia, respecto de la que ha nacido una obligación de cotizar –la cantidad o el período exigido es en lo que abundaremos en este estudio– en cualquiera de los regímenes existentes en materia de Seguridad Social. Incluso, como se verá más adelante pero siendo el momento preciso para avanzar la idea, la realidad apenas mentada –relativa a cotizar porque se ha trabajado– se llegará a flexibilizar –parcialmente, se entiende– por la propia jurisprudencia ordinaria cuando, "tratando de ofrecer una interpretación más humana de la norma", elabora la denominada "teoría del paréntesis"[9], a partir de la cual se reconocen como válidos para acceder a la pensión supuestos en que pueda presumirse e indiciariamente probarse la existencia de *animus laborandi* por parte del fallecido, aunque de facto no se hubiera prestado servicios por el tiempo requerido o en las condiciones legalmente previstas.

[3] En parecidos términos se expresa la Prof. Quesada Segura en su "Una aproximación histórica a la protección por muerte y supervivencia en el ordenamiento jurídico español" en AA.VV.: *La Pensión de Viudedad. Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2013, pág. 13.

[4] Así se indicaba por el Prof. Manuel Alonso Olea en *Instituciones de Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969, pág. 165.

[5] Uno de los más recientes trabajos publicados al respecto es el de la Prof. Paz Menéndez Sebastián, intitulado *Beneficiarios de la pensión de viudedad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2020.

[6] Ponían de manifiesto los Profesores Blasco Pellicer y López Terrada, aun en el año 2012 pero siendo perfectamente aplicable a estas alturas del año 2021, que la finalidad de la pensión de viudedad había pasado de constituir un resorte para tamizar la actualización de una contingencia generadora de situaciones de necesidad "(…) a un complemento a las rentas económicas del cónyuge supérstite (…)". Así puede leerse en la página 93 de su "Retos y futuro de la pensión de viudedad" en Sala Franco, Tomás y Pedrajas Moreno, Abdón (Coords.): *Libro homenaje a Abdón Pedrajas Moreno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 91-125.

[7] Las siglas apuntadas, como es de general conocimiento, responden a la Ley General de Seguridad Social, en su versión vigente aprobada a través del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, publicado en el BOE nº 261, de 31 de octubre.

[8] Nos referimos expresamente a la emitida con fecha de 15 de noviembre.

[9] Esta construcción procede de la STS (Sala de lo Social) ECLI: ES:TS:2005:7976.

La existencia del requisito de la cotización previa, por tanto y, teniendo presente la anterior reflexión –conforme a la cual el efecto útil de la pensión de viudedades amortiguar los efectos económicos derivados del fallecimiento de unos de los aportantes a la economía doméstica familiar–, necesariamente ha de tener una presencia transversal e independiente de cualesquiera sean los supuestos de hecho regulados normativamente para generar el derecho. Lo contrario –es decir, exigir ese período de cotizaciones sólo para algunas de las situaciones constitutivas del acceso a la pensión– supondría configurar distintos mecanismos prestacionales, el contributivo y el asistencial, con la consiguiente asunción por parte de las Comunidades Autónomas de la competencia por razón de la materia[10] –*ex* artículos 148.1.20 CE 149.1.17 CE– y las subsiguientes regulaciones dispares y atentatorias contra el principio constitucional de igualdad, en el bien entendido sentido de no ser capaces –las Autonomías– de "garantizar la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales de sus ciudadanos"[11].

Ello justificaría que el legislador hubiera extendido esta *conditio sine qua non* a la ampliación de situaciones a partir de las que resulta posible acceder a la mencionada pensión. Así, si originariamente sólo los esposos[12] heterosexuales unidos en matrimonio civil y religioso –siempre que se tratara de algunas de las confesiones con las que el Estado español tenía concordato, es decir, la Iglesia Católica, la Evangelista, la Comunidad israelita y la Comunidad islámica– tenían la posibilidad de solicitarla, con el devenir de los años y el reconocimiento legal de otras realidades familiares, se extendió a las parejas homosexuales[13] y las heterosexuales unidas en matrimonio –celebrado en España o inscrito válidamente en Registro español[14]– o de hecho –siempre que constara como tal unión en el Registro Civil[15] correspondiente *ex* art. 221 LGSS–. De igual modo y, en aras de preservar aquel efecto útil antes referido[16]–relativo a salvar las carestías generadas por el deceso de un miembro aportador de la unidad de convivencia–, se consideraron incluidos entre los titulares del derecho a pensión a quienes demuestren la dependencia económica del causante, aun a pesar de que el vínculo relacional hubiera desaparecido –por separación o divorcio– o hubiera sido declarado nulo –conforme al artículo 220 LGSS–.

Asentado así el necesario carácter transversal de esta exigencia, de seguida abundamos en su materialización, es decir, en su puesta en práctica por beneficiarios y Administración, de modo que podamos ofrecer un bosquejo del estado de la cuestión en la actualidad.

[10] Se recomienda, entre otros, la lectura del estudio del Prof. Monereo Pérez: "Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales", *Temas Laborales*, vol. 1, núm. 100/2009, pp. 295-328.

[11] STC 37/1987, de 26 de marzo.

[12] Se aclara por parte de los Prof. Ángel Blasco y Eva López en su "Retos y futuro de la pensión…", *op. cit.*, pp. 92 y 93 que, en las primeras versiones de la configuración normativa de la pensión de viudedad, la Ley General de Seguridad Social "tendía a presumir *ex lege*que la viuda dependía de su marido (…) de ahí que únicamente al viudo se le exigiera demostrar para que naciera su derecho a pensión que, al tiempo de fallecer su esposa, era una persona que estaba incapacitada para el trabajo y vivía a cargo de la fallecida".

[13] La Ley 13/2005, de 1 de julio introdujo esta modificación en el artículo 44 del Código Civil español. Al respecto de sus consecuencias para la pensión de viudedad, y, entre otros, recomendamos la lectura del estudio desarrollado por el Prof. Djamil Tony Kahale Carrillo: "La incidencia de la pensión de viudedad en los matrimonios homosexuales", *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 2008, pp. 225-254.

[14] Por exceder de nuestro ámbito de estudio, no nos corresponde abundar en la presentación de casos en que las pensiones de viudedad no se conceden por haberse celebrado la unión conforme a un rito libremente elegido por los contrayentes, pero no inscrito en el Registro español, así como aquellos supuestos en que las uniones se realizan entre tres o más personas –bigamia o poligamia–, empero sí que queríamos dejar constancia de ello. Y con esta finalidad no sólo se redacta esta nota, sino que se añaden indicaciones en la bibliografía por si el lector estuviera interesado en una revisión en mayor profundidad.

[15] Esta modificación fue introducida por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, publicada en el BOE nº 291, de 5 de diciembre.

[16] Al menos esto es lo que puede derivarse de la lectura de la Disposición Final Tercera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, publicada en BOE nº 309, de 24 de diciembre.

1.2. Vicisitudes en su aplicación práctica

Con la finalidad apenas mencionada, este segundo epígrafe se construye a partir de las elaboraciones jurisprudenciales que afrontan ciudadanía –en general– y prácticos del derecho en particular, cuando de la determinación del período de cotización se trata.

Y es que, la sencillez empleada por el legislador para diseñar la condición que nos ocupa contrasta grandemente con los problemas –elevados a la categoría de litis– que en la realidad práctica plantea; dificultades aplicativas que han sido salvadas por el orden jurisdiccional social a partir de interesantes construcciones jurídicas cuya importancia deriva del hecho de erigirse en claras orientaciones a seguir por las estrategias procesales que buscan el reconocimiento del acceso a la pensión de viudedad.

1.2.1. "teoría jurisprudencial de los días-cuota" y la STS 3146/2020

La primera de las elaboraciones jurisprudenciales que querríamos destacar ha sido la rescatada por el Tribunal Supremo en la Sentencia resolutoria del recurso de casación con nº 2429/2018, de 22 de septiembre de 2020, y publicada tal como se indica en la rúbrica que intitula este sub-epígrafe; la STS 3146/2020.

La sentencia referida resulta especialmente interesante no tanto por la decisión que asume el Tribunal –esperable si se lee con detenimiento el iter jurisprudencial previo–, sino por el recorrido que invita a hacer a quien a ella se asome. En este sentido, la "teoría de los días-cuota" y las consecuencias –ventajosas siempre para el solicitante de la pensión– de distinguir entre el día natural y el día de trabajo, así como la consideración de las cotizaciones procedentes de las pagas extraordinarias como sumandos computables a efectos del cálculo de los quinientos días exigidos legalmente en el apartado primero del artículo 219 LGSS, se erigen, para el caso que ahora nos ocupa, en los ejes transversales del pronunciamiento, los cuales, sin embargo, llegaron a complicarse hasta extremos insospechados, como de seguida se mostrará.

La parte recurrente, Dña. Cándida, en desacuerdo con la denegación al acceso a la pensión de viudedad declarada en suplicación[17]por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de febrero del año 2018, discute el criterio utilizado por la antedicha Sala para concluir que no reunía su esposo el periodo mínimo de cotización exigido de quinientos días en los cinco años anteriores a la fecha de su fallecimiento, puesto que el tal criterio se opone diametralmente, a juicio de la recurrente, con la sentencia dictada por la misma Sala en febrero del año 1999. Y, en efecto, concluye el Tribunal Supremo que no sólo existe la mentada contradicción entre sentencias, sino que el parecer del año 1999 debía ser el prevalente.

Tal vez se pregunte el lector si tan compleja fue la trayectoria laboral del esposo como para conducir a las partes hasta la interposición de un recurso de casación para la unificación de doctrina, a lo cual debemos responder afirmativamente. Y es que el causante, el Sr. Nazario, percibió pensión no contributiva por invalidez desde agosto del año 1996 hasta la fecha de su fallecimiento, en abril de 2015. Mientras que, desde diciembre de 1992 –fecha de su última actividad laboral–, y en los años subsiguientes, pero previos a 1996, lo que hallamos es una sucesión continua –prácticamente interminable– de períodos de alta y baja como demandante de empleo. Lo cual obliga al operador jurídico a asomarse con detenimiento no sólo a la realidad laboral del causante, sino a la adaptación que a ella deba hacerse del requisito legal del período de cotización previo para que la viuda acceda a la pensión de supervivencia.

En este sentido y al hilo de las circunstancias expuestas, el causante, de conformidad con el reenvío que el apartado primero del artículo 219 LGSS hace al 217 del mismo cuerpo normativo, se

[17] El recurso de suplicación se debió, como sospechará el lector, al reconocimiento que del acceso a la pensión hizo el Juzgado de lo Social que conoció en primera instancia –el número 4 de los de Córdoba– ante la resolución denegatoria del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

encuentra entre los sujetos que pueden generar derecho a prestación por viudedad, puesto que en la letra b) del párrafo primero del artículo 217 LGSS se indica expresamente que los perceptores del subsidio por incapacidad están incluidos en tal espectro. Y, entre ellos, la posición –de entre las diferenciadas por el artículo 219 LGSS– en que se encontraba el Sr. Nazario en el momento del deceso respondía a la asimilada al alta sin obligación de cotizar. Por lo que, para acceder a la pensión, "el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar". Así, y puesto que no consta que el fallecimiento del causante se debiera a un accidente, esta concreta parte del precepto reenvía al Tribunal –también a las partes procesales– a observar cuál era la situación de D. Nazario con anterioridad al mes de diciembre del año 1992, dado que a partir de esa fecha y hasta agosto de 1996 lo que quedó demostrado en juicio fue que estuvo de alta como demandante de empleo de forma interrumpida durante casi cuatro años, siendo que sólo esporádicamente percibía subsidios y otras ayudas extraordinarias por desempleo de cuantía ínfima –ninguno para mayores de 52 años–, motivo por el cual, y de conformidad con el artículo 265.1.b).2 LGSS, no generaron deber alguno de cotizar.

Esta revisión del período cotizado por el causante en los cinco últimos años de su vida laboral activa con obligación de hacerlo arrojó como resultado que sólo se alcanzaban los quinientos días exigidos legalmente si entre ellos se computaban los correspondientes a las pagas extraordinarias. De ahí que fueran dos las sendas que se abrieron ante el Tribunal andaluz: de una parte, considerar que, a los efectos de acceder la pensión de viudedad, exclusivamente se computan los días efectivos de cotización –de forma paralela a lo previsto legalmente para la pensión de jubilación *ex* art. 205 LGSS y restando al artículo 247 LGSS valor de regla general–. De otra, acoger la "teoría de los días-cuota" lugar común de la doctrina judicial durante largo tiempo y conforme a la cual sí que se computan a los efectos de la pensión de viudedad –también a los de invalidez– los llamados "días-cuota por gratificaciones extraordinarias". Esta última, como avanzamos al comienzo de este sub-epígrafe, fue la "piedra desechada" por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, empero, a la vez, el revulsivo idóneo para que prosperase el recurso para la unificación de doctrina que ha dado pie a este ensayo.

Con ocasión de la STS 3146/2020, el Magistrado Ponente fue el Excmo. Sr. García-Perrote Escartín, quien, para elaborar la resolución, acude a revisar sistemática y cautelosamente los pronunciamientos de este órgano habidos con anterioridad, empleando para ello una formidable técnica que permite reconocer, por quien se aproxime a la lectura de la sentencia, cuál ha sido el punto de inflexión y cómo este no ha quedado invalidado –sea legal, sea jurisprudencialmente– a pesar del transcurso del tiempo.

En efecto, como sagazmente señala el Magistrado, el alabeo que introduce la "teoría de los días-cuota por gratificaciones extraordinarias" procede de la STS de 10 de junio de 1974 que, a su vez, se apoyaba en la distinción identificada por otra de 12 de marzo de 1973 entre los "días de trabajo natural" y los "días de cotización" a los que, dado el silencio que al respecto guardaban las normas aplicables al caso, otorgaba primacía para el cálculo de los períodos de cotización a los solos efectos de acceder al derecho. Tres son, pues, los elementos con que jugaban aquellas sentencias y cuya permanencia se constata por la más actual Sentencia de 22 de septiembre de 2020.De una parte, que los días-cuota no coinciden con los días-trabajo, puesto que las gratificaciones extraordinarias comportan un plus que debe ser tenido presente a estos efectos en la medida en que el trabajador también satisface por ellos las pertinentes cotizaciones. De otra, que esta teoría sólo debe aplicarse a los efectos de computar los períodos mínimos de cotización exigidos para acceder a la pensión, pero no a otros efectos, como determinar la cuantía y el porcentaje mínimo a aplicar a la base reguladora de la pensión. Por último, la vigencia de esta diferenciación, puesto que al ser propuesta por la interpretación jurisprudencial el legislador puede revocarla cuando considere, si bien habrá de hacerlo expresamente.

En este último sentido de la pervivencia de la construcción jurisprudencial, argumenta el Magistrado Ponente que podría haber supuesto una oportunidad para desmontarla –si en efecto hubiera sido la *voluntas legislatoris*– la entrada en vigor de la Ley 40/2007[18], puesto que en su Exposición de Motivos se indicaba abiertamente la intencionalidad reformista –del cuerpo normativo– para agilizar la correlación existente entre cotizaciones y prestaciones. Sin embargo, tal y como subrayó la STS de 28 de enero de 2013, la alusión única y expresa a la exclusión de los días-cuota correspondientes a las pagas extraordinarias se incluyó a los efectos exclusivos de la pensión de jubilación, modificándose consecuentemente el entonces artículo 161.b) LGSS –correspondiente al artículo 205.1.b) de la versión vigente de la LGSS–, pero no los preceptos que regulan tanto la pensión que ahora nos ocupa como la pensión por invalidez permanente. De ahí que en el fallo del Tribunal Supremo expresamente se reconozca que D. Nazario sí cumplía las condiciones legalmente previstas en el artículo 219.1 LGSS para generar el acceso a la pensión de viudedad a favor de Dña. Cándida.

Esta "teoría de los días-cuota" también ha sido objeto de discusión en supuestos en que debe dilucidarse si las pagas extras se computan o no a efectos carenciales para completar los 15 años de cotización que exige el artículo 219.1, párrafo segundo LGSS, como carencia mínima para acceder a la prestación de viudedad cuando el causante no se encontrara a su fallecimiento en situación de alta o asimilada. En este sentido, la doctrina judicial ha considerado la procedencia de tal aplicación, resolviendo que estos días-cuota derivados de las pagas extraordinarias sí aprovechan para obtener el período de carencia exigible. En concreto fue el caso resuelto por la STSJ de Andalucía, sede Sevilla nº 1027/2020, de 26 de mayo. En este supuesto, la viuda recurrente en suplicación, Dña. Rita, solicita que sea de aplicación la mentada teoría para su caso concreto en que la trayectoria profesional de su esposo presentaba de forma intercurrente períodos de cotización en el Régimen General de Seguridad Social y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA, en adelante). Respecto de este último resulta necesario destacar cómo claramente indica el Tribunal andaluz que también resulta de aplicación la construcción jurisprudencial de los días-cuota, –si bien no por todo el período cotizado del causante como autónomo, sino sólo a partir del 1 de enero de 1986 en adelante, dado que esa fue la fecha de entrada en vigor del RD 2475/1985, de 27 de diciembre[19]–. De este modo, y aunque no pudo aplicarse la teoría de los días-cuota en las cotizaciones al RETA debido a que los ingresos fueron todos anteriores al 1 de enero de 1986 –fecha a partir de la cual era de aplicación el RD 2475–, sí que se hizo lo procedente para el Régimen General, arrojando un sumatorio que excedía con creces de la carencia de los quince años prevista por el artículo 219.1 LGSS.

Para aproximarnos a la cuadratura del círculo y aun abundando en la aplicación de los días-cuota cuando de cotizaciones del RETA se trata, no querríamos desaprovechar esta oportunidad que se abre en nuestro discurso para traer aquí la interesante cuestión que se resuelve por el TSJ de Islas Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, a través de su Sentencia de 15 de noviembre, la número 1127/2019. En ella, decimos, se plantea una compleja situación puesto que la viuda, Dña. Trinidad, para acceder a la pensión de supervivencia y con anterioridad a su solicitud ante el INSS, se dedica a abonar todas las cuotas del RETA que, vigentes o prescritas antes o después del hecho causante, eran adeudadas por su difunto ex esposo, D. Hilario. La estrategia de la recurrente era clara: esperaba lucrar la pensión de viudedad a través de la satisfacción de las obligaciones adeudadas, de modo que pudieran considerarse computables, las tales cuotas, para alcanzar el período mínimo de cotización requerido para el acceso a la pensión por el artículo 220 LGSS en concordancia con el 219 del mismo cuerpo legal.

[18] Nos referimos a la Ley de 4 de diciembre de Medidas de Seguridad Social, publicada en el BOE nº 291, de 5 de diciembre.

[19] Se trata del ya derogado RD sobre Bases y Tipos de Cotización a la Seguridad Social, Desempleo y Fondo de Garantía Salarial, publicado en el BOE nº 2, de 2 de enero de 1986.

Ante esta actuación y la ulterior reclamación en suplicación del reconocimiento de su derecho a acceder a la pensión por viudedad, entiende el Tribunal canario que, de conformidad con la entonces vigente Disposición Adicional Trigésima Novena de la LGSS, para el reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social el legislador exige que el causante o bien se encuentre al corriente en el pago de las cotizaciones con anterioridad al hecho causante, o bien que exista una invitación al interesado a ingresar las cuotas adeudadas, dentro del plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la notificación de la mencionada invitación. Este es, pues, el régimen que se prevé para las cuotas adeudadas y vigentes, empero para las prescritas la situación cambia totalmente, en la medida en que aunque la recurrente trata de distinguir entre las prescritas antes o después del hecho causante, el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de febrero de 2007 indica que "las cuotas prescritas antes del hecho causante suponen estar al corriente, pero no computan para la carencia, mientras que de las prescritas con posterioridad al hecho causante tan siquiera puede derivarse que coloque al causante en situación de estar al corriente". Motivos por los cuales se deniega el discutido acceso a la pensión.

1.2.2. La "teoría jurisprudencial del paréntesis" y la STS4502/1993

Tal vez con incidencia colateral en la determinación del período mínimo de cotización para acceder a la pensión de viudedad, pero sin desconocer su trascendencia, asentamos el segundo pilar de nuestro ensayo en la construcción jurisprudencial conocida coloquialmente como "teoría del paréntesis", consistente, como de seguida se muestra, en la posible neutralización de períodos de tiempo a efectos de no ser computados o ser puestos "entre paréntesis" a efectos del requisito de la cotización mínima en los cinco años anteriores al fallecimiento o a la fecha en que cesó la obligación de cotizar –*ex* párrafo primero del artículo 219 LGSS–.

En puridad y, como ha tenido ocasión de indicar el TS en la sentencia referenciada en el título de este sub-epígrafe, su proposición obedece a "aplicar un criterio humano y flexible" en las exigencias normativas referentes al acceso al sistema de prestaciones, puesto que, en palabras del Magistrado y Profesor Martín Valverde –Ponente de la STS nº 6280/2000, continuista y tributaria de la STS nº 4502/1993– "la garantía para todos los ciudadanos de protección social suficiente en situaciones de necesidad, establecida como principio rector de la política social en el art. 41 de la Constitución, no puede desvirtuar en un ordenamiento de la Seguridad Social fundado en la actividad profesional de los asegurados los requisitos de cotización y de alta o situación asimilada exigidos para el reconocimiento de las prestaciones del nivel contributivo, habida cuenta que todo el sistema de protección social está asentado sobre la actividad de trabajo o la disponibilidad para la misma. Pero la interpretación de los preceptos que imponen estos requisitos, que se remontaban algunos de ellos hasta fecha reciente a los reglamentos de Seguridad Social de los años sesenta, debe hacerse de forma que se tenga en cuenta la finalidad de los mismos y el indicado principio constitucional de protección suficiente". Justamente esta interpretación finalista y orientada a preservar el "efecto útil" de la norma condujo al Tribunal Supremo a la elaboración de la teoría que destacamos en este epígrafe, la cual apunta tanto a "flexibilizar humanizando" la aplicación de los requisitos de la pensión de viudedad, como a introducir –si bien a los solos efectos del acceso al sistema prestacional– un nuevo elemento a tener en consideración por el operador jurídico, el referido al *animus laborandi*.

La introducción de este nuevo criterio interpretativo busca hacer permeables los requisitos legalmente fijados para el acceso a las prestaciones de que se trate a los avatares que pueda sufrir el ciudadano a lo largo de su trayectoria profesional, de modo tal que, al no estar tampoco garantizada por los Poderes Públicos una permanencia continua en el mercado de trabajo, pueda hacerse una lectura de la vida laboral desde la nueva perspectiva que introduce la identificación de este *animus* en una lectura conjunta del iter del trabajador, en vez de focalizar su apreciación de forma parcializada. De esta forma, de nuevo siguiendo al Magistrado Antonio Martín, pero en la STS nº 9614/2001, "lo que importa a efectos de merecimiento de protección social contributiva es el

propósito de incorporación a la actividad laboral, cumpliendo así el deber constitucional al trabajo establecido en el art. 35 de la Constitución (…)".

Así fundamentada esta construcción teórica interpretativa –cuyos orígenes rastreamos hasta la STS nº 1996/1991, de 29 de mayo de 1992 que resuelve el primer recurso de casación en este sentido, si bien referido a la pensión de jubilación– interesa ahora abundar en su contenido e implementación práctica, así como en la aplicación más reciente que de ella se hace.

En lo que al contenido se refiere, apuntaba con claridad el Ponente del pronunciamiento nº 4502/1993, el Magistrado Campos Alonso, que "(…) la carencia específica legalmente exigida para obtener la pensión (…) no puede quedar perjudicada por la situación del trabajador que permanece en paro involuntario no registrado en la correspondiente oficina de empleo (…), situación que debe quedar entre paréntesis o neutralizada a efectos del cómputo del período exigido". De ahí que, al hilo de lo indicado en las líneas primeras de este apartado, la "teoría del paréntesis" haga referencia a períodos de tiempo que no serán tenidos en cuenta para apreciar si ha existido y pervivido el *animus laborandi* que el legislador exige para el acceso al sistema de prestaciones y, en concreto, a la pensión de viudedad.

Así pues, centrándonos a hora en su implementación práctica, aquellas sentencias de comienzos del siglo XXI ponían de manifiesto cuáles son los criterios jurisprudenciales para la aplicación de esta doctrina del paréntesis. El primero de estos alude a que no cabe reducción de los períodos de carencia o cotización impuestos en las normas legales y reglamentarias (STS de 5 de octubre de 1997). El segundo apunta a que los intervalos excluidos del cómputo del período o plazo reglamentario "anterior al hecho causante" son en principio aquéllos en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad, como la situación de desempleo. El tercero refiere que también cabe excluir de dicho cómputo, a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y cotización, un "interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo" que no revele "voluntad de apartarse del mundo laboral" (SSTS de 12 de marzo de 1998 y de 9 de noviembre de 1999. Y, finalmente, el cuarto requisito apunta a que la valoración de la brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su "carrera de seguro", y también en su caso la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal (STS, de 25 de julio del 2000).

En lógica correlación con lo expuesto, algunas de las más recientes sentencias pronunciadas por la doctrina judicial resuelven "atendiendo sobre todo a criterios teleológicos y *humanizadores* para ponderar las circunstancias de cada caso y evitar situaciones de desprotección, de manera que se trata de mitigar el rigor de la pura literalidad de la norma en lo referente a la exigencia del requisito del alta o situación asimilada, principalmente para causar prestaciones por muerte y supervivencia. Y apreciar la existencia de situaciones asimiladas al alta, no previstas reglamentariamente y su consideración como tiempo neutro o paréntesis excluido del período computable".

La aseveración recuperada en el entrecomillado inmediatamente anterior procede del F.D. Primero de la STSJ de Castilla y León, sede Burgos, de 23 de marzo de 2017, y se emite antes de concluir el Tribunal que denota la ausencia de *animus laborandi* –por tanto, no ha de estimarse incluido en la "teoría del paréntesis"– el supuesto enjuiciado en que la causante, Dña. Lina, no había desarrollado actividad laboral alguna o estado inscrita como demandante de empleo durante un período de seis años, sin acreditarse en el acto del juicio prueba alguna que justificase tal separación de la vida laboral.

Del mismo tenor es la Sala de lo Social del TSJ de Aragón, en su Sentencia de 26 de junio de 2019, al estimar que "la no renovación de la tarjeta de desempleo –por el causante– denota ausencia del *animus laborandi* en España". Y es que, en este caso, D. Adriano, aunque había prestado servicios en España para distintas empresas durante un total de cinco años y medio, fue perceptor de

prestación por desempleo entorno a los 48 meses y se encontraba en situación de incapacidad laboral, no había renovado su demanda de empleo en la fecha indicada, acaeciéndose el accidente no laboral que desembocó en su fallecimiento dos meses más tarde de aquel día fijado para la renovación. La cuestión objeto de recurso se ciñó, pues, a determinar si habría de considerarse al causante en una situación identificada como asimilada al alta. En este caso, tal como se demostró en juicio, era evidente que D. Adriano no había cotizado ese período mínimo de quince años y tampoco estaba en alta, por lo que el Tribunal hubo de decidir si aplicar o no la "teoría del paréntesis", es decir, interpretar –a partir de los indicios aportados– si quiso apartarse del sistema de Seguridad Social, siendo exclusivamente su situación personal la que le impidió atender y gestionar su presencia en el sistema. Los hechos tomados en consideración fueron los acontecidos en el periodo transcurrido entre la fecha en la que el fallecido debió renovar su petición de demanda de empleo y la fecha de su fallecimiento, es decir, entre el 10-04-18 al 17-06-18, en total 72 días, pero la especial circunstancia que se produce en este caso es que el causante se hallaba al menos desde el 26-02-18 en Marruecos, por lo que a la fecha de su fallecimiento llevaba 3 meses y 20 días fuera de España. Ello, unido a que el causante disponía de partes médicos por incapacidad –en los que no constaba la patología que provocaba tal baja médica– y a que el accidente de tráfico reveló que la tal enfermedad no lo incapacitaba para conducir, llevó al Tribunal burgalés a confirmar que "no puede presumirse el *animus laborandi* de quien se ha ausentado voluntariamente de territorio nacional durante ese amplio periodo de tres meses y veinte días. Tal periodo excluye, a diferencia de los supuestos abordados en la jurisprudencia expuesta, el *animus laborandi* o la disponibilidad inmediata para acceder a un empleo en España, puesto que voluntariamente el causante se ubica en situación de abandono del mercado laboral y su ausencia no se debe a ninguna de las circunstancias que la jurisprudencia suele admitir como elementos causantes de deterioro en grado tal que ni siquiera permiten al afectado de realizar cuantas gestiones son precisas para mantenerse de forma activa como demandante de empleo".

Por último, la más reciente STSJ de la Comunidad Valenciana, con nº 3860/2020, pone en valor la trascendencia en juicio de acreditar suficientemente los motivos que justifican la presencia de *animus laborandi* o, en otros términos expresado, la importancia de que la parte a quien interese presente indicios suficientes para, siguiendo los criterios jurisprudenciales, aplicar la teoría del paréntesis. En este caso el recurrente, D. Simón, solicita sea revocada la Sentencia del Juzgado de lo Social número diez de los de Valencia en la que se desestimaba su petición relativa a obtener el acceso a la pensión de viudedad causada por su difunta esposa, Dña. Adela. Ella falleció en fecha del 14-10-2017 como consecuencia de una neoplasia maligna. En los cinco años anteriores a ese momento acreditaba 204 días cotizados y a lo largo de toda su vida laboral el número de días cotizados fue de 4.503, incluida la parte proporcional correspondiente a pagas extraordinarias. En su trayectoria profesional se detecta una falta de cotización en el periodo comprendido entre el 07/07/2017 y el 20/12/2015, la cual queda acreditada por el recurrente exclusivamente argumentando que "pudo deberse a su gravísima enfermedad". Además de esta hipótesis, no se aporta por la representación legal de D. Simón ningún otro tipo de pruebas indiciarias que apoyen sea la hipótesis, sea la justificada ausencia de *animus laborandi* por parte de Dña. Adela. Por tanto, se trataba de una mera suposición de dificultad personal relacionada con la salud de la causante que, además, habría de entenderse latente al menos desde un año y medio antes de su fallecimiento. Una suposición, como se dice textualmente en el escrito de recurso y así se reproduce en la Sentencia del Tribunal valenciano, que "no estaba avalada por ninguna prueba objetiva y de la que nada se decía en la sentencia de instancia a cuyos hechos está vinculada la Sala para la resolución del recurso". Como es natural no se cuestionaba en este caso la gravedad de la enfermedad que le costó la vida a la Sra. Adela, pero sí se subrayó que tendría que haberse aportado algún medio de prueba del que se pudiera presumir, al menos de modo indiciario, que en ese periodo su enfermedad ya estaba diagnosticada y le impedía acceder al mercado laboral. Entendió, por tanto, el Tribunal levantino que se trataba de un periodo de tiempo demasiado dilatado para que se pudiera aplicar la doctrina del paréntesis y, por ende, que el alejamiento de la causante del mundo laboral no fuera voluntario.

1.3. Repercusiones de estas líneas interpretativas en el ámbito internacional y regional europeo. A propósito de los Convenios bilaterales de Seguridad Social y del Reglamento CE 883/2004

Las realidades jurídico-normativas con las que está vinculada España en tanto que sujeto de Derecho Internacional –entendido este como omnicomprensivo del regional europeo– no puede ser objeto de descuido en un ensayo destinado a ofrecer la foto fija de una institución respecto de la que las construcciones jurisprudenciales afectan, a la postre, a la ciudadanía residente en uno y otros países.

Así, los efectos beneficiosos que, en España, lucran los ciudadanos a quienes en virtud tanto la teoría de los días-cuota como la del paréntesis, se les reconoce el acceso a la pensión de viudedad, habrán de tener su correspondiente repercusión en nuestro ordenamiento jurídico del mismo modo para los casos en que tales requisitos se devengaron íntegramente en España, como para aquellos en que se reunieron en otros ordenamientos; siendo que, para estos últimos, habremos de presentar cómo son tenidos en cuenta por los Tribunales españoles cuando así se solicite por la parte interesada.

Tal es lo acontecido en las dos resoluciones que, como botones de muestra, de seguida se presentan.

La primera de ellas alude a la realidad jurídica que eluye cuando se trata de acuerdos bilaterales entre España y terceros Estados no miembros de la Unión europea. Para estos supuestos resulta de aplicación el Convenio bilateral que, en materia de Seguridad Social[20], se haya firmado por sendas partes contratantes, de modo que ambos países habrán de estar a lo acordado. Aunque se ha identificado por la doctrina científica[21] lo que bien podría denominarse "un patrón común" –que respondería *grosso modo* a la aplicación del principio de reciprocidad, materializado en el axioma jurídico *do ut des*– para el concreto caso del acuerdo bilateral en materia de Seguridad Social con Estados Unidos, la STSJ Madrid nº 970/2019, a partir de la exigencia de totalizar los períodos de aseguramiento y aplicar la regla *prorrata temporis*, resolvió un asunto en que el causante, D. Serafín, había cotizado en España –durante un total de 1624 días– y, en períodos no coincidentes, en Colombia –por un total de 7089 días– y en Estados Unidos –por un total de 32 días– siendo este el país en que se produjo su fallecimiento aunque oficialmente no constaba como en alta laboral.

La recurrente y viuda, Dña. Ramona, solicita en España sendas pensiones de orfandad y viudedad, las cuales fueron reconocidas, pero en un porcentaje menor del que correspondería a juicio de la actora y a prorrata exclusivamente de conformidad con el Convenio bilateral España-Colombia –omitiéndose, por tanto, cualquier referencia al Convenio con EE.UU. cuando el causante falleció estando prestando servicios en este último país–. El contexto litigioso, en el supuesto concreto que se examina, presenta, pues, al causante que cesa voluntariamente en España para incorporarse a un nuevo trabajo y cargo en EE.UU. y, tras trabajar del 1 de febrero de 2016 al 5 de febrero de 2016, fallece de forma inesperada el 8 de febrero de 2016, sin haber formalizado su alta en la Seguridad Social de EEUU y sin suscribir convenio especial. La Sala de lo Social del TSJ de Madrid concluye que conforme a la postura interpretativa humanista y flexibilizadora que se desprende de las teorías –apenas apuntadas– puede entenderse equiparable o asimilable al alta la situación de D. Serafín –la cual, fue reconocida, además, por la Entidad Gestora– y, por lo tanto, le resultaba aplicable la regla de *prorrata temporis* del precitado Convenio hispano-estadounidense.

[20] El acceso a los textos íntegros de estos convenios está disponible a través de este enlace http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/32078/32253, último acceso a fecha de 15/03/2021.

[21] Sólo citamos referencialmente los más actuales trabajos, dado que cualquier otra pretensión sería ilusoria. En este sentido mencionamos todos los trabajos publicados en el Vol. 3, nº 2 del año 2018 de la e-Revista Internacional de la Protección Social.

El segundo de los supuestos que querríamos presentar alude, como se apunta en la segunda parte del título de este epígrafe final, a las repercusiones que las construcciones jurisprudenciales relativas a los días-cuota y al paréntesis despliegan cuando se trata de ciudadanos españoles y/o comunitarios –que con un claro vínculo con nuestro país–, haciendo uso de la libertad de circulación y establecimiento, pretenden lucrar en España la pensión de viudedad.

En estos casos, como se sabe, resulta de aplicación el Reglamento 883/2004 cuya promulgación tuvo como principal detonante la necesaria acomodación de los preceptos de su antecesor, –el Reglamento 1408/71– y, siendo debida –la adaptación– tanto a los cambios habidos en los sistemas nacionales de Seguridad Social, a la exigencia de "más Europa" que, reclamada desde la sociedad civil, refuerce los derechos de los ciudadanos, así como a las orientaciones asentadas por la propia jurisprudencia europea. Esta última, durante la última década de los años noventa y la primera de este siglo, no sólo ha modulado la aplicación del tenor literal de los preceptos del Reglamento 883 sino que, además, y muy especialmente, ha contribuido a forjar otros que, en mayor o menor medida, complementan la aplicabilidad del Reglamento mentado. Así pues, habida cuenta de la trascendencia de la labor interpretativa del Tribunal de Justicia, las repercusiones que genera entre las decisiones de nuestros propios Tribunales, y el acompasamiento de aquellos pronunciamientos con las teorías jurisprudenciales españolas, nos disponemos a cerrar este estudio abordando cómo se concilian ambas posturas, la jurisprudencial europea y la jurisprudencial española, cuando ambas inciden directamente en el reconocimiento del acceso a la pensión de viudedad.

Para ello, hemos de partir presentando someramente siquiera los identificados jurisprudencialmente como "pilares de la coordinación" en materia de Seguridad Social, –un objetivo este de la coordinación que doctrinalmente[22] ha sido reconocido como instrumento o medio para alcanzar una finalidad de mayor trascendencia, como es la relativa a la libertad de circulación y establecimiento que, a la postre deviene en paso necesario e inextricable a la forja de la ciudadanía europea–; los cuales podrían cuantificarse en tres[23]. A saber: la unicidad de la legislación aplicable –que garantizaría la seguridad jurídica del ciudadano europeo, evitar descubiertos y resolver duplicidades–; la igualdad de trato por razón de la nacionalidad –la cual podría extenderse incluso al concepto de residencia puesto que, se han visto casos en que nacionales de terceros Estados han gozado de la coordinación buscada por el Reglamento 883/2004–; la totalización de períodos y la exportación de prestaciones –lo cual facilita que se acceda a pensiones y prestaciones en los Estados miembros de residencia sin perder un solo día de trabajo cotizado en todo el territorio comunitario–. De modo que, sobre estos tres criterios, la jurisprudencia y la doctrina judicial españolas no sólo han se asentar de asentar sus pronunciamientos, sino, además, continuar la aplicación de las teorías que nos ocupan.

En este sentido, un ejemplo lo configura la STSJ Galicia, de 25 de febrero de 2019 en la que se estima el recurso de suplicación presentado por la actora, Dña. Nicolasa y se reconoce su derecho a acceder a la pensión de viudedad que generó su fallecido esposo, D. Luis Manuel. El entuerto que hubo de solventar la Sala de lo Social del Tribunal gallego radicaba en el hecho de que el causante había cotizado en España un total de 693 días en las fechas comprendidas entre el 10 de julio de 1972 y el 5 de diciembre de 1977 y 4605 días en el extranjero, concretamente en Suiza, país al que, dicho sea de paso, resulta de aplicación el Reglamento 883/2004 de conformidad con el Anexo II del Acuerdo CE-Suiza. A partir del 30 de junio de 1992 no existió cotización posterior ya que fue

[22] CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO: "(In)suficiente fundamento legal para la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004 presentada por la Comisión Europea el 13.12.2016", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 2, nº 2, 2017, pág. 1.

[23] En este sentido nos tomamos la licencia de citar en esta nota las reflexiones alcanzadas en nuestro trabajo intitulado "Recientes interpretaciones jurisprudenciales del Reglamento 883/2004 sobre coordinación europea de los sistemas nacionales de seguridad social" publicado en *e-Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS)*, Vol. V, nº 2, 2020, pp. 146-172.

declarado pensionista de invalidez equivalente al grado de absoluta por el organismo competente de la Seguridad Social suiza.

El Juez *a quo* que conoció en primera instancia del caso consideró no sólo que el causante estaba en situación de alta o asimilada al alta sino que resulta de aplicación la teoría del paréntesis a los efectos del cómputo del período de carencia –sendos criterios estos en los que converge también la Sala cuarta del Tribunal gallego–, puesto que al ser declarado pensionista de invalidez es evidente que no existió obligación de cotizar desde tal fecha, por lo que el período computable, a los efectos de determinar si reúne o no el periodo de carencia de 550 días, es el comprendido entre el 1 de julio de l987 y el 30 de junio de 1992. Apreciado este intervalo contenido en el formulario E205 CH, que hace prueba plena al tratarse de un documento que tiene la consideración de público extranjero, el causante reunía el causante un total de 60 meses cotizados, es decir, un periodo muy superior al exigido legalmente, de 550 días, sin que pueda alegarse por el INSS que las cotizaciones realizadas en Suiza no son válidas a estos efectos, por cuanto el artículo 5 del Reglamento 883/2004, en virtud del principio de reconocimiento mutuo, establece que se asimilarán las prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos obtenidos o reconocidos por un Estado miembro en otro en que se soliciten "como si hubieran ocurrido en su propio territorio". Así pues y llegado a este punto contrariamente a lo que sustentó el Juez *a quo*, el TSJ de Galicia estima que se reúne el requisito de cotización de 500 días, en el periodo comprendido en los cinco años inmediatamente anteriores al momento en el que cesó la obligación de cotizar, teniendo derecho la actora a lucrar la pensión de viudedad interesada.

1.4. Conclusiones

El estudio en las páginas que anteceden a este apartado conclusivo del tratamiento normativo y jurisprudencial que en nuestro ordenamiento jurídico recibe una de las condiciones esenciales para lucrar la pensión de viudedad, como es el período mínimo de cotización, permitiría inferir dos deducciones generales.

La primera de ellas insiste en subrayar el carácter transversal con que el legislador ha diseñado el precitado requisito; una configuración esta que responde esencialmente a lo que hemos identificado como el *efecto útil* de la institución social que sostiene. Así, aunque originariamente la pensión de viudedad nace con una finalidad económicamente protectora –y vinculada a la mujer como miembro débil de la relación de pareja heterosexual– su evolución la replantea –a la pensión– como instrumento social garante del equilibrio económico de la realidad social familiar cuando se produce el deceso de uno de los miembros aportantes. De modo que el período mínimo de cotización es el instrumento que permite constatar que, en efecto, el fallecimiento del miembro causante del devengo de la prestación genera un detrimento económico a la unidad familiar, pasada o presente e independientemente de su composición y vinculación.

La segunda conclusión abunda en la postura adoptada por la jurisprudencia española y en su afán por preservar aquel efecto útil previamente mentado, no desde la vertiente de evidenciar la situación de carencia –como subrayamos en el párrafo anterior–, sino desde la perspectiva del beneficiario –o de la unidad familiar destinataria– de la pensión de viudedad. Las teorías de los días-cuota y del paréntesis abundan en esta idea puesto que su último objetivo es flexibilizar los presupuestos legalmente establecidos para acceder a la discutida pensión. La dulcificación que la jurisprudencia insiste en subrayar y materializar a partir de la interpretación humanista de las prescripciones exigidas por el legislador, afecta especialmente a este requisito que estudiamos, en la medida en que introduce forzadas distinciones entre los días de trabajo y los días de cotización, –de modo que las pagas extraordinarias sean generadoras de nuevas cuotas a los efectos de incrementar el total a computar en aquel período–, y neutraliza períodos de tiempo que bien podrían obstaculizar el tal acceso si se tuvieran en cuenta dado que quiebran los períodos previstos normativamente para constatar la existencia o no de *animus laborandi* en el causante de la pensión.

El reflejo que de tales reflexiones hallamos cuando hace su aparición el elemento de la extranjería no hace sino subrayar lo concluido, *id est*, el requisito del período mínimo de cotización, aun a pesar de ser normativamente inescindible de la pensión de viudedad, jurisprudencialmente se interpreta de la forma más humana posible, extendiéndose también a estas lides las construcciones jurisprudenciales mencionadas.

2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS CONSULTADAS

ALLUEVA AZNAR, LAURA Y GINÈS I FABRELLAS, ANNA: "La dependencia económica como requisito de acceso a la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio", *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*, enero nº 1/2015, pp. 1-25.

ALONSO OLEA, MANUEL: *Instituciones de Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969.

BALLESTER PASTOR, INMACULADA: "La cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho", *Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral*, nº 209, 2008, pp. 65-79.

BLASCO PELLICER, ÁNGEL ANTONIO Y LÓPEZ TERRADA, EVA: "Retos y futuro de la pensión de viudedad" en Sala Franco, Tomás y Pedrajas Moreno, Abdón (Coords.): *Libro homenaje a Abdón Pedrajas Moreno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 91-125.

BLÁZQUEZ AGUDO, EVA MARÍA: "La evolución de las pensiones de jubilación y viudedad desde la perspectiva de género", *Lan Harremanak*, nº 38 (2017-II), pp. 152-177.

CABEZA PEREIRO, JAIME: La pensión de viudedad, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2007.

CORRALES MORENO, MARÍA ANTONIA: "Pensión de viudedad y acreditación de la convivencia", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 3, nº 14 (dic), 2010, pp. 47-56.

FERNÁNDEZ URRUTIA, ARÁNZAZU: "Pensión de viudedad, requisito de alta y situaciones asimiladas; en particular, su reconocimiento siendo el sujeto causante pensionista de incapacidad no contributiva", *Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral*, nº 209, 2008, pp. 86-96.

GARCÍA NINET, JOSÉ IGNACIO: "Acerca de la pensión de viudedad", *Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral*, nº 209, 2008, pp. 5-7.

GARCÍA TOMÁS, ENRIQUE: "Urge la reforma de la pensión de viudedad", *Lex Nova: La Revista*, nº 53, 2008, pp. 28-29.

GARCÍA VALVERDE, MARÍA DOLORES: "Mujer musulmana en España. Especial consideración del derecho a la pensión de viudedad", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181/2015, pp. 1-27.

KAHALE CARRILLO, DJAMIL TONY: "La incidencia de la pensión de viudedad en los matrimonios homosexuales", *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 2008, pp. 225-254.

IGLESIAS CABERO, MANUEL: "La pensión de viudedad (I)", *Diario La Ley*, nº 7556, 2011.

- "La pensión de viudedad (II)", *Diario La Ley*, nº 7569, 2011.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, PAZ: *Beneficiarios de la pensión de viudedad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2020.

MOLINER TAMBORERO, GONZALO: "Parejas de hecho y pensión de viudedad", *Diario La Ley*, nº 7817, 2012.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS: "Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales", *Temas Laborales*, vol. 1, núm. 100/2009, pp. 295-328.

PALOMINO SAURINA, PILAR: "Pensión de viudedad. Modificación de los requisitos para el acceso a la pensión de viudedad en los supuestos de pareja de hecho" en AA.VV.: *Jurisprudencia Laboral Práctica*, Lex Nova-Thomson Reuters, 2015, pp. 107-113.

QUESADA SEGURA, ROSA MARÍA: "Una modificación legal, justa y socialmente responsable: la nueva regulación de la pensión de viudedad recogida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2010 (BOE 24.12.2010)", *Tribuna Social: Revista de Seguridad y Social y Laboral*, nº 232, 2010, pp. 14-18.

- "Una aproximación histórica a la protección por muerte y supervivencia en el ordenamiento jurídico español" en AA.VV.: *La Pensión de Viudedad. Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2013, pp. 12-42.
- "La pensión de viudedad. Las diferentes manifestaciones del derecho antidiscriminatorio" en Moya Amador, Rosa (Dir.): *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 445-460.

RODRÍGUEZ INIESTA, GUILLERMO: "Capítulo 14. La pensión de viudedad" en Rodríguez Iniesta, Guillermo et al. (Coords.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo II*, Laborum, Murcia, 2017, pp. 109-136.

RUANO ALBERTOS, SARA: "Criterios jurisprudenciales y judiciales en torno a los beneficiarios de la pensión de viudedad"*, Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral*, nº 209, 2008, pp. 53-64.

SALAS PORRAS, MARÍA: "Recientes interpretaciones jurisprudenciales del Reglamento 883/2004 sobre coordinación europea de los sistemas nacionales de seguridad social", *e-Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS)*, Vol. V, nº 2, 2020, pp. 146-172.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, CRISTINA: "(In)suficiente fundamento legal para la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004 presentada por la Comisión Europea el 13.12.2016", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 2, nº 2, 2017, pág. 1.

3. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES Y JUDICIALES CONSULTADAS

- STC 37/1987, de 26 de marzo
- STC 184/1990, de 15 de noviembre
- STC 1/2021, de 25 de enero
- STS (Sala de lo Social), de 29 de mayo de 1992, ECLI:ES:TS:1992:20495
- STS (Sala de lo Social), de 2 de junio de 1993, ECLI:ES:TS:1993:4502
- STS (Sala de lo Social), de 27 de julio del 2000, ECLI:ES:TS:2000:6280
- STS (Sala de lo Social), de 10 de diciembre de 2001,ECLI:ES:TS:2001:9614
- STS (Sala de lo Social), de 23 de diciembre de 2005,ECLI: ES:TS:2005:7976
- STS (Sala de lo Social), de 22 de septiembre de 2021,ECLI: ES:TS:2020:3146
- STSJ Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social), de 23 de marzo de 2017,ECLI:ECLI:ES:TSJCL:2017:1152
- STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social), de 25 de abril de 2018,ECLI:ECLI:ES:TSJAND:2018:4195
- STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 25 de febrero de 2019,ECLI:ECLI:ES:TSJGAL:2019:757
- STSJ de Aragón (Sala de lo Social), de 26 de junio de 2019,ECLI:ECLI:ES:TSJAR:2019:1303
- STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social), de 15 de noviembre de 2019,ECLI:ECLI:ES:TSJICAN:2019:2986
- STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 28 de noviembre de 2019,ECLI:ECLI:ES:TSJM:2019:5357
- STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social), de 9 de septiembre de 2019,ECLI:ECLI:ES:TSJAND:2019:10909
- STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 28 de noviembre de 2019, ECLI:ECLI:ES:TSJM:2019:14721
- STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social), de 23 de enero de 2020 ECLI:ECLI:ES:TSJCLM:2020:227

- STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), de 26 de mayo de 2020, ECLI:ECLI:ES:TSJAND:2020:3584
- STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 4 de noviembre de 2020,ECLI:ECLI:ES:TSJCV:2020:7127
- STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social), de 17 de junio de 2020,ECLI:ECLI:ES:TSJAND:2020:8959
- SJS de Ciutadella de Menorca (Comunidad Autónoma de las Islas Baleares), de 30 de enero de 2020, JUR\2020\58193

Tarifa Plana y Autónomos Societarios: La doctrina del Tribunal Supremo

Flat Rate and Self-Employed Executives: The doctrine of the Supreme Court

RAFAEL PARDO GABALDÓN *Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia (Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social).Abogado*
https://orcid.org/0000-0003-4067-6390

Cita sugerida: PARDO GABALDÓN, R., "Tarifa Plana y Autónomos Societarios: La doctrina del Tribunal Supremo". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 28* (2021): 115-123.

Resumen

En los últimos tiempos, dentro del marco de las políticas activas de empleo, los diferentes Gobiernos de nuestro país han venido impulsando diversas medidas de fomento del emprendimiento y en particular del autoempleo, a través de reducciones y bonificaciones de la cuota de seguridad social. Destacando entre las mismas, la conocida como "tarifa plana" para nuevas altas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA).

Desde el mismo momento de su aprobación, la Tesorería General de la Seguridad Social –a pesar de que la normativa legal no estableció exclusión alguna– decidió excluir de la medida a todas aquellas nuevas altas al RETA efectuadas bajo la forma jurídica de Sociedad de Capital. Lo cual acabaría generando una enorme conflictividad jurídica, resuelta recientemente a través del pronunciamiento del Tribunal Supremo.

Palabras clave

tarifa plana; autónomos societarios; altas RETA; tribunal supremo

Abstract

Recently, within the framework of active employment policies, different governments of our country have been pushing different measures to promote entrepreneurship and particularly self-employment, through reductions and bonuses of the social security quota. Highlighted among these is the so-called "flat rate" for new registrations in the Special Framework for Self-Employed Workers (RETA).

From the moment of its approval, the General Treasury of Social Security –although legal regulations do not establish any exclusion– moved to exclude any new Capital Company additions to the Special Framework for Self-Employed Workers (RETA) from the measure . This ended up generating an enormous legal conflict which was recently resolved through a Supreme Court ruling.

Keywords

flat rate; self-employed executives; RETA discharges; supreme court

1. INTRODUCCIÓN

La conocida como "tarifa plana" para nuevos cotizantes al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante RETA)[1], sin lugar a dudas se trata de uno de los mayores incentivos establecidos por los diferentes gobiernos de nuestro país en los últimos tiempos para el fomento del emprendimiento, y en particular para la creación de empleo autónomo. La medida fue creada mediante *Real Decreto-Ley 4/2013 de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo,* y posteriormente mejorada y ampliada a través de diversos textos legales; destacando la ley 14/2013 conocida como "ley de emprendedores", la ley 31/2015 que incluye numerosas medidas de fomento y promoción de trabajo autónomo, así como la ley 6/2017 de "reformas urgentes del trabajo autónomo". Esta última aprobada por la unanimidad de todos los grupos políticos presentes en las dos cámaras legislativas (congreso y senado).

[1] Pueden consultarse entre otras las siguientes normas legales: *Ley 20/2007 de 11 de julio, RD Ley 4/2013 de 22 de febrero, Ley 14/2013 de 27 de septiembre, Ley 31/2015 de 9 de septiembre, Ley 6/2017 de 24 de octubre, RD Ley 28/2018 de 28 de diciembre, Ley 28/2018 de 28 de diciembre.*

Fecha Recepción: 21/01/2021 – Fecha Revisión: 15/02/2021 – Fecha Aceptación: 16/02/2021
Pags. 115-123

La medida a pesar de contar con el apoyo de los representantes del colectivo, nació con cierta polémica desde el mismo momento de su aprobación. En primer lugar, porque establecía como uno de los requisitos, que los trabajadores autónomos beneficiarios no contasen con personal contratado por cuenta ajena, lo cual no dejaba de ser una contradicción en un país que duplicaba, y todavía duplica a día de hoy, la tasa media de paro de la Unión Europea, y que precisamente por dicho motivo ya venía adoptando medidas específicas de fomento de la contratación. Y en segundo lugar, porque desde el primer momento, la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS) a través de –a mi juicio– una inconsistente interpretación jurídica decidió excluir a los conocidos como "Autónomos Societarios". Es decir, a aquellos nuevos trabajadores autónomos que desarrollasen su actividad a través de una Sociedad Mercantil o Sociedad de Capital.

La primera de las exclusiones fue corregida por el legislador, prácticamente a los dos años de su aprobación, a través de Ley 31/2015, momento a partir del cual ya resultaba totalmente compatible poder acogerse a los beneficios de la tarifa plana de Seguridad Social, a la vez que se ejercía una actividad por cuenta propia con la ayuda de trabajadores por cuenta ajena.

Pero no ocurriría lo mismo con la excusión de los "Autónomos Societarios". Y es que pese a las demandas de los representantes del colectivo y de diferentes grupos políticos, el legislador decidió no reformar la normativa, dejando esta cuestión al arbitrio del criterio de la TGSS, lo cual acabaría generando una clara situación de inseguridad jurídica.

Como se tendrá ocasión de analizar más adelante, el criterio de dicho organismo público fue muy claro desde el primer momento, interpretando que los beneficios de la tarifa plana y demás reducciones y bonificaciones de seguridad social establecidos a través del Real Decreto–Ley 4/2013, y recogidos en la Ley de Estatuto del Trabajo Autónomo;[2] no podían ser aplicados en modo alguno a aquellos emprendedores que desarrollaran una actividad por cuenta propia bajo la forma jurídica de Sociedad de Capital. Y ello fundamentalmente bajo el argumento jurídico de no estar expresamente incluidos en la citada norma legal.

La negativa de la TGSS generó una paulatina avalancha de reclamaciones judiciales por parte de numerosos "trabajadores autónomos societarios" afectados, reclamando para ellos también, la aplicación de las bonificaciones de seguridad social para nuevos autónomos. Y ello principalmente fundamentado en que al no estar excluidos por la norma legal, automáticamente quedaban incluidos dentro de la misma, exactamente en los mismos términos que el resto de nuevos trabajadores autónomos que cumplían los requisitos establecidos en la norma.

Ello dio lugar a numerosas sentencias judiciales, en las que en la mayor parte de los casos (sobre todo a nivel de Tribunal Superior de Justicia) los Tribunales se fueron pronunciando a favor de las demandas de los trabajadores por cuenta propia afectados. En este sentido, pueden mencionarse numerosas resoluciones de diferentes Tribunales Superiores de Justicia[3](en adelante TSJ) que fallaron de manera clara a favor de la aplicación a los autónomos societarios de las bonificaciones de Seguridad Social para nuevos autónomos.

Pero a pesar de la existencia de dichos pronunciamientos judiciales, en un primer momento la reacción de la Tesorería General de la Seguridad Social fue la de continuar manteniendo el mismo criterio restrictivo, a la vez que decidía no recurrir los pronunciamientos del TSJ ante el Tribunal Supremo. Lo cual bajo mi punto de vista suponía una clara contradicción jurídica. Además de la constatación de la palpable falta de confianza de la Administración en su propio criterio jurídico.

Finalmente, primero la TGSS de la Seguridad Social de Vizcaya en dos ocasiones, y posteriormente la de Madrid en otra ocasión, contradiciendo la postura inicial de no recurrir ante el

[2] Art. 31. *Ley 20/2007 de 11 de julio de Estatuto del Trabajo Autónomo de 11 de julio.*

[3] Pueden consultarse entre otras: *STSJ nº 327/2015 de 21 de mayo de Galicia (Rec. 3572/2015), STSJ nº 52/2015 de 30 de enero de 2015 de Madrid (Rec 1125/2013), STSJ nº 805/2016 de 13 de abril de 2016 de Comunidad Valenciana (Rec. 1894/2015), STSJ nº 261/2017 de 28 de febrero de 2017 de Castilla y León (Rec 593/2016).*

Tribunal Supremo, decidieron presentar sendos recursos de casación ante el alto Tribunal. Recursos todos ello desestimados, y que al generar jurisprudencia, obligaron –esta vez sí– a la Administración de Seguridad Social a modificar su criterio. Asumiendo por fin, que los beneficios de cotización para nuevos trabajadores autónomos deberán ser aplicados a todos aquellos nuevos cotizantes al RETA que cumplan los requisitos establecidos. Y ello con independencia de la forma jurídica bajo la que libremente decidan desarrollar su actividad.

2. LA TARIFA PLANA DE SEGURIDAD SOCIAL

Como ya ha sido comentado en el apartado introductorio, la conocida como "tarifa plana" se trata de uno de los mayores incentivos para la promoción y fomento del empleo autónomo existente en nuestro país.

En concreto, los beneficios establecidos en la cotización de las nuevas altas en el RETA, son los siguientes:[4]

- Del 1º al 12º mes: reducción consistente en una cuota fija mensual de 60 euros en caso de cotizar por la base mínima (51,50 euros correspondientes a contingencias comunes y 8,50 euros correspondientes a contingencias profesionales). Alternativamente aquellos trabajadores autónomos que coticen por una base superior podrán beneficiarse de una reducción del 80% sobre la cotización por contingencias comunes.
- Del 13º al 18º mes: reducción del 50% de la cuota.
- Del 18º al 21º mes: reducción del 30% de la cuota.
- Del 21º al 24º mes: bonificación del 30% de la cuota.

Asimismo, los varones menores de 30 años y mujeres menores de 35 años, podrán beneficiarse de una bonificación adicional del 30% durante 12 mensualidades más. De tal forma, que el periodo total bonificado para los más jóvenes se prolongaría hasta los 36 meses, en lugar de los 24 meses contemplados con carácter general.[5]

Por otro lado, los nuevos trabajadores autónomos que estén empadronados y desarrollen su actividad en municipios de menos de 5.000 habitantes, desde el 13º al 24º mes de actividad, en lugar de beneficiarse de las reducciones y bonificaciones aplicables con carácter general, proseguirán beneficiándose de la tarifa plana de los 60 euros durante 12 mensualidades más. Quedando establecida en este caso la cotización de la siguiente manera:[6]

Del 13º al 24º mes: Cuota fija de 60 euros (reducción) en caso de cotizar por la base mínima, o reducción del 80% sobre la cuota mínima, en caso de cotizar por una base superior.

En concreto, para poder beneficiarse de esta medida especial durante los 12 meses siguientes al periodo inicial, el trabajador autónomo deberá cumplir los siguientes requisitos:

1.º Empadronamiento en un municipio menor a 5.000 habitantes, en función de los datos oficiales del padrón en vigor en el momento del alta en el RETA.

2.º Alta en el Censo de Obligados Tributarios de la Hacienda Estatal, o en su caso de las Haciendas Forales, en el que conste como domicilio fiscal algún municipio inferior a 5.000 habitantes.

[4] *Art. 31. Ley 20/2007 de Estatuto del Trabajo Autónomo*
[5] *Ibid*.
[6] *Art. 31.3. Ley 20/2007 de Estatuto del Trabajo Autónomo*

3.º Mantener el alta como autónomo en el correspondiente municipio menor de 5.000 habitantes, al menos durante los dos años siguientes al alta en el RETA, así como también mantener el empadronamiento en el mismo durante un mínimo de cuatro.

En el caso de incumplimiento de los citados requisitos, el trabajador autónomo beneficiario deberá devolver a la Tesorería General de la Seguridad Social la totalidad del importe dejado de ingresar a la Administración.

Cabe señalar que tanto en el caso de las reducciones (asumidas por la TGSS) como en el caso de las deducciones (asumidas por el Servicio público de empleo –SEPE–) a los efectos del derecho a prestaciones de los trabajadores autónomos, se tendrá en cuenta la cuantía completa de la base de cotización. Es decir, estos incentivos únicamente se traducirán en una reducción de cuota durante el periodo de tiempo señalado. Pero a efectos del acceso a prestaciones, se tendrá en cuenta de forma íntegra la base elegida. [7]

Por otra parte, la norma establece ciertos requisitos y entre ellos, la necesidad de que los nuevos autónomos; o bien no hubieran estado nunca afiliados al RETA (lo que se conoce como alta inicial), o bien no lo hubieran estado dentro de los últimos años anteriores al alta. En concreto, hasta la entrada en vigor de la *ley de reformas urgentes del trabajo autónomo*, este plazo de carencia estaba fijado en 5 años. Desproporcionado requisito bajo mi punto de vista, que suponía una clara discriminación por el hecho de haber sido autónomo previamente. En este sentido, resultando lógico el establecimiento de un determinado periodo de tiempo al objeto de evitar posibles situaciones de fraude, resultaba ciertamente excesivo elevar el mismo hasta los cinco años. Máxime si tenemos en cuenta que teóricamente uno de los objetivos del Gobierno en los últimos tiempos había venido siendo el fomento de la "segunda oportunidad". Y es que en este caso, lejos de fomentarla, se estaría penalizando claramente el hecho de haber emprendido con anterioridad.

Afortunadamente este desproporcionado periodo de carencia sería reducido considerablemente con la aprobación *la ley de reformas urgentes del trabajo autónomo*[8]*,* de tal modo que desde su entrada en vigor, es decir desde el 1 de enero de 2018, quedó reducido desde los 5 hasta los 2 años con carácter general, y hasta los 3 años en caso de haberse beneficiado anteriormente de la medida durante el anterior periodo de alta en el RETA.

3. LA PROBLEMÁTICA DE LOS AUTÓNOMOS SOCIETARIOS

Se comentan a continuación las tres recientes sentencias del tribunal supremo que han abordado la problemática:

3.1. Sentencia del Tribunal Supremo 3887/2019 (sala de lo contencioso-administrativo) de 03 de febrero de 2019 (recurso 5252/2017)

La STS 3887/2019 de 03 de febrero de 2019, juzgó el caso de una joven emprendedora de 25 años (sin trabajadores a cargo) que para desarrollar su actividad constituyó una Sociedad Limitada Unipersonal –de la cual era administradora única– encuadrándose en el RETA con base al *artículo* 305. 2. b de *Ley General de Seguridad Social* al concurrir el requisito de "control efectivo de la Sociedad"[9].

La citada emprendedora solicitó la reducciones y bonificaciones (tarifa plana) de la cuota de Seguridad Social al amparo de lo establecido en el artículo 31 de Ley 20/2007 de Estatuto del Trabajo Autónomo. Solicitud que sería desestimada por la TGSS de Vizcaya, así como el posterior

[7] PARDO GABALDÓN, R; *La protección social de los trabajadores autónomos: una propuesta de mejora*. ALFONSO MELLADO, C.L, FABREGAT MONFORT, G (Dir.), Tesis doctoral Universitat de Valencia, 2018. p. 212.

[8] Art. 3. *Ley 6/2017 de 24 de octubre de reformas urgentes del trabajo autónomo*

[9] PARDO GABALDÓN, R; La protección social de los trabajadores autónomos: una propuesta de mejora. Alfonso Mellado, C.L, Fabregat Monfort, G (Dir.), Tesis doctoral Universitat de Valencia, 2018. p. 72

recurso de alzada, por considerar que el citado precepto legal en su apartado 3, no podía resultar aplicable a los nuevos autónomos que ostentasen la condición de socios de sociedades capitalistas

Ante la negativa de la TGSS a reconocer su derecho a los beneficios de la conocida como "tarifa plana", la solicitante presentó recurso contencioso administrativo ante el TSJ de Vizcaya, siendo estimadas sus pretensiones a través de sentencia 330/2017, por entender que la actora resultaba acreedora de la medida.

Para ello, el Tribunal Superior de Justicia tuvo en cuenta la Ley de Estatuto del Trabajo, Autónomo, que en su artículo 1.2. c, considera como trabajadoras autónomas a aquellas personas que desempeñan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el cargo de administrador o consejero, siempre y cuando además posean el control efectivo.

La Tesorería General de la Seguridad Social fundamentó su argumentación en el escrito de interposición, en que la medida únicamente podía extenderse además de a los conocidos como "autónomos persona física" o "propiamente dichos", a los socios de sociedades laborales y de cooperativas de trabajo asociado encuadrados en el RETA. Y ello por ser los únicos colectivos expresamente reconocidos por el artículo 31 de Ley 20/2007 de Estatuto del Trabajo Autónomo; los cuales además según añadía la Tesorería "presentan características muy distintas", como es el hecho de que en las cooperativas y sociedades laborales a diferencia de lo que sucede en las sociedades mercantiles, con carácter general los socios son los propios trabajadores de la empresa, y no solo los administradores. Concluyendo su argumentación con la conocida expresión utilizada dentro del argot jurídico "donde la ley no distingue, no se debe distinguir". Asimismo, la TGSS reforzaba esta tesis con el argumento adicional de que los conocidos como autónomo societarios, en realidad no se tratarían de verdaderos autónomos, sino de "asimilados a autónomos".

Por su parte, la emprendedora en su escrito de oposición, señaló que la sentencia había aplicado correctamente el artículo 31 de la Ley 20/2007, ya que no se puede ser excluido por "el mero hecho de ser administrador de una sociedad unipersonal", máxime teniendo en cuenta que "el fundamento de la medida es el fomento y protección del trabajo autónomo". Añadiendo asimismo la actora en su argumentación que "constituir una sociedad mercantil no es incompatible con la cualidad de trabajador autónomo cuando la posición jurídica de beneficiario en esa sociedad determina su obligada afiliación al RETA".

Por su parte, el Tribunal Supremo tras admitir a trámite el recurso de casación presentado por la Tesorería General de la Seguridad Social, por apreciar interés casacional para la formación de jurisprudencia debido a la *"inexistencia de jurisprudencia sobre los preceptos aplicados y porque el problema afrontado puede darse en un número considerable de supuestos"*, decidió desestimar dicho recurso y dar la razón a la emprendedora. Y ello fundamentalmente por los dos siguientes motivos:

En primer lugar, porque a juicio del Tribunal Supremo, de lo que se trata es de reconocer los beneficios de la medida a aquellas personas –en especial jóvenes– que inician una actividad económica. No siendo incompatible con la misma el hecho de *"optar por su personificación jurídica societaria por estrictas razones de utilidad económica".* Añadiendo además, que el artículo 31 de la Ley de Estatuto del Trabajo Autónomo, no establece exclusión alguna de los autónomos societarios.

Bajo mi punto de vista, esta postura del Tribunal Supremo resulta totalmente acertada a tenor de lo establecido en el art. 31 de la ley 20/2007 de Estatuto del Trabajo Autónomo, el cual señala expresamente como beneficiarios de la medida a *"los trabajadores por cuenta propia o autónomos que causen alta inicial o que no hubieran estado en situación de alta en los 2 años inmediatamente anteriores, a contar desde la fecha de efectos del alta, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos".*

Es decir, los beneficios de cotización están dirigidos de manera general a todas las personas que causen alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, sin establecer distinción alguna entre las diferentes formas jurídicas existentes para poder desarrollar una actividad por cuenta propia. Y por tanto, con independencia de por ejemplo, tratarse de autónomos persona física, autónomos societarios, autónomos familiares, o autónomos pertenecientes a entidades de economía social.

Y es que tal y como establece el artículo 1.2.c de la citada Ley, los denominados autónomos societarios quedan encuadrados de manera obligatoria dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. En concreto *"quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla…"*

Por todo ello, bajo mi punto de vista, parece claro por un lado, que aquellas personas que desarrollan su actividad a través de una sociedad mercantil capitalista –sobre la cual poseen el control efectivo– quedan comprendidas dentro del campo de aplicación del trabajo autónomo. Y por otro lado, que el legislador decidió extender los beneficios de cotización a todos los cotizantes al RETA (sin excepción alguna) que cumplieran con los requisitos establecidos.

El segundo de los principales argumentos aducidos por el Tribunal Supremo fue que la expresa mención que el citado artículo realiza de los socios de cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales, en modo alguno presupone la exclusión de los trabajadores por cuenta propia que a su vez sean socios de sociedades mercantiles. Argumentación con la que no puedo estar más de acuerdo.

En este sentido, la medida según lo establecido por el citado precepto legal*, "será también de aplicación, cuando cumplan los requisitos en ellos establecidos, a los trabajadores por cuenta propia que queden incluidos en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y a los socios de sociedades laborales y a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que queden encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos"*

Bajo mi punto de vista y coincidiendo con la postura manifestada por el alto tribunal, atendiendo a lo establecido en el citado precepto legal, en modo alguno podría determinarse como excluyente está inclusión que el legislador decidió realizar de los socios de sociedades laborales y cooperativas de trabajo asociado encuadrados en el RETA. En primer lugar, porque si ello hubiese sido la voluntad del legislador, así lo hubiese establecido a través de una exclusión expresa, y en segundo lugar porque ello iría totalmente en contra del espíritu de esta medida que no es otro que el del fomento del autoempleo.

3.2. Sentencia del Tribunal Supremo 624/2020 (sala de lo contencioso-administrativo) de 27 de febrero de 2020 (recurso 1697/2018)

La STS 624/2020 de 27 de febrero de 2020, abordó el caso de un emprendedor que cursó alta en el RETA por ser el Administrador único de una Sociedad Limitada de nueva creación. Así, tras ser desestimada tanto su solicitud de aplicación de la medida, como el correspondiente recurso de alzada por la Tesorería General de la Seguridad Social de Vizcaya, decidió interponer recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Recurso que sería estimado por parte del TSJ, declarando expresamente "*el derecho del recurrente a la aplicación de los beneficios solicitados, previstos en el art.31.1 de ley 20/2007, con la consiguiente obligación de la tesorería general de la seguridad social de reintegrar al recurrente las diferencias de cotización".*

Contra la citada sentencia; la Tesorería General de la Seguridad Social presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual, atendiendo las pretensiones del "autónomo societario"

estableció que "*el tenor del apartado 3 del artículo 31 de la Ley 20/2007 aplicado en este caso, no impide reconocer los beneficios previstos por este precepto a quien reúne la condición de socio administrador único de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada y ha sido dado de alta por vez primera en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia y Autónomos de la Seguridad Social, en las circunstancias del caso.*"

Como puede apreciarse, el Tribunal Supremo con esta decisión no hizo otra cosa que ratificar la postura que hemos comentado en la sentencia anterior, y su enorme importancia radicaría en el hecho de que al tratarse de su segunda sentencia en idéntico sentido, generaría jurisprudencia a partir de la publicación de la misma.

3.3. Sentencia del Tribunal Supremo 720/2020 (sala de lo contencioso-administrativo) de 04 de marzo de 2020 (recurso 2008/2018)

La tercera de las sentencias comentadas del Tribunal Supremo abordó el caso de dos socios que habiendo cursado alta en el RETA a través de una sociedad de capital, solicitaron la aplicación de los beneficios de la "tarifa plana" a la TGSS de Madrid. Solicitudes que tras ser denegadas en ambos casos, fueron recurridas a través de respectivos recursos jurisdiccionales ante el TSJ de Madrid.

Como puede observarse, en este caso se producía una diferencia de importancia en relación a las dos sentencias anteriores comentadas, y es el hecho, de que los solicitantes resultaban ser socios de la misma Sociedad, y que por tanto, a diferencia de las anteriores, los mismos no desarrollaban su actividad a través de una Sociedad de responsabilidad limitada de carácter "unipersonal".

A pesar de ello, tanto el TSJ de Madrid en su sentencia de 17 de enero de 2018, como posteriormente el Tribunal Supremo, decidieron no variar ni un ápice sus pronunciamientos anteriores. En este sentido, el TSJ decidió revocar las respectivas resoluciones de la TGSS de Madrid, reconociendo expresamente a los solicitantes las bonificaciones y reducciones establecidas en el artículo 31 de Ley 20/2007, y por tanto el derecho a la percepción de los excesos de cotización aportados a las arcas de la Seguridad Social. Decisión que sería ratificada por el alto tribunal. El Tribunal Supremo sin abordar nuevamente la problemática de fondo, se limitó a recordar que la cuestión ya la había resuelto anteriormente a través de las otras dos sentencias comentadas. En concreto, según estableció: "*La cuestión ha sido resuelta por esta Sala con posterioridad a la admisión del presente recurso de casación. Nos referimos a nuestras sentencias de 3 de diciembre de 2019, dictada en el Recurso de Casación nº 5252/2017, y 27 de febrero de 2020…De modo que ahora debemos reiterar, por razones de seguridad jurídica (art.9.3 de la CE) e igualdad en aplicación de la Ley (artículo 14 CE), lo que entonces declaramos.*"

Precisamente por el hecho de no abordar nuevamente la cuestión de fondo, y de imitarse a ratificar la posición manifestada en sus dos decisiones anteriores, esta sentencia resultaría definitiva para la solución de esta problemática. Y es que era la constatación de que el Tribunal Supremo ya había decidido resolver la cuestión otorgando a los "autónomos societarios" el derecho a la aplicación de los beneficios de la "tarifa plana".

Ello motivaría que finalmente la Tesorería General de la Seguridad Social se viera obligada a modificar su criterio. Así, a través de oficio[10] enviado a todas las Unidades de Impugnación, manifestó la modificación del criterio mantenido hasta la fecha, justificándolo en la existencia de doctrina jurisprudencial al respecto. En concreto, por un lado, indicaba que a partir de ahora se permita a los autónomos societarios las bonificaciones de seguridad social, y consecuentemente también la estimación de los recursos de alzada pendientes de resolución. Y por otro lado, que también deberá procederse a la revisión de las resoluciones administrativas firmes, aunque en este caso, siempre y cuando así sea expresamente instando por parte de los interesados.

[10] Oficio de la Subdirección General de Ordenación e impugnaciones dirigido a todas las unidades de impugnación

4. CONCLUSIÓN

Como se ha tenido ocasión de analizar en profundidad, a pesar de que la ley no estableció exclusión alguna, la TGSS excluyó de la "tarifa plana" a aquellos trabajadores autónomos encuadrados en el RETA por poseer el "control efectivo" de la Sociedad de Capital en la que desarrollaban su actividad profesional. Justificando la misma fundamentalmente a través de dos motivos. En primer lugar, por considerar que únicamente podían beneficiarse de la medida aquellos colectivos de trabajadores autónomos expresamente contemplados en la medida, cosa que no sucedía en el caso de los autónomos societarios. Y en segundo lugar, al considerar que los mismos no se tratarían de verdaderos autónomos, sino de "asimilados a autónomos". Argumentos que como he tenido ocasión de comentar –bajo mi punto de vista–, carecerían del mínimo rigor jurídico, y obedecerían también –más que a una verdadera divergencia interpretativa de fondo– a un claro afán recaudatorio alejado del fin social con el que debería actuar toda Administración. Y más si cabe la de la Seguridad Social.

La negativa a la aplicación de los beneficios de cotización, provocó desde el primer momento, una avalancha de reclamaciones judiciales por parte de los interesados. En este sentido, los diferentes pronunciamientos de los TSJ de las respectivas comunidades autónomas fueron dando la razón a los interesados, fundamentalmente bajo los dos siguientes argumentos que serían refrendados posteriormente por parte del Tribunal Supremo:

1º. La expresa mención como beneficiarios de las bonificaciones de los socios de sociedades laborales y de las cooperativas de trabajo asociado, no conlleva la exclusión de los trabajadores por cuenta propia que a su vez sean socios de sociedades mercantiles.

2º. El tenor literal establecido en el artículo 31 de la *ley 20/2007 de Estatuto del Trabajo Autónomo* no supone la exclusión de los beneficios de reducción de cuota de la seguridad social a quien reúne la condición de socio administrador de una sociedad de capital y ha cursado alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social.

Este pronunciamiento del Tribunal Supremo determinó por fin el cambio de criterio por parte de la TGSS, manifestando que en lo sucesivo se reconocerá a los autónomos societarios el derecho a los beneficios de la tarifa plana, y consecuentemente también la estimación favorable de los recursos de alzada pendientes de resolución.

Por último, cabría preguntarse si este pronunciamiento del Tribunal Supremo también marcará un antes y un después en relación al reconocimiento de otros derechos de seguridad social que la Administración vine denegando sistemáticamente a los autónomos societarios, como es la posibilidad de compatibilización del 100% de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta propia, a través de la medida conocida como "jubilación activa".

5. BIBLIOGRAFÍA

5.1. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo 3887/2019 (sala de lo contencioso-administrativo) de 03 de febrero de 2019 (recurso 5252/2017).

Sentencia del Tribunal Supremo 624/2020 (sala de lo contencioso-administrativo) de 27 de febrero de 2020 (recurso 1697/2018).

Sentencia del Tribunal Supremo 720/2020 (sala de lo contencioso-administrativo) de 04 de marzo de 2020 (recurso 2008/2018).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 52/2015 (sala de lo contencioso-administrativo) de 30 de enero de 2015 (recurso 1125/2013).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 327/2015 (sala de lo contencioso-administrativo) de 15 de mayo de 2015 (recurso 3752/2015).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 805/2016 (sala de lo contencioso-administrativo) de 13 de abril de 2016 (recurso 1894/2015).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 261/2017 (sala de lo contencioso-administrativo) de 28 de febrero de 2017 (recurso 593/2016).

5.2. Legislación

Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo. Boletín Oficial del Estado, 12 de julio de 2007, núm. 166.

RD Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. Boletín Oficial del Estado, 23 de febrero de 2013, núm. 47.

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Boletín Oficial del Estado, 28 de septiembre de 2013, núm.233.

Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social. Boletín Oficial del Estado, 10 de septiembre de 2015.núm. 217.

Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo. Boletín Oficial del Estado, 25 de octubre de 2017, núm. 257.

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. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 2018, núm. 314.

5.3. Doctrina

Pardo Gabaldón, R; *La protección social de los trabajadores autónomos: una propuesta de mejora.* Alfonso Mellado, C.L, Fabregat Monfort, G (Dir.), Tesis doctoral Universitat de Valencia, 2018.

Laborum

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

La respuesta legislativa frente a la pandemia del Coronavirus en Austria

The legislative reaction to the Coronavirus pandemic in Austria

NORA MELZER-AZODANLOO *Profesora adjunta de derecho del trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad Karl-Franzens de Graz
https://orcid.org/

Cita sugerida: MELZER-AZODANLOO, N., "La respuesta legislativa frente a la pandemia del Coronavirus en Austria". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 28* (2021): 127-148.

Resumen

Este artículo analiza las medidas adoptadas por el legislador austríaco para hacer frente a las consecuencias de la pandemia COVID-19, prestando también especial atención a las medidas de seguridad social, como en el caso, por ejemplo, de la relativa al reforzamiento de la institución del subsidio de trabajo recortado, o a la de la ampliación del concepto de accidente de trabajo, para incluir en él todos los que se produzcan en situaciones de teletrabajo.

Palabras clave

Accidente de trabajo, Austria, Pandemia COVID-19, Seguridad Social, Trabajo recortado

Abstract

This article analyses the measures adopted by the Austrian legislator to face the consequences of the COVID-19 pandemic, also paying special attention to social security measures, as in the case, for example, of the one relating to strengthening the institution of the short-time working, or the one concerning the expansion of the concept of accident at work, to include in it all those occurring in teleworking situations.

Keywords

Accident at work, Austria, COVID-19 pandemic, Social Security, Short-time working

1. INTRODUCCIÓN*

En la transición del año 2019 al 2020, se conoció un nuevo tipo de virus en China, en la metrópolis de Wuhan, bajo el nombre de corona o COVID-19. Pero el virus y los efectos asociados a él presentaron nuevos desafíos no sólo para China, sino también para todo el mundo.

Este artículo está destinado a abordar los significativos cambios debidos al COVID-19 en el ordenamiento jurídico laboral y de seguridad social, así como en el sistema económico austríaco. El objetivo es clarificar qué ayudas o facilidades se crearon para las empresas y las empresarias y los empresarios, qué obligaciones asumen las empresarias y los empresarios en relación con sus trabajadores, por causa de las medidas relativas al COVID-19, y qué opciones existen para que las empresas sigan realizando sus actividades.

2. DEFINICIONES Y CIFRAS EN CONEXIÓN CON EL CORONAVIRUS

2.1. Coronavirus-Enfermedad-2019

El nombre en inglés de esta enfermedad es *Corona Virus Disease 2019*, y la abreviatura, COVID-19. Esta enfermedad infecciosa es causada por el patógeno SARS-CoV-2. Se trata de una enfermedad respiratoria que, como muchos patógenos de enfermedades comparables, se transmite principalmente mediante infección por gotitas. En la transición del año 2019 al 2020, el virus se

* Traducción al castellano, desde el alemán original («*Die gesetzgebende Antwort auf die Coronavirus-Pandemie in Österreich*»), de Alberto Arufe Varela.

Fecha Recepción: 21/05/2021 – Fecha Revisión: 24/05/2021 – Fecha Aceptación: 31/05/2021
Pags. 127-148

convirtió en China en una epidemia y, finalmente, en una pandemia mundial. A fecha de 18.6.2020, ya estaban infectadas con este virus 8.318.370 personas en todo el mundo; y ya habían fallecido un total de 448.375 personas a causa del COVID-19[1].

2.2. Epidemia y Pandemia

Se entiende que el término epidemia significa una enfermedad que tiene una ocurrencia muy frecuente, espacial y temporalmente limitada. A diferencia de la epidemia local, la pandemia se extiende a través de las fronteras o incluso a nivel mundial. Tanto en relación con las epidemias como en relación con las pandemias, se trata a menudo de las denominadas enfermedades infecciosas.

3. FINANCIACIÓN DE LAS MEDIDAS-COVID-19 EN AUSTRIA Y SU BASE JURÍDICA

En primer lugar, era importante que el Estado austríaco, por un lado, garantizara la protección de la salud de todas las personas y, por otro lado, proporcionara los recursos financieros suficientes para que la economía continuase funcionando. Justo al principio, el llamado **fondo de superación de la crisis COVID-19** fue creado por una simple ley federal[2]. Este fondo lo establece y lo administra el Ministro federal de Finanzas. El objetivo del fondo es dotar a los ministerios federales con los recursos financieros necesarios para que los mismos puedan adoptar las medidas necesarias en conexión con la superación de la situación de crisis del COVID-19. El Ministro federal de Finanzas tiene que emitir las correspondientes directrices para la adecuada gestión de los recursos del fondo. Los recursos económicos del fondo debían utilizarse para los siguientes **objetivos**:

1. Medidas para la estabilización de la asistencia sanitaria;
2. Medidas para la estimulación del mercado de trabajo, ante todo en relación con el trabajo recortado;
3. Medidas para el mantenimiento de la seguridad y del orden público;
4. Medidas en conexión con los requisitos de las instituciones educativas;
5. Medidas para la amortiguación de las pérdidas de ingresos como consecuencia de la crisis;
6. Medidas en conexión con la ley de epidemias;
7. Medidas para la estimulación de la coyuntura económica;
8. Medidas para la estabilización de la liquidez de las empresas.

La provisión de recursos estatales persiguió en lo esencial los siguientes **objetivos**: se debe garantizar la **liquidez general**, se deben **asegurar los puestos de trabajo** y, **en los casos de dificultades financieras**, se debe ayudar tanto a las personas jurídicas (en especial, las empresas) como a las personas físicas (trabajadores, desempleados, etc.). Con respecto a la economía austríaca, la idea era que los recursos estatales estuvieran disponibles para los operadores económicos **de manera rápida y anti-burocrática**, y que el apoyo financiero estuviese disponible en unas pocas semanas. Este auxilio debe ayudar no sólo a las empresas grandes, sino también a las pequeñas y medianas empresas, a las empresas familiares y a las empresas unipersonales (EUP), a superar la crisis (véase *infra*, epígrafe 6.7.).

[1] https://www.ecdc.europa.eu/en/geographical-distribution-2019-ncov-cases (a 18.06.2020).

[2] Ley federal para la creación del fondo de superación de la crisis COVID-19, *Boletín Oficial Federal* I, núm. 23/2020, abreviado en lo que sigue como Ley del fondo COVID-19. Esta ley federal entró en vigor al día siguiente de su publicación, y quedó sin vigencia después del 31 diciembre 2020. La Ley del fondo COVID-19 es una parte –el artículo 1– de una Ley ómnibus, cuyo título es «Ley COVID-19».

4. CONDICIONES LEGALES MARCO A NIVEL FEDERAL DE LAS MEDIDAS EN EL ÁMBITO DE LA ECONOMÍA

4.1. El comienzo de la legislación del COVID-19

La Ley de medidas COVID-19 juega un papel central en la vida laboral y económica[3]. Su principal objetivo era crear las **bases jurídicas** para poder adoptar medidas provisionales para la contención de la pandemia COVID-19, el mantenimiento de las infraestructuras, así como la organización de la vida económica. La Ley de medidas COVID-19 **faculta** al **Ministro federal** de Seguridad Social, Salud, Dependencia y Protección del Consumo para dictar los correspondientes reglamentos (parágrafo 1 y parágrafo 2). Al amparo de esta ley, se dictaron –entre muchos otros– los **reglamentos** por medio de los cuales, por ejemplo, se regula a nivel federal la **posibilidad** de que las personas **salgan** de su casa, y se prohibió la **entrada a comercios** con espacios para clientas y clientes (al respecto, más detalladamente, véase el epígrafe 5.4.). La aplicación de la ley estaba inicialmente limitada a 31 diciembre 2020.

Durante el período COVID-19, el legislador ha aprobado **otras leyes COVID-19**, con medidas de gran alcance en las siguientes leyes ómnibus.

4.2. Otras leyes COVID-19 seleccionadas

La segunda ley COVID-19[4] representó un primer complemento de la Ley COVID-19, incluida la Ley de medidas COVID-19; en especial, incluía **reglas especiales** para la **justicia**. Entre otras cosas, implicó la interrupción de los procedimientos, así como la limitación de las actuaciones judiciales. Pero diversos aspectos también se referían, entre otros, al acceso facilitado al anticipo del sustento, ayudas a artistas, así como recursos presupuestarios adicionales para la Caja Austríaca de Salud (anteriormente, Asociación Central de Gestoras de Seguridad Social) y en el ámbito de la dependencia. Con las demás leyes, como la tercera Ley COVID-19 (*Boletín Oficial Federal I*, núm. 23/2020), la cuarta Ley COVID-19 (*Boletín Oficial Federal* I, núm. 24/2020) y la quinta Ley COVID-19 (*Boletín Oficial Federal* I, 25/2020), se logró ante todo el incremento del fondo de superación de la crisis COVID-19. El incremento de recursos financieros se refirió al establecimiento del **fondo de emergencia** creado en beneficio de microempresas, empresas unipersonales, trabajadoras y trabajadores autónomos y determinadas organizaciones sin ánimo de lucro. Se llevó a cabo una clarificación, en la medida en que los denominados nuevos autónomos (esto es, también los autónomos sin licencia comercial y trabajadores propios) también se encuentran entre los destinatarios del fondo. Otras leyes incrementaron esta serie; la decimoctava Ley COVID-19 se aprobó a mediados de mayo 2020 (*Boletín Oficial Federal* I, núm. 44/2020).

5. PRINCIPIOS RELEVANTES PARA LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS Y PARA LAS PROHIBICIONES DE ENTRADA Y PERMANENCIA

Sobre la base de la Ley de medidas COVID-19 (como fundamento legal), se dictaron varios reglamentos[5] para la prevención de la propagación del COVID-19 que afectan a la **vida laboral y a la vida de la economía**. Al respecto, se establecieron **reglas de salida** para **todas** las personas en relación con el espacio público, y también se regularon los requisitos para la entrada en ciertos espacios privados. Los reglamentos no sólo estandarizaron parcialmente las disposiciones sobre entrada y salida para el público en general, sino que también regularon indirectamente en qué empresas podían entrar y en cuáles no, por principio, durante el cierre por el COVID-19.

[3] Ley federal relativa a medidas transitorias para frenar la propagación del COVID-19, *Boletín Oficial Federal* I, 12/2020, abreviada en lo que sigue como Ley COVID-19 o Ley de medidas COVID-19. La Ley de medidas COVID-19 es una parte –el artículo 8– de la Ley ómnibus titulada «Ley COVID-19».

[4] *Boletín Oficial Federal* I, núm. 16/2020.

[5] En especial, véase *Boletín Oficial Federal* II, núm. 96/2020, *Boletín Oficial Federal* II, núm. 98/2020, *Boletín Oficial Federal* II, núm. 107/2020, *Boletín Oficial Federal* II, núm. 108/2020.

5.1. Prohibición de permanencia en el espacio público (caminos, plazas, edificios)

Con efectos de 16.3.2020, con carácter general, se **prohibió** la entrada en lugares públicos (calles, caminos, parques, campos de deportes, edificios)[6]. De ello, inicialmente se exceptuaron diversas **permanencias** o estancias al **aire libre**, que hubiese que atribuir a la **vida privada**[7].

5.2. Permanencia al aire libre para la satisfacción de necesidades privadas

Por ejemplo, la permanencia al aire libre, en cuanto que finalidad, era necesaria para «evitar un peligro inminente para el cuerpo, la vida y la propiedad». Asimismo se permitió caminar al aire libre, si la entrada en el espacio público servía para el «cuidado y la asistencia de personas necesitadas de apoyo» (incluidas las compras para vecinas y vecinos mayores, o visitas a una abuela dependiente). Además, se permitió salir al aire libre o a cualquier otro lugar público para satisfacer necesidades básicas apremiantes de la vida diaria. En este grupo de permanencias permitidas al aire libre se incluía, ante todo, la compra de alimentos, de productos de higiene o de medicamentos para uno mismo y para la familia. También se ordenó que sólo se permitiera el uso de medios de transporte colectivo cuando el viaje sirviese a las finalidades mencionadas o se hiciese por motivos profesionales. Además, en relación con todas estas permanencias, resultaba esencial que se mantuviese una distancia de al menos un metro respecto de otras personas.

5.3. Permanencia al aire libre como trayecto al trabajo en un lugar de producción

La principal excepción a la prohibición general de permanencia al aire libre, que es de interés aquí, se refería a las finalidades **profesionales**[8]. El uso de caminos y lugares públicos también se permitió señaladamente a las personas que tenían que, o podían, seguir haciendo su trabajo. No obstante, las respectivas empresas debían garantizar «*que se pudiese mantener una distancia de al menos un metro entre las personas en el lugar de la actividad profesional*». **Combinándola** con la prohibición de entrada para el público en general, con esta disposición también se adoptaron indirectamente reglas acerca de qué **actividades económicas** podían seguir funcionando y cuáles no.

Los **requisitos** allí establecidos, bajo los cuales se permitía **seguir** funcionando y produciendo en una empresa, se siguieron especificando posteriormente varias veces por vía reglamentaria[9]: así, debía garantizarse por la empresaria que se mantuviese una distancia de al menos un metro entre los trabajadores en el lugar de la actividad profesional, «*siempre que por medio de las correspondientes medidas de prevención no*» pudiese «*minimizarse el riesgo de infección*». Además, se determinó que sólo se pudiese entrar a los lugares de trabajo cuando la «*actividad profesional no*» pudiese «*llevarse a cabo fuera de los lugares de trabajo*». Por tanto, la actividad profesional debía «*tener lugar preferentemente fuera de los lugares de trabajo, siempre que ello resultase posible*». Con estas disposiciones, se recomendó a las empresarias y los empresarios –cuando la naturaleza de la prestación del servicio lo permitiese– el cambio al teletrabajo y al ***homeoffice***[10]. Sin embargo, no resultaba posible una ordenación **unilateral** de tales formas de trabajo; según el Reglamento, las empresarias y los empresarios tenían que llegar a un acuerdo al respecto con las trabajadoras y los trabajadores.

[6] Parágrafo 1 del Reglamento, publicado en el *Boletín Oficial Federal* II, núm. 98/2020.
[7] Parágrafo 2, núms. 1 a 3, y núm. 5, Reglamento, publicado en el *Boletín Oficial Federal* II, núm. 98/2020.
[8] Parágrafo 2, núm 4, Reglamento, publicado en el *Boletín Oficial Federal* II, núm. 98/2020.
[9] *Boletín Oficial Federal* II, núm. 98/2020, *Boletín Oficial Federal* II, núm. 107/2020, *Boletín Oficial Federal* II, núm. 108/2020.
[10] Instructivo, sobre las condiciones jurídicas marco de estas formas de trabajo, MELZER-AZODANLOO, N., *Tele-Arbeitsrecht*, Linde (Viena, 2001), págs. 3 y ss., así como MELZER-AZODANLOO, N., *Telearbeit in Österreich – rechtliche Bestandsaufnahme und Ausblicke*, Juridikum (Viena, 2007), págs. 15 y ss.

5.4. Permanencia en negocios con espacio para clientas y clientes (tiendas de ropa, bares, ámbito asistencial, etc.)

Uno de los Reglamentos dictados al amparo de la Ley de medidas COVID-19 regula, además, una **prohibición de entrada** general en los negocios con **espacio para clientes**, esto es, un espacio en el que tiene lugar «el contacto con clientas y clientes»[11]. En conexión con el Reglamento antes mencionado, sobre prohibición de permanencia en lugares públicos, ello condujo a la siguiente situación: los propietarios y los empleados de empresas en las que no se produce **ningún contacto con clientas y clientes**, no se vieron perjudicados por las medidas relativas a negocios de contacto con clientas y clientes; en tales establecimientos se podía seguir entrando, y los mismos se podían seguir utilizando para la actividad comercial. Por ejemplo, pueden mencionarse aquí las empresas que (sólo) pertenecen al **sector productivo**. No obstante, en el ámbito de la producción –invocando ante todo el deber de protección del empresario, así como las normas (técnicas) sobre prevención de riesgos laborales– debían seguir manteniéndose las restricciones generales, como el número de personas permitidas en un local, las disposiciones sobre distancia, así como el deber de usar mascarilla.

Por la prohibición de entrada, según el Reglamento[12] –sobre la base de un intenso contacto con clientas y clientes–, se encontraban afectadas ante todo:

- Establecimientos comerciales (con la finalidad de compra de bienes, en especial, tiendas de ropa o de zapatos).
- Empresas de prestación de servicios (utilización de servicios).
- Centros deportivos y de tiempo libre (uso de centros deportivos y de tiempo libre).

Sin embargo, de las empresas mencionadas, a pesar del contacto con clientas y clientes, se **exceptuaron** expresamente de la prohibición de entrada, en especial, las siguientes empresas, las cuales podían seguir estando abiertas, en virtud de las disposiciones exceptivas[13]:

- Farmacias públicas.
- Minoristas de comestibles (con inclusión de los puntos de venta de los productores de alimentos y vendedores directos de granjas)
- Droguerías y grandes droguerías.
- Venta de productos médicos y de artículos, aparatos e instrumentos sanitarios.
- Prestación de servicios de salud y dependencia.
- Prestación de servicios para personas con discapacidades, que se sirvan por los Estados federados en el marco de las leyes sobre ayuda a la discapacidad, asistencia social, participación o igualdad de oportunidades.
- Prestación de servicios veterinarios.
- Venta de comida para animales.
- Comercio agrícola, incluidas las subastas de animales de matanza, así como el negocio de horticultura y el comercio de productos agrícolas con semillas, forrajes y fertilizantes.
- Gasolineras.

[11] *Boletín Oficial Federal* II, núm. 96/2020, en la versión de *Boletín Oficial Federal* II, núm. 98/2020, *Boletín Oficial Federal* II, núm. 107/2020, *Boletín Oficial Federal* II, núm. 108/2020 (con entrada en vigor el 17.03.2020).
[12] Parágrafo 1 (*Boletín Oficial Federal* II, núm. 96/2020).
[13] Parágrafo 2 (*Boletín Oficial Federal* II, núm. 96/2020).

- Bancos.
- Correos, incluidos los servicios postales y las telecomunicaciones.
- Prestación de servicios relacionados con la Administración de justicia (abogados).
- Servicios de reparto.
- Transporte público.
- Estancos y quioscos de prensa.
- Prestación de servicios de higiene y de limpieza.
- Empresas de eliminación de residuos.
- Talleres de automóviles.

Respecto de los **supermercados y las droguerías**, el Ministro de Seguridad Social, Salud, Dependencia y Protección del Consumo dictó expresamente **normas de higiene** complementarias por medio de una Orden[14]. El objetivo era evitar una mayor propagación del COVID-19 a clientas y clientes, a pesar de la apertura de ciertos negocios:

- Las empleadas y los empleados de supermercados y droguerías/grandes droguerías debían portar dispositivos mecánicos de protección,
- Estos dispositivos mecánicos de protección también debían ponerse gratuitamente a disposición de los clientes, cuando estos no llevasen su propia mascarilla en la compra,
- Por tanto, las clientas y los clientes sólo podían ser admitidos en la zona de compra cuando portasen dispositivos mecánicos de protección,
- Las empleadas y los empleades de supermermercados debían llevar guantes en la zona de clientes,
- En la entrada, debían estar disponibles aparatos de desinfección,
- El asa de los carros debía desinfectarse después de cada uso por parte del cliente,
- La protección de plexiglás debía estar presente en todas las cajas utilizadas por los empleados,
- Había que establecer un número de clientes que podía encontrarse simultáneamente en el supermercado, para garantizar la distancia de seguridad prescrita de un metro entre las personas presentes («*one-in-one-out*»).

Sobre la base del contacto con clientas y clientes, también existió, en principio, una prohibición de **entrada** y de permanencia en el **sector de la hostelería** (a partir de 17 marzo 2020)[15]; esto se aplicó a los establecimientos de todo tipo de negocios del **sector de la hostelería** (por ejemplo, restaurantes, cafés, pastelerías, bares, vinaterías, etc.). Sin embargo, se permitió la recogida de comidas pre-ordenadas, siempre que la comida no fuese consumida por las clientas y los clientes y, además, se garantizase que se mantendría una distancia de al menos un metro respecto de otras personas. También hubo excepciones para las empresas en el sector de la hostelería; por ejemplo, las siguientes empresas del sector de la hostelería podían permanecer abiertas:

[14] Orden del Miniterio federal de Seguridad Social, Salud, Dependencia y Protección del Consumo de 31.03.2020, Instrucciones para la garantía de las exigencias sanitarias de las personas que manipulan alimentos; reglas de higiene para el comercio detallista, núm. 2020-0.210.637.

[15] Parágrafo 3 del Reglamento, publicado en el *Boletín Oficial Federal* II, núm. 96/2020.

— **Negocios del sector de la hostelería** que se encuentran en hospitales y centros de salud, centros de dependencia y residencias de mayores, instituciones para el cuidado y alojamiento de niños y jóvenes, incluidas las escuelas y guarderías, así como empresas, cuando aquéllos sólo pudiesen ser utilizados por los empleados.

— **Servicios de reparto**.

Desde el 4 abril 2020, se aplicó lo mismo también a los proveedores de alojamiento, como por ejemplo hoteles y hostales; igualmente, se prohibió la entrada en ellos con fines de recreación y de actividades de tiempo libre.

6. MEDIDAS JURÍDICO SOCIALES

En principio, **sobre la base del deber de protección**, las empresarias y los empresarios están obligados con todos sus medios a velar por la integridad física y mental de todas sus trabajadoras y trabajadores (parágrafo 1757 del Código Civil General, parágrafo 18 de la Ley de empleados)[16]. El funcionamiento y la organización del trabajo, así como la provisión de los recursos laborales necesarios, deben disponerse de tal manera que no se ponga en peligro la vida y la salud de sus trabajadoras y trabajadores[17].

En vista del COVID-19, forman parte del deber de protección de las empresarias y los empresarios, en especial, la adopción de **medidas de protección** (preventivas), para evitar el riesgo de infección. Al respecto, se incluye el suministro de medios de desinfección y de mascarillas protectoras, así como instrucciones de higiene y consejos sobre el comportamiento en viajes de negocios.

Sin embargo, estaba claro que sólo con el deber de protección no podía resultar suficiente para encarar los desafíos específicos que se plantearían a las empresarias y los empresarios por causa del COVID-19. Más bien, eran necesarias medidas adicionales y especiales de carácter jurídico laboral y de seguridad social.

6.1. Modificaciones en la legislación sobre el tiempo de trabajo, en especial la ampliación de la jornada de trabajo

6.1.1. Coronavirus como «caso extraordinario» en la legislación general del tiempo de trabajo

El COVID-19 también tuvo una fuerte repercusión en la legislación del tiempo de trabajo; aquí volvieron a resultar aplicables disposiciones que durante mucho tiempo se habían considerado «ley muerta». La legislación del tiempo de trabajo ya había tomado precauciones mucho tiempo atrás para que las empresarias y los empresarios pudiesen hacer frente organizativamente a una situación problemática. En resumen, en la legislación del tiempo de trabajo existían posibilidades de **superar los límites de jornada máxima** en «*casos extraordinarios*». En este sentido, no debía realizarse ninguna modificación específica de la legislación del tiempo de trabajo por causa del COVID-19. Con el fin de crear seguridad jurídica respecto de ello para todas las partes afectadas, la Ministra federal de Trabajo, Familia y Juventud clarificó expresamente, por medio de una Orden dirigida a la Inspección de Trabajo[18], que la situación provocada por el COVID-19, en todo caso, era un «caso extraordinario» en el sentido de los preceptos relativos al tiempo de trabajo[19].

[16] Ley de empleados, *Boletín Oficial Federal*, núm. 292/1921, en la versión publicada en *Boletín Oficial Federal* I, núm. 74/2019.

[17] Cfr. LÖSCHNIGG, G., *Arbeitsrecht*, 13ª ed., ÖGB (Viena, 2017), marg. 6/307.

[18] Orden del Ministerio federal de Trabajo, Familia y Juventud de 04.03.2020, sobre casos extraordinarios por causa de la aparición del coronavirus (SARS-CoV-2); Ley del tiempo de trabajo en hospitales y Ley del tiempo de trabajo núm. 2020-0.148.636.

[19] Los «casos extraordinarios» se regulan en el parágrafo 20, apartado 1, de la Ley del tiempo de trabajo, *Boletín Oficial Federal*, núm. 461/1969, en la versión publicada en *Boletín Oficial Federal* I, núm. 61/2007; parágrafo 8, *(...)*

Sobre la base de esta Orden y de las disposiciones afectadas por la misma, resulta admisible inaplicar los preceptos vigentes sobre tiempo de trabajo para contener la crisis del COVID-19 con todas las medidas necesarias. Por ejemplo, se pueden exceder los límites máximos de trabajo y los permisos; además, no resulta necesario respetar los descansos. Sin embargo, si se supera el límite de la jornada por causa de la crisis del COVID-19, como regla, tienen que abonarse por la empresaria y el empresario –como hasta ahora– las prestaciones laborales en exceso (en especial, las horas extraordinarias) y/o remunerarse con una compensación de tiempo[20].

6.1.2. Los detalles de la regulación en la Ley del tiempo de trabajo

La Ley del tiempo de trabajo regula la jornada laboral, en principio, para todas las trabajadoras y todos los trabajadores en la economía privada, con determinados límites sobre la jornada ordinaria de trabajo diaria y semanal, horas extraordinarias, etc. En casos extraordinarios, en virtud del parágrafo 20 de la Ley del tiempo de trabajo, resulta admisible una desviación o superación de los límites de jornada máxima aplicables, los descansos y los permisos por una necesidad laboral extraordinaria[21]. Entre otras cosas, esto significa que no hay que cumplir las normas relativas a la jornada ordinaria diaria (de ocho hasta diez horas) y a la jornada semanal de 40 horas, a que se refiere el parágrafo 3 de la Ley del tiempo de trabajo. Por ejemplo, esta regulación se aplicó a empleadas y empleados que asesoraron en *hotlines* sobre el tema del COVID-19, o a trabajadoras y trabajadores de instituciones no sujetas a la Ley del tiempo de trabajo en hospitales, que tuvieron que llevar a cabo un elevado número de tests COVID-19.

El requisito para la ampliación de la jornada es que se trate de «*trabajos temporales e inaplazables*». Los trabajos deben ser necesarios, bien para evitar un peligro inmediato para garantizar la vida o la salud de las personas, bien para reparar perturbaciones operativas, para evitar el deterioro de bienes u otros daños materiales económicamente desproporcionados (parágrafo 20, apartado 1, letras a y b, de la Ley del tiempo de trabajo).

Si la jornada máxima ordinaria se amplía de esta manera, la empresaria está obligada a comunicarlo a la Inspección de Trabajo; esto tiene que realizarse por escrito y en el plazo de diez días (parágrafo 20, apartado 2, de la Ley del tiempo de trabajo). La comunicación debe contener los motivos de la ampliación de la jornada y el número de trabajadoras y trabajadores afectados por el exceso. En caso de que no se practique la comunicación, así como en caso de excesos de los límites de jornada, las autoridades administrativas competentes, por principio, tienen que imponer una sanción administrativa. No obstante, en caso de infracción del deber de comunicación, así como en caso de exceso de jornada por causa de la situación COVID-19, por principio, primero se debe informar a las empresarias y empresarios incumplidores del deber en cuestión[22].

apartado 1, de la Ley del tiempo de trabajo en hospitales, *Boletín Oficial Federal* I, núm. 8/1997, en la versión publicada en *Boletín Oficial Federal* I, núm. 100/2018; así como en el parágrafo 11, apartado 1, de la Ley de descansos de trabajo, *Boletín Oficial Federal* núm. 144/1983, en la versión publicada en *Boletín Oficial Federal* I, núm. 22/2019.

[20] Al respecto, más detalladamente, en especial, STADLER, en RESCH, R. (Editor), *Corona-HB1.00. Kap 1* (a 15.5.2020, rdb.at), capítulo 6, marg. 4 (a 15.5.2020, rdb.at); PFEIL, en AUER-MAYER, S., FELTEN, E. Y PFEIL, W., *Kommentar zum AZG*, 4ª ed., Manz (Viena, 2020), § 20, marg. 10 (a 1.3.2019, rdb.at); SCHRANK, F., *Kommentar zur Arbeitszeit*, 5ª ed., Linde (Viena, 2018), § 20, marg. 8; HEILEGGER, en HEILEGGER, G. Y KLEIN, C., *Kommentar zum AZG*, 4ª ed., ÖGB (Viena, 2016), § 20, marg. 7.

[21] Orden del Ministerio federal de Trabajo, Familia y Juventud de 04.03.2020, sobre casos extraordinarios por causa de la aparición del coronavirus (SARS-CoV-2); Ley del tiempo de trabajo en hospitales y Ley del tiempo de trabajo, núm. 2020-0.148.636.3.

[22] Cfr. STADLER, en RESCH, R., (Editor), *Corona-HB1.00. Kap 1* (a 15.05.2020, rdb.at), *Corona-HB1.00 Kap 6*, margs. 33, 34 (a 15.05.2020, rdb.at).

6.1.3. Los detalles de la regulación a que se refiere la Ley del tiempo de trabajo en los hospitales

Respecto de las trabajadoras y los trabajadores en hospitales y sanatorios, según el parágrafo 8, apartado 1, de la Ley de tiempo de trabajo en los hospitales, existe igualmente la posibilidad de **superar los límites de jornada** por causa del COVID-19. La jornada máxima diaria, la duración de los servicios ampliados, la jornada máxima semanal en una concreta semana, los descansos y el período de descanso diario no tenían que cumplirse, de manera que podrían excederse. Cabe señalar que a las trabajadoras y los trabajadores afectados no se les debe conceder aquí por el empresario ninguna medida compensatoria, como períodos de descanso ampliados[23].

Además de la existencia de un caso extraordinario, el parágrafo 8, apartado 1, de la Ley del tiempo de trabajo en los hospitales también exige otros requisitos como, en especial, la necesidad del cuidado de pacientes, que no pueda interrumpirse, o que la misma se requiera de inmediato. Tal ampliación de la jornada semanal promediada sólo resulta admisible, además, cuando las trabajadoras y los trabajadores hayan consentido por escrito.

Al igual que en la legislación general sobre tiempo de trabajo, existe para las empresarias y los empresarios un deber de comunicación respecto de la Inspección de Trabajo competente, cuando se produzca la ampliación de la jornada (parágrafo 8, apartado 4, de la Ley del tiempo de trabajo en los hospitales; sobre las consecuencias jurídicas, véase *supra*, epígrafe 6.1.2.).

6.1.4. Impacto en la Ley de los descansos laborales

La Ley de los descansos laborales regula cuestiones relativas al tiempo de trabajo, como el descanso semanal, así como los descansos por días festivos (cfr. parágrafos 3, 4 y 7). Sin embargo, según el parágrafo 11 de la Ley de los descansos laborales, en «casos extraordinarios» sólo se admite emplear a las trabajadoras y los trabajadores, durante el descanso semanal y en días festivos, en «*trabajos temporales e inaplazables*». También aquí, uno de los requisitos adicionales es que la realización inmediata del trabajo resulte necesaria para evitar un peligro directo para la seguridad de la vida o la salud de las personas, o para reparar una perturbación operativa (véase *supra*, epígrafe 6.1.2.).

Si tales trabajos ampliados por causa del COVID-19 se realizan en fin de semana o en días festivos, entonces hay que conceder un descanso sustitutorio o abonar el doble del salario relativo a los trabajos durante los días festivos. Por lo tanto, a pesar de los trabajos ampliados, los períodos de descanso deben respetarse en toda su extensión. Si se producen (más) actividades necesarias durante el período de descanso sustitutorio, entonces estos trabajos deben compensarse con un período sustitutorio adicional.

Al igual que en la legislación general del tiempo de trabajo, existe para las empresarias y los empresarios un deber de comunicación respecto de la Inspección de Trabajo competente, cuando se produzca una interrupción o perturbación de los períodos de descanso (parágrafo 11, apartado 2, de la Ley de los descansos laborales; sobre las consecuencias jurídicas, véase *supra*, epígrafe 6.1.2.).

6.2. Medidas relativas a la legislación de organización de la empresa

6.2.1. Ampliación de la duración del mandato de los órganos

Se amplía la duración del mandato de los órganos de representación de los intereses del centro de trabajo (por ejemplo, el comité de empresa), así como de los representantes de discapacitados, que por principio asciende a cuatro o cinco años (parágrafo 170, apartado 1, de la

[23] Cfr. STADLER, en RESCH, R., (Editor), *Corona-HB1.00. Kap 6*, marg. 5 (a 15.05.2020, rdb.at); RESCH, en NEUMAYR, M., RESCH, R. Y WALLNER, F. (Editores), *Gmundner Kommentar*, Manz (Viena, 2016), § 8 KA-AZG, marg. 1; y SCHRANK, F., *Kommentar zur Arbeitszeit*, 5ª ed., Linde (Viena, 2018), § 8 KA-AZG, marg. 9.

Ley de organización del trabajo). La ampliación de la duración del mandato en los centros de trabajo se había hecho necesaria, porque la realización de elecciones a los órganos de la plantilla en los centros de trabajo no resultaba posible, a causa de la prohibición de permanencia al aire libre o de la prohibición de entrada. Con la disposición, se amplía el período de mandato de cada órgano que hubiese finalizado entre el 16.3.2020 y el 31.10.2020. Su mandato se prorroga hasta que se hayan elegido y se hayan constituido los nuevos órganos bajo las disposiciones vigentes y cumpliendo los plazos previstos al respecto[24].

6.2.2. Acuerdos de empresa en relación con el disfrute de las vacaciones

Otra norma relativa a la organización de la empresa se refiere al disfrute de vacaciones en conexión con el trabajo recortado vinculado al coronavirus. Dicha norma era necesaria, porque el asunto de las vacaciones no es en sí mismo una materia del Derecho colectivo del Trabajo. La negociación y el acuerdo de un concreto período de vacaciones es un asunto **contractual individual** entre la empresaria y la trabajadora. Fenómenos como las vacaciones[25] son el resultado de la actividad judicial y no de la legislativa.

Hasta el momento, en relación con los acuerdos de empresa, sólo cabía encontrar la habilitación para regular los **principios** relativos al disfrute de las vacaciones en una norma colectiva entre la plantilla y la empresaria y el empresario para todas las trabajadoras y todos los trabajadores de un centro de trabajo (por ejemplo, la cláusula de que en los meses de verano puedan irse preferentemente de vacaciones los padres solteros o los padres con hijos en edad escolar)[26].

Según el parágrafo 170, apartado 3, de la Ley de organización del trabajo, en su nueva redacción, en el acuerdo de empresa también pueden en adelante adoptarse normas sobre el disfrute concreto de las vacaciones y de créditos de tiempo[27]. Sin embargo, esta posibilidad sólo existe en la empresa si se ha concluido al mismo tiempo un acuerdo de empresa sobre trabajo recortado[28] por causa del coronavirus (al respecto, véase *infra*, epígrafe 6.5.1.). Además, en tal acuerdo de empresa sobre trabajo recortado no puede disponerse de créditos de vacaciones actuales, sino sólo de los de años anteriores.

6.3. Medidas en el sector de la construcción

Por medio de la segunda Ley COVID-19 se introdujo el parágrafo 39a de la Ley de indemnización cumulativa y vacaciones de los obreros de la construcción[29], el cual prevé un alivio financiero para las empresarias y los empresarios en el sector de la construcción: las empresarias y los empresarios no tienen que pagar por las vacaciones ningún complemento a las cajas de indemnización cumulativa y vacaciones de los obreros de la construcción, cuando las prestaciones laborales de sus trabajadoras y trabajadores se realizan en conexión con el trabajo recortado en el período de 01.04 a 30.06.2000 (parágrafo 39a, apartado 1, de la Ley de indemnización cumulativa y vacaciones de los obreros de la construcción). Esto significa que una empresaria sólo tiene que pagar los complementos por cada día en que materialmente se realizó la prestación laboral por sus trabajadoras y trabajadores. Por el contrario, para el trabajador en cuestión, sin embargo, esto

[24] Cfr. ERCHER-LEDERER, G. Y DUJMOVITS, J., «COVID-19: Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Maßnahmen», *ASoK*, 2020, pág. 157.

[25] Al respecto, más detalladamente, LÖSCHNIGG, G., *Arbeitsrecht*, 13ª ed., cit., marg. 6/675.

[26] Parágrafo 97, apartado 1, núm. 10, de la Ley de organización del trabajo.

[27] Al respecto, más detalladamente, ERCHER-LEDERER, G. Y DUJMOVITS, J., «COVID-19: Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Maßnahmen», *ASoK*, 2020, pág. 157.

[28] Según el parágrafo 97, apartado 1, núm. 13, de la Ley de organización del trabajo puede estipularse el denominado acuerdo voluntario de empresa entre la empresaria o el empresario y el comité de empresa sobre la disminución o la prolongación transitorias de la jornada de trabajo.

[29] Ley de la indemnización cumulativa y vacaciones de los obreros de la construcción, *Boletín Oficial Federal* núm. 414/1972, en la versión publicada en *Boletín Oficial Federal* I, núm. 16/2020.

significa que no adquiere ningún derecho a vacaciones en aquellos días en los que no realiza ninguna prestación laboral por causa del trabajo recortado.

El parágrafo 39a, apartado 2, de la Ley de indemnización cumulativa y vacaciones de los obreros de la construcción prevé un alivio financiero adicional para empresarias y empresarios del sector de la construcción: éstos tampoco tenían que pagar ningún complemento relativo a la indemnización cumulativa, a la retribución de días festivos invernales y a la ayuda financiera para superar momentos de necesidad, en el período de 16.03 a 15.05.2000[30]. Las empresas fueron eximidas de los complementos durante este período; el alivio se aplicó con independencia de si en las empresas afectadas existía o no trabajo recortado. Además, la supresión de estos complementos no afecta a la adquisición de períodos de empleo ni a los períodos de expectativa en beneficio de las trabajadoras y los trabajadores afectados. Por ejemplo, a pesar de los períodos de empleo, la trabajadora o el trabajador adquiere antigüedad en el ámbito de la indemnización cumulativa, o se adquieren semanas de expectativa para la retribución de días festivos invernales.

6.4. Medidas por causa de incapacidad para trabajar

Si se produce una incapacidad para trabajar, esto es, las trabajadoras y los trabajadores no realizan ninguna prestación de servicio para sus empresarias, se plantea la cuestión de quién debe soportar el riesgo financiero de la no prestación del trabajo, esto es, la empresaria, la trabajadora o ninguna de ellas. En relación con esto, según el ordenamiento jurídico laboral austríaco, se parte en principio de la teoría de las esferas[31]: si el riesgo proviene de la esfera de la empresaria, entonces la empresaria tiene que seguir pagando el salario (parágrafo 1155, apartado 1, del Código Civil General)[32]. Sin embargo, también puede aplicarse lo mismo cuando está afectada la esfera de la trabajadora: si la trabajadora enferma[33], o concurre otro motivo de índole personal que le impide trabajar[34], existe igualmente un derecho a la continuación del pago del salario frente a la empleadora (cfr. parágrafo 2 de la Ley de continuación del pago del salario; parágrafo 8 de la Ley de empleados y parágrafo 1154b del Código Civil General). Cuando se trata de **esferas neutrales**, esto es, la incapacidad para trabajar se debe a un motivo que afecta no sólo a una empresa, sino al público en general en cuanto tal, y no resulta posible en todas o la mayor parte de la empresas de una región, entonces **no existe el derecho a la continuación del pago del salario** frente a la empresaria o el empresario.

6.4.1. Esfera neutral y su interpretación en la doctrina y en la jurisprudencia

Como ejemplos esenciales de la no realización de las prestaciones de servicios que se incluyen en la esfera neutral, porque afectan integralmente al público en general, se mencionan hasta el momento en la doctrina[35], ante todo, eventos naturales como inundaciones, terremotos o nevadas excepcionales, al igual que el cambio de horario de invierno al de verano u otras disposiciones administrativas con eficacia suprarregional, que conduzcan al cese del trabajo, pero también, en última instancia, sucesos como una guerra, disturbios sociales o radiaciones nucleares.

[30] Cfr. WIESINGER, C., «Die Bedeutung der COVID-19-Gesetze für das Arbeitsrecht», *ASoK*, 2020, pág. 130.

[31] Cfr. LÖSCHNIGG, G., *Arbeitsrecht*, 13ª ed., cit., margs. 6/563 y ss.

[32] Al respecto, expresamente, MELZER AZODANLOO, M., en LÖSCHNIGG, G. (Editor), *Angestelltengesetz*, 10ª ed., ÖGB (Viena, 2016), § 8, margs. 10 y ss.; LÖSCHNIGG, G., *Arbeitsrecht*, 13ª ed., cit., margs. 6/567; REBHAHN/ETTMAYER, en KLETEČKA, A. Y SCHAUER, M. (Editores), *Kommentar zum ABGB-ON*, Manz (Viena, 2020), § 1155, marg. 23; KREJCI, en RUMMEL, P. (Editor), *Kommentar zum ABGB*, 3ª ed., Manz (Viena, 2013), § 1155 ABGB, marg. 18.

[33] Ello comprende enfermedades y accidentes, así como accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

[34] En estos motivos se incluyen, entre otros, deberes de asistencia establecidos en la legislación de familia. Desde una perspectiva actual, véase MAZAL, W., «Entgeltfortzahlung bei pandemiebedingter Einschränkung des sozialen Lebens», *ecolex*, 2020, pág. 281.

[35] Por todos, véase MELZER AZODANLOO, M., en LÖSCHNIGG, G. (Editor), *Angestelltengesetz*, 10ª ed., cit., § 8, marg. 18.

Asimismo, en la esfera neutral también se incluye ahora la incapacidad para trabajar por causa de epidemias o pandemias.

La consecuencia jurídica de tal asignación de la incapacidad para trabajar a la esfera neutral es la supresión del deber de la empresaria de continuación del pago del salario. El término «neutral» es engañoso, en la medida en que la existencia de dicho motivo de incapacidad para trabajar pesa sobre las trabajadoras y los trabajadores, los cuales no (pueden) trabajar por causa del suceso en cuestión. Sin embargo, aquí también hay que poner de relieve lo siguiente: ciertamente, el Tribunal Supremo coincide básicamente en la interpretación de la esfera neutral[36]. *In concreto*, no obstante, en su jurisprudencia tradicional, el más alto tribunal afirma que también en caso de incapacidad para trabajar por causa de eventos naturales de amplio alcance, como nevadas o inundaciones suprarregionales, las trabajadoras y los trabajadores tienen derecho a la continuación del pago del salario frente a las empresarias y los empresarios.

6.4.2. Nueva regulación de la esfera empresarial en el parágrafo 1155 del Código Civil general por causa del COVID-19

Debido a la prohibición oficial de entrada, y por causa del riesgo para las trabajadoras y los trabajadores de trabajar en un local, muchas empresas tuvieron que cerrar, de manera que las trabajadoras y los trabajadores no podían o no debían trabajar. Tanto las órdenes oficiales como la pandemia en sí misma no son imputables ni a las empresarias y los empresarios, ni a las trabajadoras y los trabajadores (véase *supra*, epígrafe 6.4.). Si el acaecimiento del COVID-19 se imputa a la esfera neutral, entonces esto significaría, en el caso de la no realización de las prestaciones de servicios por causa del cierre de las empresas, que no existe deber del empresario de continuación del pago del salario[37]. Dado que no estaba claro si los tribunales continuarían defendiendo la interpretación amplia, relativa a que también en caso de eventos que afectan al público en general, o de grandes catástrofes naturales, sigue existiendo el deber de las empresarias y los empresarios de continuar pagando el salario, el legislador actuó impelido por el COVID-19, y modificó el parágrafo 1155 del Código Civil General explícitamente en relación con esa situación[38].

El parágrafo 1155, apartados 1 y 2, del Código Civil General permanecen en su forma anterior. Esto es: respecto de las prestaciones de servicios que no se hayan realizado, sigue correspondiendo el salario a la trabajadora y al trabajador. No obstante, el trabajador que no trabaja debe estar disponible y la incapacidad para trabajar debe haber sido causada por «*circunstancias que se sitúan del lado del empleador*» (véase *supra*, epígrafe 6.4.).

Esta regulación previa del parágrafo 1155 del Código Civil General se completó en el marco de la segunda Ley COVID-19[39], por la que se le añadió un tercer apartado: de acuerdo con éste, las medidas legales o administrativas aplicadas por causa del COVID-19, que conducen a la prohibición o a restricciones de entrada en las empresas, se consideran «circunstancias» en el sentido de esta disposición. Por lo tanto, por medio de la modificación se clarificó expresamente que la incapacidad para trabajar por causa del cierre de la empresa o de la prohibición de entrada son responsabilidad de la empresaria o del empresario afectados. En consecuencia, tales cierres de empresa conducen al deber del empresario de mantener el pago el salario, aunque por su naturaleza haya que incluirlos en la esfera neutral.

Como **compensación** de esta carga adicional (junto a las exigencias financieras), el legislador ha incorporado un cierto alivio para las empresas cerradas: las trabajadoras y los

[36] Tribunal Supremo 16.12.1987, 9 ObA 202/87, ZAS 1988, 167, con nota de Schnorr = DRdA 1988, 255; Tribunal Supremo 27.01.1988, 9 ObA 27/88; Tribunal Supremo 24.02.1988, 9 ObA 42/88, Arb 10.702.

[37] Cfr. AICHBERGER-BEIG, D., «Coronavirus: Kein Arbeitsentgelt bei durch "allgemeine Kalamität" verursachten Betriebsschließungen?», *ecolex*, 2020, pág. 284.

[38] Modificado por la Segunda Ley COVID-19, *Boletín Oficial Federal* I, núm. 16/2020.

[39] *Boletín Oficial Federal* I, núm. 16/2020.

trabajadores que no pueden trabajar por causa del cierre de la empresa debido al COVID-19, y a los cuales se continúa pagando el salario por su empresaria durante ese período –si la empresaria lo solicita–, deben consumir sus **vacaciones** y sus **créditos de tiempo**. En consecuencia –al menos en relación con los cierres de empresas debidas al COVID-19–, resulta admisible la ordenación **unilateral** del disfrute de las vacaciones o de los créditos de tiempo acumulados. Ciertamente, esta posibilidad de ordenación está sujeta a determinadas restricciones: en especial, los derechos de vacaciones del año corriente sólo deben consumirse con una extensión de hasta dos semanas y, en conjunto, no se deben consumir más de ocho semanas de vacaciones y de créditos de tiempo. Además, este consumo de derechos de vacaciones o de créditos de tiempo sólo puede ser ordenado cuando el trabajador, por causa del cierre de la empresa, no puede ser empleado de otra manera, por ejemplo, en *homeoffice*. Pero incluso con esta innovación, la ley se desvía de los principios anteriores. En otros escenarios, tanto el consumo de las vacaciones, como también el de los créditos de tiempo, requería de un acuerdo individual entre la empresaria y la trabajadora.

6.4.3. Enfermedad de las trabajadoras y los trabajadores por COVID-19

Si una trabajadora o un trabajador enferman por COVID-19, existe una incapacidad para trabajar por causa de **enfermedad**, respecto de la cual se otorga el derecho a la continuación del pago del salario[40]. Sin embargo, el derecho a la continuación del pago del salario se elimina cuando el trabajador ha contraído la enfermedad por COVID-19 intencionadamente o por negligencia grave. Esto sucedería, por ejemplo, cuando el trabajador se infecta con COVID-19 porque ha incumplido el deber de usar mascarilla o una prohibición de entrada.

En principio, también se dice que existe una incapacidad para trabajar con deber de continuación del pago del salario cuando, a la enfermedad del trabajador, está vinculado un **peligro** para **terceros** por causa del **riesgo de infección**. Esto significaría que, también en caso de mera **infección** con la enfermedad, sin que la trabajadora afectada muestre síntomas o los padezca, existe una incapacidad para trabajar.

En el denominado Reglamento de grupos de riesgo de COVID-19[41], además, se especificó qué trabajadoras y trabajadores estarían particularmente **en riesgo** de infección por COVID-19 en el puesto de trabajo, debido a sus **enfermedades previas**. En estos **grupos de riesgo**, especialmente, se incluyen trabajadoras y trabajadores que, por ejemplo, padecen las siguientes enfermedades:

- Enfermedades pulmonares crónicas funcionalmente o estructuralmente avanzadas (por ejemplo, fibrosis quística o EPOC en estado avanzado).
- Enfermedades cardíacas crónicas que requieran de tratamiento permanente (por ejemplo, insuficiencia cardíaca).
- Cánceres activos con farmacoterapia.
- Enfermedades renales crónicas avanzadas (por ejemplo, en caso de diálisis).
- Obesidad mórbida (obesidad a partir del grado III, con IMC >= 40).
- Diabetes mellitus.

La pertenencia a estos grupos de riesgo tiene que declararse por el médico responsable en un **certificado**, en el cual no tiene por qué incluirse un diagnóstico exacto. El certificado de riesgo de COVID-19 hay que presentarlo a la empresaria. Si no resulta posible una configuración alternativa y sin riesgo del puesto de trabajo (por ejemplo, ubicación en una sala individual, sin contacto con

[40] En general, sobre el concepto de enfermedad y sus consecuencias jurídicas, véase MELZER AZODANLOO, M., en LÖSCHNIGG, G. (Editor), *Angestelltengesetz*, 10ª ed., cit., § 8, margs. 47 y ss.; DRS, en RESCH, R., (Editor), *Corona-HB1.00. Kap 5*, marg. 16 (a 15.5.2020, rdb.at).

[41] Reglamento del Ministerio federal de Seguridad Social, Salud, Dependencia y Protección del Consumo, sobre la definición de los grupos generales de riesgo COVID-19, *Boletín Oficial Federal* II, núm. 203/2020.

clientas o clientes, posibilidad de desinfección regular, *homeoffice*, etc.), entonces las trabajadoras y los trabajadores de los grupos de riesgo no necesitan trabajar, y sus empresarias tiene que continuar pagando el salario (parágrafo 735 de la Ley General de Seguridad Social; para obtener una ayuda relativa a ese derecho, véase *infra*, epígrafe 6.4.6.2).

6.4.4. Medidas de cuarentena al amparo de la Ley de epidemias

La Ley de epidemias[42] regula la gestión **administrativa** de las enfermedades contagiosas y epidemias, en las que se también se incluye el COVID-19, al amparo de la correspondiente regulación. En particular, la Ley de epidemias establece qué enfermedades deben notificarse a las autoridades, y qué medidas hay que adoptar como consecuencia de ellas. Entre las medidas, por ejemplo, se incluye el aislamiento de las personas enfermas, así como la desinfección, la restricción o el cierre de empresas, además de la prohibición de reuniones de grandes multitudes.

Por principio, la Ley de epidemias prevé –aunque las afecciones por epidemias haya que incluirlas en la esfera neutral– un **derecho** a **compensaciones** respecto de las trabajadoras y los trabajadores o de las empresarias y los empresarios que están afectados por tales medidas oficiales (parágrafo 32 de la Ley de epidemias). No obstante, hay que señalar aquí que las leyes COVID-19 posteriores y más específicas han derogado parcialmente las disposiciones sobre compensación a que se refiere la Ley de epidemias y, en particular, en caso de cierres de empresas vinculados al COVID-19, ya no prevén la correspondiente compensación. Sobre la clarificación de estas cuestiones, están pendientes varios procedimientos ante el Tribunal Constitucional.

6.4.5. Cuidado de hijos menores de edad por sus padres en *homeoffice*

Los **padres** de niños necesitados de cuidados tienen derecho a quedarse en casa, por principio, hasta una semana por año, con sus hijos necesitados de cuidado, en caso de que se pierda su cuidado ordinario (por ejemplo, niñera, guardería), de conformidad con el parágrafo 16 de la Ley de vacaciones. Otra base legal para el derecho al cuidado de un niño pequeño en casa sería la imposibilidad de trabajar por otros motivos relacionados con la persona del trabajador (parágrafo 8, apartado 3, de la Ley de empleados; parágrafo 1154b, apartado 5, del Código Civil General); en este caso, se agregaría una semana adicional de continuación del pago del salario.

Sin embargo, debido al COVID-19, las **guarderías** y las **escuelas** estuvieron **cerradas** durante mucho más tiempo en Austria. Con el fin de posibilitar a los padres que trabajan con hijos menores de edad el cuidado en casa, y de garantizar al mismo tiempo su salario, se introdujo el denominado **permiso especial de cuidado** (parágrafo 18, apartado 1, de la Ley de actualización del Derecho del contrato de trabajo). De acuerdo con ello, la empresaria «*puede*» conceder al trabajador un permiso especial de cuidado de hasta tres semanas desde el momento del cierre oficial de las escuelas y de las instituciones de cuidado de niños. Por principio, el trabajador no tiene derecho al permiso especial de cuidado retribuido; queda a discreción de la empresaria si otorga a sus trabajadoras y trabajadores este derecho. El permiso especial de cuidado comprende, ante todo, el cuidado de hijos de hasta 14 años cumplidos, pero también el de personas con discapacidad respecto de los que existe un deber de cuidado, así como la atención de personas mayores[43].

El permiso especial de cuidado sólo se aplica a las trabajadoras y los trabajadores a que se refiere el parágrafo 1151 del Código Civil General. No obstante, no depende de la dimensión del empleo, esto es, los trabajadores marginales también pueden disponer del derecho. Otras

[42] Ley de epidemias, *Boletín Oficial Federal*, núm. 186/1950, en la versión publicada en *Boletín Oficial Federal* I, núm. 23/2020.

[43] Cfr. ERCHER-LEDERER, G. Y DUJMOVITS, J., «COVID-19: Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Maßnahmen», cit., pág. 156; MAZAL, W., «Entgeltfortzahlung bei pandemiebedingter Einschränkung des sozialen Lebens», pág. 282.

trabajadoras y otros trabajadores, como en especial las autónomas y los autónomos, no pueden disponer de este derecho[44].

Además, la utilización del permiso especial de cuidado está ligado especialmente a los siguientes requisitos[45]:

- La institución de cuidado deber haber sido cerrada total o parcialmente,
- El trabajador ya ha usado el derecho al permiso de atención a que se refiere el parágrafo 16 de la Ley de vacaciones, y
- El trabajador no está empleado en un sector asistencial crítico (por ejemplo, en una farmacia, véase *supra*, epígrafe 5).

A la empresaria le corresponde, en relación con el permiso especial de cuidado concedido, el derecho a una compensación económica por parte de la Federación, en cuantía de un tercio de los salarios que haya abonado en dicho período a las trabajadoras y los trabajadores cuidadores (parágrafo 18, apartado 1, subapartado 2, de la Ley de actualización del Derecho del contrato de trabajo). Por lo demás, el permiso especial de cuidado ni cuenta para el derecho a vacaciones ni para el derecho a la compensación de tiempos de trabajo. Debe considerarse como un período «normal» de empleo y, en consecuencia, cuenta para los derechos ligados a los períodos de prestación de servicios de las trabajadoras y los trabajadores[46].

6.4.6. Ayudas financieras para empleadoras y empleadores por pérdida de mano de obra por causa del COVID-19

Ciertas prestaciones financieras a las empresarias y los empresarios sirven, ante todo, para hacer frente a la disminución de las cargas que se derivan de la continuación del pago del salario por causa de la incapacidad temporal para trabajar, y que pueden producirse por una pérdida de mano de obra (por ejemplo, financiación de mano de obra sustitutoria). Al respecto, en especial, se incluye la ayuda ligada a la continuación del pago del salario, así como el reembolso de prestaciones salariales a las trabajadoras y los trabajadores que no pueden trabajar, por causa de su pertenencia a un grupo de riesgo.

6.4.6.1. Ayuda ligada a la continuación del pago del salario

Incluso antes de la aparición del COVID-19, las **pequeñas y medianas empresas** (las denominadas PYMEs) percibían una **ayuda** ligada a la continuación **del pago del salario**, la cual se concede por las gestoras del aseguramiento del accidente de trabajo (parágrafo 53b, apartado 1, de la Ley General de Seguridad Social)[47]. La ayuda se concede tanto por ausencias vinculadas a la enfermedad como por las vinculadas al accidente; sin embargo, otros supuestos de incapacidad para trabajar no dan lugar a la ayuda. Un requisito esencial de la ayuda ligada a la continuación del pago del salario es el **tamaño de la empresa**, esto es, el **número** de trabajadoras y trabajadores empleados. La ayuda sólo se otorga a aquellas empresarias y empresarios que en su empresa emplean regularmente «no más de 50 trabajadoras/es en promedio».

Las empresarias y los empresarios con derecho a la ayuda son principalmente aquellas personas (físicas o jurídicas) con las que las trabajadoras y los trabajadores enfermos poseen una relación laboral. Pueden ser tanto corporaciones de Derecho público como también corporaciones

[44] Cfr. DRS, en RESCH, R., (Editor), *Corona-HB1.00. Kap 5*, marg. 63 (a 15.05.2020, rdb.at).

[45] Véase también MAZAL, W., «Entgeltfortzahlung bei pandemiebedingter Einschränkung des sozialen Lebens», cit., pág. 282.

[46] Cfr. WIESINGER, C., «Die Bedeutung der COVID-19-Gesetze für das Arbeitsrecht», cit., pág.128; y MAZAL, W., «Entgeltfortzahlung bei pandemiebedingter Einschränkung des sozialen Lebens», cit., pág. 282.

[47] En general, MELZER AZODANLOO, M., en LÖSCHNIGG, G. (Editor), *Angestelltengesetz*, 10ª ed., cit., § 8, margs. 227 y ss.

territoriales (por ejemplo, ayuntamientos), y diferentes personas jurídicas del Derecho (católico-romano) eclesiástico (por ejemplo, parroquias), pero también corporaciones de Derecho privado, como asociaciones o sociedades de responsabilidad limitada.

La cuantía de la ayuda asciende al menos al 50% de los salarios cuyo pago ha continuado realizando la empresaria, respecto de las trabajadoras enfermas. En cuanto a las empresarias y los empresarios que no emplean en sus empresas más de diez trabajadoras y trabajadores en promedio, las ayudas ascienden incluso al 75%.

6.4.6.2. Reembolso del salario cuyo pago se mantiene respecto de trabajadores en riesgo

A las trabajadoras y los trabajadores que padecen determinadas enfermedades graves, y para los que la infección con COVID-19 sería especialmente peligrosa, hay que expedir el denominado certificado-riesgo-COVID-19. Si una persona interesada presenta este certificado a su empresaria, entonces tiene derecho a la **liberación** de la prestación laboral y a la continuación del pago del salario. No obstante, las trabajadoras y los trabajadores tendrían que seguir trabajando si las condiciones de trabajo pueden configurarse, a través de medidas apropiadas, de tal manera que se excluya la infección con COVID-19 con la mayor garantía posible (para más detalles, véase *supra*, epígrafe 6.4.2).

Si la trabajadora ya no puede seguir trabajando, por causa de riesgo agudo en caso de que continúe realizando su prestación laboral, entonces la empresaria tiene derecho, en virtud del parágrafo 735 de la Ley General de Seguridad Social, introducido *ex novo* con motivo del COVID-19, al **reembolso** del salario abonado al trabajador en riesgo, con inclusión de los impuestos y de las cotizaciones de seguridad social a abonar por ese período. Sin embargo, de este derecho frente a las gestoras del seguro de enfermedad, por principio, están excluidos los partidos políticos y otras personas jurídicas de Derecho público.

6.5. Formas de trabajo durante la crisis del COVID-19

6.5.1. Trabajo recortado

Existe trabajo recortado[48] cuando, por necesidades económicas o empresariales, resulta necesaria una **reducción** temporal de la **jornada de trabajo**, con la correspondiente **reducción salarial**. Dependiendo de la situación coyuntural, interviene el sector público estableciendo medidas de apoyo a las políticas del mercado de trabajo, en combinación con las obligaciones de las empresarias y los empresarios, así como las de las trabajadoras y los trabajadores. El objetivo esencial de la jornada de trabajo recortado, simultáneamente con apoyo financiero estatal a las empresas, es el de que las empresarias y los empresarios no despidan a sus trabajadoras y trabajadores ni siquiera en períodos de crisis económica. Junto al auxilio financiero puente, esto también significa que las empresas no pierden su mano de obra bien cualificada en períodos de dificultad económica, y pueden recurrir a ella de nuevo rápidamente tras la crisis.

Según el parágrafo 37b de la Ley de servicios del mercado de trabajo[49], se considera como apoyo financiero estatal el **subsidio de trabajo recortado** que corresponde a las empresarias y los empresarios que permiten que sus trabajadores trabajen en proporción recortada. Los requisitos esenciales del subsidio de trabajo recortado son:

— Dificultades económicas temporales, no estacionales, de la empresa,

[48] Véase LÖSCHNIGG, G., *Arbeitsrecht*, 13ª ed., cit., margs. 6/455 y ss.

[49] Ley de servicios del mercado de trabajo, *Boletín Oficial Federal*, núm. 313/1994, en la versión publicada en *Boletín Oficial Federal* I, núm. 16/2020.

— Una reunión de asesoramiento entre las empresarias y los empresarios, el servicio público de empleo (SEPE), el comité de empresa y las corporaciones competentes con legitimación para negociar colectivamente,

— Un acuerdo entre las corporaciones con legitimación para negociar colectivamente sobre las condiciones más detalladas del trabajo recortado[50].

Debido a la aparición del COVID-19, se amplió la normativa del trabajo recortado: el parágrafo 37b, apartado 7, de la Ley de servicios del mercado de trabajo establece ahora expresamente que los problemas económicos derivados de las medidas vinculadas al COVID-19 hay que considerarlos como «*dificultades económicas temporales no estacionales*»; por lo tanto, la introducción del trabajo recortado debido a COVID-19 resulta admisible. Además, se pueden prever porcentajes globales más altos respecto de los subsidios de trabajo recortado. La configuración de los detalles atinentes al trabajo recortado debido a COVID-19 se realiza por medio de una directriz federal del servicio público de empleo relativa al subsidio de trabajo recortado[51] (Directriz de trabajo recortado-COVID-19).

Otra posibilidad para superar de las dificultades económicas derivadas de la reducción del tiempo de trabajo, en el marco del trabajo recortado, es la de llevar a cabo **medidas de cualificación** para las trabajadoras y los trabajadores afectados. Para ello, se concede a las empresarias y los empresarios el subsidio de formación a que se refiere el parágrafo 37c de la Ley de servicios del mercado de trabajo. Este subsidio se basa en los requisitos estructurales del subsidio de trabajo recortado. La diferencia reside en que las empresarias y los empresarios afectados llevan a cabo medidas de formación para las trabajadoras y los trabajadores durante el período de trabajo recortado.

6.5.1.1. Condiciones marco detalladas para el trabajo recortado y para el subsidio de trabajo recortado

En el nuevo modelo, por principio, **son subsidiables todas las empresarias y todos los empresarios** que tienen problemas económicos; sólo se exceptúan los partidos políticos, así como las autoridades locales. Además de la existencia de dificultades económicas transitorias y no estacionales, debe informarse al servicio público de empleo (SEPE) temporáneamente (apartado 6.2. de la Directriz de trabajo recortado-COVID-19). Esto se cumple mediante la presentación en el servicio público de empleo de un acuerdo a negociar previamente por los interlocutores sociales, el cual regula las **condiciones** detalladas del trabajo recortado en las empresas afectadas. Por medio del acuerdo, en especial, debe garantizarse que durante el trabajo recortado, y también durante un período determinado posterior, se mantenga en la empresa el **número de trabajadores**. La organización regional del servicio público de empleo, en casos especiales, puede establecer alguna excepción. Además, debe fijarse la duración del trabajo recortado. El acuerdo de los interlocutores sociales puede referirse a una empresa concreta o a varias empresas o sectores económicos (los denominados acuerdos marco o de sector).

6.5.1.2. Duración del trabajo recortado y cuantía del subsidio de trabajo recortado

La duración del trabajo recortado se limita inicialmente a tres meses, aunque puede aumentarse, sin embargo, en concretas circunstancias. En este período, las horas de trabajo perdidas no pueden caer en promedio por debajo del 10% ni exceder del 90% de la jornada de trabajo ordinaria. No se podría aprobar una pérdida **planificada** de menos del 10% promediado del tiempo de trabajo. Si, en el curso de la realización **real**, se llega a una disminución del recortamiento del tiempo de trabajo –por ejemplo, por causa la mejora de los encargos de trabajo–, entonces, no obstante ello, no da lugar a una reclamación de reembolso (apartado 6.4.4. de la Directriz de trabajo recortado-COVID-19).

[50] Cfr. LÖSCHNIGG, G., *Arbeitsrecht*, 13ª ed., cit., margs. 6/463 y ss.

[51] Actualmente, Directriz federal de subsidio de trabajo recortado (referencia BGS/AMF/0702/9990/2020).

La empresaria debe asumir los costes de la prestación laboral real de la persona con trabajo recortado; el resto lo paga el servicio público de empleo, en forma de subsidio de trabajo recortado, a la empresaria. Se calcula sobre la base de las horas perdidas por causa del trabajo recortado y de los denominados porcentajes globales. Para el cálculo del subsidio de trabajo recortado respecto de un trabajador en concreto, las horas perdidas del trabajador se multiplican por el porcentaje global respectivo por hora perdida. Como base de la determinación del porcentaje global aplicable, se utiliza el salario bruto del trabajador antes del comienzo del trabajo recortado. De conformidad con el apartado 6.6. de la Directriz de trabajo recortado-COVID-19, los porcentajes globales se escalonan como sigue:

- Salario bruto[52] de hasta 1.700 euros > porcentaje de reembolso neto del 90%.
- Salario bruto de hasta 2.865 euros > porcentaje de reembolso neto del 85%.
- Salario bruto de hasta 5.370 euros > porcentaje de reembolso neto del 80%.
- Salario bruto de hasta 2.865 euros > porcentaje de reembolso neto del 85%.
- En caso de aprendices > porcentaje de reembolso neto del 100%.
- Para las porciones del salario por encima de 5.370 euros > no se paga ningún subsidio.

Por ejemplo: una trabajadora gana 1.700 euros brutos antes del trabajo recortado; su pérdida de horas de trabajo asciende al 20%. La trabajadora percibe 1.185,78 euros de reembolso neto (salario mínimo neto). El subsidio de trabajo recortado para la empresaria ascendería a 471,96 euros[53].

6.5.1.3. Utilización de las vacaciones en conexión con el trabajo recortado

En relación con el trabajo recortado por causa del COVID-19, no sólo resulta admisible, sino incluso deseable, utilizar derechos adquiridos de vacaciones, así como créditos de horas. Esto hay que hacerlo, en la medida de lo posible, antes del inicio del trabajo recortado; no obstante, también resulta posible su utilización durante el trabajo recortado.

La utilización de los derechos adquiridos de vacaciones, así como de los créditos de horas, es uno de los requisitos para la concesión del subsidio de trabajo recortado, por lo que la empresaria sólo debe probar que ha realizado esfuerzos serios de llegar a un acuerdo con sus trabajadoras y sus trabajadores sobre dicha utilización[54]. Sin embargo, la empresaria **no** puede **unilateralmente** ordenar la utilización de esos derechos, ni siquiera en conexión con el trabajo recortado por causa del COVID-19; según el parágrafo 4, apartado 1, de la Ley de vacaciones, siempre se requiere un acuerdo individual para la utilización de las vacaciones (sobre una excepción, con respecto al parágrafo 1155 del Código Civil General, véase *supra*, epígrafe 6.4.2.). En otras palabras, la empresaria debe haber **ofrecido** al menos la utilización de los créditos de tiempos o las vacaciones para conseguir el subsidio. En consecuencia, tampoco existe perjuicio cuando el trabajador no consiente, o consiente sólo parcialmente, la utilización (epígrafe 6.4.2, de la Directriz de trabajo recortado-COVID-19).

6.5.2. Homeoffice

En caso de cierre de un centro de trabajo, o de pertenencia a un grupo de riesgo, las trabajadoras y los trabajadores no pueden trabajar en la empresa. A pesar de ello, una posibilidad de continuar realizando la prestación de los servicios –supuesto que lo permita la naturaleza de la

[52] Ello comprende el salario ordinario antes del comienzo del trabajo recortado, con inclusión de pluses y complementos, pero sin salario por horas extraordinarias.

[53] Calculado con el contador para el subsidio de trabajo recortado COVID-19. Véase https://www.ams.at/unternehmen/personalsicherung-und-fruehwarnsystem/kurzarbeit/rechner-fuer-kurzarbeit (a 13.5.2020).

[54] Directriz federal de subsidio de trabajo recortado, epígrafe 6.4.2.

actividad– es el ***homeoffice***, también conocida en parte como **teletrabajo**. Aquí también se trata de trabajadoras y de trabajadores en el sentido del parágrafo 1151 del Código Civil General, los cuales continúan realizando su trabajo en su propia casa[55].

Hasta ahora, sólo existían unas pocas normas laborales expresas relativas a esta forma de trabajo[56]. En principio –cuando se cumplen los criterios para la existencia del **contrato de trabajo**–, se aplica la legislación laboral, supuesto que el lugar de trabajo en el propio domicilio no requiera de determinadas adaptaciones (por ejemplo, no acceso a la Inspección de Trabajo). Por lo tanto, el trabajo en *homeoffice* hay que diferenciarlo claramente del mucho más antiguo **trabajo a domicilio**, el cual está regulado en el parágrafo 2, núm. 1, de la Ley de trabajo a domicilio[57]. En este caso, se trata de trabajadoras o trabajadores autónomos o, incluso, de contratistas que producen o empaquetan bienes (físicos) con trabajo **manual**.

En el marco de la legislación del COVID-19, también se ha incorporado expresamente el término «*homeoffice*» al Derecho austríaco. Si, por causa de su pertenencia a un grupo de riesgo, las trabajadoras y los trabajadores no pueden trabajar en el centro de trabajo, entonces su empresaria tiene que sopesar si las trabajadoras y los trabajadores no pueden seguir trabajando en *homeoffice*. Si este lugar de trabajo no resulta posible por causa del tipo de actividad, entonces existe una incapacidad para trabajar y la empresa tiene que continuar realizando el pago del salario. Pero ella también percibe una ayuda de la gestora del seguro de enfermedad (véase *supra*, epígrafe 6.4.5.2.).

Debido a los requisitos generales de la legislación laboral, el trabajo en *homeoffice* **no** se puede llevar a cabo **unilateralmente**, ni siquiera en caso de afectación por el COVID-19. Si falta el correspondiente acuerdo en el contrato de trabajo, la empresaria no puede ordenar el traslado del lugar de trabajo, ni tampoco puede la trabajadora simplemente irse a trabajar desde casa. La forma de trabajo en que consiste el «*homeoffice*» debe **acordarse**, al menos implícitamente, entre la empresaria o el empresario y la trabajadora o el trabajador[58].

También se prestó especial atención a esta nueva forma de trabajo, en cuanto a la clarificación de la existencia de un accidente de trabajo. Mientras duren las medidas para impedir la propagación del COVID-19, son accidentes de trabajo todos los accidentes que se produzcan en el *homeoffice* de la persona asegurada. En consecuencia, éste se considera como lugar de trabajo en el sentido del seguro de accidentes de trabajo (parágrafo 175, apartados 1 a 1b, de la Ley General de Seguridad Social).

6.6. Mantenimiento del cómputo plazos

Los plazos para el ejercicio de los derechos (plazos de prescripción y de caducidad) derivados de la relación laboral son a menudo muy cortos. Esto es predicable no sólo de los plazos legales, sino en especial de los plazos derivados del convenio colectivo y de los plazos establecidos en contrato de trabajo. Por ello, el legislador ha ordenado el mantenimiento del cómputo de estos plazos, para seguir posibilitando el ejercicio de derechos laborales, a pesar de la prohibición de salida y de entrada durante el COVID-19[59].

En conexión con la situación del COVID-19, el mantenimiento del cómputo en cuestión se prolongó, respecto de los plazos de prescripción y de caducidad legales, convencionales y del

[55] Instructivo, MELZER-AZODANLOO, N., *Telearbeit in Österreich – rechtliche Bestandsaufnahme und Ausblicke*, cit., pág. 152.

[56] Así, por ejemplo, parágrafo 67 de la Ley de protección de trabajadoras y trabajadores con pantallas de visualización, que también se aplica al trabajo en casa.

[57] Ley de trabajo a domicilio, *Boletín Oficial Federal*, núm. 105/1961, en la versión publicada en *Boletín Oficial Federal* I, núm. 61/2018.

[58] Cfr. WIESINGER, C., «Die Bedeutung der COVID-19-Gesetze für das Arbeitsrecht», cit., pág. 126.

[59] Cfr. ERCHER-LEDERER, G. Y DUJMOVITS, J., «COVID-19: Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Maßnahmen», cit., pág. 156.

contrato de trabajo, hasta el 30.04.2020; esta situación afectaba a todos los plazos que estuviesen en marcha el 16.03.2020, o que habían empezado a correr al día siguiente (parágrafo 18b, apartado 2, de la Ley de actualización del Derecho del contrato de trabajo)[60]. Además, se estableció el mantenimiento del cómputo de los plazos para impugnar los ceses y los despidos a que se refiere el régimen general de protección contra el despido (parágrafo 170, apartado 2, en conexión con el parágrafo 105, apartado 4[61], y parágrafo 107, de la Ley de organización del trabajo).

6.7. Promoción financiera de pequeñas empresas y de autónomos sin trabajadores propios

Ante todo, en el marzo de la segunda Ley COVID-19, hubo más medidas de apoyo para las empresas; en especial, se creó el denominado **fondo para situaciones difíciles**[62]. La promoción financiera aquí prevista se concede en forma de ayudas; la promoción financiera consiste en una compensación por la pérdida de ingresos netos. Los **grupos destinatarios** de este apoyo estatal deberían ser diferentes formas de **autónomos** (esto es, **no trabajadoras ni trabajadores**), de manera que el foco se ponía en autónomos que no tienen trabajadores propios y/o no mantienen una organización empresarial extensa. Con el instrumento de promoción financiera, las emprendedoras y los emprendedores deberían recibir un apoyo para sus gastos personales ligados al coste de la vida.

En el parágrafo 1 de la Ley del fondo para situaciones difíciles, se mencionan expresamente, como beneficiarios de la ayuda:

- Microempresas, en el sentido de la Recomendación 2003/361/CE.
- Empresas unipersonales.
- Organizaciones sin ánimo de lucro.
- Autónomas y autónomos y los denominados nuevos autónomos.

También resulta destacable, por lo demás, la inclusión expresa de los siguientes grupos profesionales en la promoción financiera, por medio del fondo para situaciones difíciles:

- Arrendadores de habitaciones particulares a inquilinos privados en su propio domicilio, con un máximo de diez camas.
- Personas que se encuentran ocupadas en más de una relación de empleo marginal.
- Los denominados trabajadores por tarea o por días (incluso si con sus ingresos totales superan el límite mensual de ingresos por actividad marginal).

Este fondo para situaciones difíciles –en cuanto que programa de promoción financiera– no lo **ejecuta** la Federación por sí misma, sino por medio de la **Cámara de Comercio de Austria**, la cual encarna la representación legal de los intereses de las empresas[63]. Para las empresas agrícolas y forestales, así como para las arrendadoras y arrendadores de habitaciones particulares, resulta competente Agrarmarkt Austria. Los recursos **financieros** los pone a disposición de estas dos instituciones el Ministerio federal de Digitalización y Situación Económica, y el Ministerio federal de Agricultura, Regiones y Turismo, antes de que se paguen las ayudas de promoción. Para ello, se moviliza un máximo de dos mil millones de euros del fondo de superación de la crisis derivada del COVID-19.

[60] Ley de actualización del Derecho del contrato de trabajo, *Boletín Oficial Federal*, núm. 459/1993, en la versión publicada en *Boletín Oficial Federal* I, núm. 23/2020.

[61] Ley de organización del trabajo, *Boletín Oficial Federal*, núm. 22/1974, en la versión publicada en *Boletín Oficial Federal* I, núm. 23/2020.

[62] Ley federal para la creación de un fondo para situaciones difíciles, *Boletín Oficial Federal* I, núm. 16/2020, en la versión publicada en *Boletín Oficial Federal* I, núm. 23/2020, y *Boletín Oficial Federal* I, núm. 36/2020.

[63] Los afiliados son empresarias y empresarios con licencia profesional, con indepdencia de si emplean o no su propia mano de obra. Detalladamente, véase también MELZER-AZODANLOO, N., *Mindestlohntarif – Behördliche Entgeltfestsetzung im Spannungsverhältnis zwischen Koalitionsfreiheit und AN-Schutz*, ÖGB (Viena, 2020), págs. 11 y ss.

El apoyo financiero por medio del fondo está **sujeto a solicitud**. Además, la promoción financiera se divide en dos fases[64]. En la fase de pago 1 (hasta el 17.04.2020), se podía solicitar *online* un primer apoyo en cuantía de hasta 1.000 euros. Las solicitudes para la fase de pago 2 podían presentarse *online*, a partir del 20.04.2020, en la Cámara de Comercio de Austria. La fase de pago 2 también cubre el período a partir del 16.03.2020, y las ayudas de la fase 1 se compensan hasta un importe de pago de 500 euros en la fase de pago 2.

El apoyo lo pueden solicitar las empresas que, por causa del COVID-19, en el período de 16.03 a 15.12.2020, estuvieron **económicamente amenazadas** de manera significativa. La solicitud se presenta para un período de referencia (período de referencia 1: 16.03.2020 a 15.04.2020, …, período de referencia 9: 16.11.2020 a 15.12.2020). De estos nueve períodos de referencia, la promoción financiera puede solicitarse por un máximo de seis períodos de referencia, que no tienen que estar conectados temporalmente. Para cada período de referencia hay que presentar su propia solicitud. Existe una amenaza económicamente significativa cuando, en el respectivo período de referencia, ha habido una **caída en las ventas** de al menos el 50%, y los gastos corrientes ya no pueden cubrirse, o cuando (al menos predominantemente) ha existido una prohibición de entrada.

La promoción financiera consiste en una compensación por la pérdida de ingresos netos. El importe máximo de la compensación **por cada período de referencia** asciende a 2.000 euros, esto es, un máximo **total** de 12.000 euros, aunque 500 euros como mínimo. El sistema de cálculo para la promoción financiera correspondiente a cada caso concreto se basa en la pérdida de ingresos netos que ha sucedido en el correspondiente período de referencia, en relación con un período mensual comparable en el año anterior. Este modo de cálculo se basa en la liquidación del impuesto sobre la renta del año anterior. Además, también hay una promoción financiera global, en relación con las pérdidas en la liquidación del impuesto sobre la renta pertinente, así como una promoción financiera mínima.

Junto a la compensación por la pérdida de ingresos netos, se concede adicionalmente un ***comeback-bonus* por cada período de referencia**, en cuantía de 500 euros (esto es, un *comeback-bonus* máximo total de 3.000 euros). En consecuencia, **la promoción financiera máxima total** (por pérdida de ingresos netos y por *comeback-bonus*) asciende a 15.000 euros.

7. OBSERVACIÓN FINAL

Con la aparición e intensificación del COVID-19, las medidas laborales y de seguridad social estuvieron entre las primeras medidas que adoptaron el Gobierno y el legislador austríacos. Esto demuestra que no sólo era un objetivo esencial mantener la liquidez de la economía, sino también la de todas las personas para, en especial, mantenerlas en el empleo. Esto afecta particularmente a la expansión de las condiciones marco del trabajo recortado. Gracias a la promoción financiera estatal, las empresas pudieron mantener a «sus» trabajadoras y trabajadores, a pesar de la recesión económica, y las trabajadoras y los trabajadores pudieron seguir percibiendo su salario, para hacer frente a los costes de la vida. Consecuentemente, se mantuvo bajo control la insatisfacción social. Así, tras el final de las dificultades económicas, las trabajadoras y los trabajadores podían volver rápidamente y sin complicaciones a sus anteriores trabajos. Este plan ya se había probado en la crisis económica de 2008. Por supuesto, esta vez –a diferencia de 2008– se tuvieron que tomar más medidas de apoyo, las cuales también tuvieron un profundo efecto en las relaciones laborales individuales. Al respecto, de un lado, se trataba de proteger a las trabajadoras y los trabajadores frente a la infección; y de otro lado, de poder conceder a las empresarias y los empresarios la promoción financiera correspondiente.

En resumen, se vieron afectadas las formas de trabajo, dado que se trabaja más en *homeoffice*, y se tuvo que reforzar el trabajo recortado. También se «revivieron» las reglas de las distintas leyes sobre el tiempo de trabajo, al definirse el COVID-19 como un «caso extraordinario» que autoriza la superación de la jornada de trabajo. Además, hubo mantenimiento de plazos,

[64] Cfr. https://www.bmf.gv.at/public/top-themen/corona-hilfspaket-faq.html#Haertefallfonds (a 08.06.2020).

prórrogas de la duración del mandato de los órganos de la representación de intereses de la empresa, y la introducción de disposiciones unilaterales respecto de la utilización de las vacaciones. Asimismo, se introdujeron modificaciones respecto del deber de continuación del pago del salario en caso de incapacidad para trabajar, como, por ejemplo, el permiso especial de cuidado para el cuidado de hijos con escolarización obligatoria, cuando las escuelas están cerradas.

La principal modificación estructural de la vida laboral que ha provocado el COVID-19, en fin, es que las trabajadoras y los trabajadores se han tenido que acostumbrar a un nuevo entorno de trabajo, el *homeoffice*.

8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

8.1. Comentarios

AUER-MAYER, S., FELTEN, E. Y PFEIL, W., *Kommentar zum AZG*, 4ª ed., Manz (Viena, 2020).

HEILEGGER, G. Y KLEIN, C., *Kommentar zum AZG*, 4ª ed., ÖGB (Viena, 2016).

KLETEČKA, A. Y SCHAUER, M. (Editores), *Kommentar zum ABGB-ON*, Manz (Viena, 2020).

NEUMAYR, M. Y REISSNER, G.-P. (Editores), *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*, 3ª ed., Manz (Viena, 2018).

NEUMAYR, M., RESCH, R. Y WALLNER, F. (Editores), *Gmundner Kommentar*, Manz (Viena, 2016).

RUMMEL, P. (Editor), *Kommentar zum ABGB*, 3ª ed., Manz (Viena, 2013).

SCHRANK, F., *Kommentar zur Arbeitszeit*, 5ª ed., Linde (Viena, 2018).

STÄRKER, L., *Kommentar zum KA-AZG*, 7ª ed., LexisNexis (Viena, 2017).

8.2. Monografías

LÖSCHNIGG, G. (Editor), *Angestelltengesetz*, 10ª ed., ÖGB (Viena, 2016).

LÖSCHNIGG, G., *Arbeitsrecht*, 13ª ed., ÖGB (Viena, 2017).

MELZER-AZODANLOO, N., *Tele-Arbeitsrecht*, Linde (Viena, 2001).

MELZER-AZODANLOO, N., *Telearbeit in Österreich – rechtliche Bestandsaufnahme und Ausblicke*, Juridikum (Viena, 2007).

MELZER-AZODANLOO, N., *Mindestlohntarif – Behördliche Entgeltfestsetzung im Spannungsverhältnis zwischen Koalitionsfreiheit und AN-Schutz*, ÖGB (Viena, 2020).

8.3. Obras *online*

RESCH, R., (Editor), *Corona-HB1.00 Kap 1* (a 15.5.2020, rdb.at).

8.4. Revistas

AICHBERGER-BEIG, D., «Coronavirus: Kein Arbeitsentgelt bei durch "allgemeine Kalamität" verursachten Betriebsschließungen?», *ecolex*, 2020.

ERCHER-LEDERER, G. Y DUJMOVITS, J., «COVID-19: Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Maßnahmen», *ASoK*, 2020.

KARY, C., «Coronavirus: Worauf Arbeitgeber jetzt achten müssen», *Die Presse*, octubre 2020.

MAZAL, W., «Entgeltfortzahlung bei pandemiebedingter Einschränkung des sozialen Lebens», *ecolex*, 2020.

SCHRENK, F., SCHRENK, F. Y HITZ, W., «Entgeltfortzahlung in der "Corona-Krise"-denkbare arbeitsrechtliche Sachverhalte», *ARD*, 6693/6/2020.

WIESINGER, C., «Die Bedeutung der COVID-19-Gesetze für das Arbeitsrecht», *ASoK*, 2020.

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. NORMAS INTERNACIONALES

-Carta Social Europea. Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada) hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (BOE 11-5-2021)

España firmó esta Carta revisada en el año 2000, pero la necesidad de adaptar algunos aspectos de la legislación española llevó a posponer su ratificación.

Esta ratificación permitirá desarrollar nuevas medidas para mejorar la aplicación de derechos sociales garantizados por la Carta como el derecho a la dignidad en el trabajo promoviendo la prevención frente al acoso y la violencia en el entorno laboral.

Entre otros aspectos importantes que recoge la Carta Social Europea, cabe destacar los siguientes:

-Se reafirma el derecho a la protección de las personas trabajadoras en caso de despido y el de los representantes de los trabajadores a contar con protección efectiva por parte de la empresa.

-Contempla, además, el derecho a la igualdad de oportunidades para las personas trabajadoras.

-Asimismo, refuerza la participación de las organizaciones sindicales, empresariales y sociales y completa el sistema de protección de derechos sociales como la protección contra la pobreza. En este sentido promueve el acceso efectivo al empleo, a la vivienda, a la formación a la cultura y a la asistencia médica.

El proceso de ratificación de esta Carta ha estado dirigido por el Ministerio de Asuntos Exteriores Unión Europea y cooperación y la Vicepresidencia Tercera y Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Con la ratificación de la Carta Social Europea Revisada, España podrá terminar de adoptar todo el sistema de la Carta Social, al que se suman tres Protocolos Adicionales. De este modo España muestra a la comunidad internacional y la ciudadanía "que los derechos sociales y el bienestar de las personas son espacios ganados para una democracia mejor en los que ya no es posible retroceder".

Fuente:
https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/exteriores/Paginas/2021/170521-carta-social.aspx

-Aplicación provisional del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995 (BOE 28-6-2021)

El presente Protocolo se aplicará provisionalmente por España desde el 1 de julio de 2021, fecha de entrada en vigor de la Carta Social Europea (revisada).

1.2. PENSIONES

-Acuerdo Social sobre el primer bloque de medidas para el equilibrio del sistema, el refuerzo de su sostenibilidad y la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas en cumplimiento del Pacto de Toledo y del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia firmado por el Gobierno y los interlocutores sociales el 1 de julio de 2021

El contenido de este Acuerdo se estructura en VII Bloques a lo largo de los cuales se plantean importantes medidas de reforma del sistema de Seguridad Social que forman parte de un primer bloque de medidas para ser implementadas a corto plazo y va acompañado, como Anexo al mismo, de un *Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones*, de fecha de 28 de junio de 2021.

El contenido del Acuerdo, concordado con las medidas previstas en el Anteproyecto de Ley, es el siguiente:

I. NUEVA FÓRMULA DE REVALORIZACIÓN PARA EL MANTENIMIENTO DEL PODER ADQUISITIVO DE LAS PENSIONES

- En cumplimiento de la recomendación 2ª del Pacto de Toledo, se garantiza el mantenimiento del poder adquisitivo a través del incremento de las pensiones el 1 de enero de cada año de acuerdo con la inflación media anual registrada en el mes de noviembre del ejercicio anterior.

-Se garantiza que el supuesto de inflación negativa –algo muy infrecuente y de escaso impacto incluso en las circunstancias de los últimos años- las pensiones no sufrirían merma alguna, quedando ese año inalteradas.

-Como regla adicional, con el objetivo reforzado de preservar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y garantizar la suficiencia económica de los pensionistas, el Gobierno y los interlocutores sociales realizarán, en el marco del diálogo social, una evaluación periódica, cada cinco años, de los efectos de la revalorización anual de la que dará traslado al Pacto de Toledo, y que contendrá una propuesta de actuación si fuese necesario corregir alguna desviación para preservar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.

Este acuerdo se traslada en el *Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones*, incluido como Anexo en el Acuerdo firmado, mediante la modificación del art. 58 LGSS [art. Único. Uno del Anteproyecto] y con la introducción de la nueva disposición adicional 38ª LGSS [art. Único. Once del Anteproyecto de Ley].

II. MEDIDAS PARA FAVORECER EL ACERCAMIENTO VOLUNTARIO DE LA EDAD EFECTIVA CON LA EDAD LEGAL DE JUBILACIÓN

-Se establecen en este apartado un conjunto de medidas que tienen como objetivo, en cumplimiento de la recomendación 12ª del Pacto de Toledo, seguir impulsando el proceso de acercamiento de la edad efectiva de jubilación a la edad ordinaria.

-Ello se hará en el marco del refuerzo del derecho a la jubilación consagrado en nuestro modelo de jubilación flexible, priorizando el reforzamiento de los instrumentos de incentivo y desincentivo previstos para los supuestos de jubilación anticipada o demorada sobre la citada edad ordinaria.

1. Jubilación anticipada voluntaria

— Se revisan los coeficientes reductores (que a partir de ahora serán mensuales) con el fin de fomentar el desplazamiento voluntario de la edad de acceso a la jubilación

y dar un tratamiento más favorable a las carreras de cotización más largas (conforme a las tablas que se incluyen en el Acuerdo)

- Como excepción, se aplicarán los coeficientes reductores correspondientes a la jubilación por causa no imputable al trabajador en aquellos supuestos en los que quien se jubila anticipadamente de forma voluntaria esté percibiendo el subsidio de desempleo desde hace, al menos, tres meses.
- Con el fin de fomentar el acercamiento voluntario de la edad efectiva de jubilación anticipada a la edad de jubilación ordinaria de las personas con pensión teórica superior al límite máximo de pensión de la Seguridad Social, los coeficientes reductores se aplicarán sobre la cuantía de la pensión respetando la limitación máxima a la que se refiere el art. 57 LGSS.
    - La eliminación de la regulación hasta ahora aplicable en los supuestos en los que la pensión teórica quedaba por encima de ese límite se hará de forma progresiva a lo largo de un período de 10 años a contar desde 1 de enero de 2024.
    - En cualquier caso, estos coeficientes solo se aplicarán en la medida en que la evolución de la pensión máxima del sistema absorba completamente el efecto del aumento de coeficientes respecto a los vigentes en 2021 para estos trabajadores con base reguladora superior a la pensión máxima, de manera que la pensión reconocida no sea inferior a la que le habría correspondido con la aplicación de las reglas vigentes en 2021.
- -Se establecen algunas exclusiones de la anterior previsión, de forma que seguirán rigiéndose por las reglas de jubilación anticipada vigentes antes de la entrada en vigor de esta reforma. Se refiere a aquellas personas, con base reguladora superior a la pensión máxima, cuya relación laboral:
    - Se haya extinguido antes de 1 de enero de 2022, siempre que con posterioridad no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes del sistema de Seguridad Social por un período superior a 12 meses.
    - Se extinga después de esa fecha como consecuencia de expedientes de regulación de empleo, o en virtud de convenios colectivos, acuerdos de empresa o decisiones adoptadas en procesos concursales, aprobados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley que dé cumplimiento a este acuerdo.
    - No obstante, estas personas podrán optar por que se aplique la legislación que esté vigente en la fecha del hecho causante de su derecho a pensión.

Estos acuerdos se traducen, conforme al Anteproyecto de Ley, en una modificación de la letra b) del apartado 1 y el apartado 2 del art. 208 LGSS (*Jubilación anticipada por voluntad del interesado*) y a la introducción de un nuevo apartado 3 en este mismo artículo [art. Único. Siete del Anteproyecto de Ley].

Asimismo, en el Anteproyecto de Ley [art. Único. Trece] se añade una nueva disposición transitoria, la 31ª, relativa a la "*Aplicación gradual de coeficientes reductores de la edad de jubilación según lo previsto en el artículo 210.3 cuando la pensión supere el límite establecido para el importe de las pensiones*" y se modifica el apartado 5 de la disp. trans. 4ª LGSS [art. Único. Catorce del Anteproyecto].

2. Jubilación anticipada involuntaria

Se introducen cuatro modificaciones:

-Primera: A las causas de extinción contractual que dan derecho al acceso a esta modalidad de jubilación previstas en el art. 207.1 LGSS, se añaden el resto de causas extintivas por razones objetivas y la resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los arts. 40.1, 41.3, 49.1.m y 50 ET.

-Segunda: El coeficiente aplicable sobre la pensión se determina por mes de adelanto de la jubilación, no por trimestre.

-Tercera: En relación con los dos años inmediatamente anteriores a la edad de jubilación ordinaria, se aplican en la determinación de la pensión de jubilación anticipada involuntaria los mismos coeficientes que en la modalidad voluntaria en aquellos casos en los que el nuevo coeficiente es más favorable que el hasta ahora vigente.

-Cuarta: Adicionalmente el coeficiente reductor correspondiente a cada uno de los 6 meses previos a la edad de jubilación ordinaria se rebaja respecto de los propuestos para la jubilación voluntaria (conforme a la escala prevista en el Acuerdo).

-Además, no sufrirán cambios los coeficientes reductores del 0,5 % por trimestre, desde la pensión máxima, aplicables a las jubilaciones anticipadas involuntarias, manteniéndose en los mismos términos vigentes hasta la fecha. Esta misma garantía se extenderá a los supuestos relativos a personas que acceden a la jubilación anticipada voluntaria desde una situación de desempleo previstos en el apartado II.1.

Todo ello da lugar a la modificación, en los términos señalados, de los apartados 1 y 2 del art. 207 LGSS (*Jubilación anticipada por causa no imputable al* trabajador) que se prevé en el Anteproyecto de Ley [art. Único. Seis].

3. Jubilación anticipada por razón de la actividad

-Se acuerda la modificación del procedimiento de solicitud y se precisan con mayor detalle los indicadores de peligrosidad o penosidad, que será objeto de un desarrollo reglamentario que se abordará en el marco del diálogo social.

-Se separan en normas distintas la jubilación anticipada por razón de la actividad y por razón de la discapacidad.

Este Acuerdo dará lugar, conforme a lo previsto en el Anteproyecto de Ley a la modificación del art. 206 LGSS (*Jubilación anticipada por razón de la actividad o en caso de discapacidad*) [art. Único. Cuatro del Anteproyecto], conforme a la cual:

-En los términos que se establezcan reglamentariamente, el inicio del procedimiento deberá instarse conjuntamente por organizaciones empresariales y sindicales más representativas, si el colectivo afectado está constituido por trabajadores por cuenta ajena; y por asociaciones representativas de trabajadores autónomos y organizaciones empresariales y sindicales más representativas, cuando se trate de trabajadores por cuenta propia. Cuando el procedimiento afecte al personal de las administraciones públicas la iniciativa corresponderá conjuntamente a las organizaciones sindicales más representativas y a la administración de la que dependa el colectivo.

-Se regula también en este artículo como se presentará la solicitud, el contenido de la regulación reglamentaria a la que se remite (establecimiento de indicadores, el incremento de cotización que llevará consigo la aplicación de los coeficientes reductores en relación con el colectivo, sector y actividad que se delimiten normativamente…), la revisión cada 10 años de los coeficientes reductores para la anticipación de la edad de jubilación establecidos en su normativa específica.

Asimismo, en el Anteproyecto de Ley [art. Único. Doce] se prevé añadir a la LGSS una nueva disp. adic., la 39ª, referida a la Modificación del RD 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social; y se modifica la disp. trans. 11ª LGSS (*Aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación*) [art. Único. Dieciséis del Anteproyecto].

Se introduce, conforme al Anteproyecto de Ley, un nuevo art. 206 bis, LGSS, *Jubilación anticipada en caso de discapacidad*, de modo que se regula separadamente de la jubilación anticipada por razón de la actividad [art. Único. Cinco del Anteproyecto].

4. Jubilación demorada

- Se acuerda aplicar la exención de la obligación de cotizar por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal, a partir del cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria que corresponda en cada caso.
- Se acuerda mejorar los incentivos para la prolongación de la carrera profesional más allá de la edad ordinaria de jubilación.
- Se ofrecen 3 tipos de incentivos, a elegir por el trabajador, por cada año de demora:
  - Un porcentaje adicional del 4%, que se sumará al que corresponda de acuerdo con el número de años cotizados y se aplicará a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión.
  - Una cantidad a tanto alzado en función de la cuantía de la pensión y premiando las carreras de cotización más largas.
  - Una combinación de las dos opciones anteriores

Para la implementación de este acuerdo, en el Anteproyecto de Ley se propone la modificación del art. 152 LGSS (*Cotización con 65 o más años*) [art. Único. Tres del Anteproyecto], así como de los apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 210 LGSS (*Cuantía de la pensión*) [art. Único. Ocho del Anteproyecto de Ley]. De igual modo se plantea la modificación del art. 311 LGSS (*Cotización con sesenta y cinco o más años de edad)* dentro del RETA [art. Único. Diez del Anteproyecto].

5. Jubilación activa

- Se exige como condición para acceder a esta modalidad de jubilación el transcurso de al menos 1 año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.
- En el plazo máximo de 12 meses, el Gobierno revisará, en el marco del diálogo social, esta modalidad de jubilación con el fin de corregir las diferencias existentes entre regímenes y sistemas especiales y favorecer el mantenimiento de la actividad de los trabajadores mayores y la sostenibilidad del sistema. En todo caso, la nueva regulación no podrá tener como consecuencia la sustitución de trabajadores con cotización completa por trabajadores con cotización reducida.

Este acuerdo dará lugar a la modificación del art. 214 LGSS (*Pensión de jubilación y envejecimiento activo)* en los términos previstos en el Anteproyecto de Ley [art. Único. Nueve].

6. Jubilación forzosa

- Se acuerda que no sea posible establecer cláusulas convencionales que prevean la jubilación forzosa del trabajador por el cumplimiento de una edad inferior a 68 años.

— Observada esta limitación de edad, se requerirán además las siguientes condiciones:

  - Primero: que la persona trabajadora afectada tenga derecho al 100% de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva
  - Segundo: que cada extinción contractual por jubilación forzosa lleve aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo, de, al menos, una persona trabajadora como medida vinculada a objetivos de política de empleo expresados en el convenio colectivo.

— Excepcionalmente, este límite podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social cuando la tasa de ocupación de los trabajadores en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20% de las personas ocupadas en las mismas.

— Además, se exigirá el cumplimiento de los siguientes requisitos:

  - Que el trabajador tenga derecho al 100% de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva
  - Que en el CNAE al que esté adscrito el trabajador concurra una tasa de ocupación inferior al 20% sobre el total de trabajadores de dicho CNAE.
  - Que cada extinción contractual derivada de esta jubilación forzosa afecte a un puesto de trabajo vinculado a alguna de las actividades señaladas, y que dicha extinción lleve aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer.

— Las cláusulas sobre jubilación forzosa incluidas en los convenios colectivos al amparo de la legislación hasta ahora vigente podrán ser aplicadas hasta 3 años después de la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio en cuestión.

El contenido de este acuerdo se recoge en la Disp. final 1ª del Anteproyecto de Ley, que establece la modificación de la Dis. Adic. 10ª del Estatuto de los Trabajadores (*Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación*).

7. Reducción en la cotización para trabajadores mayores de 62 años en procesos de IT

— Con el fin de favorecer la permanencia de los trabajadores de más edad en el mercado de trabajo, se acuerda establecer una reducción del 75% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante la situación de incapacidad temporal de aquellos trabajadores que hubieran cumplido la edad de 62 años.

Para la aplicación de este acuerdo, el Anteproyecto de Ley plantea la modificación del apartado 4 del art. 144 LGSS [art. Único. Dos del Anteproyecto].

III. FORTALECIMIENTO DE LA ESTRUCTURA DE INGRESOS DEL SISTEMA: CULMINACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE FUENTES

— En cumplimiento de la recomendación 1ª del Pacto de Toledo, los firmantes de este acuerdo comparten la necesidad de culminar la plena implementación del principio de separación de fuentes respecto de aquellas prestaciones y medidas cuya financiación no ha sido asumida todavía por el Estado.

— De modo adicional al mantenimiento estable de la transferencia anual aprobada en la LPGE para 2021, se incrementará esta, tanto en los ejercicios de 2022 y 2023 como en años sucesivos, hasta alcanzar una transferencia que sirva para culminar el principio de separación de fuentes.

— De modo expreso se reitera el compromiso del Estado como garante público del sistema de Seguridad Social, garantizando el equilibrio financiero del sistema en los importes y durante el tiempo estrictamente necesario en los que los ingresos derivados de cotizaciones y transferencias estables y preestablecidas desde los Presupuestos Generales del Estado, junto al resto de recursos previstos en el art. 109 LGSS, puedan no ser suficientes.

El cumplimiento de este acuerdo se implementará mediante la modificación de la disp. adic. 32ª LGSS (*Financiación de la acción protectora de la Seguridad Social en cumplimiento del principio de separación de fuentes consagrado en el Pacto de Toledo*) como se prevé en el Anteproyecto de Ley [art. Único. Quince].

IV. NUEVO SISTEMA DE COTIZACIÓN POR INGRESOS REALES Y MEJORA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS

— En cumplimiento de la recomendación 5ª del Pacto de Toledo, se acuerda establecer un sistema de cotización basado en los rendimientos reales declarados fiscalmente. La implantación de esta modificación se hará a partir del 1 de enero de 2022 de forma gradual. El nuevo sistema se aprobará en 2022, sin producir efectos económicos hasta 2023 y el despliegue será progresivo hasta un máximo de 9 años, con revisiones periódicas cada 3 años en las que las organizaciones empresariales y sindicales, y las asociaciones de autónomos podrán decidir, junto al Gobierno, la aceleración del calendario.

— Aquellos autónomos cuyos rendimientos fiscales derivados de la actividad por cuenta propia estén por encima de la actual base mínima de cotización del RETA cotizarán por los mismos. Esta base mínima se equiparará progresivamente a la del Régimen General de la Seguridad Social.

— Los autónomos que tengan rendimientos fiscales declarados inferiores a la base mínima de cotización vigente cotizarán por los mismos. Sin perjuicio de ello, a efectos de la acción protectora se reconocerá la base mínima correspondiente durante un periodo mínimo de dos años.

— Se prevé que los trabajadores autónomos elijan provisionalmente su base de cotización entre los tramos que se determinen normativamente en función de previsiones de rendimientos. Con la posibilidad de modificar su elección seis veces a lo largo del año para ajustarla a sus rendimientos.

— Si existen diferencias una vez hecha la regularización anual, el trabajador deberá proceder a su ingreso en caso de haber cotizado menos de lo que le correspondía, y podrá solicitar la devolución si la cotización realizada fue superior.

— Durante el período transitorio, y de acuerdo con lo establecido en el marco del diálogo social, se establecerá una cotización intermedia por tramos cuyo número se irá incrementando progresivamente.

— En el plazo de 12 meses, y en cumplimiento de la recomendación 4ª del Pacto de Toledo, se abordarán las diferencias de acción protectora entre el Régimen General y el RETA con el objetivo de lograr una protección social equiparable entre estos dos regímenes.

V. MEDIDAS PARA PRESERVAR EL EQUILIBRIO Y LA EQUIDAD INTERGENERACIONAL

— En cumplimiento del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el Gobierno y los interlocutores sociales se comprometen a negociar la sustitución del factor de sostenibilidad del art. 211 por un nuevo mecanismo de equidad intergeneracional que operará a partir de 2027. Si en el proceso de negociación en el marco del diálogo social no se alcanzara un acuerdo, para incorporarlo al proyecto de ley antes del 15 de noviembre de 2021, el Gobierno de España procedería a regular el citado mecanismo.

— Se considera necesario incorporar en el nuevo mecanismo consensuado indicadores que en conjunto ofrezcan una imagen más fidedigna del desafío que para el sistema supone el envejecimiento de la población y que, actuando de forma equilibrada sobre el conjunto de parámetros del sistema, sirvan de base para un diseño del nuevo mecanismo que evite hacer recaer en las generaciones más jóvenes el coste derivado de la llegada a la edad de jubilación de cohortes de trabajadores más pobladas, repartiendo de forma equilibrada el esfuerzo entre generaciones y fortaleciendo la sostenibilidad del sistema en el largo plazo.

Este acuerdo se plasma en la Disp. Adic. 2ª, relativa al *Mecanismo de equidad intergeneracional*, y en la Disp. Derogatoria Única, que deroga expresamente el art. 211 LGSS (*Factor de sostenibilidad de la pensión de jubilación*) del Anteproyecto de Ley que figura como Anexo al Acuerdo.

VI. OTRAS MEDIDAS DE MEJORA DE LA GESTIÓN Y DE LA CALIDAD DE LA ACCIÓN PROTECTORA

1. Agencia Estatal de la Seguridad Social

— Se elaborará un Proyecto de Ley para la creación de la Agencia Estatal de la Seguridad Social, dando cumplimiento a la recomendación 8ª del Pacto de Toledo.

Se contempla este acuerdo en la Disp. Adic. 1ª del Anteproyecto de Ley.

2. Viudedad de parejas de hecho

— En cumplimiento de la recomendación 13ª del Pacto de Toledo, en el plazo de 6 meses se abordará en el marco del diálogo social una revisión del marco regulador de acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho, con el fin de conseguir su equiparación al de las parejas constituidas en matrimonio.

3. Base reguladora de las prestaciones de incapacidad temporal en los casos de personas trabajadoras con contrato fijo-discontinuo

— Se acuerda incluir en la legislación de Seguridad Social una referencia expresa para que la base reguladora diaria de la prestación por incapacidad temporal se calcule mediante el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas desde el último llamamiento al trabajo, con un máximo de tres meses inmediatamente anteriores al del hecho causante, entre el número de días naturales comprendido en el período.

4. Cláusula de "salvaguardia"

— Esta cláusula (apartado 5 de la disp.. trans. 4ª LGSS) se mantendrá en su regulación actual con carácter indefinido, de manera que extiende sus efectos más allá del 1 de enero de 2022 garantizando la cobertura de la totalidad de personas que originalmente se preveía proteger con la citada cláusula.

5. Cotización de becarios

- En el plazo máximo de 3 meses se procederá al desarrollo reglamentario previsto en la disp. adic. 5ª del RDL 28/2018, de 28 de diciembre, de modo que se garantice que la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación, la realización de prácticas no laborales en empresas y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, determine la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que realicen las prácticas indicadas, aunque no tengan carácter remunerado.
- Se aplicará a estas prácticas una reducción del 75 % en la cotización a la Seguridad Social.

6. Convenios especiales cuidadores SAAD

- En un plazo de 6 meses se establecerán los cambios normativos necesarios para que la financiación pública establecida para asumir las cuotas derivadas de los convenios especiales de los cuidadores de personas en situación de dependencia permita garantizar el mantenimiento de las bases de cotización que tenían estas personas antes de dicha reducción, así como las correspondientes actualizaciones de dicha base de cotización en los mismos términos en que lo haga el tope mínimo del Régimen General de la Seguridad Social.

VII. INTEGRACIÓN DE TEXTOS NORMATIVOS COMO ANEXO DE ESTE ACUERDO

- Se integra y suscribe, como anexo inseparable de este Acuerdo, el texto normativo que concreta su contenido en los aspectos en los que corresponde y que el Gobierno incorporará fielmente en el Proyecto de Ley que se remitirá a las Cortes para su tramitación parlamentaria.

1.3. OTRAS NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCIÓN SOCIAL

-Resolución de 15 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se aprueba la actualización de la Carta de servicios del Instituto Social de la Marina.

(BOE 27-04-2021)

En cumplimiento de lo previsto en el RD 951/2005, de 29de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado, la Dirección del Instituto Social de la Marina (ISM) procede a la actualización de su Carta de Servicios para el período 2021-2023, siguiendo el procedimiento establecido en el art. 11.1 del RD 951/2005.

La citada Carta de Servicios estará disponible en las dependencias con atención al público de los respectivos Centros del Instituto Social de la Marina; y estará accesible en la sede electrónica de la Seguridad Social (conforme al apartado b) del artículo 6.2 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico delos ciudadanos a los servicios públicos) y en el Portal Internet de la Seguridad Social y del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, así como en el Portal de la Transparencia de la Administración General del Estado a través de la Unidad de Información de Transparencia departamental correspondiente y en el Punto de Acceso General (PAG), en la siguiente dirección de Internet: http://administracion.gob.es/.

-Real Decreto 286/2021, de 20 de abril, por el que se modifican el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, y el 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 (BOE 21-04-2021)

El objetivo de este RD es ajustar la estructura del Departamento, en el ámbito de la Secretaría de Estado de Migraciones, para orientarla a un nuevo modelo de gestión migratoria que permita un uso más flexible y eficaz de los recursos residenciales de los que dispone el sistema de acogida en sus diferentes variantes; que facilite la ejecución en tiempo y forma de los fondos provenientes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para el fortalecimiento de la red de acogida y el incremento de sus recursos de titularidad pública, con el objetivo de que alcancen un peso del 30 %frente al 3 % actual; que sea más ágil y eficiente en la gestión, evitando duplicidades y solapamientos; y que siente las bases para un uso avanzado de la información generada en la gestión de todos los procedimientos en los que intervienen las diferentes unidades de la Secretaría de Estado de Migraciones.

En función de ello, se adscriben directamente a la Secretaría de Estado de Migraciones la nueva Subdirección General de Análisis Migratorio, la Subdirección General de Gestión Económica y Fondos Europeos, y la Subdirección General de Régimen Jurídico.

-La restructuración se completa con la reordenación de las funciones en materia de protección internacional y atención humanitaria, con la creación de la Subdirección General de Programas y de la Subdirección General de Emergencias y Centros de Migraciones.

-Esta restructuración de funciones supone la creación de la nueva Dirección General de Programas de Protección Internacional y Atención Humanitaria. También se modifica la disposición adicional séptima del Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, para exceptuar a la persona titular de la nueva Dirección General de Programas de Protección Internacional y Atención Humanitaria de la condición de funcionario público dada la especificidad de los cometidos de este órgano directivo.

1.4. COVID-19 Y CRISIS ECONÓMICO-SANITARIA

-Real Decreto-ley 6/2021, de 20 de abril, por el que se adoptan medidas complementarias de apoyo a empresas y autónomos afectados por la pandemia de COVID-19 (BOE 21-04-2021)

El Real Decreto ley 6/2021 adopta medidas de apoyo a empresas y autónomos afectados por la pandemia de COVID-19, que complementa a las extraordinarias adoptadas en el RDL 5/2021 (BOE-13-03-2021).

En este sentido, se dispone la concesión de las Delegaciones de Economía y Hacienda de aplazamientos y/o fraccionamientos del pago de deudas de naturaleza pública, no tributarias ni aduaneras, derivadas de reintegro y/o reembolso de ayudas o de préstamos concedidos por la Administración General del Estado, con dispensa de garantía.

Asimismo, se modifica la redacción del art. 3 del RDL 5/2001, referido al marco básico de los requisitos de elegibilidad y de los criterios para fijación de la cuantía de la ayuda económica para apoyar a empresas y autónomos para responder a la pandemia de la COVID-19.

-Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 (BOE 13-04-2021)

Se procede a la tramitación como proyecto de ley del Real Decreto-ley 9/2020.

-Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.- Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, por el que aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE 30-4-2021)

-Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (BOE 5-5-2021)

El Real Decreto Ley 8/2021 adopta medidas de urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, aplicables tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. Entre otras medidas, cabe destacar las siguientes:

a) El control sanitario de los pasajeros internacionales

b) Medidas extraordinarias aplicables a situaciones de vulnerabilidad económica y social que, en esencia, suponen prorrogar por un plazo de 3 meses desde la expiración de la vigencia del estado de alarma, esto es, hasta el 9 de agosto de 2021, algunas de las medidas adoptadas para dar cobertura a dichas situaciones de vulnerabilidad en relación con la garantía de determinados suministros y el derecho a la percepción del bono social por parte de consumidores y determinados colectivos vulnerables, así como de determinadas medidas de protección en el ámbito del arrendamiento de vivienda

c) Medidas en materia de violencia de género

d) Medidas relativa a las sociedades laborales participadas

e) Compatibilidad de la pensión de jubilación de los/las profesionales sanitarios con el desempeño de actividad para llevar a cabo tareas dirigidas a la lucha contra el COVID, siempre que la incorporación al servicio sanitario derive de las autorizaciones acordadas por la autoridad sanitaria competente.

f) Se adoptan medidas extraordinarias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Se modifica el recurso de casación respecto de los autos dictados por Tribunales Superiores de Justicia o Audiencia Nacional en materia de adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales para combatir el coronavirus tras el estado de alarma. En relación con las cuestiones de índole procesal introducidas por la norma para esta cuestión concreta, resaltan las novedades que se enumeran a continuación:

- No se exige el recurso de reposición previo para la impugnación de estos Autos en casación.
- No rige la caducidad del artículo 128 de la LJCA.
- Se unifican las fases de admisión y enjuiciamiento y se reducen significativamente sus plazos.

-Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos. (BOE 28-05-2021)

El RDLey 1/2021 incorpora el contenido del V Acuerdo Social en Defensa del Empleo, firmado el 26 de mayo de 2021.

1. Se establece la prórroga de los ERTEs de fuerza mayor basados en causas relacionadas con la situación pandémica hasta el 30 de septiembre de 2021.

2. Se regulan las reglas aplicables a nuevos ERTEs por impedimentos y limitaciones que puedan producirse como consecuencia de la pandemia y por ETOP.

Las restricciones y medidas de contención sanitaria son un motivo para solicitar a partir del 1 de junio de 2021 y hasta el 30 de septiembre 2021 un nuevo ERTE por impedimento o limitación. El procedimiento seguirá siendo el ordinario por fuerza mayor del art. 47.3 ET.

3. Se amplían las exoneraciones de cuota de la Seguridad Social a los meses de junio, julio, agosto y septiembre de 2021. No obstante, se acomete una actualización en el porcentaje de exoneración en las cotizaciones a la Seguridad Social, de conformidad con la mejora de la situación epidemiológica (Disp. Adic. 1º RDL 11/2021).

Estas exoneraciones se reservan a las empresas pertenecientes a:

- sectores con una elevada tasa de cobertura y una reducida tasa de recuperación y
- que tengan ERTES prorrogados hasta 30 de septiembre de 2021
- y cuya actividad se clasifique en alguno de los códigos CNAE 09 (Anexo RD 11/2021)

4. Se mantienen las limitaciones al despido por causas empresariales asociadas a la crisis producida por la COVID 19, así como también el compromiso de mantenimiento del empleo de las empresas que hayan accedido a exoneraciones o accedas a las nuevas establecidas hasta el 30 de septiembre de 2021 en los términos establecidos en la normativa.

5. Se prorrogan las medidas mercantiles y laborales previstas para hacer frente a la situación de crisis sanitaria provocada por el COVID 19.

- En cuanto a las medidas mercantiles, se mantiene la limitación del reparto de dividendos para las empresas que hayan accedido a las exoneraciones de cuotas en el marco de un ERTE COVID.
- Por lo que se refiere a las medidas laborales: continúa vigente la suspensión de los contratos temporales de las personas afectadas por un ERTE COVID hasta 30 de septiembre de 2021; se prohíbe realizar horas extraordinarias durante la aplicación de un ERTE COVID, así como la externalización de actividades; y se prorroga también el Plan MECUIDA hasta 30 de septiembre de 2021

6. Protección extraordinaria por desempleo con particularidades:

- Continúa vigente la regla de no exigirse un período mínimo de ocupación cotizada para el acceso a la prestación por desempleo hasta el 30 de septiembre de 2021.
- Ahora bien, el tiempo en que se perciba la prestación por desempleo se tiene por consumido, salvo en determinados casos concretos.

7. Medidas de protección de los trabajadores autónomos. Entre estas medidas se mantienen las siguientes:

- Exención en la cotización a favor de los trabajadores autónomos que hayan percibido alguna modalidad de prestación por cese de actividad al amparo de lo dispuesto en el RDLey 2/2021 (art. 5)
- Prestación extraordinaria por 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 (art. 6)

— Compatibilidad de la prestación de cese de actividad con el trabajo por cuenta propia, "siempre que durante el segundo y tercer trimestre de 2021 cumplan los requisitos que se exigen en el propio art. 7 RDL 11/2021" (cuya regulación es muy similar a la del art. 7 RDLey 2/2021)

8. Otras medidas laborales y de seguridad social.

— Renovación por las universidades de los contratos de profesor de profesorado asociado para el curso 2021-2022, excepcionalmente, por motivos justificados y con un ámbito temporal limitado al curso 2021-2022, sin que sea necesario acreditar por parte de la persona contratada el ejercicio de una actividad profesional fuera del ámbito académico universitario (Disp. Adic.5ª)

— Trabajadores con capacidad intelectual límite: Se prevé que los empleadores que contraten a estos trabajadores por tiempo indefinido a personas tendrán derecho, desde la fecha de celebración del contrato, a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado de 125 euros/mes (1.500 euros/año) durante cuatro años. Para ello, se incorpora un nuevo apartado en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora y el crecimiento del empleo., art. 2 4 quáter. (Disp. Adic.1ª).

— Se aprueban nuevas medidas sociales complementarias para la protección por desempleo y de apoyo al sector cultura. Se modifica el art. 2 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 (Disp. Final 2ª)

1.5. DISCAPACIDAD

-Real Decreto 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite (BOE-26-05-2021)

Este real decreto tiene por objeto establecer un conjunto de medidas de acción positiva dirigidas a promover el acceso al empleo ordinario de las personas con capacidad intelectual límite que tengan reconocida oficialmente esta situación, en consonancia con lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,

A los efectos previstos en el RD 368/2021 y en las distintas normas laborales que regulen medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de las personas con capacidad intelectual límite, se entiende por personas con capacidad intelectual límite "aquellas personas inscritas en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo no ocupados que acrediten oficialmente, según los baremos vigentes de valoración de la situación de discapacidad, al menos un 20 por ciento de discapacidad intelectual y que no alcancen el 33 por ciento" (art. 2)

Se establecen medidas de acción positiva para favorecer el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite, Personas sordas, con discapacidad auditiva y con capacidad intelectual límite. Para ello, se modifica el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual.

Se promueve la celebración de contratos para la formación y el aprendizaje con las personas con discapacidad intelectual límite. En este sentido, se añade una nueva disposición adicional sexta al Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre con la siguiente redacción:

"Los contratos para la formación y el aprendizaje que celebren las empresas con personas con capacidad intelectual límite, se ajustarán a lo establecido en el artículo 11.2 del Estatuto de los Trabajadores y en este real decreto con las siguientes peculiaridades:

a) A los efectos de este real decreto se entienden por personas con capacidad intelectual límite las definidas en el artículo 2 del Real Decreto 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite (cfr.: 2º párrafo del comentario)

b) La duración máxima del contrato podrá ampliarse, previo informe favorable del Servicio Público de Empleo competente, que a estos efectos podrá recabar informe de los equipos técnicos de valoración y orientación de la discapacidad competentes, cuando, debido al tipo y grado de discapacidad y demás circunstancias individuales y profesionales del trabajador, así como las características del proceso formativo a realizar, el trabajador no hubiese alcanzado el nivel mínimo de conocimientos requeridos para desempeñar el puesto de trabajo, sin que, en ningún caso, pueda exceder de cuatro años.

c) Las personas con capacidad intelectual límite podrán realizar en el puesto de trabajo o en procesos formativos presenciales la formación de módulos formativos que no sean a distancia".

-Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE 3-6-2021)

Se pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Esta Convención exige a los Estados, entre otras cosas, que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos conforme al Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos.

Por tanto, se impone un cambio:

- de un sistema (como el vigente en nuestro ordenamiento jurídico) en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad,
- por otro sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

1. Con esta Ley se modifican las siguientes leyes: Ley del Notariado; Ley Hipotecaria; Código Civil; Ley de Enjuiciamiento Civil; Ley de Registro Civil; Ley de Jurisdicción Voluntaria; Código de Comercio.

2. La reforma más extensa y de mayor calado es la reforma del Código Civil.

3. La adaptación normativa a la Convención debe extenderse también al ámbito procesal:

- se sustituyen los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad
- se producen cambios importantes en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

1.6. MEDIDAS LABORALES

-Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. (BOE 12-05-2021)

Fruto del diálogo social se aprueba el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el Estatuto de los Trabajadores, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

La finalidad del RDL es la de precisar el derecho de información de la representación de los trabajadores en el entorno laboral digitalizado, por un lado; y, por otro, la regulación de la relación de trabajo por cuenta ajena en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.

Son dos las modificaciones que se introducen en el Estatuto de los Trabajadores:

1) Por un parte, se añade una letra d) al art. 64.4 ET, que recoge los derechos de información y consulta de la representación legal de los trabajadores para reconocer el derecho del comité de empresa a "ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles".

2) Se añade una nueva disposición adicional, la vigesimotercera, que atribuye, siguiendo la STS 805/2020, de 25 de septiembre, presunción de laboralidad a la actividad de las personas trabajadoras, basándose:

- que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier tipo de producto de consumo o mercancía,
- por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita,
- mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo,
- a través de una plataforma digital.

Esta presunción, señala la propia disposición 23ª ET, no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 del ET.

La Disp. Final 2ª del RDL establece que entrará en vigor en el plazo de 3 meses a partir de la publicación en el BOE (por tanto, en agosto de 2021) para posibilitar el conocimiento de la norma y la adopción de medidas necesarias para su aplicación.

-Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE 10-7-2021)

Procede de la tramitación como Ley del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, derogado y sustituido por esta Ley.

1.7. EMPLEO PÚBLICO

-Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE 7-7-2021)

La reforma referida a la reducción de la temporalidad en el empleo público se contempla ya en el componente 11 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia relativo a la Modernización de las Administraciones Públicas.

El objetivo de la reforma es situar la tasa de temporalidad estructural por debajo del 8 por ciento en el conjunto de las Administraciones Públicas españolas, actuando la reforma en tres dimensiones: adopción de medidas inmediatas para remediar la elevada temporalidad existente, articulación de medidas eficaces para prevenir y sancionar el abuso y el fraude en la temporalidad a futuro y, por último, potenciación de la adopción de herramientas y una cultura de la planificación para una mejor gestión de los de recursos humanos.

Este real decreto-ley pretende, con pleno respeto a la normativa presupuestaria, reforzar el carácter temporal de la figura del personal interino; aclarar los procedimientos de acceso a la condición de personal interino; objetivar las causas de cese de este personal e implantar un régimen de responsabilidades que constituya un mecanismo proporcionado, eficaz y disuasorio de futuros incumplimientos que, además, permita clarificar cualquier vacío o duda interpretativa que la actual regulación haya podido generar.

-Incluye una nueva redacción del artículo 10 del EBEP que refuerza la noción de temporalidad de la figura del personal funcionario interino, a fin de delimitar claramente la naturaleza de la relación que le une con la Administración.

1-El carácter temporal se explicita en el apartado 1 del artículo 10, tanto en la referencia a su nombramiento, como en la delimitación del plazo máximo de duración del mismo:

En el supuesto de nombramiento en plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera por un máximo de tres años;

- en el supuesto de nombramiento por sustitución, por el tiempo estrictamente indispensable que motive el nombramiento;
- en el supuesto de nombramiento para ejecutar programas de carácter temporal, por un máximo de tres años, ampliable doce meses más por las leyes defunción pública de cada Administración,
- en el supuesto de exceso o acumulación de tareas, por un plazo máximo de nueve meses.

2-En cuanto a la selección, el apartado 2 del artículo 10 incide explícitamente en su publicidad y celeridad, teniendo como finalidad la cobertura inmediata del puesto y establece expresamente que el nombramiento como personal interino derivado de los procedimientos de selección no implica en ningún caso el reconocimiento de la condición de funcionario de carrera. Es decir, se refuerza la nota de temporalidad al descartar cualquier expectativa de permanencia.

3-Se objetivan las causas de terminación de la relación interina;

Se prevé que la finalización de la relación de interinidad del personal funcionario interino se producirá, además de por las causas genéricas previstas en el artículo 63 EBEP, que regula las causas de la pérdida de la condición de funcionario de carrera, por las que se explicitan en el artículo 10, sin que ninguna de ellas genere derecho a compensación económica de ningún tipo.

4-Se endurecen las previsiones legales en cuanto a la duración máxima del nombramiento del personal interino por vacante, como medida preventiva para evitar un uso abusivo de esta figura para ejercer funciones de carácter permanente o estructural.

- Las plazas vacantes desempeñadas por personal funcionario interino deberán necesariamente ser objeto de cobertura mediante cualquiera de los mecanismos de provisión o movilidad previstos en la normativa de cada Administración Pública, priorizando la cobertura reglada por personal funcionario de carrera.
- De no cumplirse lo anterior, transcurridos tres años desde el nombramiento se producirá el cese del personal funcionario interino y la vacante sólo podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera, salvo que el correspondiente proceso

selectivo quede desierto, en cuyo caso se podrá efectuar otro nombramiento de personal funcionario interino.

— Excepcionalmente, el personal funcionario interino podrá permanecer en la plaza que ocupe temporalmente, siempre que se haya publicado la correspondiente convocatoria dentro del plazo de los tres años a contar desde la fecha del nombramiento del funcionario interino. En este supuesto podrá permanecer hasta la resolución de la convocatoria, sin que su cese dé lugar a compensación económica.

5-Se determina que al personal funcionario interino le será aplicable el régimen general del personal funcionario de carrera en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal y al carácter extraordinario y urgente de su nombramiento, salvo aquellos derechos inherentes a la condición de funcionario de carrera.

6-Se introduce en el EBEP una nueva disposición adicional decimoséptima, en la que se prevé un régimen de responsabilidades en caso de incumplimiento de las medidas establecidas en el nuevo art. 10.

— Las actuaciones irregulares en la aplicación del artículo 10 darán lugar a la exigencia de responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.

— La premisa de partida sobre la que se fundamenta la disposición es la de la nulidad de pleno derecho de toda actuación cuyo contenido incumpla directa o indirectamente los plazos máximos de permanencia como personal temporal, sea mediante acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, o a través de las medidas que se adopten en su cumplimiento.

— El incumplimiento de los plazos máximos de permanencia, además, dará lugar a una compensación económica para el personal temporal, que será equivalente a veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, no habiendo derecho a compensación en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por causas disciplinarias o por renuncia voluntaria.

7-El artículo 2 del real decreto-ley establece la ampliación de los procesos de estabilización de empleo temporal como medida complementaria inmediata para paliar la situación existente.

— Por una parte, se autoriza un tercer proceso de estabilización de empleo público.

Sin perjuicio de lo establecido en su caso en la normativa propia de función pública de cada Administración o la normativa específica, el sistema de selección será el de concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso de un 40 por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate en el marco de la negociación colectiva.

— Se prevé igualmente una compensación económica para el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización.

Esta compensación económica será equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades, o la diferencia entre ese máximo de veinte días y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato en el caso del personal laboral temporal.

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)
V. Financiación de la Seguridad Social. La cotización
VI. 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
XII. Delitos contra la Seguridad Social

III. Gestión de la Seguridad Social

-STS 517/2021, de 11-05-2021. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Sanción del Consejo de Ministros a IBERMUTUA en atención a su colaboración con la Seguridad Social. 1º) Mientras no se desarrolle la previsión legal sobre el modo en que accede a la Junta General de cada Mutua "una representación de los trabajadores por cuenta propia adheridos en los términos que reglamentariamente se establezcan" (artículo 86.1 LGSS) tampoco es posible que tal órgano designe a la persona que debe integrarse en la Junta Directiva representando al colectivo de referencia. 2º) La no aplicación del patrimonio estrictamente al fin social (art. 29.6 LISOS) requiere que concurran todos los elementos del tipo infractor. Deficiencias documentales, gastos de administración cuestionables o remuneraciones generosas, ausencia de cotización por ciertos beneficios satisfechos a empleados o deficiencias en los recibos de salarios deben subsumirse en otros apartados de la LISOS. 3º) Una Mutua no realiza "operaciones distintas a aquellas a las que deben limitar su actividad" (art. 29.1 LISOS) por el hecho de que la Comisión de Prestaciones Especiales, con cargo al fondo disponible al efecto, contemple la situación derivada de fallecimiento de familiar, las dietas o desplazamientos de acompañantes y ayuda por gastos escolares, siempre en conexión con personas empleadas por empresas asociadas y que habían sido víctimas de

contingencia profesional. 4º) El artículo 29.6 LISOS ("distribuir beneficios económicos entre los asociados, con independencia de su naturaleza") se infringe si personal de une empresa asociada recibe asistencia sanitaria fuera de los supuestos legalmente previstos, pero no si se imparten actividades formativas reconducibles a las de prevención de riesgos laborales. 5º) El abono de gastos sanitarios reales y derivados de contingencia profesional, por más que ignorados en un previo convenio suscrito con determinada Clínica, responde al tenor de las obligaciones asistenciales que pesan sobre la Mutua, sin que comporte la infracción prevista en el artículo 29.3 LISOS ("Falta de diligencia suficiente en la supervisión de la gestión de la prestación, de forma reiterada y prolongada en el tiempo").

IV. Actos de encuadramiento o de inmatriculación (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores)

-STS 588/2021, de 29-04-2021. Ponente: Luis María Díez-Picazo Giménez

Efectos del alta indebida de trabajadores en un régimen de la Seguridad Social distinto del que legalmente les corresponde. Art. 60 del Reglamento General de Inscripción de Empresas y Afiliación en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996. Autolimitación de la discrecionalidad mediante criterio enunciado por la propia Administración. Posibilidad y límites de girar liquidación de cuotas retroactivamente.

-STSJ Comunidad Autónoma de Cantabria (Social) Sección 1, de 11/06/2020, número: 440/2020. Recurso de Suplicación 252/2020 [PROV\ 2020\ 211717. AS\ 2020\ 2397]. Ponente: María Jesús Fernández García

INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL: infracciones empresariales en materia de Seguridad Social: empleo de personal como «masajistas», sin darles de alta en Seguridad Social, concurriendo la existencia de relación laboral, en atención a las circunstancias apreciadas en el caso (actividad prestacional en habitaciones de la empresa, no pudiendo considerarse arrendamiento de habitaciones, al tratarse de un local comercial, y no de una vivienda): imposición procedente de sanción por falta grave; procedimiento administrativo sancionador: caducidad inexistente; nulidad del expediente administrativo: desestimación, por no existir indefensión, al no ser preceptivo el trámite de audiencia de la entidad sancionada. INSPECCIÓN DE TRABAJO: presunción de certeza de las actas de infracción: alcance de las mismas. NULIDAD DE ACTUACIONES: desestimación, por inexistencia de indefensión en materia de prueba: incorporación de documento mediante diligencias finales: conocimiento pleno del mismo por parte de la reclamante (que lo aportó en el trámite administrativo). RECURSO DE SUPLICACIÓN: admisión procedente: al tratarse de impugnación de sanciones administrativas, cuya cuantía económica es superior a 18.000 euros.

Fallo: El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por la entidad actora contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santander, de fecha 18-12-2019, dictada en autos promovidos en reclamación sobre impugnación de sanción administrativa.

V. Financiación de la Seguridad Social. La cotización

-STS 65/2021, de 19-01-2021. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Sanción del Consejo de Ministros por falta de ingreso de cuotas a la Seguridad Social, no vinculada a acta de liquidación. Competencia de la jurisdicción social, de acuerdo con STS 22 julio 2015 (autos 4/2012) y posteriores. GRANITA DEL POZO, S.L. Los problemas económicos de la empresa no equivalen a la "fuerza mayor" que el artículo 22.3 LISOS exige desde su modificación mediante Ley 13/2012, de 26 diciembre. Reitera doctrina de SSTS 969/2018 de 20 noviembre (autos 2/2018); 691/2019 de 8 octubre (autos 2/2017) y 402/2020 de 22 mayo (autos 3/2019). Las

resoluciones revocando el aplazamiento del pago y denegando uno nuevo quedan al margen del procedimiento y no impiden la concurrencia de la infracción sancionada. La eventual existencia de otras empresas incumplidoras no puede conducir a la anulación del procedimiento seguida contra quien incumple las normas. GRANITOS DEL POZO, S.L.

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 16/12/2020, Número 1129/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 2226/2018 [PROV\ 2021\ 27694. RJ\ 2020\ 5567]

TRABAJADORES AUTÓNOMOS: cumplimiento del requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas, al imputarse el pago realizado voluntariamente atendiendo a la invitación de la Entidad Gestora, a las cuotas adeudadas en el RETA y no a las deudas más antiguas que tiene en otro régimen de la Seguridad Social; improcedencia de la denegación de la prestación de jubilación.

Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandante, contra la Sentencia de 12-03-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, dictada en autos promovidos en reclamación de pensión de jubilación, que casa y anula y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estima el de igual clase formulado por la parte actora en el sentido de declarar el derecho del demandante a la pensión de jubilación solicitada.

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 09/12/2020, número 1097/2020, Recurso número 5/2018 [PROV\ 2021\ 10866. RJ\ 2020\ 5056]

INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL: procedencia de la sanción impuesta a la empresa por falta de ingreso de cuotas debidas de Seguridad Social, siendo correctamente calificada como muy grave, pues, la actitud del empresario está muy lejos de ser considerada como cooperación leal con la Inspección de Trabajo, sin que justifique esa falta de ingresos el supuesto endeudamiento y sin que resulte de aplicación el art. 40.3 LISOS que exige para la reducción de la deuda al 50% que se practiquen simultáneamente actas de infracción y liquidación a los mismos hechos, que el sujeto infractor manifieste su conformidad con la liquidación practicada e ingrese su importe en el plazo procedente, y que la cuantía de la liquidación supere la de la sanción, lo que no concurre. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL: impugnación de sanción impuesta por Consejo de Ministros, por falta de ingreso de cotizaciones debidas al régimen general Seguridad Social, no vinculada a acta de liquidación, aunque la recurrente combata los módulos de cálculo utilizados.

Fallo: El TS, previa declaración de la competencia de la Sala para conocer del litigio, desestima la demanda interpuesta en materia de impugnación de actos administrativos, declarando ajustada a Derecho la sanción de 153.060,87 € impuesta al demandante.

VI. Acción Protectora. Régimen jurídico del derecho a prestaciones

-Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

-STJUE (Sala Octava), de 25/11/2020. Asunto C 799/2019. Cuestión prejudicial. [PROV\ 2020\ 340930. TJCE\ 2020\ 283]. Ponente: A. Prechal

POLÍTICA SOCIAL: Aproximación de legislaciones: Protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario: Pago de los créditos impagados: inclusión: indemnización a los familiares cercanos supervivientes, por el daño moral sufrido como consecuencia del fallecimiento de dicho empleado a raíz de un accidente de trabajo, sólo si el derecho nacional incluye dicha indemnización en el concepto de «remuneración»: juez nacional: determinación

-STS 190/2021, de 10-02-2021. Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

RCUD. Indemnización daños y perjuicios. Enfermedad profesional. Legitimación de los herederos para reclamarla. Aplica doctrina STS de 18 de julio de 2018, Rcud. 1064/2017.

-STS 415/2021, de 20-04-2021. Ponente: Rosa María Virolés Piñol

Determinación de la contingencia de IT. Accidente sufrido durante la pausa del café fuera del centro de trabajo. Lesión con ocasión del trabajo. Se califica de Accidente de Trabajo. Recurre Mutualia. Se confirma la sentencia recurrida. Reitera doctrina.

-STS 497/2021, de 06-05-2021. Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

Accidente de trabajo ocurrido en una contrata. Indemnización de daños y perjuicios. Condena solidaria a la empresa principal y contratista que es la empleadora. Inexistencia de nulidad de actuaciones. Apreciación de la prescripción respecto de la empresa comitente no empleadora. Voto particular.

-STSJ Comunidad Autónoma de Andalucía, Provincia de Granada (Social) Sección 1, de 12/03/2020, número 702/2020. Recurso de Suplicación 1483/2019 [PROV\ 2020\ 225376. AS\ 2020\ 2491]. Ponente: Benito Raboso Del Amo

ACCIDENTES DE TRABAJO: responsabilidad del empresario en el pago de prestaciones al existir un descubierto de cotizaciones continuado e ininterrumpido de 13 meses anteriores al accidente, más otros tres meses el año anterior lo que revela una voluntad incumplidora empresarial; la responsabilidad subsidiaria del INSS no alcanza al supuesto en el que el empresario, responsable por incumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social, abonó la prestación de IT en pago delegado y descuenta luego su importe a la Mutua, descuento indebido por tratarse de una responsabilidad propia y no de un pago delegado.

Fallo: El TSJ estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el INSS, contra la Sentencia de 15-03-2019 del Juzgado de lo Social núm. 7 de Granada, dictada en autos promovidos sobre Seguridad Social.

-STSJ Comunidad Autónoma de Andalucía, Provincia de Sevilla (Social) Sección 1, de 26/02/2019, número 715/2019. Recurso de Suplicación 3623/2018 [PROV\ 2020\ 173740. AS\ 2020\ 2470]. Ponente: Carlos Mancho Sánchez

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR ACCIDENTE DE TRABAJO: desestimación, por inexistencia de culpa o negligencia empresarial, ni infracción de medidas de seguridad: caída de un tablón de madera pesado sobre el pie, debido a que se le resbaló de la mano a la operaria; falta de acreditación de incumplimiento alguno empresarial en materia de seguridad laboral.

Fallo: El TSJ, en litigio seguido ante el Juzgado de lo Social núm. 5 de Sevilla, estima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada, y desestima el planteado por la actora, contra la Sentencia de instancia de fecha 24-01-2017, que es revocada, dictada en autos promovidos sobre cantidad por daños y perjuicios.

-Sentencia Juzgado de lo Social nº4, Murcia Sala 4, de 24/03/2020, número 75/2020 [PROV\ 2020\ 340314. AS\ 2020\ 2550]. Ponente: María Dolores Nogueroles Peña

ACCIDENTE DE TRABAJO: estimación: existencia de nexo causal con el trabajo: dolor que comenzó a sentir prestando servicios, desde la zona lumbar hasta la pierna, acudiendo Servicio de Urgencias prescribiéndole tratamiento farmacológico y reposo domiciliario y falleciendo de manera súbita en su domicilio once horas después por infarto de miocardio.

Fallo: El JS estima la demanda interpuesta por Dña. C.M.G.C, en su propio nombre y en el de sus hijos menores frente al INSS y TGSS, Mutua FREMAP, y «Murciana de Tráfico SA», declara que el fallecimiento del esposo de la demandante deriva de accidente de trabajo con derecho a percibir la pensión de viudedad y de orfandad a favor de sus hijos derivada de dicha contingencia, y condena a Mutua FREMAP al abono de la pensión de viudedad y de la pensión de orfandad así como al abono del auxilio por defunción, y a la indemnización a tanto alzado de seis mensualidades de la indicada base reguladora para la viuda y de una mensualidad para cada uno de los huérfanos, con responsabilidad subsidiaria del INSS para el caso de insolvencia y absuelve a la empresa demandada de la pretensión en su contra deducida.

VII. Acción Protectora. Las prestaciones del Sistema de Seguridad Social:

A). Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

-STS 22/2021, de 13-01-2021. Ponente: Sebastián Moralo Gallego

RCUD. Determinación de contingencia IT. Efectos económicos: La fecha es la de los tres meses anteriores a la presentación de la solicitud de determinación de contingencia.

-STS 27/2021, de 13-01-2021. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

RCUD. Incompetencia funcional. Reclamación de 10 días de subsidio por incapacidad temporal (importe de 398,45 euros) e inexistencia de afectación general. Reitera doctrina

-STS 61/2021, de 19-01-2021. Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

Revisión de actos declarativos de derechos en perjuicio de beneficiario; en concreto de la resolución que le reconoció el incremento del 20% en la pensión derivada de Incapacidad permanente Total. Prescripción de la acción de revisión.

-STS 158/2021, de 4-02-2021. Ponente: María Luz García Paredes

Prestación por IT de misma o similar patología sin haber transcurrido más de 180 días desde la extinción de la anterior y agotamiento del plazo máximo sin declaración de IP. La decisión denegatoria debe ser objetiva y razonada. Reitera doctrina.

-STS 201/2021, de 16-02-2021. Ponente: María Luz García Paredes

Fecha de efectos del reconocimiento de grado de discapacidad: La fecha de la solicitud. Supuesto en el que el porcentaje de discapacidad se ha visto incrementado por la aparición de nuevas dolencias, siendo reconocido por sentencia firme. Reitera doctrina

-STS 220/2021, de 23-02-2021. Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

Base reguladora de pensión de Incapacidad Permanente Total fijada por sentencia firme. Solicitud de modificación. Aplicación de la cosa juzgada

-STS 264/2021, de 03-03-2021. Ponente: Ricardo Bodas Martín

Discapacidad. Fecha de efectos de la declaración de discapacidad, producida tras solicitar la revisión por agravamiento. Los efectos de la resolución se retrotraen a la fecha de la solicitud. Aplica doctrina STS 15-11-2017, rcud. 2891/15.

-STS 344/2021, de 24-03-2021. Ponente: Sebastián Moralo Gallego

Incongruencia omisiva. Reformatio in peius. La sentencia del juzgado establece expresamente que las dolencias que padece la actora son constitutivas de incapacidad permanente parcial. No reconoce la prestación porque no se acredita el requisito de alta. Recurre únicamente en suplicación la demandante para sostener que se encuentra en situación asimilada al alta. La sentencia recurrida incurre en incongruencia al no resolver esa pretensión, y revisar en cambio de oficio aquella declaración sobre la incapacidad permanente parcial.

-STS 347/2021, de 24-03-2021. Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

DEMANDA DE REVISIÓN. La empresa insta la revisión de sentencia que acordó que la Incapacidad Permanente Absoluta reconocida al actor derivó de enfermedad profesional y le condenó, al considerar que tal patología resultó de la exposición a fibras de amianto en dicha empresa. Se desestima la demanda ya que se fundamenta la revisión en un documento que pudo aportarse al proceso y que, en todo caso, no tiene el carácter de decisivo.

-STS 416/2021, de 20-04-2021. Ponente: Juan Molins García-Atance

Incapacidad permanente total RETA. Denegación por no encontrarse en alta o situación asimilada al alta. Falta de inscripción como demandante de empleo. No aplicación doctrina humanizadora y flexible por no acreditarse causa no inscripción

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 18/11/2020, número 1011/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 2432/2018 [PROV\ 2020\ 360790. RJ\ 2020\ 5377]

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.

Fallo: El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandante, contra la Sentencia de 23-03-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos en reclamación de prestaciones por incapacidad permanente.

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 18/11/2020, número 1010/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 2241/2018 [PROV\ 2020\ 351272. RJ\ 2020\ 5350]

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.

Fallo: El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante, contra Sentencia de 23-3-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos en reclamación sobre invalidez permanente.

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 11/11/2020, número 999/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 3347/2018 [PROV\ 2020\ 351251. RJ\ 2020\ 5345]

GRAN INVALIDEZ: estimación: trabajadora de la ONCE cuyas lesiones han evolucionado hasta la ceguera absoluta respecto a las presentadas al momento de la afiliación: si al momento de la afiliación la demandante presentaba severas limitaciones en su visión, pero no podía ser considerada ciega legalmente porque conservaba una visión superior a una décima en ambos ojos, se demostró que tras un período de actividad profesional muy prolongado, ha evolucionado hacia la ceguera absoluta y necesita de la colaboración de otra persona. Reitera doctrina.

Fallo: El TS estima del recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por Dña. Irene, contra sentencia del TSJ de Castilla y León, sede en Burgos, de 5-6-2018, que casa y anula sobre reclamación de invalidez.

-STS Sala 4 (Social), de 30/09/2020, número 813/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 1090/2018 [PROV\ 2020\ 294912. RJ\ 2020\ 5198]

GRAN INVALIDEZ: no procede reconocerla por agravación de lesiones, constitutivas de ceguera total, al tratarse de agravación de agudeza visual existente en el momento de la afiliación: vendedora del cupón de la ONCE.

Fallo: El Pleno del TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el «INSS» demandado, contra la Sentencia de 20-12-2017 de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, que casa y anula y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estima el de tal clase, revocando la sentencia de instancia, desestimando la demanda formulada, en reclamación de gran invalidez.

-STSJ Comunidad de Madrid (Social) Sección 6, de 14/05/2020, número 347/2020. Recurso de Suplicación 988/2019 [PROV\ 2020\ 232108. AS\ 2020\ 2335]. Ponente: Luis Lacambra Morera

INCAPACIDAD PERMANENTE: denegación de gran invalidez: pensionista de jubilación anticipada, que percibe el 100% de la prestación económica, por aplicación del correspondiente coeficiente por ser discapacitado: vendedor de la ONCE. SEGURIDAD SOCIAL: teoría del «paréntesis»: supuestos de aplicación. PROCEDIMIENTO LABORAL: modalidad procesal de Seguridad Social: prohibición de alegación de hechos distintos de los contemplados en vía administrativa: excepción, por tratarse de hechos ya contenidos en el expediente administrativo, siendo válida su alegación en el acto del juicio por parte de la entidad demandada; inexistencia de indefensión.

Fallo: El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por el actor contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 8 de Madrid, de fecha 27-05-2019, dictada en autos promovidos en reclamación sobre gran invalidez.

-STSJ Comunidad Autónoma de Aragón (Social) Sección 1, de 15/06/2020, número 253/2020. Recurso de Suplicación 204/2020 [PROV\ 2020\ 226009. AS\ 2020\ 2113]. Ponente: María José Hernández Vitoria

PRESTACIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL: procedencia: trabajador con contrato a tiempo parcial que reúne el período de carencia específico exigido y, sufre limitaciones funcionales derivadas de sus dolencias que obstaculizan el desempeño de su actividad habitual como dependienta.

Fallo: El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto por la recurrente frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Zaragoza, de fecha 27-11-2019, en autos promovidos sobre incapacidad permanente total, revocando la Sentencia.

C). Jubilación

-STJUE 12-5-2021, Asunto C-130/20, YJ e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)

«Procedimiento prejudicial – Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social – Directiva 79/7/CEE – Artículo 4, apartado 1 – Discriminación por razón de sexo – Normativa nacional que concede un complemento de pensión por maternidad a mujeres que hayan

tenido determinado número de hijos – Exclusión de dicho complemento de mujeres que se jubilan anticipadamente por voluntad propia – Ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CEE»

-STJUE C-843/19, Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y BT,

Procedimiento prejudicial – Política social – Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social – Directiva 79/7/CEE – Artículo 4, apartado 1 – Jubilación voluntaria anticipada – Pensión de jubilación anticipada – Requisitos de acceso – Exigencia de que el importe de la pensión que se reciba sea al menos igual a la cuantía mínima legal – Proporción de trabajadores de cada sexo excluidos del derecho a la jubilación anticipada – Justificación de una desventaja particular para las trabajadoras – Objetivos de la política social del Estado miembro en cuestión»

-STS 13/2021, de 13-01-2021. Ponente: Rosa María Virolés Piñol

Recurso de suplicación. Recurribilidad en suplicación de la sentencia de instancia sobre complemento por mínimos de pensión de Jubilación

-STS 183/2021, de 10-02-2021. Ponente: María Lourdes Arastey Sahún

Jubilación anticipada: Causas no imputables al trabajador. Cese en el trabajo y numerus clausus. Sanción por temeridad en la instancia: revocación.

-STS 198/2021, de 15-02-2021. Ponente: Ricardo Bodas Martín

Pensión de jubilación. Convenio de Seguridad Social Hispano Argentino. Complemento por mínimos. No es exigible el requisito de residencia para lucrar el complemento por mínimos, conforme al propio Convenio.

-STS 268/2021, de 10-03-2021. Ponente: Concepción Rosario Ureste García

Jubilación anticipada. Acogimiento voluntario a plan de prejubilación. Requisito de estar inscrito como demandante de empleo 6 meses antes de la prejubilación: no es necesario

-STS 345/2021, de 24-03-2021. Ponente: Ricardo Bodas Martín

Jubilación anticipada a los 61 años de edad con arreglo a la normativa anterior a la reforma operada por la Ley 27/2011). No procede porque el trabajador prestó servicios por cuenta ajena con posterioridad al 01/04/2013.

-STS 404/2021, de 14-04-2021. Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

Extinción por jubilación forzosa de controlador aéreo. Disp. Ad. 4ª Ley 9/2010, establece obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales. Inexistencia de despido. Reitera doctrina.

-STS 498/2021, de 06-05-2021. Ponente: María Luz García Paredes

Reta. Jubilación. Imputación de pagos de cuotas y estar al corriente en el pago de las cotizaciones. Pago de cuotas del RETA, en virtud de providencia de apremio, antes de solicitar la pensión: No procede imputar ese pago al de otras deudas que no estaban en fase de recaudación en vía ejecutiva, por lo que debe entenderse que el demandante estaba al corriente en el pago de las cuotas al momento de solicitar la pensión.

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 01/12/2020, número 1043/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina número 2390/2018 [PROV\ 2021\ 3219. RJ\ 2020\ 5032]

PENSIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA: procede su reconocimiento por encontrarse la solicitante en situación asimilada a la de alta al constar su inscripción en la oficina de empleo como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la solicitud de la jubilación, no discutiéndose la concurrencia del resto de requisitos.

Fallo: El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el «INSS» y la «TGSS» codemandados, contra la Sentencia de 22-03-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura, dictada en autos promovidos en reclamación de pensión de jubilación.

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 09/12/2020, número 1087/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 2084/2018 [PROV\ 2021\ 3147. RJ\ 2020\ 5026]

PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN EL RETA: no procede su reconocimiento al no estar al corriente en el pago de las cuotas, no habiendo solicitado el aplazamiento y no habiendo cumplido la invitación al pago, sin que proceda la compensación del descubierto con cargo a la prestación.

Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el «INSS» y de «TGSS» codemandados, contra la Sentencia de 19-02-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos en reclamación de pensión de jubilación, que casa y anula y, resolviendo el debate en suplicación, estima el de tal clase formulado por las Entidades Gestoras, desestimando la demanda.

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 25/11/2020, número 1029/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 1545/2018 [PROV\ 2020\ 361046. RJ\ 2020\ 5392]

ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL ENAIRE: la edad de jubilación forzosa del colectivo de controladores aéreos a los 65 años, prevista por disp. adic. 4ª Ley 9/2010, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, no resulta discriminatoria estando justificada por la finalidad de evitar consecuencias negativas que pudieran derivarse de la incidencia que sobre el interés general pueden tener factores como el alto nivel de estrés, la rotación de turnos y la extrema responsabilidad sobre las operaciones aéreas. UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: descomposición artificial de la controversia.

Fallo: El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandante, contra la Sentencia de 26-02-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos en reclamación por despido.

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 25/11/2020, número 1036/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 2053/2018 [PROV\ 2020\ 360930. RJ\ 2020\ 5386]

JUBILACIÓN ANTICIPADA: tratándose de un trabajador que tiene reconocida IPT en RGSS por trabajos prestados en empresa minera que no es de la minería del carbón no le resulta de aplicación el art. 22 de la Orden de 3 de abril 1973, previsto exclusivamente para el Régimen Especial de la Minería del Carbón, no procediendo por tanto su reconocimiento al no tener cumplidos los 65 años.

Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS demandado, contra la Sentencia de 05-04-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de La Rioja, dictada en autos promovidos en reclamación de pensión de jubilación anticipada, que casa y anula y, resolviendo el debate de suplicación, desestima el de igual clase formulado por el demandante.

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 28/10/2020, número 944/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 2169/2018 [PROV\ 2020\ 344523. RJ\ 2020\ 5299]

PENSIÓN DE JUBILACIÓN PARCIAL: cumplimiento del requisito de previa vinculación de seis años con la empresa, al computarse al efecto el período en el que el trabajador, administrador con una participación en la sociedad del 24%, estuvo encuadrado en el Régimen General como asimilado a trabajador por cuenta ajena.

Fallo: El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra la Sentencia de fecha 12-03-2018, del TSJ de Cataluña, dictada en autos promovidos por el trabajador contra el ahora recurrente, sobre pensión de jubilación.

-STSJ Comunidad de Madrid (Social) Sección 1, de 22/06/2020, número 683/2020. Recurso de Suplicación 1182/2019 [PROV\ 2020\ 245861. AS\ 2020\ 2407]. Ponente: Isidro Mariano Saiz de Marco

PENSIÓN DE JUBILACIÓN PARCIAL: abono procedente, por cumplimiento de requisitos al efecto: la exigencia de permanecer durante un período mínimo en la empresa no conlleva que lo sea mediante relación laboral a tiempo completo: trabajadora que durante un tiempo tuvo reducción de jornada por guarda legal, estando a tiempo completo en el momento del hecho causante: inexistencia de fraude de ley; fecha de efectos económicos de la jubilación: desde la efectiva cesación en la jornada laboral a tiempo completo; siendo, sin embargo, la fecha de efectos jurídicos la correspondiente a la suscripción de la reducción contractual de la jornada laboral, y se firma paralelamente por el sustituto el contrato de relevo; circunstancias concurrentes.

Fallo: El TSJ, en litigio seguido ante el Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid, estima el recurso de suplicación interpuesto por la actora, y desestima el planteado por las entidades codemandadas, contra la Sentencia de instancia de fecha 10-06-2019 (aclarada por Auto de 04-07-2019), que es parcialmente revocada, dictada en autos promovidos en reclamación sobre jubilación parcial.

-Sentencia Juzgado de lo Social, Murcia Sala 4, de 17/01/2020, número 9/2020. Procedimiento 29/2019. Ponente: María Dolores Nogueroles Peña

PENSIÓN DE VEJEZ SOVI: beneficiaria: cobertura del período de carencia exigido al respecto: cómputo procedente de las cotizaciones efectuadas por trabajadora menor de 14 años.

Fallo: El Juzgado de lo Social núm. 4 de Murcia estima la demanda formulada por la actora, con base a lo reseñado en la fundamentación jurídica, en autos promovidos en reclamación sobre pensión de jubilación SOVI.

D). Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

-STC 1/2021, de 25 de enero de 2021 (BOE 23-02-2021)

Recurso de amparo 1343-2018. Promovido por doña Joaquina Cortés Cortés en relación con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que desestimó su demanda de reconocimiento de pensión de viudedad. Supuesta discriminación por razón de raza: denegación de la pensión de viudedad consecuencia de la inexistencia de unión matrimonial reconocida por el ordenamiento español (STEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz c. España). Voto particular.

-STS 51/2021, de 19-01-2021. Ponente: Juan Molins García-Atance

Pensión de viudedad. Derecho de la primera esposa del causante a optar entre la pensión de viudedad reclamada y la pensión de jubilación que tiene reconocida. DT.13ª.2 de la LGSS de 2015.

-STS-CONT 480/2021, de 07-04-2021. Ponente: Celsa Pico Lorenzo

Reconocimiento de derecho a la percepción de pensión de viudedad. La constitución de la pareja de hecho puede acreditarse mediante cualquier medio de prueba valido en Derecho

-STS 405/2021, de 14-04-2021. Ponente: Ricardo Bodas Martín

Pensión de viudedad de quien se hallaba divorciado del causante: determinación de que ha de entenderse por pensión compensatoria, a los efectos de cumplir con el requisito para el acceso a la prestación. Se considera así el hecho de que el causante abonara los créditos hipotecarios, suscritos por ambos cónyuges, garantizados por la vivienda familiar, adjudicada a la actora para compensar la adjudicación al causante del negocio familiar ganancial. Aplica doctrina STS 14/10/2020, recud. 3186/2018 y STS 11/03/2020, recud 3567/2017.

-STS 524/2021, de 12-05-2021. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Pensión de viudedad a quien se considera víctima de violencia de género. Primer Motivo: ausencia de contradicción sobre valoración de las pruebas practicadas. La referencial 45

(STS 709/2017 de 26 septiembre, rcud.2445/2015, Pleno) censura que la STSJ parta de hechos diversos a los declarados probados; la recurrida valora lo que el Juzgado considera acreditado de un modo distinto. Segundo Motivo: la coetaneidad de la violencia de género y la ruptura matrimonial no ha de interpretarse de manera mecánica, sino valorando todas las circunstancias del caso, lo que dificulta el contraste de sentencias a efectos de unificación. Las sentencias contrastadas no discrepan doctrinalmente, sino que abordan diversos supuestos. Desestimación del recurso interpuesto por el INSS frente a STSJ Aragón 537/2018 de 15 de octubre.

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 03/12/2020, número 1080/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 1518/2018 [PROV\ 2020\ 362774. RJ\ 2020\ 5401]

PENSIÓN DE VIUDEDAD: procede el reconocimiento con efectos retroactivos a la fecha del hecho causante al haberse denegado inicialmente y reconocido con posterioridad teniendo en cuenta los mismos datos fácticos y jurídicos.

Fallo: El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el «INSS» y la «TGSS» codemandados, contra la Sentencia de 08-02-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos en reclamación de prestaciones de Seguridad Social.

E). Prestaciones familiares

-STJUE (Sala Quinta) de 25/11/2020. Asunto C 302/2019. Cuestión prejudicial [PROV\ 2020\ 344225. TJCE\ 2020\ 285]. Ponente: I. Jarukaitis

POLÍTICA SOCIAL: Disposiciones sociales: Trabajadores nacionales de terceros países: Permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro: Directiva 2011/98/UE: derecho a la igualdad de trato: Seguridad Social: vulneración: estimación: normativa nacional que excluye, para la determinación del derecho a una prestación familiar, a los miembros de la familia del titular de un permiso único que no residan en el territorio de ese Estado miembro, sino en un tercer país, cuando el mismo Estado miembro concede

tal prestación a sus nacionales con independencia del lugar de residencia de los miembros de su familia.

-STJUE 12-05-2021, Asunto C 27/2020 PF, QG y Caisse d'allocations familiales (CAF) d'Ille-et-Vilaine,

«Procedimiento prejudicial – Libre circulación de los trabajadores – Igualdad de trato – Ventajas sociales – Límites máximos relativos a las rentas – Cómputo de las rentas percibidas en el penúltimo año anterior al período de pago de unos subsidios – Trabajador que regresa a su Estado miembro de origen – Reducción del derecho a los subsidios familiares»

F). Desempleo

ATC (Sala Primera) de 15.12.2020 núm. 171/2020/2020. Recurso de Amparo, núm. 3601/2020 [PROV\ 2021\ 13001 - RTC\ 2020\ 171 AUTO] (BOE26.01.2021, núm. 22).

Ponente: Juan José González Rivas

CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR JUECES Y TRIBUNALES: Inadmisibilidad de la cuestión: cuestión notoriamente infundada: infracciones y sanciones en materia de seguridad social: art. 47.1 b) del Real Decreto Legislativo 5/2000: extinción del subsidio por desempleo por infracción consistente en la no comunicación a la entidad gestora de su salida al extranjero por períodos superiores a quince días: sanción que tiene por objeto combatir las percepciones fraudulentas y afianzar la sostenibilidad del sistema: finalidad constitucionalmente legítima: vulneración inexistente del derecho a la propiedad privada y de los principios de taxavidad, seguridad jurídica, proporcionalidad de las sanciones administrativas y trato arbitrario a la hora de sancionar una determinada conducta antijurídica: ausencia de concurrencia de las infracciones constitucionales alegadas: inadmisión.

El Tribunal Constitucional inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Tercera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con el artículo 47.1 b) del texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

-STS 11/2021 de 13-01-2021. Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga

SPEE. Exclusión de la renta activa de inserción. Salida al extranjero por periodo superior a 15 días. Requisitos formales del recurso. Falta de contradicción.

-STS 52/2021, de 19-01-2021. Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

Percepción indebida de prestaciones. Reclamación contra resolución del SPEE que extinguió el subsidio y condenó a su reintegro en cuantía inferior a 3.000 euros. Incongruencia omisiva. Incompetencia funcional de la Sala de Suplicación y, por ende, de la Sala IV del Tribunal Supremo, ya que una sanción de extinción del subsidio por desempleo no tiene acceso al recurso de suplicación si el gravamen no alcanza los tres mil euros (SSTS –pleno– de 11 de mayo 2018, Rcud. 1800/2016; de 12 de julio de 2018, Rcud. 883/2017; entre otras).

-STS 223/2021, de 23-02-2021. Ponente: Juan Molins García-Atance

Derecho a la prestación por desempleo: procede. Percepción de la prestación en primer ERE suspensivo y acogimiento voluntario a segundo ERE. El cese debe entenderse involuntario

-STS 341/2021, de 24-03-2021. Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga

SPEE. Derecho al desempleo de un trabajador, menor de 30 años, que presta servicios para su padre, afiliado al RETA, en virtud de un contrato de trabajo y que no convive con el mismo. Reitera doctrina STS de12 de noviembre de 2019, recurso 2524/2017

-STS 364/2021, de 07-04-2021. Ponente: Juan Molins García-Atance

Renta Activa de Inserción. Cómputo de rentas de la unidad familiar. No se computa la pensión de viudedad de la madre del hijo del solicitante.

-STS, Madrid Sala 4 (Social) Sección 1, de 16/12/2020, número 1128/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 3061/2018 [PROV\ 2021\ 22340. RJ\ 2020\ 5553]

SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 55 AÑOS: el agotamiento de la Renta Activa de Inserción (RAI) se equipara al agotamiento de la prestación o subsidio por desempleo para permitir el acceso a su disfrute.

Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante, contra la Sentencia de 04-04-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos en reclamación sobre desempleo, que casa y anula y, resolviendo el debate en suplicación, estima el de tal clase formulado por la parte actora, declarando el derecho de la demandante a la percepción del subsidio por desempleo para mayores de 55 años reclamado.

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 10/12/2020, número 1109/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 3848/2018 [PROV\ 2021\ 22294. RJ\ 2020\ 5545]

SUBSIDIO DE DESEMPLEO: habiéndose suspendido el derecho desde la aceptación de la herencia hasta un máximo de 12 meses, habiéndose solicitado la reanudación varios meses después, procede la suspensión del derecho durante ese período con la consiguiente compensación de las percepciones indebidas.

Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el SPEE demandado, contra la Sentencia de 12-06-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, dictada en autos promovidos en reclamación sobre desempleo, que casa y anula y, resolviendo el debate en suplicación, desestima el de tal clase formulado por el demandante.

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 09/12/2020, número 1092/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 1839/2018 [PROV\ 2021\ 176. RJ\ 2020\ 4946]

RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN: el requisito para la inclusión en el programa de haber agotado prestaciones por desempleo reguladas en la LGSS solo está refiriéndose a que las prestaciones extinguidas sean las propias del sistema de Seguridad Social, incluidas dentro de su acción protectora, cualquier que haya sido el régimen jurídico en el que se generaron, y, por tanto, se incluyen las prestaciones extinguidas pero reconocidas con base en Leyes reguladoras del régimen de protección por desempleo, anteriores a su integración en un texto refundido de la Seguridad Social.

Fallo: El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el «SPEE» demandado, contra la Sentencia de 19/02/2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, dictada en autos promovidos en reclamación de prestaciones.

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 25/11/2020, número 1038/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 3095/2018 [PROV\ 2020\ 367671. RJ\ 2020\ 5428]

SUBSIDIO POR DESEMPLEO: extinción por rentas propias superiores al 75% SMI: cómputo de lo percibido por renta mínima de inserción abonada por la Comunidad de Madrid.

Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el SPEE, para casar y anular la Sentencia dictada el 30-05-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, y resolviendo el debate en suplicación desestima el de tal clase y declara la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo social, sobre desempleo.

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 02/12/2020, número 1072/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 2904/2018 [PROV\ 2020\ 360969. RJ\ 2020\ 5387]

RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN: el requisito para la inclusión en el programa de haber agotado prestaciones por desempleo reguladas en la LGSS solo está refiriéndose a que las prestaciones extinguidas sean las propias del sistema de Seguridad Social, incluidas dentro de su acción protectora, cualquier que haya sido el régimen jurídico en el que se generaron, y, por tanto, se incluyen las prestaciones extinguidas pero reconocidas con base en Leyes reguladoras del régimen de protección por desempleo, anteriores a su integración en un texto refundido de la Seguridad Social.

Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandante, contra la Sentencia de 29-05-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, dictada en autos promovidos en reclamación de desempleo, que casa y anula y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estima el de tal clase formulado por la parte actora, estimando la demanda.

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 11/11/2020, número 1001/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 3385/2018 [RJ\ 2020\ 5367]

PRESTACIÓN POR DESEMPLEO: denegación a trabajador jubilado a tiempo parcial que concentra su actividad, en jornadas completas, en un periodo temporal, con posterior suspensión del contrato de trabajo, en otro periodo distinto, en el marco de un acuerdo de suspensión colectiva de los contratos de trabajo de toda la plantilla: falta de suspensión del contrato de trabajo.

Fallo: El TS desestima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el demandante contra Sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de fecha 15-06-2018, recaída en el recurso de suplicación formulado por dicha parte contra Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Gerona, seguidos a instancia del ahora recurrente, en autos sobre desempleo.

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 02/12/2020, número 1071/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 2722/2018 [PROV\ 2020\ 368219. RJ\ 2020\ 5605]

RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN: le es de aplicación la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, por lo que la no renovación de la demanda de empleo en fecha señalada, haciéndolo posteriormente, no puede comportar la baja definitiva del programa, sino que conlleva, como falta leve que es, la pérdida de un mes de la prestación.

Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el beneficiario contra la Sentencia de fecha 11-10-2012, del TSJ de Andalucía, sede en Granada, dictada en autos promovidos por el ahora recurrente contra el SPEE, sobre renta activa de inserción, que casa y anula y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestima dicho recurso confirmando la sentencia de instancia.

G). Prestaciones Sanitarias

-STEDH 08-04-2021 Gran Sala Caso Vavricka y otros c. República Checa

Art 8 • Vida privada • Multa a los padres y exclusión de los niños del preescolar por negarse a cumplir con la obligación legal de vacunación infantil • Consenso general europeo para lograr el mayor grado posible de cobertura vacunal • Solidaridad social hacia los más vulnerables requiriendo al resto de la población asumir un riesgo mínimo en forma de vacunación • Enfoque obligatorio que responde a una necesidad social apremiante de proteger la salud individual y pública contra las enfermedades bien conocidas por la ciencia médica y para protegerse contra cualquier tendencia a la baja en la tasa de vacunación infantil • Política obligatoria consistente con la mejor intereses de los niños, para ser considerados tanto individualmente como en grupo y requiriendo proteger a todos los niños de enfermedades graves a través de la inmunización • Sistema doméstico que permite exenciones y va acompañado de garantías procesales • Se toman las precauciones necesarias, incluido el monitoreo de la seguridad de las vacunas en uso y la comprobación de posibles contraindicaciones en cada caso individual • Multa no excesiva y sin repercusiones para la educación de los niños en edad escolar • Efectos en los niños solicitantes limitados en el tiempo, la admisión a la escuela primaria no se ve afectada por el estado de la vacuna • Medidas impugnadas proporcionales a los objetivos legítimos perseguidos • Amplio margen de apreciación no sobrepasado

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 15/12/2020, núm. 1121/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 3302/2018 [PROV\ 2021\ 27597. RJ\ 2020\ 5565]

ASISTENCIA SANITARIA: no procede reconocerla a familiar a cargo de un reagrupante, que no ostenta la condición de beneficiario, y que ha obtenido la residencia legal por tal vía, ya que es obligación de dicho familiar la de tener cubierta la asistencia sanitaria y durante todo el tiempo que resida en España, sin que la concesión de la tarjeta de residencia temporal en España suponga la existencia automática del derecho.

Fallo: El TS estima el recurso de asación para la unificación de doctrina interpuesto por el «INSS» y la «TGSS» codemandados, contra la Sentencia de 13-06-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de La Rioja, dictada en autos promovidos en reclamación de prestación de asistencia sanitaria, que casa y anula y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estima el de tal clase interpuesto por las Entidades Gestoras, desestimando la demanda.

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 10/12/2020, número 1106/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 1881/2018 [PROV\ 2021\ 22344. RJ\ 2020\ 5554]

ASISTENCIA SANITARIA: no procede reconocerla a familiar a cargo de un reagrupante, que no ostenta la condición de beneficiario, y que ha obtenido la residencia legal por tal vía, ya que es obligación de dicho familiar la de tener cubierta la asistencia sanitaria y durante todo el tiempo que resida en España, sin que la concesión de la tarjeta de residencia temporal en España suponga la existencia automática del derecho.

Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el «INSS» y la «TGSS» codemandados, contra la Sentencia de 12-02-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, sede Valladolid, dictada en autos promovidos en reclamación de prestación de asistencia sanitaria, que casa y anula y, resolviendo el debate planteado de suplicación, estima el de tal clase interpuesto por las codemandadas, desestimando la demanda.

-STS Sala 4 (Social) Sección 1, de 15/12/2020, número 1122/2020. Recurso de casación para la unificación de doctrina 4931/2018 [PROV\ 2021\ 11106. RJ\ 2020\ 5060]

ASISTENCIA SANITARIA: procede reintegrar a la Mutua colaboradora los gastos derivados de la primera asistencia por contingencia que, aunque inicialmente pudiera calificarse como profesional, tras las correspondientes pruebas diagnósticas, es calificada como común lo que revela que dichos gastos deben de ser asumidos por el servicio autonómico de salud, que es la entidad encargada de la prestación sanitaria en estos supuestos.

Fallo: El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el «Servicio Andaluz de Salud» codemandado, contra la Sentencia de 17-05-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede Sevilla, dictada en autos promovidos en reclamación sobre reintegro de gastos.

-STJUE (Sala Segunda), de29/10/2020. Asunto número C 243/2019 [PROV\ 2020\ 306069. TJCE\ 2020\ 266]. Cuestión prejudicial. Ponente: A. Arabadjiev

SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES: 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: requisito: solicitar autorización de la autoridad competente: art. 20.2 del Reglamento n.º 883/2004 y art. 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, sobre no discriminación por motivo de religión: vulneración: desestimación: Estado miembro de residencia del asegurado deniega a este la autorización, 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.

PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA SEGURIDAD: derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (Directiva 2011/24): «asistencia sanitaria que puede requerir autorización previa»: vulneración: estimación: denegación de autorización 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 (no puede invocarse el motivo de un riesgo de sobrecostes ligado a la cobertura de la asistencia transfronteriza, ya que se reembolsan los gastos contraídos hasta la cuantía que habría asumido dicho Estado si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en su territorio), se produce una diferencia de trato indirectamente basada en la religión, salvo que esa denegación esté objetivamente justificada por una finalidad legítima relativa al mantenimiento de una capacidad de asistencia sanitaria o de una competencia médica: juez nacional: determinación.

X. Protección Social Complementaria (Iniciativa Privada)

-STS 468/2021, de 29-04-2021. Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

EUSKOTREN-FERROCARRILES VASCOS, S.A. Aportaciones empresariales a entidad de previsión social voluntaria. El porcentaje de la cantidad a aportar debe efectuarse sobre la totalidad de los conceptos salariales tanto fijos como variables. Se confirma sentencia sala Social TSJPV.

-STSJ Comunidad Autónoma de Galicia (Social) Sección 1, de 14/05/2020, número 1439/2020. Recurso de Suplicación 3831/2019 [PROV\ 2020\ 181808. AS\ 2020\ 2140]. Ponente: José Elías López Paz

MEJORA VOLUNTARIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: indemnización por incapacidad permanente total, establecida en contrato de seguro, derivada de convenio colectivo; determinación

de la cuantía: aplicación del convenio colectivo provincial del sector, en situación de prórroga o ultraactividad: y no el convenio sectorial estatal.

Fallo: El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra, de fecha 16-01-2019, que es revocada, dictada en autos promovidos en reclamación sobre cantidad.

XII. Delitos contra la Seguridad Social

-STS Sala 2 (Penal) Sección 1, de 18/05/2020, número 150/2020. Recurso de Casación 3368/2018 [PROV\ 2020\ 150328. RJ\ 2020\ 5098]

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL: DISFRUTE INDEBIDO DE PRESTACIONES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: delito de resultado, cuya consumación se produce en el momento en que se logra el cobro de las prestaciones indebidas: aplicación del art. 307 TER CP/1995, introducido mediante LO 7/2012, de 27 diciembre; EXISTENCIA: simulación de relaciones laborales a través de empresa ficticia: el total de prestaciones percibidas por los trabajadores ascendió a 75.459,78 euros por desempleo y 17.459,78 euros por incapacidad temporal; PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: VULNERACIÓN INEXISTENTE: EXISTENCIA DE PRUEBA: declaraciones de coimputados prestadas en instrucción, corroboradas por el informe de la Subinspectora Laboral de Empleo y Seguridad Social, resoluciones de la TGSS, informes del INSS y del Servicio Público de Empleo Estatal, y diligencias policiales ratificadas en el juicio por la declaración testifical de policía.

Fallo: El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de fecha 05-10-2018 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Aragón, en causa seguida por delito continuado de falsedad en documento oficial en relación con un delito contra la Seguridad Social.

-SAP, Provincia de Barcelona Sección 3. Jurisdicción Penal, de 04/11/2019, número 531/2019. Recurso de Apelación 67/2018 [PROV\ 2020\ 344728. ARP\ 2020\ 1602]. Ponente: Myriam Linage Gómez

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL: OBTENER UNA AYUDA DE MÁS DE 80.000 EUROS FALSEANDO LAS CONDICIONES PARA SU CONCESIÓN: EXISTENCIA: creación ad hoc de empresas, sin actividad real y con falsos trabajadores que no llegaron a prestar servicios reales; más favorable al reo la aplicación del antiguo art. 308 que el actual art. 307 ter; PRINCIPIO ACUSATORIO: VULNERACIÓN INEXISTENTE: no es preciso en el escrito de acusación del Fiscal alcanzar el nivel de detalle descriptivo que solicita la defensa; COMPETENCIA: petición de inhibición de la AP al Juzgado de lo Penal, alegando la irretroactividad del actual 307: improcedencia: aplicación de la *perpetuatio juridictionis*.

Fallo: La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona condena a los acusados como autores criminalmente responsables de un delito de fraude de prestaciones por desempleo.

3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

Alegre Nueno, M.; Blasco Pellicer, A.:*El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2021, págs. 2768.

Álvarez Cortés, J.C.; Ordóñez Casado, Mª I. Vila Tierno, F:*Nuevas tecnologías y mercado de trabajo: Una aproximación multidisciplinar*, Laborum, 2021, 324 págs.

Blasco Lahoz, J.F.: *Seguridad Social y Covid- 19. La medidas adoptadas en materia de Seguridad Social como consecuencia de la pandemia de la COVID-19*, Tirant lo Blanch, 2021.

Fernández Orrico, J.: *Trabajo Autónomo: Regulación Jurídica y Perspectivas. Régimen Profesional, Modalidades y Seguridad Social*, Bomarzo, 2021, 482 págs.

García Collado, L.: *ERTEs por causas de fuerza mayor y ETOP. Especial consideración de la incidencia del COVID-19*, Bomarzo, 2020, 296 págs.

González González,C: *ERTEs y la transición a los despidos por necesidades empresariales*, Aranzadi, 2020, 900 págs.

Grau Pineda, C.: *La brecha de las pensiones en España,*Bomarzo, 2021

Hierro Hierro, F.J.:*Pasajes de la comisión de seguimiento y evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo (2016-2020): "unas recomendaciones que han tardado en llegar"*, Aranzadi, 336 págs.

MonereoPérez, J.L: *La protección jurídico social de las personas con discapacidad*, Laborum, 2021.

Monereo Pérez, J.L.Rodríguez Iniesta, G. Trillo García, A.: *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Laborum, 2021. págs. 368

Nores Torres, L.E; Sala Franco, T.:*Problemas actuales del proceso laboral. Homenaje al profesor José M.ªGoerlichPeset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 878 págs.

VVAA: *MEMENTO PRÁCTICO-Procedimiento laboral 2021-2022*, Francis Lefebrve, págs. 2016

VVAA: *MEMENTO PRÁCTICO- Social 2021*, Francis Lefebrve, 2021, págs. 2030.

VVAA: *MEMENTO PRÁCTICO- Memento Express Novedades Sociales 2021*, Francis Lefebrve, págs. 145.

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

LEY 3/2021, DE 12 DE ABRIL, POR LA QUE SE ADOPTAN MEDIDAS COMPLEMENTARIAS EN EL ÁMBITO LABORAL, PARA PALIAR LOS EFECTOS DERIVADOS DEL COVID-19

La Ley 3/2021 recoge diversas medidas de naturaleza socio-laboral para proseguir dando soluciones a los problemas que se han generado a consecuencia de la Covid-19 en materia de protección del empleo, o sobre agilización del reconocimiento de las prestaciones por desempleo, de suspensión total o parcial de la prestación de trabajo en las Sociedades Cooperativas, sobre interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales, así como en relación con la duración de los expedientes de regulación de empleo autorizados al amparo de las causas previstas en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, y en materia de régimen sancionador y reintegro de prestaciones indebidas.

El artículo 2 de la Ley 3/2021 trata las medidas extraordinarias para la protección del empleo. De esta forma, reitera que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.

Las medidas extraordinarias previstas en el artículo 25 del Real Decreto-ley 8/2020, se repiten en el artículo 3 de la Ley 3/2021, para agilizar la tramitación y abono de prestaciones por desempleo. Así, el procedimiento de reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo, para todas las personas afectadas por procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada basados en las causas previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, se iniciará mediante una solicitud colectiva presentada por la empresa ante la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, actuando en representación de aquellas.

Otra de las medidas extraordinarias previstas es la aplicable a las Sociedades Cooperativas para la adopción de acuerdos en los procedimientos de suspensión total y/o parcial, en los términos también previstos en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020. Para tal circunstancia por el artículo 4 de la Ley 3/2021 se prevé que, cuando por falta de medios adecuados o suficientes, la Asamblea General de las Sociedades Cooperativas no pueda ser convocada para su celebración a través de medios virtuales, el Consejo Rector asumirá la competencia para aprobar la suspensión total o parcial de la prestación de trabajo de sus socias y socios y emitirá la correspondiente certificación para su tramitación.

La Ley 3/2021 contempla en su artículo 5 la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales, estableciendo que la suspensión de los contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo e interinidad, por las causas previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, supondrá la interrupción del cómputo, tanto de la duración de estos contratos, como de los periodos de referencia equivalentes al periodo suspendido, en cada una de estas modalidades contractuales, respecto de las personas trabajadoras afectadas por estas.

Conforme a la Disposición adicional primera de la Ley 3/2021, la duración de los expedientes de regulación de empleo autorizados al amparo de las causas previstas en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, no podrá extenderse más allá del periodo en que se mantenga la situación extraordinaria derivada dela Covid-19, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de la misma norma, entendiéndose, por tanto, que su duración máxima será la del estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 y sus posibles prórrogas. Recordemos a esos efectos que el 9 de mayo de 2021 se retornó a la situación jurídica previa al 14 de marzo de 2020.

La Disposición adicional segunda de la Ley 3/2021 contiene el correspondiente régimen sancionador y prevé el reintegro de prestaciones indebidas. Para ello se remite a la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, donde se sancionan las solicitudes presentadas por la empresa que contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados. Será sancionable igualmente, conforme a lo previsto en dicha norma, la conducta de la empresa consistente en solicitar medidas en relación al empleo que no resultaran necesarias o no tuvieran conexión suficiente con la causa que las origina, cuando dicha circunstancia se deduzca de las falsedades o incorrecciones en los datos facilitados por aquellas y siempre que den lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas o a la aplicación de deducciones indebidas en las cuotas a la Seguridad Social.

REAL DECRETO-LEY 10/2021, DE 18 DE MAYO, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS URGENTES PARA PALIAR LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA BORRASCA «FILOMENA»

El Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto-ley 10/2021(en adelante RDL 10/21) que habilitó partidas presupuestarias de hasta 509,5 M€ para resarcir aquellos daños provocados por la borrasca "Filomena" que puedan ser cubiertos mediante las ayudas previstas en la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil.

El RDL 10/21 precisa los tipos de ayuda a repartir para compensar los daños provocados por la borrasca, añade una serie de bonificaciones de tipo fiscal y laboral, amplía el territorio amparado por la declaración de zona afectada por la emergencia y extiende su vigencia a cualquier emergencia de protección civil en el periodo del 1 de abril de 2020 al 31 de junio de 2021.

El Consejo de Ministros ya aprobó con anterioridad, el pasado 19 de enero, la declaración de Zona Afectada Gravemente por una Emergencia de Protección Civil (ZAGEPC) para las comunidades autónomas de Asturias, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Andalucía, Aragón, Madrid, La Rioja, y Navarra, y puso en marcha el proceso de evaluación de los daños provocados por la tormenta, a los efectos de determinar las ayudas previstas en la Ley del Sistema Nacional de Protección Civil.

En materia de Seguridad Social, el RDL 10/21 dedica su artículo 5 a establecer las ayudas de carácter sociolaboral.

Señala dicho artículo que a los trabajadores autónomos que perciban prestaciones por cese de actividad, reguladas en el título V del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) que sean consecuencia directa de los sucesos incluidos en el ámbito de aplicación del RDL 10/21, no se les computará, a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción establecidos, los cuatro primeros meses de percepción de la prestación. Se considerará como cumplido, a los efectos de poder acceder a la prestación por cese de actividad, el requisito de periodo mínimo de cotización de doce meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación

legal de cese de actividad, previsto en el artículo 338 LGSS para los trabajadores por cuenta propia afectados por los siniestros a los que se refiere el artículo 1 del RDL 10/21[1].

Asimismo, según el citado artículo 5, aquellos trabajadores por cuenta propia incluidos en cualquier régimen de la Seguridad Social que se encontraran disfrutando de alguna bonificación o reducción en las cuotas a la Seguridad Social previstas en la Ley 20/2007, del Estatuto del trabajo autónomo, y que, como consecuencia directa e inmediata de los sucesos a que se refiere el ámbito de aplicación del RDL 10/21, solicitasen la baja en el régimen correspondiente, al solicitar nuevamente el alta no perderán el derecho al acceso a las bonificaciones o reducciones en la cuota por el tiempo que hubiese quedado pendiente de disfrute.

De otra parte, para llevar a cabo las obras de reparación de los daños causados, las distintas Administraciones Públicas y las entidades sin ánimo de lucro, podrán solicitar del Servicio Público de Empleo competente la adscripción de personas trabajadoras perceptoras de las prestaciones por desempleo para trabajos de colaboración social, ello de conformidad con el artículo 272.2 LGSS, y el Real Decreto 1445/1982, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo.

Existe la posibilidad de aplicación de exenciones y moratorias en el pago de cotizaciones a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta por los daños sufridos o por las pérdidas de actividad directamente derivadas de la borrasca «Filomena», dentro del ámbito territorial a que se refiere el RDL 10/21. Las autorizaciones se regirán por lo dispuesto en el artículo 24.2.b) de la Ley 17/2015, del Sistema Nacional de Protección Civil, y en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de enero de 2021.

ORDEN ISM/254/2021, DE 16 DE MARZO, POR LA QUE SE CREA Y REGULA LA COMISIÓN ASESORA DE ESTUDIOS Y SE ESTABLECE LA REGULACIÓN DEL PROGRAMA ANUAL DE ESTUDIOS DEL DEPARTAMENTO

El Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones dispondrá de una Comisión Asesora para desarrollar las actividades de estudio e investigación que lleva a cabo, con el fin de lograr un mayor conocimiento de la situación en las áreas de su competencia, y como apoyo a la toma de decisiones y a la planificación, control y evaluación de sus políticas y actuaciones. La actividad de la citada Comisión asesora de estudios se entiende que podrá desarrollar su actividad tanto a nivel interno y con medios propios, como a través de la contratación de expertos y empresas especializadas, y con la colaboración con instituciones públicas y privadas que comparten intereses de estudio y de actuación.

La Comisión Asesora de Estudios se configura como un órgano colegiado, adscrito a la Subsecretaría del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, a través de la Secretaría General Técnica, en el que estarán representadas todas las áreas del Departamento, con la finalidad de asesorar y coordinar la actividad de estudio e investigación, verificar el cumplimiento de los objetivos de la misma e impulsar su difusión. Dicha Comisión podrá actuar en Pleno y en Comisión Permanente.

[1] El artículo 1 del RDL 10/21 dispone en cuanto al objeto de la norma lo siguiente "1. Este real decreto-ley tiene por objeto la adopción de medidas complementarias a las contempladas en el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 19 de enero de 2021, por el que se declaran determinadas comunidades autónomas zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil, como consecuencia del episodio «Filomena» 1/2021, ampliándose dicha declaración y la aplicación de las mencionadas medidas a las Comunidades Autónomas de Canarias, Cantabria, Cataluña, Región de Murcia y Comunidad Valenciana.
2. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta de las personas titulares de los Ministerios competentes por razón de la materia, podrá acordarse, con delimitación de las zonas afectadas, la aplicación de las medidas necesarias previstas en este real decreto-ley a sucesos causados por lluvias torrenciales, nieve, granizo, pedrisco, viento, inundaciones, desbordamientos de ríos y torrentes, fenómenos costeros, incendios forestales u otros hechos catastróficos acaecidos desde el 1 de abril de 2020 hasta el 30 de junio de 2021.

La composición de la Comisión Asesora de Estudios, en Pleno, será la siguiente:

a) Presidencia: la persona titular de la Subsecretaría de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

b) Vicepresidencia: la persona titular de la Secretaría General Técnica.

c) Vocalías:

— Un representante, con nivel orgánico de subdirector general o asimilado, de los gabinetes de la persona titular del Departamento, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, de la Secretaría de Estado de Migraciones, de la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social y de la Subsecretaría de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Estas Vocalías serán designadas por la persona titular de dichos gabinetes.

— Un representante, con nivel orgánico de subdirector general o asimilado, del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social designados por la persona titular de la Secretaría de Estado de Seguridad Social y Pensiones. También podrán nombrarse representantes de cualquier otro órgano u organismo del Departamento, o de cualquier otra entidad gestora o servicio común de la Seguridad Social con competencia en materia de estudios, que serán designados por la persona titular de la Secretaría de Estado o de la Secretaría General de la que dependa o a la que esté adscrita.

— La persona titular de la Vicesecretaría General Técnica.

— Un representante del Comité para el Fomento de la Investigación de la Protección Social al que se refiere la Orden TAS/3988/2004, de 25 de noviembre, por la que se crean los órganos administrativos para el fomento de la investigación de la protección social y se determina su composición y funcionamiento, designado por la persona titular de la Presidencia.

d) Secretaría: un funcionario, con nivel 26 o superior, de la Vicesecretaría General Técnica, con voz pero sin voto.

Con anterioridad a la finalización del mes de octubre de cada año, la Comisión Asesora de Estudios, a partir de los objetivos de estudio de las distintas áreas y a las líneas directrices de las políticas del Departamento, fijará las prioridades de estudio que deberán tenerse en cuenta para la presentación de las propuestas concretas. Y con anterioridad al 31 de enero del año correspondiente, la Secretaría del Pleno de la Comisión Asesora de Estudios recabará de los órganos superiores y directivos y de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social adscritos al Departamento las propuestas de estudios. Con base en las mencionadas propuestas recibidas, elaborará un proyecto de Programa anual de Estudios, previa evaluación de estas.

Para la evaluación de las propuestas se tendrán en cuenta los siguientes criterios: a) Grado de adecuación a los objetivos y prioridades básicas de estudio establecidas por la Comisión Asesora de Estudios. b) Utilidad o relevancia del estudio en relación con los Programas de actuación de los órganos y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social. c) Adecuación del coste previsto a los objetivos que se pretenden alcanzar. d) Posibilidad de financiación del coste, a cuyo efecto se tendrá en cuenta la utilización de fuentes externas de cofinanciación.

El Programa anual de Estudios deberá tener el siguiente contenido: a) Presentación del Programa anual de Estudios, en el que se resumirá el contenido del Programa, diferenciando los estudios que se realizan con medios externos y los que se realizan con medios propios, los estudios que se realizan a través de la convocatoria de subvenciones y ayudas a la investigación, así como los

estudios plurianuales, recogiendo la información que esté disponible en el momento de elaborar el Programa. b) Estudios a realizar mediante contratación externa o firma de Convenio. c) Estudios a realizar con medios propios, incluyendo, en primer lugar, los que se realizan con carácter puntual en el año de que se trate y, a continuación, los estudios periódicos. d) Estudios a realizar a través de la convocatoria de subvenciones y ayudas. e) Estudios plurianuales, en su caso.

El Programa anual de Estudios se financiará con cargo a las partidas presupuestarias que, para tal fin, tengan asignados cada uno de los órganos superiores y directivos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, y de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sin perjuicio de la cofinanciación que se pueda obtener de otras fuentes. Por último, el funcionamiento de la Comisión Asesora de Estudios no supondrá incremento del gasto público, siendo atendido con los medios personales, técnicos y presupuestarios asignados a la Secretaría General Técnica del Departamento.

RESOLUCIÓN DE 18 DE MAYO DE 2021, DE LA SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA, POR LA QUE SE PUBLICA EL CONVENIO ENTRE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN, SOBRE INTERCAMBIO RECÍPROCO DE INFORMACIÓN

El Convenio tiene por objeto establecer un marco general de colaboración entre la Tesorería General de la Seguridad Social y la Administración de la Comunidad de Castilla y León, regulando las condiciones y procedimientos por los que se debe regir el intercambio recíproco de información y el bilateral acceso a las bases de datos entre ambas Administraciones, preservando en todo caso los derechos de las personas a que se refiera la misma.

La Tesorería General de la Seguridad Social facilitará a la Comunidad de Castilla y León el acceso a los datos provenientes del Fichero General de Afiliación, y la Comunidad de Castilla y León facilitará a la TGSS información en aquellas materias que para el ejercicio de sus competencias ésta precise, y en particular la que sea determinante para autorizar la inscripción de empresas y la inclusión de trabajadores en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, para el ejercicio de sus competencias en el proceso recaudatorio gestionado por la TGSS y en materia de lucha contra el fraude en el ámbito de la Seguridad Social.

La cesión de información procedente de las bases de datos de la TGSS tiene como finalidad exclusiva el desarrollo de las concretas funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico a la Comunidad de Castilla y León, que justifican su cesión en casos como la ejecución de la legislación laboral, la política de seguridad y salud laboral y las competencias en materia de economía social, el fomento de la inserción profesional, la orientación laboral e intermediación en el mercado de trabajo, la gestión de las políticas activas de empleo, la formación profesional ocupacional y continua y el fomento del empleo, el fomento empresarial, el apoyo a la creación de empresas, o el reconocimiento de la situación de dependencia, o el reconocimiento de la renta garantizada de ciudadanía entre otras.

La Comunidad Autónoma facilitará a la TGSS información en aquellas materias que precise para el ejercicio de sus competencias, y en particular la que sea determinante para autorizar la inscripción de empresas, la inclusión de trabajadores en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, el proceso recaudatorio gestionado por la TGSS y en materia de lucha contra el fraude a la Seguridad Social.

Se establece un detallado control de accesos a las bases de datos de la TGSS, así como a las de la Comunidad de Castilla y León. El control y seguridad de los datos de carácter personal suministrados se regirá por lo dispuesto en el Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento UE 2016/679), la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y el Esquema Nacional de Seguridad (ENS), regulado por el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero.

Las dos Administraciones firmantes del Convenio podrán realizar auditorías para llevar a cabo las actividades de control que garanticen la debida custodia y adecuada utilización de los datos recibidos, y cualquier otra actividad encaminada a garantizar la correcta forma y justificación del acceso a los ficheros o bases en que aquéllos figuren incluidos.

El Convenio tendrá una vigencia de 4 años, desde su inscripción en el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación. Con anterioridad a la finalización del plazo de duración previsto se podrá prorrogar el convenio, por acuerdo unánime de las partes, por un periodo de hasta cuatro años adicionales.

PRESENTACIÓN DEL PORTAL IMPORT@SS DE LA TESORERÍA GENERAL DELA SEGURIDAD SOCIAL

En la presentación del nuevo portal se señaló que no sólo se trata de una nueva sede para realizar trámites telemáticos, ya que aquel se constituye en un nuevo modelo de atención al ciudadano que permite a los usuarios una lectura y navegación sencilla desde cualquier dispositivo, que utiliza un lenguaje claro, que guía al ciudadano para que pueda efectuar trámites de forma sencilla, y por último se adapta a la situación de cada persona.

Import@ss permite utilizar servicios tan habituales y demandados como son consultar el número de la Seguridad Social (NUSS) o solicitarlo si no se posee; descargar los informes de vida laboral; tramitar altas, bajas y modificaciones en empleo en el hogar o en el trabajo autónomo; modificar los datos de contacto y domicilio; o acceder a la cotización personal, a los datos de jornada y salario y al resto de información relevante cuando se es una persona empleada del hogar familiar.

El acceso a Import@ss se lleva a cabo en el enlace específico https://portal.seg-social.gob.es/wps/portal/importass/importass, o a través de otros accesos directos creados en las portadas tanto de la Web, como de la Sede Electrónica de la Seguridad Social y en la app para dispositivos móviles de la Seguridad Social.

Este nuevo portal, en cuyo desarrollo se han invertido varios años de trabajo, que han implicado una adaptación organizativa de la propia TGSS y un rediseño de sus servicios, tiene las siguientes características principales:

- Accesibilidad: se puede usar sin certificado digital, a través de SMS, si se ha comunicado previamente un teléfono a la TGSS.
- Claridad: en su diseño y en el lenguaje utilizado.
- Sencillez: de forma que cualquier ciudadano pueda usar cualquier servicio o trámite.
- Personalización: cada ciudadano, una vez se identifique, tendrá su propia área personal con todos sus datos relevantes.

En cuanto a su organización, el portal se divide en dos áreas claramente diferenciadas, el área pública y el área personal, ofreciéndose 40 servicios.

En el área pública, Import@ss ofrece todo lo necesario para realizar cualquier trámite o gestión, organizado en cuatro grandes categorías: vida laboral e informes de cotización, altas, bajas y variaciones de datos, consulta de pagos y deudas, y datos personales

En el primer apartado sobre vida laboral e informes de cotización se puede consultar los informes sobre la situación personal con la Seguridad Social, incluidas las cotizaciones y otros justificantes, y descargarlos. A través del segundo de los trámites, es posible solicitar el número de Seguridad Social si no se posee y tramitar altas, bajas y modificaciones en los Regímenes Especiales del Hogar y de Trabajadores por Cuenta Propia, así como utilizar una herramienta de simulación

para calcular la cuota mensual que deba ingresarse antes de proceder a contratar a una persona empleada de hogar.

A través del servicio que ofrece Import@ss sobre consulta de pagos y deudas se podrán consultar los pagos pendientes con la Seguridad Social. El último de los apartados contemplados está previsto para comprobar los datos personales y modificar el domicilio u otra información de contacto.

Para acceder a los servicios expuestos, excepto la simulación de cuota en el hogar, es necesario identificarse, para lo que están previstos los siguiente métodos:

- Cl@ve permanente
- Certificado digital
- Vía SMS (se deberá haber comunicado previamente el teléfono a la TGSS)
- Cl@ve pin

El área pública ofrece además dos apartados específicos dirigidos a dos colectivos muy relevantes en el ámbito de la TGSS: personas trabajadoras encuadradas en el Régimen especial de Trabajadores Autónomos y empleadores del hogar.

Desde el Área Personal también se puede consultar y ver de forma detallada a quién se tiene contratado y dado de alta como empleado de hogar en la Seguridad Social, fecha en la que empezó a trabajar, cuota que debe pagarse, tipo de jornada, salario o tipo de contrato.

Igualmente, las personas trabajadoras del hogar familiar encontrarán información sobre la actividad que realizan de una manera más transparente y clara y sobre la relación con el empleador, conociendo la cuota que estos ingresan, la base de cotización que corresponde, que se considera para calcular la cuantía económica de las prestaciones que puedan percibir mientras se esté de baja por enfermedad o accidente o para futuras prestaciones, fecha de alta, u horas declaradas por el empleador. Con esto se prevé evitar posibles fraudes, y un mejor control de las situaciones.

DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL PRIMER TRIMESTRE DE 2021

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA *Letrado de la Administración de la Seguridad Social*
https://orcid.org/0000-0002-0034-5194

I.- DETERMINACIÓN DE CONTINGENCIA

1. DETERMINACIÓN COMO CONTINGENCIA PROFESIONAL DE LAS SITUACIONES DE CONTAGIO POR COVID-19, DE CELADORES QUE PRESTAN SERVICIOS EN CENTROS SANITARIOS Y SOCIO-SANITARIOS. Criterio de Gestión del INSS 8/2021, de 21 de abril de 2021

El Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, establece:

"*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 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-CoV2 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) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.*

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 del 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 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social".

Posteriormente, el artículo 6 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, ha complementado la regulación dada por la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, en los siguientes términos:

"*1. El personal que preste servicios en centros sanitarios y socio-sanitarios inscritos en los registros correspondientes que, en el ejercicio de su profesión, durante la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios, haya contraído el virus SARS-CoV-2, dentro del periodo comprendido desde la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud hasta el levantamiento por las autoridades sanitarias de todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el mencionado virus SARS-CoV-2, tendrá las mismas prestaciones que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas que se ven afectadas por una enfermedad profesional.*

2. Los servicios de prevención de riesgos laborales deberán emitir el correspondiente informe donde se haga constar que en el ejercicio de su profesión ha estado expuesto al virus SARS-CoV-2 por la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios.

3. Una vez acreditado el contagio del virus en el ámbito temporal establecido en el apartado 1, y aportando el informe previsto en el apartado 2, se presumirá, en todo caso, que el contagio se ha producido en el ejercicio de su profesión en la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios.

4. La entidad responsable de dichas prestaciones será aquella que cubriera las contingencias profesionales en el momentos de producirse la baja médica por contagio de la enfermedad".

Desde la entrada en vigor de estas normas, se ha mantenido que el ámbito de aplicación de la norma es claro y restringido al personal sanitario y socio-sanitario que realiza su actividad profesional en centros sanitarios y socio-sanitarios. No obstante, como única excepción a citado criterio, se ha considerado la procedencia de extender a los celadores de centros sanitario y sanitario, por cuanto el ejercicio de la profesión de celador conlleva la prestación de servicios auxiliares de los propiamente sanitarios, tales como: el traslado a las distintas dependencias del centro para la realización de pruebas médicas, aseo personal, cambio de ropa, ayuda a las personas encargadas en el amortajado de los pacientes fallecidos y traslado al mortuorio, ayuda en la colocación y retirada de las cuñas para la recogida de excretas, además de otros muchos servicios que exigen un contacto estrecho con el paciente, incluso mayor que el que pueda mantener el médico o el personal de enfermería y que son imprescindibles para la atención que requiere el enfermo en el centro sanitario o socio-sanitario.

En el criterio se concluye lo siguiente:

1.- Los celadores que ejercen funciones como tales en centros sanitarios y socio-sanitarios deben considerarse incluidos en el ámbito de aplicación de la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, así como del artículo 6 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, quedando sometidos a las condiciones establecidas respectivamente en dichos preceptos para que puedan ser objeto de la protección prevista en los mismos en caso de contagio por SARS-CoV2.

2.- Igualmente debe considerarse de aplicación a los celadores y con las mismas condiciones previstas en el apartado anterior, el artículo 9 del Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, que dejó de tener efectos con la Resolución de 10 de septiembre de 2020 que publicó el Acuerdo del Congreso de los Diputados por el que se deroga el citado Real Decreto-ley.

3.- La aplicación a los celadores que ejercen funciones como tales en centros sanitarios y socio-sanitarios que cumplieren las condiciones exigidas por el artículo 9 del Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, así como por el artículo 6 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, tendrá efectos retroactivos desde la entrada en vigor de cada una de las citadas normas y el trabajador acredite las condiciones exigidas para su aplicación.

4.- La revisión de las prestaciones motivadas por haber contraído el virus SARS-CoV2 que han sido reconocidas como derivadas de contingencias comunes tendrá lugar a petición de los interesados dirigida al organismo que las haya reconocido, siendo de aplicación, en cuanto a los efectos económicos que las hayan reconocido, siendo de aplicación, en cuanto a los efectos económicos de la solicitud de revisión, lo previsto en el artículo 53 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

II.- INCAPACIDAD TEMPORAL

1.- Protección en las situaciones de cuarentena de los trabajadores que viajan a países de riesgos de contagio por COVID-19. Criterios 10/2021, de 23 de abril de 2021

Se plantea la cuestión de si el periodo de cuarentena obligatorio en el que debe permanecerse tras la vuelta a España por haber estado en un país extranjero respecto del que se impongan dicha obligación, se debe proteger con la prestación de incapacidad temporal en los términos establecidos en el artículo 5 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, lo que ha aconsejado plantear consulta a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social sobre este particular. Dicho centro directivo se ha pronunciado en informe de fecha 15 de abril de 2021. A continuación se sintetiza el criterio de gestión que, en coherencia con dicho informe, debe aplicarse.

Entre las medidas de contención adoptadas para evitar la propagación del COVID-19, el Ministerio de Sanidad aprobó la Orden SND/133/2021, de 17 de febrero, sobre las condiciones de cuarentena a las que deben someterse las personas procedentes de la República Federativa de Brasil y la República de Sudáfrica a su llegada a España, durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, estableciéndose que. *"(...) las personas que lleguen en vuelo desde cualquier aeropuerto situado en la República Federativa de Brasil o en la República de Sudáfrica a cualquier aeropuerto situado en el Reino de España, con o sin escalas intermedias, deberán guardar cuarentena durante los diez días siguientes a su llegada, o durante toda su estancia en España en España si ésta fuera inferior a ese plazo. Este periodo podrá finalizar con anterioridad, si al séptimo día a la persona se le realiza una prueba diagnóstica de infección aguda con resultado negativo (...)*".

Esta orden ministerial extendió su eficacia hasta el 7 de marzo de 2021, siendo prorrogada por la Orden SND/181/2021, de 2 de marzo, en idénticos términos respecto al periodo de cuarentena obligatorio (10 días desde la llegada al Reino de España o de 7 días en caso de realizar una prueba diagnóstica de infección aguda con resultado negativo) pero ampliando la relación de países respecto a los cuales se impone dicho periodo de cuarentena obligatorio, cuales son: República Federativa de Brasil, la República de Sudáfrica, República De Botsuana, Unión de Comoras, República de Ghana, República de Kenia, República de Mozambique, República Unida de Tanzania, República de Zambia, República de Zimbabue, República de Perú, República de Colombia a cualquier aeropuerto situado en el Reino de España. Con o sin escalas intermedias.

La Orden SND/181/2021, de 2 de marzo, fue nuevamente prorrogada por la Orden SND/253/2021, de 18 de marzo; por la Orden SND/312/2021, de 31 de marzo y, finalmente, Por la Orden SND/363/2021, de 16 de abril, estando previsto que producirá efectos hasta las 24:00 de 3 de mayo de 2021, pudiendo prorrogarse de mantenerse las circunstancias que la motivan.

Durante el periodo de cuarentena las personas deben permanecer en su domicilio o alojamiento, debiendo limitar sus desplazamientos, así como los accesos de terceras personas al domicilio o alojamiento, a los imprescindibles para la realización de las siguientes actividades: adquisición de alimentos, asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios, causas de fuerza mayor o situación de necesidad.

Por tanto, los periodos de aislamiento de personas procedentes de países de riesgo al amparo de las órdenes indicadas, podrían entenderse comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo quinto del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, a diferencia de lo que ocurriría en los supuestos de cuarentena en un país extranjero donde se exija el aislamiento tras la entrada en el mismo.

El artículo 5 del Real Decreto-ley 6/2020. De 10 de marzo, establece en su apartado 1, lo siguiente:

"*Al objeto de proteger la salud pública, se considerarán, con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocadas por el virus COVID-19, salvo que se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el artículo 156 LGSS, en cuyo caso será calificada como accidente de trabajo.*

Con el mismo carácter excepcional, con efectos desde el inicio de la situación de restricción de la salida o entrada a un municipio, y mediante el correspondiente parte de baja, se extenderá esta protección a aquellos trabajadores que se vean obligados a desplazarse de localidad para prestar servicios en las actividades no afectadas por el 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 ocasionadas por el COVID-19, siempre que por la autoridad competente se haya acordado restringir la salida, o la entrada, de personas del municipio donde dichos trabajadores tengan su domicilio, o donde la empresa tenga su centro de trabajo en el caso de que el trabajador tenga su domicilio en otro municipio, y les haya 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 para la que prestan sus servicios o al propios trabajador y no tengan derecho a percibir ninguna otra prestación pública.

(...)".

En razón a lo expuesto, en los supuestos en que sea obligatorio el aislamiento del trabajador a la vuelta de los países incluidos en la Orden SND/363/2021, de 16 de abril, parece evidente que es imperativo aplicar, durante los periodos de aislamiento previstos en dicha Orden, lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo. Debe tenerse en cuanta que en tales supuestos el trabajador tiene que permanecer en su domicilio o alojamiento, debiendo limitar sus desplazamientos a los imprescindibles para la adquisición de alimentos, asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios o por causas de fuerza mayor o situación de necesidad, limitaciones que, cabe destacar, impone expresamente la Orden SND/363/2021, de 16 de abril, y no se prevén en el artículo 5ª del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo.

Bien, es cierto que podría darse la circunstancia de que los trabajadores afectados por el aislamiento previsto en la Orden SND/363/2021, de 16 de abril, tuvieran la posibilidad de realizar su trabajo telemáticamente. Sin embargo, el artículo 5 del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, solo condiciona el pago de la prestación económica por Incapacidad temporal a la imposibilidad de realizar el trabajo telemáticamente en relación con los trabajadores obligados a desplazarse de localidad para prestar servicios en las actividades no afectadas por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, cuando la autoridad competente se haya acordado restringir la salida, o la entrada, de personas del municipio donde dichos trabajadores tengan su domicilio, o donde la empresa tenga su centro de trabajo, pero no establece esta condición en relación con los periodos de aislamiento o contagio provocados por el citado coronavirus.

Finalmente, se considera que no procede aplicar el artículo 5ª del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, a los supuestos de aislamiento por COVID-19 en países extranjeros a los que se ha acudido de vacaciones o cualquier otra causa laboral o no, puesto que el reconocimiento de la situación asimilada a accidente de trabajo y abono del correspondiente subsidio económico por IT a los trabajadores por cuenta propia o ajena durante los períodos de aislamiento o contagio, solo puede efectuarse por la autoridad española competente y no por la autoridad extranjera –competente a ese efectos solo en su propio país–, por lo que no puede en modo alguno ser determinante del reconocimiento de una prestación del sistema español de Seguridad Social.

III.- CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE

1.- Situación de incapacidad temporal del otro progenitor. Criterio de Gestión del INSS nº 18/2001, de 7 de junio de 2021

Se platea el reconocimiento de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave solicitante al otro progenitor, por motivos de salud, no puede atender al menor y se encuentre en situación de incapacidad temporal.

A este respecto hay que tener en cuenta que el artículo 7.2, apartado a) del RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se refiere a los supuestos de suspensión en la percepción del subsidio, señalando:

"*La percepción del subsidio quedará en suspenso:*

a) En las situaciones de incapacidad temporal, durante los periodos de descanso por maternidad y paternidad y en los supuestos de riesgo durante el embarazo y de riesgos durante la lactancia natural y, en general, cuando la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave concurra con cualquier causa de suspensión de la relación laboral.

No obstante cuando, por motivos de salud, la persona que se haya hacía cargo del menor no pueda atenderle y se encuentra en situación de incapacidad temporal o en periodo de descanso obligatorio de maternidad por nacimiento de un nuevo hijo podrá reconocerse un nuevo subsidio por cuidado de menores de la otra persona progenitora, adoptante o acogedora, siempre que la misma reúna los requisitos para tener derecho al subsidio".

En este sentido, el primer párrafo del artículo 7.2.a) se refiere a aquellas situaciones en las que al progenitor que tiene reconocido el derecho a la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se le suspende el derecho a la percepción de dicha prestación por su concurrencia con una situación de incapacidad temporal –entre otras–, por entender que no puede hacerse cargo del cuidado del menor afectado por una enfermedad grave debido a una situación de incapacidad temporal sobrevenida que le imposibilita para tal fin. No obstante, en esos casos, el párrafo segundo del artículo 7.2.a) permite que se reconozca un nuevo subsidio al otro progenitor si reúne los requisitos exigidos para ello.

En el supuesto de que, en el momento de solicitar la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, uno de los progenitores se encuentre en situación de incapacidad temporal, habrá de tenerse en cuenta lo siguiente:

1. El progenitor que por motivos de salud, no puede atender al menor y se encuentre en situación de incapacidad temporal, no podrá beneficiarse de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave durante el periodo que permanezca en esta situación, puesto que se aplica analógicamente lo previsto en el artículo 7,2.a) del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio.

2. Si el progenitor solicitante de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave no es el progenitor indicado en el apartado 1, nada impide que pueda beneficiarse de la referida prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave si ambos progenitores reúnen los requisitos exigidos por la normativa vigente.

IV.- INCAPACIDAD PERMANENTE

1.- Procedimiento de revisión de grado en los casos de aseguramiento sucesivo de enfermedad profesional. Determinación de responsabilidad. Criterio de Gestión del INSS 14/2021, de 17 de mayo de 2021

Inicialmente el criterio 4/2014 establecía que la responsabilidad exclusiva en el pago de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional recaía exclusivamente en la entidad aseguradora (INSDS o Mutua) que protegiera el riesgo al acaecer el hecho causante de la prestación.

El criterio 25/2017 derogó el anterior criterio estableciendo que la responsabilidad compartida de las prestaciones, distintas del subsidio de incapacidad temporal, derivadas de enfermedad profesional en los casos de aseguramientos sucesivos de la enfermedad profesional por distintas entidades aseguradoras distribuyendo dicha responsabilidad en proporción al periodo de aseguramiento por cada una de ella durante el periodo de tiempo de exposición del trabajador al citado riesgo.

En el presente criterio se aborda la determinación de la entidad o mutua responsable del pago de la diferencia entre el grado de incapacidad permanente en el procedimiento de revisión y el declarado inicialmente, en aquellos casos en los que, con respecto a la pensión de incapacidad permanente declarada inicialmente se haya imputado la responsabilidad en el pago exclusivamente a la entidad aseguradora que protegiera el riesgo al acaecer el hecho causante y, después por agravamiento de las lesiones que finalice con el reconocimiento de un grado superior de incapacidad permanente.

En el supuesto de que el procedimiento de revisión se resuelva por la misma contingencia, es decir, por enfermedad profesional que la declarada inicialmente y las lesiones a valorar representen una agravación de las anteriores, sin que se presenten patologías nuevas, las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León/sede de Valladolid de 12 de septiembre de 2016 y de8 de febrero de 2017 y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de 11 de febrero de 2021 establecen que la entidad gestora o mutua responsable del pago de la pensión inicial de incapacidad permanente es, también, la responsable de la prestación reconocida en el procedimiento de revisión.

Pues bien, hasta tanto no se establezca una jurisprudencia consolidada, el criterio de la entidad es coincidente con el de las sentencias indicadas. Por consiguiente, en aquellos casos en los que se hubiera emitido una resolución con la declaración de grado de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional con anterioridad a la publicación del criterio 25/2017 –declarando la responsabilidad en el pago en exclusiva a una entidad aseguradora– y con posterioridad a la publicación del mismo se insta un procedimiento de revisión de grado de contingencia y pro agravación de las lesiones anteriores, sin que existan nuevas patologías, no procede aplicar lo dispuesto en el criterio 25/2017 sino que, para determinar la responsabilidad en el pago de la prestación de incapacidad permanente reconocida en el procedimiento de revisión, corresponderá imputar la responsabilidad a la misma entidad aseguradora (INSS o MCSS) que hubiese asumido su responsabilidad en el pago de la pensión inicial de Incapacidad permanente.

2.- Compatibilidad del percibo de la pensión de incapacidad permanente con el desempeño de un cargo público representativo. Criterio Gestión del INSS 16/2021, de 18 de mayo de 2021

Se establece criterio administrativo sobre la incompatibilidad del percibo de una pensión de incapacidad permanente total o absoluta con el desempeño de un cargo público representativo.

En el criterio 1/2021, se abordó el tema de la compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente reconocida en razón de una actividad anterior con el desempeño del cargo de concejal con dedicación parcial y el percibo de las retribuciones correspondientes al tiempo de dedicación efectiva. Se señaló entonces, con base en el informe de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 13 de noviembre de 2020 que, si bien el apartado 2 del artículo 3 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del Personal de las Administraciones Públicas, recoge expresamente la incompatibilidad del percibo de la pensión de jubilación con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo, tal incompatibilidad no se recoge expresamente la incompatibilidad del percibo de la pensión de jubilación con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo, tal incompatibilidad no se recoge de forma clara y expresa cuando se trata de percibir la pensión de incapacidad permanente en grado de total o absoluta,

Por otra parte se ha dictado sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 969/2020, de 4 de noviembre, en la que se aborda esta problemática modificando su anterior doctrina, fallando a favor de la incompatibilidad de la percepción de una prestación de incapacidad permanente de la Seguridad Social con la remuneración correspondiente a un puesto de concejal municipal.

Esta última sentencia reproduce los fundamentos de derecho recogidos en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de castilla-León 519/2018, de 23 de marzo. Se argumenta que, para definir la incompatibilidad, el artículo 3.2 de la Ley 53/19834 utiliza los conceptos propios del régimen de Clases Pasivas, por lo que cunado la norma dice que también se aplica a las pensiones que se puedan percibir "por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio" (referencia que incluye el sistema de Seguridad Social), se hace preciso buscar qué pensiones son equivalentes en esos otros regímenes públicos a aquellas del régimen de Clases pasivas declaradas incompatibles con el empleo público. Y, puesto que en el régimen de Clases pasivas el concepto de "Jubilación o retiro" incluye tanto la jubilación por edad como la incapacidad permanente, al buscar el concepto equivalente en el sistema de Seguridad Social debe concluirse que la incompatibilidad derivara del artículo 3.2 de la ley 53/1984 no solamente se aplica a las pensiones de jubilación de la Seguridad Social, sino también a las de incapacidad permanente.

En informe de 22 de abril de 2021, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social señala que "*el reconocimiento seguido en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León 519/2018, de 23 de marzo, que acoge la sentencia del Tribunal superior de Justicia de Madrid 969/2020, de 4 de noviembre, es impecable y difícilmente cuestionable, pudiendo dar lugar a la interpretación contraria, sostenida mayoritariamente, a una clara discriminación entre quienes acceden a un cargo electivo en una corporación local teniendo reconocida una pensión de incapacidad permanente por alguno de los regímenes del sistema distinto del Régimen de Clases Pasivas y quienes acceden a ese tipo de cargo teniendo reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad para el servicio, a los que, cualquiera que sea la situación incapacitante, se les deberá suspender el abono de la pensión*".

Por tanto, concluye dicho informe: "*la procedencia de modificar el anterior criterio que considera compatible el percibo de pensiones por incapacidad permanente total o absoluta del sistema de Seguridad Social con el desempeño de cargos electivos de las corporaciones locales en régimen de dedicación exclusiva o parcial, en el sentido de considerarlo incompatible con el percibo de dichas pensiones, sin que la modificación del criterio la revisión por la Entidad gestora de compatibilidades ya reconocidas*".

En consecuencia, el desempeño de cargos electivos de las corporaciones locales en régimen de dedicación exclusiva o parcial se considera incompatible con el percibo de la incapacidad permanente total o incapacidad permanente absoluta.

No obstante, no procederá la revisión de los expedientes en los que se estimó la compatibilidad en aplicación de la anterior interpretación recogida en el apartado 2 del criterio 1/2021.

V. VIUDEDAD

1.- Complemento por mínimos de la pensión de viudedad. Criterio de Gestión del INSS 13/2021, de 17 de mayo de 2021

Se establece el criterio interpretativo en relación con el cálculo del complemento por mínimos en supuestos de beneficiarios separados o divorciados en los que no concurren más beneficiarios y la pensión de viudedad se abona en atención a la prorrata por el tiempo de convivencia con el causante, por tratarse de hechos causantes anteriores a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medias en materia de Seguridad Social o en los supuestos en los que procede aplicar la DT 13ª LGSS.

En relación con el reparto de la pensión de viudedad y del complemento por mínimo cuando concurren varios beneficiarios, la doctrina del Tribunal Supremo en sentencias de 20 de mayo, 22 de octubre, 9 y 19 de diciembre de 2002, 21 de mayo de 2003, 31 de mayo de 2005 y 17 de septiembre de 2008, entre otras– ha sido la de repartir el complemento por mínimos de acuerdo con el reparto que corresponde hacer en la pensión de viudedad. Así, el TS ha venido declarando que "la norma no reconoce varias pensiones de viudedad, sino una sola que se reparte proporcionalmente en la forma que en ella se determina, reparto que afecta, igualmente, al complemento por mínimos".

Este mismo criterio ha servido en las sentencias citadas para dar respuesta a las situaciones en las que, pese a no existir concurrencia de beneficiarios, se reconocía la pensión de viudedad a un beneficiario separado o divorciado en proporción al tiempo de convivencia del causante. El complemento por mínimos se ha venido calculando en esos casos en la misma proporción en que se prorrateaba la pensión de viudedad.

Asimismo, de acuerdo con la Circular de esta Entidad gestora número 1/2016, de 1 de julio, apartado 1.6.4. "*Cuando se tenga reconocida una parte proporcional de la pensión de viudedad, el complemento por mínimos a aplicar, en su caso, lo será en la misma proporción que se tuvo en cincuenta para el reconocimiento de la pensión*".

No obstante, la STS 786/2017 de 11 de octubre de 2017 (rcud 2911/2015), considera que "*esa equiparación entre los casos de reparto de la pensión de viudedad y aquellos otros que no consta que existe otra persona con derecho a la misma, merece ser revisada (…). En primer lugar, porque parece no casar con la doctrina que, en relación con la naturaleza y finalidad esencial de los complementos a mínimos*". Según el TS "*el complemento por mínimos tiene una naturaleza autónoma y, además resulta de fijación anual, de suerte que en cada anualidad al Estado le corresponda determinar cuál es el mínimo legal que cualquier pensión de viudedad debe alcanzar*", concluyendo que "*siendo la pensión de viudedad de la actora la única pensión de tal clase causada por el trabajador fallecido, habrá de aplicársele a la misma el complemento por mínimos en la cuantía fijada para cada una de dichas anualidades*".

Por tanto, el TS modifica su doctrina anterior y establece que para los casos en que se reconozca la pensión de viudedad en función del periodo de convivencia con el causante y no exista otra persona con derecho a pensión de viudedad no procede aplicar al complemento por mínimos la prorrata de convivencia, sino el abono del complemento por mínimos en su cuantía íntegra.

Este cambio de doctrina del TS viene referido en la citada sentencia a un supuesto concreto en el que el hecho causante se produce con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Medidas de Seguridad Social, Si bien, esta doctrina también ha sido confirmada por el TS en la sentencia 562/2020, de 30 de junio de 2020, recurso de casación para la unificación de doctrina 3031/2018, en relación con un supuesto de hecho en el que procede aplicar la FR 12ª LGSS.

Asumiéndose por la entidad gestora la doctrina del Tribunal Supremo en las sentencias de 11 de octubre de 2017 y 30 de junio de 2020. Por tanto, en aquellos casos en los que no exista concurrencia de beneficiarios y se reconozca la pensión de viudedad al cónyuge separado o divorciado en proporción al tiempo de convivencia con el causante por tratarse de hechos causantes anteriores a la entrada en vigor de la ley de Medidas de Seguridad Social o de los supuestos en los que procede aplicar la DT 13ª LGSS, el complemento por mínimos se reconocerá en su cuantía íntegra, sin aplicar ninguna reducción en atención al periodo de convivencia.

No obstante esta interpretación se aplicará sin perjuicio de que el complemento mínimo del ex cónyuge cumpla lo dispuesto en el artículo 59.2 LGSS, conforme al cual "*El importe de dichos complementos en ningún caso podrá superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez*".

VI. PENSIÓN EN FAVOR DE FAMILIARES

1.- Compatibilidad entre la pensión en favor de familiares del Sistema de la Seguridad Social y la reconocida por MUFACE o por el Fondo Especial del INSS. Criterio de Gestión del INSS 9/2021, de 23 de abril de 2021

De acuerdo con la Disposición Adicional sexta del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, las pensiones abonadas por el Fondo Especial de MUFACE tiene el carácter de públicas y a las mismas les resulta de aplicación los límites legalmente establecidos tanto para el señalamiento inicial como para su revalorización, así como para la concurrencia de pensiones.

Por su parte, el Reglamento del Montepío de Funcionarios de la Organización Sindical, de 10 de mayo de 1976 (integrado con posterioridad en MUFACE), regula en el Capítulo V el Régimen de Prestaciones. El artículo 49 define la naturaleza de estas prestaciones y dispone:

"*El Montepío establece dos clases de prestaciones:*

a) Prestaciones complementarias de las que otorga la Mutualidad Laboral.

b) Prestaciones propias del Montepío no relacionadas con aquellas".

El artículo 52.e) del citado reglamento señala: "Las pensiones en favor de familiares, cuando no quedare cónyuge o hijos con derechos, se concederá pensión a los familiares por un importe igual al de viudedad, bastando para su obtención el documento indubitable acreditativo de la concesión mutual correlativa…".

Por otra parte las pensiones del Fondo Especial constituyen un complemento que permite garantizar una cierta cuantía, con arreglo a las normas de derecho transitorio que resulten de aplicación, nada impide compatibilizar ambas prestaciones dado que la existencia de la prestación de favor de familiar que otorga la mutualidad de funcionarios civiles del Estado es complementaria de la prestación en favor de familiares causadas en el sistema de Seguridad Social, por lo que su existencia pende directamente del reconocimiento de una prestación por parte del Régimen General de la Seguridad Social.

A la misma conclusión deberá llegarse en cuanto a la posibilidad de compatibilizar una prestación en favor de familiares de la Seguridad Social ya reconocida con la pensión en favor de familiares del Fondo Especial del INSS.

VII.- COMPLEMENTO PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO

1.- Pautas de actuación para la aplicación del Complemento para la reducción de la brecha de género. Criterio de gestión del INSS 11/2021, de 4 de mayo de 2021

1.1. Hijos que dan derecho a la percepción del complemento

El actual artículo 60.3 LGSS dispone que "*A efectos de determinar el derecho al complemento, así como su cuantía, únicamente se computarán los hijos o hijas que con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente hubieran nacido con vida o hubieran sido adoptados*".

De la Exposición de Motivos del citado Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero se infiere que, al igual que ocurría con el complemento por maternidad, tampoco en el complemento para la reducción de la brecha de género el bien jurídico protegido es el hecho del parto –ya que incluso los hombres pueden percibirlo si reúnen determinados requisitos–, sino el reflejo que en el ámbito de las pensiones de ambos progenitores pueda ocasionar las tareas de cuidados de los hijos derivados del nacimiento o adopción.

En consecuencia, procede exigir que se adquiera la personalidad civil, sin que quepa aplicar lo dispuesto en el artículo 8 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, mediante el que cabe computar un feto que no llega a adquirir personalidad siempre que hubiera permanecido en el seno materno ciento ochenta días.

Sin embargo, aun cuando deba exigirse personalidad civil, la expresa mención a nacer "con vida" que se añade en la nueva regulación del artículo 60 LGSS parece indicar que, con independencia de la fecha en que el nacimiento se haya producido, debe atenderse a la nueva redacción del artículo 30 del Código Civil, conforme a la cual "la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno". Decae así la posibilidad de atender a la conforme a la cual sólo se reputaba nacido el feto que tuviera figura humana y viviese veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

Por los tanto, para el cómputo de los hijos a efectos del complemento para la reducción de la brecha de género, será necesario que hayan nacido con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, con independencia de la fecha en que se haya producido el nacimiento.

1.2. Acceso de los hombres al complemento

Conforme a los dispuesto en el apartado 1 del artículo 60 LGSS: "Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos:

(…)

b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:

1ª. En el supuesto de hijos o hijas nacidos adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se

constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le correspondan a la mujer.

(…)"

En relación con la condición 1ª de la letra b) del apartado 1 del citado artículo cabe hacer las siguientes precisiones:

a) En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, se exige que exista una falta de cotización de más de 120 días entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha, se cuestiona si dicho vacío de cotización debe ser un periodo continuo o pueda ser el resultado de la suma de periodos alternos sin cotizar.

Puesto que el objetivo del complementos para la reducción de la brecha de género es tratar de paliar el perjuicio en la carrera de cotización de los interesados y su repercusión en su derecho a pensiones y dicho perjuicio se produce igualmente si la falta de cotización tiene lugar en un mismo periodo ininterrumpido o en periodo sucesivos y, teniendo asimismo en cuenta que la norma no indica la necesidad de que el periodo sin cotización sea un periodo ininterrumpido, cabe concluir que el requisito podrá entenderse cumplido siempre y cuando se alcancen los días sin cotización requeridos dentro del periodo establecido, resultando indiferente la forma (en un mismo periodo ininterrumpido o en periodos sucesivos) en que se produzca ese vacío de cotización.

- Según el artículo 60.1 LGSS el complemento para la reducción de la brecha de género se reconoce por haber "tenido uno o más hijos". Asimismo, la letra a) del apartado 3 del citado artículo señala que "cada hijo o hija dará derechos únicamente el reconocimiento de un complemento".

Aunque la norma no señala expresamente que deban tenerse más de 120 días sin cotización por cada hijo se considera que debe exigirse dicho vacío de cotización por cada uno de los hijos nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, ya que por cada uno de ellos puede reconocerse un complemento para la reducción de la brecha de género.

En todo caso se excepcionarán los periodos de parto, adopción o acogimiento múltiple, en los que el mismo vacío de cotización computará a efectos de considerar cumplido este requisito para beneficiarse del complemento correspondiente a cada uno de los hijos.

Nada impide que, de tenerse más de 120 días de cotización por un hijo y cumplirse los demás requisitos, pueda reconocerse un complemento correspondiente a cada uno de los hijos.

Nada impide que, de tenerse más de 120 días sin cotización por un hijo y cumplirse los demás requisitos, pueda reconocerse un complemento por uno solo de los hijos, denegándose el complemento correspondiente a otro hijo, si por este último no se reúnen los requisitos necesarios.

-Según el apartado 1 del artículo 60, "Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos:

b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber ininterrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:

1ª. En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

En relación con esta condición cabe hacer las siguientes precisiones:

-En el supuesto de hijos o hijas nacidas o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1004, se exige que exista una falta de cotización de más de 120 días entre los nueve meses anteriores al

nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha, se cuestiona si dicho vacío de cotización debe ser un periodo continuo o puede ser el resultado de la suma de periodos alternos sin cotizar.

Toda vez que el objetivo del complemento para la reducción de la brecha de género es tratar de paliar el perjuicio en la carrera de cotización de los interesados y su repercusión en su derecho a pensiones y dicho perjuicio se produce igualmente si la falta de cotización tiene lugar en un mismo periodo ininterrumpido o en periodos sucesivos y, teniendo asimismo en cuenta que la norma no indica la necesidad de que el periodo sin cotización sea un periodo ininterrumpido, cabe concluir que el requisito podrá entenderse cumplido siempre y cuando se alcancen los días sin cotización requeridos dentro del periodo ininterrumpido o en periodos sucesivos y, teniendo asimismo en cuenta que la norma no indica la necesidad de que el periodo sin cotización sea un periodo ininterrumpido, cabe concluir que el requisito podrá entenderse cumplido siempre y cuando se alcancen los días sin cotización requeridos dentro del periodo establecido, resultando indiferente la forma (en un mismo periodo ininterrumpido o en periodos sucesivos) en que se produzca ese vacío de cotización.

-Según el artículo 60.1 LGSS el complemento para la reducción de la brecha de género se reconoce por haber "tenido uno o más hijos". Asimismo, la letra a) del apartado 3 del citado artículo señala que "cada hijo o hija dará derecho únicamente al reconocimiento de un complemento".

Aunque la norma no señala expresamente que deban tenerse más de 120 días sin cotización por cada hijo, se considera que debe exigirse dicho vacío de cotización por cada uno de los hijos nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, ya que por cada uno de ellos puede reconocerse un complemento para la reducción de la brecha de género.

En todo caso, se excepcionan los periodos de parto, adopción o acogimiento múltiple, en los que el mismo vacío de cotización computará a efectos de considerar cumplido este requisito para beneficiarse del complemento correspondiente a cada uno de los hijos.

Nada impide que, de tenerse más de 120 días sin cotización por un hijo y cumplirse los demás requisitos, pueda reconocerse un complemento por uno solo de los hijos, denegándose el complemento correspondiente a otro hijo, si por este último no se reúnen los requisitos necesarios.

- Según el artículo 60.1 LGSS para que los hombres puedan tener derecho al concurrir alguno de determinados requisitos, entre ellos, causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente u haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:

1ª.- En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

Una primera interpretación del precepto llevaría a entender que los requisitos de "haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento" y "tener más de 120 días sin cotización entre los 9 meses anteriores al nacimiento de su hijo y los 3 años posteriores al nacimiento", son dos requisitos distintos, de forma que, aunque se produzca esa falta de cotización de 120 días, no se podría acceder al complemento si no hay una interrupción del alta en la Seguridad Social. Esta interpretación consideraría, además, que "haber visto afectada su carrera profesional" también equivaldría a "haber interrumpido" su carrera profesional.

Una segunda interpretación, podrá hacerse en el sentido de que el requisito contenido en la letra b) del haber o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento se concretaría y se entendería cumplido siempre que se reúnan las condiciones posteriores que se establecen para cada caso. Es decir, la letra b), por sí sola, no concretaría lo que se entiende por interrumpir o ver afectada la carrera profesional, por lo que para ello habría que atender a las

condiciones 1º, 2º, 3º y 4º subsiguientes para ver si se da esa interrupción o afectación de la carrera profesional. De seguirse este planteamiento resultaría que bastaría con tener más de 120 días sin cotización dentro del periodo establecido para entender que se cumple el requisito exigido, y que esos días sin cotización dentro del periodo marcado implicarán que se produce la "afectación en la carrera profesional" que marca la norma.

La norma no indica que deba existir un alta previa que se extinga o se interrumpa, ya que junto con la interrupción se habla de "afectación de la carrera profesional", pudiendo ésta consistir precisamente en una falta de alta por no poder acceder a un puesto de trabajo en el periodo marcado.

La norma no indica que deba existir un alta previa que se extinga o se interrumpa, ya que junto con la interrupción de habla de "afectación de la carrera profesional", pudiendo ésta consistir precisamente en una falta de alta por no poder acceder a un puesto de trabajo en el periodo marcado.

Una lectura detallada del precepto permitiría concluir que la norma pretende ser flexible. Esta flexibilidad se observa en el hecho de que, pese a que la letra b) habla de interrupción o afectación de la carrera profesional "con ocasión del nacimiento", el periodo que se marca en la condición primera no empieza con el nacimiento del menor sino 9 meses antes, por lo que la falta de cotización anterior al mismo también se tiene en cuenta para considerar cumplido el requisito, Se pretende subsanar la falta de actividad laboral 9 meses antes del nacimiento hasta 3 años después, que lastra la carrera de cotización y en consecuencia las futuras pensiones.

La falta de cotización durante los 120 días que establece la norma no tiene por qué ser consecuencia de un trabajo que se extingue, sino que pueda ser resultado de la falta de un alta por la imposibilidad de acceder al mercado laboral. Haber accedido al mercado laboral tardíamente por razón del cuidado de los hijos, aunque posteriormente no se haya visto interrumpida la carrera profesional una vez que se logra acceder a un puesto de trabajo, no implicaría que el interesado no se haya visto afectado por el nacimiento, ya que esa incorporación tardía al mercado laboral también lastra la carrera profesional y conlleva la falta do cotización y el perjuicio en las pensiones que se pretende subsanar con el complemento para la reducción de la brecha de género, tal y como se expone en el preámbulo del Real Decreto-ley 3/2020.

La letra b) establece que esa interrupción o afectación en la carrera profesional se produce "con arreglo a las siguientes condiciones", por lo que puede entenderse que éstas definen dicha interrupción o afectación. En razón de lo expuesto, para entender que se cumple el requisito exigido bastaría con tener más de 120 días sin cotización dentro del periodo establecido, sin que tenga que producirse necesariamente una interrupción con posterioridad al alta para entender que la carrera profesional del interesado se ha visto afectada por el nacimiento.

Otra cuestión a dilucidar es cómo actuar en aquellos casos en los que no han transcurrido 24 meses desde el nacimiento o adopción hasta la fecha del hecho causante de la pensión.

Según las condición 2ª del artículo 60.1.b) LGSS, una de las formas de comprobar que los hombres han visto afectada su carrera profesional con ocasión de nacimiento o adopción de un hijo es que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores.

En aquellos casos en los que no se reúnen las bases de cotización requeridas para determinar que la suma de las mismas sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, por causar el interesado derecho a una pensión antes de que transcurran veinticuatro meses más desde el nacimiento o adopción, no se cumple el literal de la norma, que establece una comparación de bases de cotización por un número concreto de meses.

Tampoco parece que este supuesto guarde relación con la finalidad del complemento para la reducción de la brecha de género que se desprende del Preámbulo del citado Real Decreto-ley 3/2021, esto es subsanar de alguna forma el perjuicio en la carrera de cotización ocasionado por el

nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de las tareas de cuidado ya que la carrera de cotización no se vería afectada por dichas tareas de cuidado, sino por la edad (en caso de acceso a una pensión de jubilación) o por motivo de una incapacidad (en caso de acceso a una pensión de incapacidad permanente).

Por tanto, en los que no han transcurrido 24 meses desde el nacimiento o adopción hasta la fecha del hecho causante de la pensión, no se cumpliría la condición 2ª del artículo 60.1.b) LGSS para el acceso al complemento para la reducción de la brecha de género.

1.3. Complemento para la reducción de la brecha de género y complemento de maternidad

La DT 33ª LGSS establece lo siguiente:

"*Quienes en la fecha de entrada en vigor de la modificación prevista en el artículo 60, estuvieran percibiendo el complemento por maternidad por aportación demográfica, mantendrán su percibo.*

La percepción de dicho complemento de maternidad será incompatible con el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género que pudiera corresponder por el reconocimiento de una nueva pensión pública, pudiendo las personas interesadas optar entre uno y otro".

Por otra parte, el artículo 163 LGSS, en la redacción dada por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, señala lo siguiente:

"*1. Las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente.*

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.

No obstante, el interesado podrá solicitar que se revoque dicho acuerdo y optar por percibir la pensión suspendida. Esta opción producirá efectos económicos a partir del día primero del mes siguiente a la solicitud".

Ambos preceptos se complementan, de forma que la Entidad Gestora, conforme al artículo 163 LGSS, puede reconocer el más beneficioso (sin que sea necesario que los interesados se manifiesten expresamente por un complemento u otro con carácter previo a su reconocimiento), sin perjuicio de la facultad del interesado de poder optar expresamente por el otro si así lo desea.

1.4. Naturaleza jurídica del complemento para la reducción de la brecha de género

El artículo 60.3 LGSS establece que el complemento para la reducción de la brecha de género tendrá a todos los efectos naturaleza de pensión pública contributiva. Asimismo, el apartado c) del artículo 60.3 LGSS determina que "*el complemento será satisfecho en catorce pagas, junto con la pensión que determine el derecho al mismo*".

Por otra parte, el artículo 60.5 establece que "*Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, el complemento se abonará en tanto la persona beneficiaria perciba una de las pensiones citadas en el apartado 1. En consecuencia, su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento. No obstante, cuando en el momento de la suspensión o extinción de dicha pensión la persona beneficiaria tuviera derecho a percibir otra distinta, de entre las previstas en el apartado 1, el abono del complemento se mantendrá, quedando vinculado al de esta última*".

Por todo lo anterior, se concluye que la naturaleza jurídica que otorga el Real Decreto-ley 3/2011 al complemento para la reducción de la brecha de género es la pensión pública contributiva sujeta a las mismas características en cuanto a nacimiento, suspensión y extinción que la pensión a la que complementa. Por tanto, procede abonar el complemento en proporción al pago inicial de la pensión de que se trate, cesando desde dicho momento el pago del complemento por maternidad que se venía percibiendo.

En línea con esta interpretación cabe señalar, como ejemplo, el apartado f) del artículo 60.3 LGSS, referido al derecho al complemento por totalización de periodos de seguro a prorrata temporis en aplicación de normativa internacional, que establece la percepción del complemento de forma prorrateada, aplicado a la pensión a la que se acompaña.

1.5. Reconocimiento del complemento al segundo progenitor

El artículo 60.2 LGSS determina que "el reconocimiento del complemento al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor.

Asimismo, la condición 4ª del artículo 60.1.b) LGSS establece que "el requisito, para causar derecho al complemento, de la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que el corresponda al otro progenitor, se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una pensión contributiva, momento en el que se verifica el cumplimiento de los requisitos necesarios.

1.6. Efectos en el complemento de maternidad del reconocimiento al otro progenitor del complemento para la reducción de la brecha de género

La DT 33ª párrafo tercero LGSS establece que en el supuesto de que el otro progenitor, de alguno de los hijos o hijas, que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponda percibirlo, por aplicación de lo establecido en el artículo 60 LGSS o de la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasando dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a ésta".

En caso de que el otro progenitor tenga hijos en común con dos madres beneficiarias del complemento de maternidad, y se compruebe que cumple los requisitos para acceder al complemento para la reducción de la brecha de género por los hijos comunes a ambas beneficiarias del complemento de maternidad, la cuantía máxima que podrá alcanzar el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género deberá repartirse proporcionalmente entre el número de hijos comunes con cada una de las madres y dicha cuantía se deducirá de los complementos por maternidad que aquéllas venían percibiendo.

Es el caso de un hombre que tenga cinco hijos en total con dos beneficiarias del complemento por maternidad distintas, procederá dividir la cuantía máxima a percibir (limitada a cuatro veces el importe de hijos que cada madre tenga en común con el otro progenitor –tres en un caso y dos en el otro– y la cantidad obtenida será la que se deduzca del complemento por maternidad que venían percibiendo.

2.- Complemento para la reducción de la brecha de género y pensión de viudedad. Criterio de Gestión del INSS 12/2021, de 4 de mayo de 2021

En el Criterio 12/2021establecen las pautas de actuación en relación con la verificación de los requisitos relativos a los ingresos y cargas familiares exigidos para determinar la cuantía que

corresponde percibir de pensión de viudedad, así como el límite de la cuantía del complemento para la reducción de la brecha de género a percibir en caso de concurrencia de beneficiarios de la pensión de viudedad.

1. A efectos de determinar la concurrencia de los requisitos necesarios para la aplicación del porcentaje del 70 % en el cálculo de la pensión de viudedad, se computará el complemento para la reducción de la brecha de género.

2. El artículo 60.5 LGSS establece que "*Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, el complemento se abonará en tanto la persona beneficiaria perciba una de las pensiones citadas en el apartado 1º*".

Cabe precisar que la cuantía del complemento para la reducción de la brecha de género que corresponda percibir por cada hijo no se verá afectado por el reparto de la pensión de viudedad (prorrata) que corresponda en los casos de separación y divorcio.

3. El segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo establece que "*la cuantía a percibir estará limitada a cuatro veces el importe mensual fijado por hijo o hija*".

En aquellos casos en los que un mismo causante de lugar a varias pensiones de viudedad, el límite de la cuantía del complemento señalado en el párrafo anterior (108 euros en el año 2021) se aplicará a cada beneficiario de la pensión de viudedad teniendo en cuenta exclusivamente el número de hijos que éste tenga, con independencia del número de hijos de otros beneficiarios de la pensión de viudedad,

4. El artículo 3 LGSS establece el principio de irrenunciabilidad de los derechos de la Seguridad Social. Sin perjuicio de dicho principio. Esta entidad gestora viene admitiendo la renuncia a prestaciones de la Seguridad Social más favorable y que ellos no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros (artículo 6,2 del Código Civil).

De conformidad con lo previsto en el artículo 60.3 LGSS, el complemento para la reducción de la brecha de género tiene a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva por lo que, a juicio de la entidad gestora, su carácter complementario respecto de una pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, no obsta para que se admita la renuncia a dicho complemento en los términos indicados anteriormente.

3. Complemento para la reducción de la brecha de género y suspensión del importe íntegro de la pensión de jubilación en aplicación de las normas de compatibilidad y trabajo. Criterio de Gestión del INSS 15/2021, de 17 de mayo de 2021

En el criterio se estudia si en los casos en los que por aplicación de las normas de compatibilidad y trabajo se suspende el percibo de una parte de la pensión de jubilación, como ocurre en el caso de la jubilación activa o en la flexible) procede suspender el percibo íntegro del complemento para la reducción de la brecha de género regulado en el artículo 60 LGSS, aplicando el mismo régimen de suspensión de la pensión.

Pues bien, el artículo 60.5 LGSS establece: "*Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, el complemento se abonará en tanto la persona beneficiaria perciba una de las pensiones citadas en el apartado 1. En consecuencia, su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento*".

Según señala la Dirección general de Ordenación de la Seguridad Social en informe de 14 de mayo de 2021, "*Habrá que estar al régimen jurídico de suspensión o extinción de la pensión que complementa, en aplicación del claro tenor literal del apartado 5 de dicho artículo que determina que su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento.*

Si no se entendiera así, y como apunta esa Entidad, no se aplicará al nuevo complemento el régimen de suspensión de la pensión que complementa de tal manera que no se suspendiera o se minorara su percibo, aunque conforme a las reglas de compatibilidad entre el trabajo y la pensión ésta si se suspendiera o parte de ella, cabría preguntarse, entonces, para que los casos ha previsto el legislador que la suspensión del complemento coincida con el de la pensión que ha determinado su reconocimiento, teniendo en cuenta que no ha establecido ninguna otra previsión al respecto que la contenida en el artículo 60.5.

En consecuencia, a juicio de este Centro Directivo, no plantea dudas la voluntad del legislador en esta cuestión puesto que ha mantenido, en la configuración del nuevo complemento, que siga la misma dinámica que la de la pensión que ha determinado su reconocimiento, con independencia de que haya variado la fijación de su cuantía en relación con el anterior complemento. Admitir lo contrario, supondría aceptar que la norma contiene una previsión al respecto sin trascendencia alguna".

Por tanto, cabe concluir que, en aquellos supuestos en los que la pensión de jubilación o parte de ella se suspenda conforme a las reglas de compatibilidad entre el trabajo, procederá igualmente suspender o minorar el complemento para la reducción de la brecha de género que complementa dicha pensión. Así, por ejemplo, en el caso de que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 214 LGSS se percibiera el 50 % del importe de la pensión de jubilación, procederá igualmente percibir el 50 % del complemento para la reducción de la brecha de género.

4. Complemento para la reducción de la brecha de género y pensión de jubilación compatible con el trabajo concurrente otra pensión. Criterio de gestión del INSS 17/2021, de 27 de mayo de 2021

Se estudia la vinculación del complemento para la reducción de la brecha de género regulado en el artículo 60 LGSS, cuando la pensión a la que completa es la de jubilación (activa o flexible) compatible con el trabajo y se percibe, además, otra pensión de las contempladas en el apartado 1 del artículo 60 LGSS,

El Criterio 15/2021 aborda la cuestión relativa a la suspensión o minoración del complemento para la reducción de la brecha de género en aquellos casos en los que por aplicación de las normas sobre compatibilidad y trabajo se suspende el percibo de una aplicación de las normas sobre compatibilidad y trabajo se suspende una parte de la pensión de jubilación que se complementa. Se concluye que, en aquellos supuestos en los que la pensión de jubilación o parte de ella se suspenda conforme a las reglas de compatibilidad entre el trabajo, procederá igualmente suspender o minorar el complemento para la reducción de la brecha de género. Así, por ejemplo, en el caso de que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 214 LGSS se percibirá el 50 % del importe de la pensión de jubilación, procederá igualmente percibir el 50 % del complemento para la reducción de la brecha de género.

Surge ahora la cuestión de si, en el caso de concurrencia de pensiones que permitan causar el complemento para la reducción de la brecha de género, es posible vincular el complemento a la otra pensión que se percibe en concurrencia con la de jubilación compatible con el trabajo, con objeto de que el complemento para la reducción de la brecha de género no se vea suspendido o minorado,

El artículo 60.5 LGSS dispone que "*Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, el complemento se abonará en tanto la persona beneficiaria perciba una de las pensiones citadas en el apartado 1. En consecuencia, su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento. No obstante, cuando en el momento de la suspensión o extinción de dicha pensión la persona beneficiaria tuviera derecho a percibir otra distinta, de entre las previstas en el apartado 1, el abono del complemento se mantendrá, quedando vinculando al de esta última*".

Por tanto, en caso de concurrencia de pensiones, procederá vincular la totalidad del complemento para la reducción de la brecha de género a la pensión que no se ve suspendida total o parcialmente.

Así, en el supuesto objeto del presente criterio, el complemento dejaría de complementar la pensión de jubilación (activa o flexible) cuyo importe se suspende parcialmente.

Así en el supuesto objeto del presente criterio, el complemento dejaría de complementar la pensión de jubilación (activa o flexible) cuyo importe se suspende parcialmente o se minora por aplicación de las normas sobre la compatibilidad y trabajo, y quedaría vinculado a la otra pensión de las previstas en el artículo 60.1 LGSS que se percibe.

Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social

Laborum

Definición y ejecución de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ámbito de las empleadas del hogar. Repercusiones de la interpretación de las normas laborales y de seguridad social aplicables a este sector

Definition and execution of actions of the Labor and Social Security Inspectorate in the field of domestic employees. Repercussions of the interpretation of labor and social security regulations applicable to this sector

ROMÁN GARCÍA OLIVER *Inspector de Trabajo y Seguridad Social*
Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Aragón
https://orcid.org/0000-0002-8528-6129

Cita sugerida: GARCÍA OLIVER, R., "Repercusiones de la interpretación de las normas laborales y de seguridad social aplicables a este sector". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 28* (2021): 217-238.

Resumen

Las competencias de la ITSS en España en materias de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social son manifestación de su carácter generalista y permiten definir y ejecutar con éxito actuaciones de lucha contra la precariedad de las personas empleadas en el hogar familiar desde una perspectiva global. La demanda social para la mejora de las condiciones laborales de este colectivo feminizado exige de los poderes públicos una acción decidida. La campaña desarrollada por la ITSS ha puesto de relieve problemas de interpretación de las normas y dificultades técnicas para su aplicación. La combinación de una labor previa de divulgación y asistencia técnica y los controles posteriores permiten la regularización de relaciones laborales y han contribuido a la mejora de las herramientas puestas a disposición de los empleadores y personas trabajadoras para realizar sus trámites de seguridad social y cumplir con los mínimos legales exigibles.

Palabras clave

Empleadas del hogar; Actuaciones de inspección; Trabajo precario; Interpretación normas; Gestión de la Seguridad Social

Abstract

The Labor and Social Security Rights powers of the Spanish Bureau of Labor and Social Welfare (ITSS) are testament to its general nature and allow for the definition and successful execution of actions to combat the precariousness of household employees from a global perspective. Social demand for the improvement of the working conditions of this feminized group requires decisive action from public powers. The campaign developed by the ITSS has highlighted problems of interpretation of the rules and the technical difficulties of their application. The combination of work without prior disclosure and technical assistance with subsequent controls allows for the regularization of labor relations and has contributed to the improvement of the tools available to employers and employees to carry out social security procedures and to comply with legal requirements.

Keywords

Household employees; Actions of inspection; Precarious work; Interpretation of standards; Management of Social Security

1. LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LAS PERSONAS EMPLEADAS EN EL HOGAR FAMILIAR. EL DETONANTE DE UNA ACTUACIÓN DE INSPECCIÓN

El Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social (OEITSS)inició en enero de 2021 un plan de actuación en el sector del hogar con la finalidad de velar por el cumplimiento de las

obligaciones básicas relacionadas con el salario que debe ser abonado a las personas empleadas al servicio del hogar familiar y las cotizaciones realizadas por los empleadores.[1]

En el marco de las competencias atribuidas por el art. 12.1 a) y c) de la Ley 23/2015, (BOE de 21 de julio), la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como su propio nombre indica, debe vigilar y exigir de forma integral y bajo los principios de unidad de función y de actuación inspectora, el cumplimiento de las normas laborales, como las de abono del salario debido y la correcta formalización de los contratos de trabajo, y de las normas de Seguridad Social, entre las que se encuentran las que afectan a las obligaciones de alta, bajas, variaciones de datos y cotización.

La combinación de obligaciones legales en materia de Trabajo y de S. Social se manifiesta con especial intensidad en la configuración de las relaciones laborales especiales del servicio del hogar familiar y la aplicación de su sistema especial de cotización de empleados del hogar (SEEH). Las actuaciones iniciadas ponen de manifiesto con especial claridad algunos de los principios y bondades sobre los que se asienta el modelo generalista de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) configurado en nuestro país, y reafirmado por la Ley 23/2015, que sitúa en el centro de su actividad al "sujeto o situación laboral", concebidos como un todo, en el que confluyen diferentes problemas o incumplimientos interrelacionados y que, lógicamente, deben ser atendidos desde una perspectiva global y holística.

En un contexto social, laboral, normativo y tecnológico cada vez más complejo, se acentúan las debilidades de las personas con menores "recursos", entendidos estos en sentido general. A pesar de las herramientas de las que nos dotamos como sociedad para intentar atender todas nuestras necesidades y hacer cumplir las normas aplicables, las Administraciones Públicas tienden a establecer, con mayor o menor éxito, sistemas de gestión que guían y conducen sus relaciones con los administrados, haciéndose en muchos casos más lejanas, complejas e inaccesibles de lo que deriva de los propios mandatos normativos y, sobre todo, de lo que demandan los ciudadanos como destinatarios de las mismas.

Esta situación se ha acentuado especialmente a raíz de la pandemia Covid-19, con manifestaciones igualmente claras en el ámbito de los organismos públicos relacionados con el ámbito laboral. Los ciudadanos demandan normas claras e interpretaciones y soluciones prácticas, accesibles, ágiles, comprensibles y coordinadas entre las diferentes administraciones implicadas.

Las personas que prestan servicios en el hogar familiar, en su mayoría labores domésticas y de cuidado de menores, mayores y dependientes, constituyen un colectivo que padece con especial intensidad los efectos perjudiciales de las crisis económicas o sociales en la medida en que sus condiciones de trabajo se ven alteradas o minoradas cuando cambian igualmente las condiciones de los empleadores.[2]

El estudio de la situación de este colectivo, como punto de partida de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ha puesto de manifiesto la existencia de condiciones laborales que deben ser mejoradas. El análisis realizado por la Oficina Nacional de Lucha contra el Fraude integrada en la ITSS, ha permitido detectar que la información facilitada por los empleadores desde el año 2012 mediante los trámites ante la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) no tenía en muchos supuestos un contenido adaptado a la normativa vigente y arrojaba dudas sobre las condiciones salariales y contractuales reales.

[1] Difusión de la campaña en la web de la ITSS https://www.mites.gob.es/itss/web/Documentos/CAMPANA_Servicio_HOGAR/index.html

[2] Estudio: TRABAJO DOMÉSTICO LA "SOLUCIÓN" DEL GOBIERNO A LOS RECORTES DEL ESTADO DE BIENESTAR. UGT. VICESECRETARÍA GENERAL Departamento de Migraciones.
Documento: DECÁLOGO DE REIVINDICACIONES PARA TRABAJADORAS DEL HOGAR. CCOO. Construcción y servicios.

Dado el periodo transcurrido desde su integración en el Régimen General, se apreció la necesidad de realizar una labor previa de información y ”asistencia técnica individualizada” y de investigación posterior mediante actuaciones de inspección ordenadas de forma gradual, para conseguir dos objetivos fundamentales: el pago a las personas trabajadoras de los salarios mínimos que deben ser respetados y que sus bases de cotización a la Seguridad Social se correspondan con los mismos, permitiendo su adecuación a efectos de pago de cotizaciones y devengo de prestaciones de la Seguridad Social.

La ausencia de una representación sindical organizada de este colectivo que pueda poner de manifiesto o canalizar sus dificultades y el escaso volumen de denuncias que se presentan, por razones obvias relacionadas con la especial configuración de la relación laboral, exigen que el OAITSS incluya de oficio entre sus planes de actuación las acciones orientadas a la protección de los derechos de las personas que desarrollan esta actividad.

Más allá de los estudios publicados o de los indicadores que pudieran ser analizados para justificar una actuación de control generalizada, en el año 2020, con ocasión de la crisis asociada a la Pandemia de la Covid-19, se produce un “detonante” que permite detectar y visibilizar de manera más intensa y general algunas de las deficiencias de salarios o cotizaciones indicadas que afectaban a estas personas. Mediante el Real Decreto-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,(BOE de 1 de abril),se implantan diferentes medidas para la protección de los colectivos más vulnerables afectados por la pandemia, incluyéndose al colectivo de las empleadas del hogar. Estas personas no disponen de derecho a la prestación por desempleo y habían resultado afectadas por la pérdida del empleo o por la reducción de su actividad asociada a las restricciones que conllevaba en aquel momento el estado de alarma declarado.

Se reguló un subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el SEEH de carácter temporal que constituyó la primera ocasión en que se configura una “prestación” económica de esta naturaleza asociada al cese o a la reducción involuntaria de la actividad de este colectivo. Debe recordarse que las personas al servicio del hogar están integradas en un sistema especial del régimen general de la S. Social desde el 1 de enero de 2012 (Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. BOE de 2 de agosto), pero sin incluir en la acción protectora la prestación o subsidio por desempleo regulados en los artículos 262 y ss. De la LGSS.

La articulación de este subsidio exigió concretar la forma de determinar la base reguladora para su cálculo y en caso de suspensión y reducción temporal de la jornada, el porcentaje y el periodo. Estos elementos, que en una prestación de desempleo “ordinaria” se relacionan de forma intrínseca con la base de cotización del trabajador y los salarios percibidos, no podían aplicarse como tales en un sistema especial de cotización que se basa en la aplicación de una base fija en función de un escalado de tramos de salarios abonados, y desconociéndose la afección real de la disminución de la actividad, que se realiza en el seno de un domicilio particular.

Para salvar estas dificultades se configuró un sistema de tramitación basado en una declaración responsable realizada por el empleador en la que debía constar la información básica para concretar la afección real al salario y a la jornada, permitiendo a las personas empleadas contrastar las condiciones indicadas en las declaraciones con su propia realidad, en base a las nóminas entregadas, la ausencia de ellas, o las discrepancias entre el salario realmente percibido y el declarado en este documento a efectos del subsidio extraordinario.

Con posterioridad, la tramitación de los subsidios, que se calculaban mediante la aplicación del porcentaje del 70% sobre la “base reguladora” total o parcial afectada por la suspensión o reducción de la actividad, puso de manifiesto que las cuantías percibidas no se correspondían en algunos supuestos con las bases de cotización que debían tomarse en consideración o los salarios que se percibían.

En resumen, la aplicación de este subsidio extraordinario permitió detectar y exteriorizar discrepancias entre los datos que se habían trasladado a la S. Social por parte de algunos empleadores, o que las personas trabajadoras estaban percibiendo salarios inferiores al SMI, afectando igualmente a la cuantía del subsidio.

Esta realidad puso de nuevo sobre la mesa la reflexión y el análisis sobre el funcionamiento del sistema especial de cotización implantado desde el año 2012, y las deficiencias del mismo, así como la reivindicación de diferentes colectivos para proteger los derechos de las personas empleadas al servicio del hogar, incluidos los de aquéllas que se encontraban en situación irregular, por ausencia de autorización para trabajar o de alta en la S. Social.[3]

En este escenario es preciso realizar una serie de consideraciones y analizar con más detalle el funcionamiento del sistema de cotización aplicado a las empleadas del hogar. No se trata de realizar un estudio del marco normativo general, ya conocido, sino de confrontar elementos del mismo con su aplicación práctica. Especialmente la interpretación de algunos conceptos jurídicos sobre contratación y salario mínimo que sirven de base para la concreción de las reglas de cotización y la forma en que se produjo su traslación a los sistemas de gestión y herramientas implantadas por la Administración de la S. Social.

Estos aspectos han generado en los empleadores dudas y problemas aplicativos del SEEH, que se unen al grado de dificultad de los trámites que deben ser realizados directamente por ellos o por las o personas trabajadoras, pudiendo repercutir en los derechos laborales y de S. Social y en la forma en que se configuran las relaciones laborales.

La definición de una actuación programada en esta materia pone de manifiesto con toda su intensidad la estrecha relación entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la S. Social, y la necesidad de una adecuada interpretación ajustada al marco legal de los conceptos y obligaciones en los dos ámbitos normativos que confluyen en este sistema especial de cotización. Por ello, la posible existencia de "diversidad de miradas" desde organismos con competencias diferenciadas, como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (órgano de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas, y la Tesorería General de la S. Social(órgano de gestión y control recaudatorio) debe resolverse en favor del objetivo común en el que confluyan ambas instituciones, trasladar a los interesados y ciudadanos unos criterios ajustados a derecho, inteligibles, y que permitan conocer las consecuencias reales de sus actos cuando se configura una relación laboral especial de esta naturaleza.

Los problemas indicados se han prolongado hasta mayo de 2021, momento en el que, coincidiendo con el impulso generado por las actuaciones de la ITSS, la TGSS ha implantado un nuevo portal general de tramitación más sencillo e intuitivo denominado "import@ss", destinado a las personas "no profesionales" a través del cual se pueden realizar los trámites correspondientes al sistema especial del hogar familiar y que contribuye igualmente a paliar algunas de las carencias anteriores.

Es necesario analizar los elementos que, con mayor o menor intensidad, han repercutido hasta la fecha en la aplicación de las normas sobre cotización a la S. Social, y que constituyen la base para el diseño de una actuación general impulsada por la ITSS. Partiendo de una premisa clara, como fue la integración progresiva de este colectivo en el Régimen General de la Social, el sistema aplicado ha tenido complejidad para su comprensión y aplicación práctica por los empleadores, afectando a la consecución efectiva de algunos de los objetivos que se pretendían, como aflorar todos los empleos realmente existentes y mejorar las condiciones laborales y de S. Social de las personas empleadas.

[3] MUÑOZ MOLINA, J., "Nueva regulación del régimen laboral y de seguridad social de los empleados del hogar". *Relaciones Laborales* 4, abril de 2013, Nº 4, 1 de abr. de 2013.Editorial WoltersKluwer.

2. LA ESPECIAL CONDICIÓN DE "EMPLEADOR" EN EL HOGAR Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LOS TRÁMITES OBLIGATORIOS DE S. SOCIAL

De conformidad con el artículo 1 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (BOE de noviembre), se considera empleador al titular del hogar familiar, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos. Se excluye expresamente de esta relación especial, entre otras, a las concertadas por personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, aun si su objeto es la prestación de servicios o tareas domésticas, que se regirán por la normativa laboral común.

Este "empleador" es el responsable de realizar los trámites de solicitar su inscripción en la S.Social, cursar el alta, baja y variaciones de datos en el sistema especial e ingresar las cotizaciones correspondientes, estando excluido de la obligatoriedad general de darse de alta en el sistema RED que existe para el Régimen General. (sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social). (Artículo 10,1 7º del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero. BOE de 27 de febrero).

La exclusión del sistema RED no evita que deban utilizarse canales telemáticos, puesto que los trámites están disponibles a través de la Sede Electrónica de la SS. Debe recordarse que durante el periodo más intenso de la pandemia de la Covid-19 no ha sido posible realizar trámites presenciales en las oficinas de la TGSS, debiendo utilizarse exclusivamente la modalidad telemática.

A pesar de la implantación de las nuevas tecnologías en todos los ámbitos de la sociedad, la especialidad de los empleadores titulares de los hogares que son responsables de cumplir con las obligaciones de SS, (la mayoría, aunque se permita a las personas empleadas ocupadas hasta 60 horas/mes) dificulta en gran medida el conocimiento de las gestiones a realizar y su tramitación efectiva mediante los sistemas de acceso existentes hasta la actualidad, especialmente entre el colectivo de personas dependientes. Igualmente, la difícil comprensión de los conceptos que se manejan, y especialmente de sus implicaciones, afectan a la conciencia de la obligación de realizar trámites de "variaciones de datos", para la actualización de los aspectos que tengan repercusión sobre las cotizaciones, como los cambios del salario o las modificaciones en la jornada.

No se puede pretender que la profesionalización inherente a las gestiones de SS realizadas por las "empresas ordinarias" se manifieste con el mismo grado de intensidad en un colectivo de empleadores muy variado, siendo habitual el recurso constante a ayudas externas, profesionales o no, para realizar los trámites.

Incluso entre los "actores" y los profesionales el mundo laboral han sido y son frecuentes y reiteradas las discusiones, comentarios y dudas sobre las gestiones realizadas, siendo un ejemplo palpable de las implicaciones que esta situación ha podido generar desde el año 2012 hasta la actualidad.

La obligación de cumplimiento de normas más o menos complejas no está reñida con la necesidad de que la Administración sea accesible y con la simplificación de los trámites, ni con la necesidad de actuaciones de concienciación y difusión para garantizar y acomodar las conductas a las mencionadas obligaciones.

Tras la implantación de este Sistema Especial, inicialmente mediante trámites presenciales y documentados, no han existido hasta la actualidad acciones específicas orientadas a la mejora de los mismos y de la calidad de la información incorporada por los empleadores.

Este hecho es relevante en la medida en que el sistema diseñado no permite actualizaciones automáticas de las bases, como ocurre con el R. General mediante la aplicación de las bases mínimas anuales, y por las repercusiones que las sucesivas actualizaciones del SMI producidas, especialmente desde enero de 2016.

Debe recordarse que los incumplimientos asociados a cualquier aspecto laboral y de S.Social, como no cursar el alta de un empleado, no pagar el salario mínimo exigible, realizar más horas de las declaradas o no comunicar las variaciones de datos con repercusión en las cotizaciones generadas, tienen importantes consecuencias sancionadoras, con la misma intensidad para un "titular del hogar familiar" que para un empleador ordinario o empresario, pero con mayor repercusión real, en la medida en que un régimen económico familiar no se estructura como una actividad empresarial ni tiene la misma dimensión.

Tras la implantación durante 2012, el sistema especial para empleados de hogar alcanzó ya en junio de 2013 la cifra de 426.963 trabajadores de alta en promedio en ese mes, cifra que se mantiene de promedio hasta enero de 2017. Es decir, el volumen de trabajadores en situación de alta se mantuvo más o menos estable hasta diciembre de 2016, existiendo ya elementos suficientes para detectar en este periodo las posibles dificultades o la realidad de las gestiones realizadas en materia de cotizaciones, como los salarios declarados, las jornadas y horas registrados, los tramos de cotización aplicados y las actualizaciones o variaciones de datos en función del volumen indicado y las normales incidencias y cambios que se producen en este sector de actividad.

Los datos registrados en la S. Social constituyen para este colectivo el principal indicador de actividad permitiendo, si se considera necesario, realizar análisis tanto desde una perspectiva de gestión, como cotización, recaudación, etc., como para la detección de indicadores e irregularidades, precariedad o fraude, mediante una perspectiva más global, en la medida en la que debe incorporar información de contratación, salarios o jornada.

3. PARTICULARIDADES DEL SISTEMA DE COTIZACIÓN. IMPLICACIONES DE LA APLICACIÓN DE BASES POR TRAMOS

El sistema de cotización implantado por la Ley 27/2011 ya citada, que sigue vigente en la actualidad, se basó en una aplicación de bases fijas en función de unos tramos de retribuciones abonadas, que debía aproximarse progresivamente al Régimen General, previsto inicialmente para 2019, ampliado posteriormente hasta diciembre de 2022.[4]

A diferencia del régimen general en el que existe una correspondencia entre los salarios devengados y las bases por las que se cotiza, este peculiar sistema de bases por tramos dificultó desde el principio su comprensión y explicación, al tener que trasladarse a los empleados verbalmente y mediante la nómina que los salarios reales abonados no eran realmente por lo que se cotizaba, siendo esta cantidad concretada por la S. Social, lo que afectaba igualmente a las prestaciones devengadas, calculadas sobre la base de cotización "predeterminada".

Las bases de cotización por tramos se han actualizado en sus cuantías y en el número de tramos. En 2021 conservan una desviación al alza respecto de la media en cada uno de los tramos definidos. Es decir, existen más salarios que cotizan por una base superior a la cuantía de estos que los que se corresponden con bases fijas inferiores, penalizando a un volumen de empleadores superior, que se corresponde con los tramos de horarios inferiores.

Con los tramos vigentes desde 2019, en los siete primeros tramos de bases, que alcanzan hasta la jornada completa (la SS la refiera a 160 horas/ mes), el promedio de salario que se sitúa por debajo de la base fijada en cada tramo se sitúa en los 118 euros. (Ejemplo: en los tramos 1 a 7 la diferencia entre el mínimo en cada uno y la base fijada asciende a las siguientes cantidades: 206; 100; 99; 98; 98; 97;136. Mientras que la diferencia entre la base fija y el importe superior del tramo se sitúa en: 34; 35; 36; 37; 37; 37; 0).[5]

[4] LGSS. Disposición transitoria decimosexta. Redacción por Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre. (BOE 23-12-2020) .

[5] Art.14. Orden TMS/83/2019, de 31 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2019. (BOE 2-02-2029)

Por otro lado, en el año 2018 se introdujo otro elemento de incertidumbre sin una razón legal desde la perspectiva de las cotizaciones a la seguridad social, al figurar en la tabla de bases aprobada una relación de horas máximas. Se trata de un aspecto que, por su carencia de fundamento, no fue tomado en consideración por la ITSS pero que produjo los efectos que se indican a continuación.

La fijación de las horas máximas en cada tramo conllevaba necesariamente una correspondencia teórica entre las horas y el importe o salario por hora de trabajo utilizado como referencia, ya que los tramos se configuran por los salarios reales devengados. El sistema de bases por tramos se basa en tramos de salarios "abonados", pero se estructura hasta alcanzar en el tramo 7 una cuantía máxima equivalente al SMI mensual calculado para 12 meses con las pagas extraordinarias incluidas (ejemplo: 2017: 825,66; 2018: 858,60; 2019:1.050,01).

De la correlación entre el número máximo de horas y el salario máximo de cada tramo, se obtenían cuantías de un "importe/ hora de trabajo" equivalente al mismo importe fijado en el DSMI si los empleadores abonaban el SMI en función de las horas trabajadas. Las cuantías máximas de cada uno de los tramos arrojan las siguientes cuantías del importe teórico por hora trabajada: 7,06; 7,08; 7,08; 7,01; 7,03; 7,03; 6,56; 7,15; 8,09). Esta referencia horaria se introdujo para el año 2019, con un SMI situado en 900 euros, y que fijaba en su artículo 4 en 7,04 euros por hora efectivamente trabajada el salario mínimo de los empleados que trabajasen por horas, en régimen externo, que incluye todos los conceptos retributivos.

La correspondencia del importe por hora trabajada por todos los conceptos para los tramos más importantes con el importe indicado en el Decreto por el que se aprueba el SMI generó un intenso debate, que aún se mantiene, sobre el salario mínimo por hora trabajada, los conceptos que incluía y los efectos en materia de cotización, en la medida en que las subidas del SMI producidas desde el año 2016, y especialmente la de 2019 (+22,3%) había producido una mayor correspondencia o aproximación entre las retribuciones pactadas y la cuantía del SMI.

Además del debate técnico-jurídico muchos empleadores y profesionales temieron por las posibles implicaciones y se sentían obligados indebidamente a calcular el salario/ hora pactado para contrastarlo con el del DSMI utilizado por la TGSS como "elemento de referencia" para todos los tipos de contratación. Podían considerar que, si su cálculo sobre el precio hora pactado no era el que resultaba del cuadro señalado, (por ejemplo, si abonaban las vacaciones de forma separada y mantenían el alta en la Seguridad Social de la persona ocupada igualmente en este periodo), la Administración de la S. Social aplicaría de oficio la base correspondiente a un tramo superior, aunque los salarios realmente abonados fueran inferiores y correctamente calculados.

(Ejemplo de la duda que generó entre los empleadores: en el año 2019 el importe mínimo correspondiente al SMI mensual si se abonaban las vacaciones aparte y se mantenía el alta, ascendía a 1.050 euros/mes.: (900x14/12), por lo que si se pactaba un salario fijo mensual referenciado al SMI de 373,92 euros por 57 horas de trabajo al mes,(% de jornada del 35,62) se correspondía con el tramo 2, que alcanza hasta los 375 euros de salario y así se comunicaba al cursar el alta o la variación de datos a la TGSS. No obstante, a este tramo se le atribuye un límite de horas de 53. Dado que en 2020 y 2021 se han mantenido los tramos, pero el SMI se incrementó en el año 2020, la correspondencia con el importe por hora trabajada ya no es la indicada pero aún se produce el desajuste indicado.) (Para el mismo supuesto del ejemplo se produce con 54 horas de trabajo pactadas y declaradas y su SMI equivalente).

Otro elemento que generó problemas iniciales es la obligatoriedad de incluir la parte proporcional de pagas extraordinarias a efectos de la determinación de la retribución mensual del empleado de hogar. De conformidad con las diferentes órdenes de cotizaciones anuales el importe percibido mensualmente en base al acuerdo de salarios deberá ser incrementado, conforme a lo establecido en el artículo 147.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con la parte proporcional de las pagas extraordinarias que tenga derecho a percibir el empleado. (Artículo 14.1 de la Orden TMS/83/2019, de 31 de enero, que sigue en vigor). Esta obligación no se incluyó

de forma expresa en la Ley 27/2011, pero se incorpora en todas las Órdenes anuales de cotización. No obstante, en los documentos de difusión que se confeccionaron no se mencionaba de forma expresa. En este marco muchos empleadores que cursaron las altas iniciales entre los años 2012 y 2014 no tenían muy claro este aspecto, declarando de forma exclusiva el salario mensual abonado sin la parte de las pagas extras. Las particularidades de la implantación de este sistema especial y la inercia que caracteriza a este tipo de relaciones unida a la falta de conciencia de la obligación de realizar variaciones de datos permitió que se mantuviera en el tiempo declarando, a efectos de cotización, salarios inferiores a los que debían computarse según los criterios aplicables.

4. EFECTOS DE LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR DEL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL VIGENTE

La ausencia de convenio colectivo determina que el salario mínimo interprofesional aprobado se convierte en el "salario suelo" que debe ser respetado en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar. El artículo 8 del RD 1620/2011, remarca que este salario es aplicable para estas personas y contempla igualmente una cláusula específica de actualización anual en defecto de acuerdo entre las partes que es desconocida o inaplicada directamente, al contemplar "*un incremento salarial anual igual al incremento salarial medio pactado en los convenios colectivos según la publicación de la Subdirección General de Estadística del Ministerio de Trabajo e Inmigración del mes en que se completen doce consecutivos de prestación de servicios."*

La aplicación normal de salarios superiores proporcionales para los supuestos de ocupaciones esporádicas o para jornadas de escasa duración semanal o mensual, y más ajustados para las contrataciones de mayor jornada y duración, se vio afectada por las revisiones producidas en las cuantías del SMI desde el año 2016. Desde diciembre de 2015 hasta enero de 2020 se pasa de un SMI mensual de 648,6 euros a 950 euros, con un incremento en 3 años de 301,4 euros, un 46,4%.[6]

En el mismo periodo se fueron actualizando las bases de cotización a la S. Social fijadas por tramos y los salarios que comprendían los mismos, por lo que a la actualización salarial obligatoria por ley debía sumarse las actualizaciones en las cuotas a ingresar.

Esta situación llevó a un mayor ajuste en los salarios reales abonados a las personas empleadas, que se acomodaban mucho más al SMI aprobado. Igualmente motivó que los empleadores prestaran mayor atención a los "costes totales", incluidas las cuotas a la S. Social. En muchas ocasiones el ajuste además conllevaba la reducción de la jornada efectivamente pactada, por imposibilidad de hacer frente a los mencionados incrementos.

A título de ejemplo, para una jornada a tiempo parcial de 15 horas de trabajo semanales el importe total del coste de salarios en el caso de abonar de forma estricta el SMI pasó de 283,76 a 415,62, euros/mes, con la prorrata de pagas extras incluida. En 2015 la base correspondiente por tramo era de 243,11 euros y en 2020 de 474, arrojando una cuota total incluidas las de la empresa y del trabajador y sin aplicar la bonificación del 20% de 62,72 euros en 2015 y de 141,25 euros en 2020.Una vez descontado del salario bruto del trabajador su aportación, los costes totales de salarios y cuotas a la Seguridad Social pasaron de 336,51euros/mes en 2015 a 534,59 euros/mes en 2020, lo que supone un incremento del 58,86%.

El estudio de las bases de datos de la TGSS por parte de la ITSS determina que los salarios declarados a efectos de concretar las bases de cotización en muchos supuestos no se habían actualizado, no sólo tras los incrementos indicados, sino también desde la incorporación en el sistema especial en 2012. Es decir, algunos empleadores no habían cumplido con su obligación legal de realizar las variaciones de datos ante la TGSS y existían situaciones "congeladas" desde hacía varios años.

[6] LLOMPART BENNÁSSAR, M., "La subida del salario mínimo interprofesional: repercusiones en la esfera laboral y de seguridad social". *Trabajo y Derecho* 57/2019 (septiembre), Nº 57, 1 de sep. de 2019, Editorial WoltersKluwer.

Las conclusiones que se pueden extraer son que, o bien no se respetaba el salario mínimo interprofesional, lo que exige una labor de contraste con la realidad de los salarios abonados, o bien se abonaba el mismo, pero no se había actualizado la información a la TGSS. Y en ambos supuestos las bases de cotización aplicadas eran inferiores a las que procedían, afectando tanto a los ingresos reales como a las prestaciones devengadas en la medida en que los tramos de cotización aplicados no fueran los correctos.

Si se analizan los datos de evolución de la afiliación con alta en promedio mensual en el SEEH desde 2012 registrados por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones se observa que, tras la integración progresiva en el mismo en 2012, en el año 2013 se alcanzó un promedio anual de 422.563 personas trabajadoras afiliadas y que el volumen se va incrementando hasta el año 2015 alcanzando la cifra máxima en el mes de junio de 2015 las 433.362. A partir de 2016 el volumen comienza a descender coincidiendo con los incrementos del SMI. El promedio mensual en cómputo anual en el año 2016 se situó en 429.021 afiliados; 424.362 afiliados en 2017; 415.615 afiliados en 2018; 402.516 en 2019; 381.261 en 2020; y, hasta abril de 2021, año en el que no se ha incrementado el SMI el promedio está en 383.614. El mes con volumen de afiliados más bajo desde enero de 2013 es agosto de 2020, con 373.938 personas en alta, 59.424 menos que el mes con mayor afiliación, 433.362, de junio de 2015.[7]

Si la disminución cuantitativa en términos de afiliación relacionada con los incrementos del SMI, especialmente en 2019 y 2020, puede situarse entre el 11% y el 18%, también se produjo una reducción o ajuste de salarios, por lo que las cuantías realmente abonadas se aproximaron al SMI o incluso pueden estar por debajo.

En este contexto adquiere mayor relevancia la forma de cálculo del SMI y la interpretación que se ha realizado del art. 4.2 del DSMI, que ha llevado a establecer una interrelación inadecuada entre la forma de concreción y cuantificación del SMI y la determinación de la jornada pactada. Como se indicará a continuación el DSMI no configura ninguna "modalidad" contractual específica, y el hecho de que concrete el salario mínimo mediante un importe por hora por todos los conceptos no conlleva que sea trasladable a todos los supuestos de contratación a tiempo parcial en el hogar familiar, ni que obligatoriamente cuando se pacte un tiempo de trabajo fijado "por horas" se excluya una remuneración fija o estable de forma mensual.

Esta interpretación en el ámbito "laboral", no debía tener implicaciones en el ámbito de la S. Social, puesto que las reglas de cotización son claras en cuanto a considerar para determinar las bases el salario bruto con inclusión de las pagas extraordinarias.

Sin embargo, desde la perspectiva de las personas empleadoras, al incremento del coste del SMI se añadieron las consideraciones y las dudas derivadas de las referencias horarias por tramos de salarios abonados y que, según lo indicado, conllevaban la aplicación por la entidad gestora de un importe por hora trabajada inadecuado para los supuestos de contratos formalizados a tiempo parcial en los que se mantenía el alta durante las vacaciones generadas y se pagaban las mismas de forma separada, lo que conllevaba la existencia de una posible doble cotización si se aplicaba de forma estricta.

5. CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL Y DETERMINACIÓN DEL SALARIO MÍNIMO DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR QUE TRABAJEN POR HORAS, EN RÉGIMEN EXTERNO

Llegados a este punto del análisis es necesario abordar con más detalle otro aspecto "laboral" que, según su interpretación, introduce mayor confusión, afectando también a la forma de tramitar las altas y las variaciones de datos en la Seguridad Social.

[7] Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Datos estadísticos. Serie de afiliación Media por regímenes 2001 - 2021 (abril).
https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas

La configuración de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar por el RD 1620/2011 estableció de forma clara la aplicación de la normativa general en materia de contratación al indicar que el contrato podrá celebrarse por tiempo indefinido o por una duración determinada, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo, así como la aplicación supletoria de la normativa laboral común.

No se configura en esta norma una modalidad de contrato de trabajo específica, por lo que todos los supuestos en los que las personas son empleadas por una jornada inferior a la máxima de 40 horas semanales de trabajo efectivo constituyen contratos de trabajo a tiempo parcial, de conformidad con el art. 12 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo formalizarse por escrito por mención expresa de este precepto. Incluso el artículo 9.3bis del RD 1620/2011 concreta la única especialidad para los trabajadores contratados a tiempo parcial, a los que no serán de aplicación las obligaciones de registro de la jornada establecidas en el artículo 12.5.h) del Estatuto de los Trabajadores.

El contrato a tiempo parcial puede celebrarse con carácter temporal o indefinido y concretar cualquier tipo de jornada en función de las necesidades de ambas partes, debiendo incluir, tal y como indican los modelos establecidos, "el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como el modo de su distribución según lo previsto en convenio colectivo".

El porcentaje de "parcialidad" que se deriva de la jornada pactada es el que determina igualmente el porcentaje de salario devengado respecto del salario comparable a jornada completa.

En todo caso la forma de concreción de las horas de trabajo, que queda al arbitrio de las partes en cuanto a la delimitación del periodo de referencia, nos lleva a dos consideraciones relevantes en el servicio doméstico. Por un lado, el concepto de "trabajo por horas" en régimen externo utilizado a efectos retributivos y, de forma equívoca o inadecuada, en materia de "contratación" y la aplicación de las reglas de gestión de la S. Social. Y por otro, la determinación del coeficiente de parcialidad, ya sea para concretar la relación entre las horas pactadas y la jornada de referencia, o para computar y acreditar los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones, que se analiza en el siguiente apartado.

El contrato de trabajo a tiempo parcial, modalidad utilizada en todos los sectores de actividad, conlleva a efectos de Seguridad Social la delimitación del porcentaje de jornada por relación con la jornada de referencia, legal o pactada. Este porcentaje permite para las relaciones laborales ordinarias incluidas en el Régimen General de la S. Social, además de concretar los devengos retributivos, el contraste con las bases de cotización mínimas exigibles, y, en su caso la actualización o control automatizado de las mismas por aplicación de las normas de cotización ordinarias del régimen general.

Partiendo de la existencia de una única modalidad contractual a tiempo parcial igualmente aplicable a estas relaciones especiales, en las que se utiliza como referencia la jornada máxima de 40 horas semanales, y reconocido el derecho a 30 días anuales de vacaciones, la norma utiliza el concepto de "empleados que trabajen por horas, en régimen externo", pero exclusivamente en el artículo referido a las retribuciones para concretar en un supuesto concreto cuál debe ser su salario de referencia.

El artículo 8 del RD 1620/2011 establece que el Salario Mínimo Interprofesional es aplicable en el ámbito de esta relación laboral especial, percibiéndose a prorrata si se realizase una jornada inferior a la jornada completa y fija del derecho a dos gratificaciones extraordinarias. Por ello para el año 2021 el SMI de referencia es de 950x14= 13.300 euros. Al mantenerse el alta durante el periodo de vacaciones el salario mínimo mensual a jornada completa se sitúa en 950 euros por cada mes, incluido el de vacaciones y dos pagas extras de la misma cuantía o la parte proporcional. (Ejemplo: si se pacta una jornada de 15 horas semanales/ 60 horas/mes y una retribución mensual el porcentaje de jornada respecto de la máxima ordinaria, que determina el salario mínimo que debe

ser respetado, se sitúa en el 37,5%, por lo que para este supuesto el salario mínimo mensual asciende a 365,25 euros/mes.)

En su apartado 5 el mencionado artículo 8 concreta que "*para la retribución de los empleados de hogar que trabajen por horas, en régimen externo, el salario mínimo de referencia será el que se fije en el real decreto por el que se fija anualmente el salario mínimo interprofesional para los trabajadores eventuales y temporeros y empleados de hogar, que incluye todos los conceptos retributivos; este salario mínimo se abonará íntegramente en metálico, en proporción a las horas efectivamente trabajadas".*

En el contexto legal indicado, esta concreción, que se incluía igualmente en la regulación anterior a 2011, sólo puede ser interpretada según su propio contenido considerando dos aspectos. Por un lado, como una remisión al decreto anual por el que se fija el SMI, a efectos de cuantificar el salario de referencia. Y por otro lado, el uso de la expresión *"empleados de hogar que trabajen por horas, en régimen externo",* sólo a efectos retributivos, como la concreción de una modalidad de determinación de la jornada pactada. En todo caso, con carácter general, la contratación a jornada completa no se identifica con un trabajo por "horas", por lo que en la mayoría de las ocasiones se corresponderá con ocupaciones a tiempo parcial, en términos de "contratación".

Para comprender la situación es necesaria una breve referencia a los cambios operados en la redacción el DSMI y su relación con las personas empleadas del hogar familiar, ya que no es hasta el decreto de 1986 cuando incluye la referencia a las mismas.

El DSMI incluye una redacción invariable desde el año 1983 (Artículo 6 Real Decreto 100/1983, de 10 de enero) en la que, después de fijar el SMI general, concreta la forma de percibir el mismo por parte de los trabajadores eventuales y temporeros cuyos servicios a una misma empresa no excedan de ciento veinte días. Dada la temporalidad de las ocupaciones de estas personas, asociada a las campañas agrícolas de temporada, se precisa solamente la forma de percibir el salario mínimo, es decir, regula la forma de abono del mismo, no una cuantía diferente, incluyendo la parte proporcional de la retribución de los domingos y festivos, y de las dos gratificaciones extraordinarias, en la medida en que para ocupaciones inferiores a 4 meses podían incluso no formalizarse los contratos por escrito y el hecho habitual en esta actividad de pactar un salario por día o por hora, exigía la cuantificación diaria por jornada de trabajo del salario mínimo.

Además, en el año 1983 (en el Decreto de 1982 no figuraba) se introdujo igualmente para los temporeros una aclaración referida a las vacaciones para evitar confusiones, concretando que la retribución correspondiente a las vacaciones generadas se percibirá conjuntamente y de manera proporcional con la cuantía señalada por jornada legal, pero sólo en los supuestos en que no existiera coincidencia entre el periodo de disfrute de las vacaciones y el tiempo de vigencia del contrato. En los demás casos, la retribución del periodo de vacaciones se efectuará de acuerdo con el artículo 38 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y demás normas de aplicación.

Con este marco normativo salarial claramente definido por el decreto de SMI, en el año 1985 se aprueba la regulación de la relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar por Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, que incluyó en su artículo 6.5 que *"para la retribución de los empleados de hogar que trabajen por horas, en régimen externo, el salario mínimo de referencia será el que se fije la remisión expresa en la normativa correspondiente con carácter general para los trabajadores eventuales y temporeros, que incluye todos los conceptos retributivos; este salario mínimo se abonara en proporción a las horas efectivamente trabajadas.*"

Esta norma laboral tampoco concretaba una modalidad de contratación específica que fuera concebida como "trabajo por horas", y en caso de no utilizar alguna de las modalidades o duraciones previstas en el estatuto de los trabajadores, se limitaba al año la duración del contrato temporal.

La normativa de Seguridad Social, como no puede ser de otra manera, no regulaba ningún aspecto relacionado con la contratación. El artículo 49 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, vigente hasta la incorporación del colectivo en el Régimen General, aludía a la prestación de servicios a tiempo parcial en base a contratos indefinidos o de duración determinada formalizados al amparo del ET, exclusivamente para concretar que se considerarán servicios prestados a tiempo parcial los que se presten durante un tiempo inferior a ochenta horas de trabajo efectivo durante el mes, siempre que superen el mínimo que estableciera al respecto el "Ministro de Trabajo e Inmigración". Y ello para atribuir de forma directa a las personas trabajadoras la obligación de solicitar la afiliación, el alta y la baja en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, en lugar de ser responsabilidad de los empleadores.

En el año 1986, estando ya vigente el RD 1424/1985 por el que se regulaba la relación laboral de carácter especial, y por aplicación de la remisión expresa indicada del artículo 6.5 de este Decreto, el Real Decreto 2474/1985, de 27 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 1986, incorporó por primera vez un apartado a continuación de la regulación indicada para los temporeros. Recogiendo el concepto de "empleados de hogar que trabajen por horas" del RD 1424/1985, fijaba como referencia los salarios mínimos correspondientes a una hora efectivamente trabajada para estas personas teniendo en cuenta el importe de las gratificaciones extraordinarias mínimas.

Por tanto, la concreción de su SMI de referencia en el año 1986 se realizó en las mismas condiciones que para los trabajadores temporeros ya indicadas, pero fijando el mismo en un valor por hora efectivamente trabajada, y no por jornada diaria, sin mayor aclaración.

De acuerdo con el contenido literal del DSMI y su lógica interpretativa hasta la actualidad, el SMI se concibe en primer término como "suelo de contratación", convirtiendo en ilegal prestar trabajo de forma dependiente y por cuenta ajena por debajo del mismo. Desde el punto de vista jurídico constituye uno de los supuestos de mínimos de derecho necesario, inderogable "in peius". Así se concreta por la jurisprudencia y se ha remarcado por la Dirección General de Trabajo en su respuesta de 6 de mayo de 2019 a la consulta específica respecto de los empleados de hogar y temporeros remitida por el OEITSS.

Las cuantías mínimas recogidas en el artículo 1 del DSMI son cantidades que se aplican en todo caso para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios sin distinción de edad o sexo, por lo que tampoco el Decreto establece salarios, cualquiera que sea la forma de denominación o concreción, superiores a los que se contienen en el mencionado precepto. Igualmente se percibe a prorrata si se realizase una jornada a tiempo parcial.

Por ello las reglas contenidas en el artículo 4 para trabajadores eventuales y temporeros y para empleados del hogar no dejan de ser una aplicación de las generales previstas en los artículos precedentes, pero con la adición para el primer colectivo en el salario diario previsto en el artículo 1, de la parte proporcional de domingos y festivos y de dos pagas extraordinarias de 30 días y para el colectivo de empleados del hogar, además la parte proporcional a las vacaciones, pero sólo en determinados supuestos y no con carácter general para todos estos.

A estos efectos el Real Decreto 1888/2011, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2012 incluyó un nuevo contenido aclaratorio en la redacción del apartado 2 del artículo 4, en el que se concreta el precio de la hora efectivamente trabajada para los empleados del hogar que trabajen por horas en régimen externo, al precisar *"que incluye todos los conceptos retributivos",* considerándose incluida por tanto la parte proporcional del importe de las vacaciones. Esta precisión, que no estaba en anteriores decretos, contribuyó a clarificar la diferencia cuantitativa en el cálculo del valor hora que para este colectivo se realizaba, incluyendo todos los conceptos, a diferencia de la determinación del salario por jornada legal en la actividad que en el

número 1 se realiza para eventuales y temporeros concretos en el que no se incluye la parte proporcional de las vacaciones.

Realizada esta aclaración y el análisis de la evolución normativa, que debería cerrar las dudas interpretativas, la concreción de este salario por hora para empleados de hogar que presten servicios por horas en régimen externo no conlleva necesariamente que siempre se deba pactar el abono de la parte proporcional de vacaciones incluida en los devengos periódicos, ya sean por hora, por semana o por mes.

No puede olvidarse que, tal como se ha indicado, la relación laboral especial para este colectivo no contempla reglas especiales en materia de vacaciones, más allá de su cuantificación y la forma de su disfrute, por lo que, al igual que se concreta para los eventuales del artículo 4.1 del DSMI lo habitual debería ser abonar las vacaciones sólo en los supuestos en que no existiera coincidencia entre el periodo de disfrute de las vacaciones y el tiempo de vigencia del contrato, o pactar su abono incluido en el importe/ hora sin perjuicio de su disfrute según la dinámica de la relación laboral. Con carácter general la retribución del periodo de vacaciones se efectuará de acuerdo con el artículo 38 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y demás normas de aplicación.

De ahí que los empleados de hogar que "trabajen por horas", en régimen externo, siempre están amparados por un contrato de trabajo a tiempo parcial y sólo se puede llegar a pactar el pago de las vacaciones cuando por razón de la escasa duración del contrato, no fuera posible fijar su disfrute, al no ser no sustituibles por compensación económica, según el artículo 38 ET, de aplicación supletoria a esta relación laboral. La compensación solo cabe cuando no es posible el disfrute del descanso antes de la finalización de la relación laboral, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Convenio 132 OIT y el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CEE.

Cuestión diferente es que determinadas ocupaciones pactadas contemplen jornadas a tiempo parcial de carácter variable según las necesidades del empleador, que obliga necesariamente, tras una fijación inicial de las horas, bien a la realización mensual de variaciones de datos en función de las modificaciones producidas en la jornada al amparo, o bien a la concreción de la jornada máxima en el periodo de referencia y realizar una distribución irregular de la jornada según las necesidades, pero pactando una retribución fija. Este supuesto de variaciones de las horas prestadas es similar a la que puede acaecer para otro tipo de relaciones laborales ordinarias que recurren al contrato a tiempo parcial. Pero siempre que se prolongue en el tiempo, con posibilidad de disfrutar el periodo de vacaciones, éstas deben disfrutarse estando prohibida su compensación en metálico.

Otra modalidad de ocupación sería el empleo esporádico para unas horas puntuales de trabajo, con alta y baja en la S. Social, cuyo contrato no podría amparar el disfrute de las vacaciones y lógicamente es posible pactar el abono del salario por todos los conceptos con la inclusión de su cuantía, siendo normal en estos supuestos que el importe por hora acordado es muy superior a las relaciones laborales más o menos estables y con mayor ocupación.

También puede llegar a considerarse que la prestación de "servicios por horas" se vea reflejada en la intención de ocupar a una persona "a demanda", es decir, cuando en función de la necesidad o voluntad del empleador, se proceda a ocupaciones esporádicas o intermitentes. A estos efectos debe recordarse que, aplicándose las modalidades contractuales ordinarias, éstas deben ser causales, y que exigiría la formalización de contratos y altas y bajas sucesivas o necesariamente se trataría de un contrato a tiempo parcial en el que debe concretarse una jornada concreta con independencia de las posibles variaciones posteriores, como ya se ha indicado.

Finalmente, nada impide que, contemplándose y respetándose el derecho a las vacaciones correspondientes, las partes hayan pactado un salario por horas o mensual, con independencia de cómo se abone, incluyendo en el mismo el importe proporcional de aquéllas, conllevando el disfrute real de las mismas cuando se acuerde, pero sin pago de salario durante las mismas, al haberse ya ingresado en los meses de actividad, y manteniéndose el alta en la S. Social.

Este supuesto exige que quede claro el acuerdo indicado en el contrato y los conceptos salariales que se incluyen en la retribución bruta así como su forma de abono (cláusula cuarta del modelo de contrato)[8], puesto que el abono de una cantidad superior a la que correspondería sin el pago de las cantidades indicadas, como puede suceder igualmente con el pago prorrateado de las dos pagas extraordinarias, puede llevar a confusión entre las partes y a considerar por el trabajador que es un salario pactado superior y que además del mismo en el periodo de vacaciones se procedería al pago de la cantidad correspondiente.

La conclusión que se obtiene de lo indicado es que los empleados del hogar tienen garantizado el mismo SMI que el resto de los trabajadores y que, se pacte o no el pago de la parte proporcional de las vacaciones, se genera el derecho a las mismas y deben ser disfrutadas, manteniéndose el alta en la S. Social en el periodo correspondiente. Sólo excepcionalmente la corta duración de la ocupación o la rescisión del contrato puede motivar la baja sin su disfrute.

Considerando el mes de agosto como el más frecuente para el disfrute de las vacaciones el análisis de las series de promedio de altas en este mes desde el año 2013 hasta 2020 sólo arroja una media de disminución de altas respecto de los meses de julio del -0,66% (2.769 trabajadores), por lo que, a falta de análisis más profundos, no puede apreciarse que los empleadores opten por las bajas sistemáticas en un mes puramente vacacional. En el caso de que se produjera este efecto la situación puede ser detectada por la ITSS, que ya utiliza este indicador en otros sectores, por lo que motivaría el inicio de actuaciones de comprobación.

El traslado de estas normas y posibilidades a la realidad genera ciertas dificultades si no se alcanzan acuerdos o pactos claros entre las partes. Con independencia del contrato a tiempo parcial formalizado, en el supuesto en que se pacte el salario por un precio hora concreto, incluyendo cantidades superiores al SMI y todos los conceptos, los empleadores podrían pensar que no tienen que pagar las vacaciones y, o bien no cursarla baja en la S. Social, o bien cursar la baja durante las mismas de forma indebida, continuando la relación laboral con posterioridad con una nueva alta.

En todo caso debe diferenciarse la discusión sobre la forma de pago de los salarios devengados, de las normas que se aplican en materia de cotización. De hecho, en muchas de las sentencias que se dictan por reclamaciones de cantidad o despido, se plantea la interpretación de las cláusulas salariales incluidas en los contratos para concluir si se devengaban o no junto con el salario abonado la parte proporcional de las pagas extras y de las vacaciones, sin entrar en los efectos que hay podido producir en materia de cotizaciones a la S. Social.[9]

6. APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS LABORALES AL SISTEMA ESPECIAL DE COTIZACIÓN

La discusión sobre los conceptos indicados se ha reiterado año tras año en ámbitos profesionales, como el de los graduados sociales y gestores, que suelen realizar los trámites de los empleadores, y entre los propios empleadores, en la medida en que, a pesar de las conclusiones indicadas, la actualización del SMI, de las bases o de los tipos aplicables volvía a motivar el debate y las dudas.

A ello se une el hecho de que la concreción de esta interpretación en las reglas sobre cotización en el SEEH no ha sido coherente hasta la actualidad, lo que podía originar el riesgo, en supuestos limite, de doble cotización.

[8] Ejemplo: modelo de contrato por obra o servicio a tiempo parcial disponible en la web del SEPE: https://www.mites.gob.es/es/portada/serviciohogar/modelos

[9] Ejemplos de sentencias: Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 6ª, Sentencia 482/2013 de 24 jun. 2013, Rec. 688/2013; Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 147/2021 de 3 Feb. 2021, Rec. 3280/2018.

La interpretación en la administración de la Seguridad Social no era incorrecta. Ya desde el 23 de abril de 2013 las Direcciones Provinciales de la TGSS habían recibido una comunicación desde la Subdirección General de Afiliación, Cotización y Gestión del Sistema RED, en la que se aclaraban los conceptos indicados, en base a la respuesta dada por la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones, concretándose que el trabajo por horas a efectos del abono de todos los conceptos, incluidas las vacaciones, sería aquél en el que se hubiera pactado de forma expresa en el contrato esta modalidad de retribución, y que mientras el contrato subsista debe cotizarse por todos los meses, incluido el de vacaciones, debiendo evitarse la doble cotización cuando ya se han incluido en las bases mensuales las vacaciones.

A estos efectos y para evitar la doble cotización se sugería que el importe total de la retribución estimada en el año se dividiera por 12 o por los meses de referencia, para concretar la retribución mensual a efectos de concretar las bases de cotización aplicando los tramos del sistema especial.

Esta solución, que es lógica y coherente de conformidad con lo ya indicado, conlleva una doble disociación que debe ser explicada y trasladada a los empleadores y a los trabajadores. Por un lado, la diferencia entre la forma de pagar y pactar los salarios, y la forma de calcular las bases mensuales, que en el caso de pagarse las vacaciones junto con el precio hora, lleva a mantener en alta al trabajador en el periodo vacacional, pero sin percibir emolumentos. Y, por otro lado, la diferencia que por mandato del nuevo sistema especial transitorio se produce entre las retribuciones mensuales con las prorratas de pagas extras y la base realmente aplicada por tramos que determina la cuota real a ingresar.

Además, todos estos conceptos deben trasladarse al contrato y a la nómina de forma comprensible, de manera que no genere desconfianza en la configuración de la relación laboral.

La aplicación de las obligaciones que se derivan de la normativa laboral (contratos y salarios), encuentran su dificultad cuando se deben aplicar las reglas de cotización especiales fijadas para este sistema especial. Como se ha señalado, la base de cotización se concreta en dos operaciones. Primero se cuantifica el salario bruto incluida la prorrata de las dos pagas extraordinarias. Por ejemplo, si se abona el SMI de 2021 serían 1.108, 33 euros/mes a jornada completa, 554,16 euros a media jornada o a 415,62 euros/mes en el ejemplo anterior con una jornada a tiempo parcial de 15 horas a la semana. En segundo lugar, estas cantidades se trasladan a los tramos de bases fijados para concretar la base fija aplicable, que no se corresponde con el salario bruto indicado.

Respecto del cálculo dela base de cotización ya se ha comentado que la inclusión de la referencia de las horas máximas en cada tramo, al corresponderse con un importe de la hora de trabajo con todos los conceptos incluidos, podía generar la idea de que en todos los supuestos, con independencia del tipo de contrato formalizado o la forma de abono pactada, la garantía del SMI implica necesariamente el abono del importe equivalente al fijado en el artículo 4.2 del Decreto de SMI, por todos los conceptos y por todas las horas trabajadas.

Esta confusión puede haber operado también en el momento de realizar los trámites iniciales o las variaciones de datos. Es comprensible y exigible que un empleador sepa claramente la cantidad que debe respetar partiendo del SMI establecido, ya se fije por horas o se abone con carácter mensual, pero, por una mala interpretación, podía considerarse obligado a elevar unas cuantías que conllevaban indebidamente excesos de cotización en algunos supuestos. Especialmente en los más comunes en los que la relación laboral se mantiene en el tiempo y contempla el pago o no de las vacaciones en el mes de su disfrute, pero mantiene el alta en la S. Social, por lo que puede producirse una doble cotización, en salarios reales muy próximos al SMI, por el mismo concepto que ya se identificó en el año 2013.

El análisis indicado lleva a la conclusión de que no se realizaba una traslación adecuada de las normas laborales al sistema especial de cotización, lo que se evidenciaba en las herramientas

para el cálculo interno de las cuotas que se utilizaban para apoyo de la gestión. Éstas partían de la aplicación del importe de la hora trabajada por todos los conceptos regulada en el DSMI (en la actualidad 7,43 euros) aplicada a todas las horas del mes declaradas por el empleador, de manera que en el caso de que se aplique el importe del salario por mes excluida la parte proporcional de las vacaciones la conclusión interna que arrojaban es que no se está respetando el SMI.

Esta situación se acentuó en el año 2013. Hasta esa fecha, la aplicación de este importe por hora trabajada se limitaba para los supuestos de contratos hasta 120 días de duración, (al asimilarse de forma literal con la situación de los trabajadores eventuales o temporeros). Desde el año 2013 se procedió a implantar con carácter generalizado el criterio señalado.

7. CONFIGURACIÓN DE LAS HERRAMIENTAS DE GESTIÓN DE LA S. SOCIAL. INFLUENCIA SOBRE LA INFORMACIÓN TRANSMITIDA POR LOS EMPLEADORES

El cumplimiento de las obligaciones de S. Social de los empleadores se articula mediante el acceso y la realización de los trámites obligados de forma presencial o telemática. En todo caso el registro de la información se realiza en herramientas de gestión y bases de datos que deben estar configuradas para dar cabida en términos de "legalidad" a las mencionadas obligaciones.

Muchos de los empleadores siguen realizando los trámites de forma presencial, tal y como se realizaron la mayoría tras la implantación del SEEH en 2012. Las altas iniciales o las variaciones de datos deben considerar los elementos indicados a los efectos de configurar y registrar los contratos de trabajo, que se presentan ante la propia TGSS, como situación excepcional al resto de empleadores, y para determinar el número de horas de trabajo pactadas, así como la remuneración bruta declarada a efectos de determinar la base de cotización a la S. Social.

La realización de estos trámites sin el conocimiento adecuado puede conllevar el registro de información equívoca o que no se corresponde con las obligaciones mínimas exigibles. Por otro lado, no todos los empleadores son conocedores de sus obligaciones o, más bien, de la obligación de adaptar la información transmitida a la S. Social cuando varían algunas de las condiciones de la relación laboral, especialmente el salario cuando cambia o cuando debe cambiar por obligación legal (SMI), o los cambios en la jornada o números de horas realizados. Este desconocimiento se produce a pesar de la información que con carácter anual se difunde mediante dípticos o en los diferentes foros especializados, con las normas de cotización. "La cultura" de las variaciones de datos y de la necesidad de traslación a través de los trámites de S. Social no es fácil concretarla en personas que no están familiarizadas con estos conceptos, por su complejidad, y por la ausencia de la lógica empresarial exigible en cualquier otro ámbito profesionalizado.

A pesar de que en la práctica se puedan estar respetando los derechos básicos asociados al salario y a las horas de trabajo realizadas, se producen discrepancias con los datos trasladados a la SS o ausencia de actualización. De hecho, muchas de las altas iniciales que se tramitan no se han visto alteradas en varios años coincidentes con los de mayor incremento del SMI, con o sin intencionalidad, generándose diferencias de cotización que no han sido actualizadas.

La interpretación indicada de la aplicación del SMI ha condicionado los trámites realizados de forma presencial por los empleadores mediante la presentación del modeloTA.2/S-0138. Inicialmente porque no se aplicaban criterios específicos para la incorporación de las cantidades indicadas ya que se trata de declaraciones de parte que, en caso de inexactitud, deberían ser constatadas a posteriori y concretar en su caso los efectos en materia de cotizaciones. En el caso de realizarse los trámites de forma telemática, por la posible aplicación de criterios automáticos de validación que conducían a la misma situación.

En primer lugar, el alta o variación de datos no permite registrar el concepto de contrato a tiempo parcial, de manera que quede constancia de la parcialidad de la jornada efectivamente realizada. Para el resto de trabajadores no incluidos en el SEEH se calcula el coeficiente de

parcialidad ordinario asociado a la jornada, por aplicación del artículo 247 LGSS. El registro de este aspecto permite concretar el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable y se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período.

Para los supuestos de trabajos a tiempo parcial, la mayoría de los empleados del hogar, a los que se les abona un salario pactado mensualmente, el registro de un coeficiente similar a efectos de concreción de la jornada a tiempo parcial permitiría directamente la actualización de las retribuciones declaradas en el caso de que se incrementara el SMI y éstas quedasen por debajo sin haberse adaptado la jornada por el empleador. Y ello sin perjuicio de la especialidad que concurre en la aplicación del coeficiente a efectos de cómputo de periodos cotizados para el devengo de prestaciones.

En segundo lugar, el empleador tenía que registrar cuatro datos obligatorios para poder completar el trámite con éxito, el salario bruto/mes, las horas semana, las horas mes y el precio hora. El salario bruto se corresponde, aplicando las normas de cotización, con el salario más la parte proporcional de las dos pagas extras. Las horas semana y las horas mes, exige concretar su cuantía bien estable o bien el promedio estimado en cómputo de las que se van a realizar, con independencia de que puedan variar de una semana a otra. A estos efectos y con los mismos parámetros que utiliza la S.Social en su orden de cotización, que "sitúa" la jornada completa en cómputo mensual en 160 horas (4 semanas), la traslación de las horas a la semana exige al empleador necesariamente su multiplicación por cuatro para concretar las horas al mes, aunque en la realidad la aplicación de un "porcentaje de jornada" pactado no arroje ni todas las semanas ni todos los meses el mismo número de horas, ni la norma la fija en 160 horas al mes.

De hecho, los criterios internos que aplica la TGSS para la traslación de las horas a la semana declaradas a las horas al mes exigen su multiplicación por 4,2, obteniendo una proyección de horas mes aún superior a la indicada y que, de multiplicarse por el importe de hora trabajada del artículo 4.2 DSMI arroja un salario mínimo mensual teórico mayoral establecido normativamente.

Por último, el empleador debía concretar el importe por hora de trabajo, lo que no resulta fácil o es muy posible que no se pacte el precio/ hora sino un importe mensual. Al ser un campo obligatorio, el empleador normalmente realiza la división entre el importe bruto mensual y las horas mes declaradas. Y en este punto es en el que se encontraba a efectos prácticos el problema expuesto respecto del cálculo del importe mínimo por hora de trabajo. La cantidad resultante no podía registrarse por importe inferior a 7,43 euros/ hora para 2021, cuando esta cantidad solo puede operar a efectos retributivos para en el trabajo por horas. Para el resto de supuestos el importe mínimo admisible debía ser 6,93, sin incluir la parte proporcional de las vacaciones para evitar la doble cotización.

La necesidad de comunicar este importe/ hora llevaba en algunos casos al empleador a mantener el salario bruto, pero a reducir el número de horas declarado para ajustarse al precio hora "exigido". Con el sistema de cotización implantado y las particularidades del coeficiente de parcialidad del SEEH esta práctica de reducir las horas declaradas, hasta que no se modifique el coeficiente de parcialidad especial vigente, no afectaba a la base de cotización, que se fija exclusivamente en atención al salario bruto y que, al mantenerse, queda dentro de los márgenes de referencia de la orden de cotización. La consecuencia es que el empleador se veía obligado a declarar datos que no son reales y que no se corresponden con las horas pactadas, solamente a efectos de cumplir con los trámites obligatorios y con independencia de la confección y pago posterior de las nóminas.

Además de los datos y trámites indicados correspondientes al empleador la TGSS está obligada a calcular el coeficiente de parcialidad a efectos de cómputo de periodos cotizados para el devengo de prestaciones. La aplicación del mismo para los trabajadores ordinarios se contempla en

el artículo 247 LGSS ya citado, y al tratarse de una regla proporcional entre la jornada realizada y la jornada de referencia, el coeficiente es fácilmente comprensible y trasladable igualmente para la determinación del salario mínimo exigible en los contratos a tiempo parcial. (Ejemplo: un contrato de 20 horas semanales con una jornada máxima anual de referencia del ET, arroja un coeficiente de parcialidad del 50% o 500 por mil).

No obstante en el SEEH se aplica lo dispuesto en el número 2 de la Disposición transitoria decimosexta de la LGSS: "*Desde el año 2012 hasta el año 2022, a efectos de determinar el coeficiente de parcialidad a que se refiere la regla a) del artículo 247, aplicable a este Sistema Especial para Empleados de Hogar, las horas efectivamente trabajadas en el mismo se determinarán en función de las bases de cotización a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado 1.a) de esta disposición, divididas por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada uno de dichos ejercicios.*"

Se configura un coeficiente que no está relacionado con la jornada efectivamente realizada. Se asocia con la base que corresponde aplicar según las reglas del sistema especial, diferente por tanto de los salarios brutos, y se divide por el importe la base mínima horaria, que en el caso de tratarse de ocupaciones "a tiempo parcial", inferiores a la jornada completa declarada de 160 horas mes, sería la base mínima horaria del Régimen General aplicable a los contratos a tiempo parcial, tal y como se concreta en las instrucciones internas de la TGSS. (Ejemplo: aplicando el mismo a una jornada de 20 horas a la semana (50% de la jornada) con un salario ajustado al SMI de 554,16 euros, que arroja una base para el año 2021 de 608 euros/mes, y con una base mínima horaria a tiempo parcial de 6,33, el coeficiente resultante es de 96,05 horas teóricas y coeficiente de 60% o 600 por mil. (salario 554,16=>base 608=> (608/6,33)/160x1000= 600).

Se comprueba la diferencia entre el porcentaje de jornada y salario del 50%, fácilmente reconocible, y el 60% que finalmente se calcula correspondientes a 96,05 horas teóricas/mes en lugar de las 80 horas reales.

Esta información figura en las bases de datos de la TGSS y es accesible por parte de los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, junto con el resto de información, al objeto de diseñar o ejecutar actuaciones de inspección, por lo que su especialidad y las dificultades de interpretación se añaden a las ya indicadas. En caso de desconocimiento, al compararse este coeficiente de parcialidad con los salarios reales declarados, puede intentar trasladarse con el mismo criterio del artículo 274 LGSS para los trabajadores ordinarios y generar dudas sobre si los salarios son correctos por no haberse actualizado y debería iniciarse alguna actuación para comprobación de esta "aparente" discordancia, al figurar exclusivamente las horas declaradas, pero no el porcentaje de jornada real.

8. ESCENARIO Y DEFINICIÓN DE ACTUACIONES POR LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

La compleja configuración de la situación expuesta es la que necesariamente ha sido analizada por la ITSS con carácter previo al diseño e impulso de actuaciones en este sector. Cualquier actuación programada de la ITSS debe orientarse a la eficacia y la calidad en la prestación del servicio a los ciudadanos (artículo 2 a) LOSITSS), y un enfoque simplista basado exclusivamente en el impulso de inspecciones masivas o indiscriminadas no sólo limita los resultados obtenidos, sino que constituye una carga innecesaria para los empleadores y ciudadanos.

Igualmente, el escenario descrito permite diversos enfoques en la intensidad de las herramientas de la ITSS que deben ser desplegadas. Las deficiencias y la inercia generada en el sector de empleados del hogar desde 2012 hasta la actualidad exigía necesariamente cubrir inicialmente la laguna asociada a la carencia de información producida y las discrepancias identificadas entre la realidad y la información de los empleadores sobre los dos aspectos más

importantes en los que se manifestaban, el obligado respeto de los salarios mínimos garantizados por norma, y la adecuación de las bases de cotización.

Por ello el OAITSS concibió un programa para regularizar la situación laboral del sector de empleadas de hogar, especialmente feminizado y afectado por la precariedad. El plan se desarrolla desde comienzos de 2021 en varias fases e incluye una batería de medidas que incluyen la información, divulgación, invitación a las correcciones voluntarias e inspecciones individualizadas, además de la obtención de otros indicadores que pudieran detectar supuestos de incumplimientos y la atención preferente a las denuncias para aflorar empleos no declarados.

Se trata de una acción concebida de forma integral de la que se da publicidad e información en la web de la ITSS y del Ministerio de Trabajo y Economía Social, incluyendo un video divulgativo, preguntas frecuentes y las medidas en las que se estructura.

La complejidad técnica de los aspectos indicados ha motivado la realización de un notable esfuerzo de comunicación por parte de la ITSS para que los empleadores conozcan y actualicen sus obligaciones ilustrando incluso sobre los canales que existen y las herramientas para acceder a los trámites que corresponden a la TGSS.

Por otro lado, la identificación de posibles supuestos de precarización de condiciones, salarios inferiores al SMI e infracotización ha exigido la consolidación de la interpretación de los conceptos laborales aplicables a esta relación laboral especial y sus efectos sobre las cotizaciones. El análisis de la información se ha realizado exclusivamente basada en parámetros de legalidad como premisa para selección de las actuaciones, evitando que la información generada y registrada de forma equívoca o aplicada en base a los parámetros y criterios de gestión enunciados condujera a actuaciones innecesarias o alejadas del objetivo de detección de situaciones de precariedad real.

El valor de una labor inspectora de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas radica en el examen jurídico previo del problema a examinar o de la información disponible, como requisito necesario para el diseño de sistemas de análisis masivo de información mediante técnicas de minería de datos y para el estudio posterior de los datos extraídos.

A través de este tipo de actuaciones la ITSS consolida un modelo que combina, cuando la situación lo justifica, la actuación de asistencia técnica e impulso para el cumplimiento de las normas, con la de vigilancia directa. Para las personas empleadas del hogar se manifestó como prioritaria la necesidad de poner especial énfasis en la corrección de deficiencias de S. Social que se habían acumulado durante un largo periodo de tiempo y en la necesaria aplicación del SMI, tras los incrementos de los últimos años.

La obligación de combatir el empleo no declarado total o parcialmente y la precarización de las condiciones de trabajo es inherente a la naturaleza y funciones de la ITSS, que incorpora en sus programas anuales actuaciones para combatir la economía irregular en todas sus manifestaciones laborales y en todos los sectores de actividad.

Con las actuaciones impulsadas en el sector del hogar familiar el OAITSS avanza en línea con lo indicado por la Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de abril de 2016, sobre las trabajadoras domésticas y las cuidadoras en la UE (2015/2094(INI))[10]que considera esencial luchar contra el trabajo precario y no declarado en este sector, expresa la necesidad aplicar más y mejores maneras de prevenir, detectar y combatir los numerosos casos de empleo no declarado en el sector del trabajo doméstico y unos mecanismos de control e inspecciones laborales mejores y más ágiles.

[10] P8_TA(2016)0203. Trabajadoras domésticas y cuidadoras en la UE. Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de abril de 2016, sobre las trabajadoras domésticas y las cuidadoras en la UE (2015/2094(INI))

Igualmente, la ITSS se anticipa a los trabajos que se prevén impulsar en este sector para periodo 2021-2022 en el seno de la Plataforma europea contra el trabajo no declarado creada en el seno de la Comisión Europea.[11]

9. CONSECUENCIAS INMEDIATAS. MEJORAS EN LA GESTIÓN DEL SEEH

Las actuaciones iniciadas por ITSS, aún no finalizadas, están arrojando ya sus primeros resultados. En una primera fase consistente en la notificación a 47.749 empleadores a jornada completa de la obligación de respetar la cuantía del SMI, se ha conseguido que, de manera voluntaria, se hayan regularizado salarios por importe de 6,9 millones de euros.[12]

Los empleadores que han reconocido que el salario comunicado era inferior al mínimo exigible han realizado las variaciones de datos correspondientes a la TGSS. Esta acción ha beneficiado a 28.904 personas empleadas.[13]

Igualmente se han actualizado las bases de cotización derivadas por importe de 5,9 millones de euros.

Las actuaciones tendrán continuidad para otros supuestos utilizándose la misma metodología. En caso de no adaptarse los datos comunicados a los mínimos legales exigibles la ITSS decidirá la apertura de inspecciones individualizadas para analizar caso a caso, debiendo recordarse las posibles consecuencias sancionadoras o de exigencia de cotizaciones que pueden producirse para los empleadores que incumplan las normas aplicables, ya sean laborales, de S. Social o en cualquiera de las materias sobre las que actúa la ITSS.

Por otro lado, coincidiendo con el desarrollo de esta acción la TGSS ha puesto a disposición de los ciudadanos un nuevo portal para la realización de trámites telemáticos, denominado "import@ss", que incluye con una metodología más clara e inteligible y accesible desde los dispositivos móviles, la posibilidad de realizar los trámites relacionados con el SEEH.

La configuración del mismo, en sus pasos y entrada de información, se adecúa ya a la interpretación y aplicación correcta de los conceptos laborales anteriormente indicados, por lo que se evitan tanto los problemas de la complejidad asociada a la herramienta anterior existente en la sede electrónica, como los de comprensión y de traslación de los datos de la contratación para la determinación de las bases de cotización aplicables.

Igualmente es destacable la incorporación de un simulador que permite practicar y conocer el importe de las cuotas a ingresar en función del tipo de contratación, el salario pactado y las horas de trabajo.

El efecto real más importante es que, con independencia de que el empleador abone los salarios por meses o por horas, el importe del salario pactado exigirá siempre la misma base de cotización para el mismo número de hora de trabajo o de "porcentaje de jornada".

Esta situación, tras el largo periodo de incertidumbre expuesto, pone de manifiesto la importancia de la adecuada correspondencia entre las normas laborales y de seguridad social, correctamente interpretadas, y su aplicación práctica, para la que deben utilizarse herramientas que respondan igualmente a criterios de legalidad.

Finalmente, no cabe duda de que la lucha contra la precariedad, en su manifestación más grave, exige la detección del fraude consistente en el empleo no declarado o trabajo oculto de multitud de empleadas del hogar que se mantiene en nuestros días.

[11] European Platform tackling undeclared work Work Programme 2021-2022

[12] Datos a 23 de marzo de 2021. Fuente: Dirección General del OAITSS.

[13] https://elpais.com/economia/2021-04-09/la-inspeccion-de-trabajo-regulariza-la-situacion-de-30000-empleadas-del-hogar.html

Además de los datos de disminución del número de personas afiliadas desde el año 2016, y las diferencias constantes entre los datos declarados y los datos derivados de las encuestas de población activa, numerosos estudios ponen de manifiesto esta realidad.[14]

Es aquí donde se debe de realizar un mayor esfuerzo en el futuro, y donde existen mayores dificultades de detección, en la medida en que la prestación de servicios se produce en el hogar familiar. La mayoría de los países en los que se recurre a estos servicios mediante contratación directa de los empleadores se producen los mismos problemas de identificación.

En todo caso las denuncias que se presentan ponen de manifiesto que, a pesar de las dificultades, la ITSS tiene capacidad y facultades que, adecuadamente desplegadas, permiten comprobar de forma efectiva la prestación de servicios. El reto se encuentra en la implantación de nuevas herramientas e indicadores de detección, que se están a analizando en este momento. También la incorporación definitiva al Régimen General de la S. Social prevista para 2023, y una previsible recuperación económica dibujarán un escenario que quizás nos alumbre vías de lucha contra el fraude en este sector más exitosas y una mejora progresiva de las condiciones de trabajo de las personas empleadas.

10. BIBLIOGRAFÍA

SENDÍN BLÁZQUEZ, A. *El Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar: cuestiones sobre su integración en el Régimen General de la misma*. Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1587/2006, de 17 de mayo (subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social –FIPROS–). Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "El Sistema Especial de Seguridad Social para Empleados de Hogar". *Actualidad Laboral* 21-22, diciembre 2011, Nº 21, 1 de dic. de 2011, Editorial Wolters Kluwer.

MIÑARRO YANINI, M. "La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable". *Relaciones Laborales* n.º 4/2012, de 15 de febrero de 2012, Nº 4, 15 de feb. de 2012, Editorial Wolters Kluwer.

SELMA PENALVA, A. "Novedades en el Régimen de Seguridad Social de los Empleados de Hogary su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas". *Actualidad Laboral 2*-Quincena 16 al 31 de enero de 2012, Nº 2, 16 de ene. de 2012, Editorial Wolters Kluwer.

MUÑOZ MOLINA, J. "Nueva regulación del régimen laboral y de seguridad social de los empleados del hogar". *Relaciones Laborales* 4, abril de 2013, Nº 4, 1 de abr. de 2013, Editorial Wolters Kluwer.

LLOMPART BENNÀSSAR, M. "La subida del salario mínimo interprofesional: repercusiones en la esfera laboral y de seguridad social". *Trabajo y Derecho* 57/2019 (septiembre), Nº 57, 1 de sep. de 2019, Editorial Wolters Kluwer.

CRITERIO TÉCNICO 104/2021 SOBRE ACTUACIONES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN RIESGOS PSICOSOCIALES

El día 13 de abril de 2021, el Director del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social aprobó el Criterio Técnico 104/2021 de la ITSS sobre riesgos psicosociales. Dicho Criterio Técnico es una actualización de anteriores directrices sobre esta materia como las contenidas, entre otras, en la Guía sobre actuaciones inspectoras en riesgos psicosociales que se elaboró en 2012 con motivo de la campaña del Comité de Altos Responsables de Inspección de

[14] https://www.ugt.es/ugt-reclama-una-transformacion-total-de-la-situacion-de-las-empleadas-de-hogar

Trabajo de la Unión Europea (SLIC, en sus siglas en inglés) en todos los Estados de la Unión Europea sobre esta materia y cuya vigencia aún permanece.

El principal motivo de esta actualización ha sido la adopción por el SLIC de la Guía sobre la inspección de la evaluación de riesgos psicosociales que fue aprobada en 2018 y que fue, a su vez, el resultado de la aplicación de los programas de acción de la Comisión Europea en su comunicación de 10 de enero de 2017 sobre modernización de los sistemas de seguridad y salud en la Unión Europea.

La novedad más importante de los criterios de la Comisión Europea y las Guías del SLIC fue la inclusión de la igualdad y la diversidad como valores transversales del ordenamiento europeo, valores que también debían ser desarrollados en las políticas de seguridad y salud en el trabajo.

Tanto la Guía del SLIC como el CT 104/2021 prevén que en la evaluación de riesgos psicosociales se debe hacer un análisis de los datos teniendo en cuenta el sexo, la edad, la condición de fijo o temporal y el origen cultural, entre otros criterios, sin que esto deba interferir en absoluto con el diagnóstico que precede a los planes de igualdad de género de las empresas. Por el contrario, este análisis puede contribuir a enriquecer dichos planes añadiendo una valiosa información que de otro modo difícilmente se obtendría, ya que las técnicas de los diagnósticos y las evaluaciones de riesgos psicosociales están basadas en modelos teóricos diferenciados.

El Criterio abarca todos los riesgos psicosociales, pero deja fuera los relativos y al acoso y la violencia en el trabajo y el riesgo de atraco que ya fueron objeto respectivamente de los Criterios Técnicos 69/2009 y 87/2011 cuya vigencia continua en todo aquello que no se oponga al reciente Criterio. La probable ratificación del Convenio 190 OIT sobre Acoso y Violencia en el Trabajo y la consiguiente legislación que debe servir posteriormente para implementarlo hace aconsejable que los criterios técnicos sobre esta materia queden a expensas de lo que se determine en ese proceso.

Por otra parte, el Criterio comprende todas las posibles actuaciones inspectoras sobre estos riesgos que se clasifican en actuaciones de control de la gestión preventiva, las actuaciones motivadas por denuncias sobre exposición real a estos riesgos y los daños a la salud y accidentes de trabajo motivados por dicha exposición.

Respecto a la gestión se hace hincapié en los requisitos que debe cumplir la evaluación para ser considerada acorde con las exigencias de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el Reglamento de Servicios de Prevención insistiendo en la necesidad de que el método de evaluación reúna las condiciones de fiabilidad exigidas y que no se sustituya por cuestionarios de satisfacción o clima laboral siguiendo el criterio marcado por la sentencia 101/2016 de 16 de febrero del Tribunal Supremo.

En la intervención ante los casos de estrés laboral, la nota principal es el papel de la Inspección en vigilar la conducta de diligencia debida de las empresas en el tratamiento de las situaciones de estrés laboral velando por la adopción de medidas eficaces para su afrontamiento.

Y, por último, en la investigación de los daños a la salud provocados por la exposición a los riesgos psicosociales, se establece que la Inspección debe determinar en sus actuaciones tanto el nexo de causalidad de la lesión con el trabajo como en su caso la posible imposición del recargo de prestaciones en caso de mediar una conducta infractora por parte de la empresa.

A modo de conclusión, la actualidad de los riesgos psicosociales y la conveniencia de este criterio técnico viene marcada por la tendencia hacia la digitalización, el trabajo a distancia y el teletrabajo que van a tener como consecuencia que los riesgos psicosociales sean los predominantes en estos nuevos tipos de actividad como ya lo son de hecho en otros sectores relevantes de nuestra economía en los que la relación interpersonal con los usuarios o clientes suponen el principal factor de riesgo laboral, tal y como ocurre en la enseñanza, el comercio o la hostelería.

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

Laborum

El Pacto de Toledo y la política de pensiones: recorte del gasto, contributividad y financiación

The Toledo Pact and pension policy: spending cuts, contributivity and financing

MIKEL DE LA FUENTE LAVÍN *Profesor Titular de Universidad*
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
https://orcid.org/0000-0001-6099-1721

Cita sugerida: DE LA FUENTE LAVÍN, M., "El Pacto de Toledo y la política de pensiones: recorte del gasto, contributividad y financiación". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 28* (2021): 241-261.

Resumen

Las Recomendaciones del Pacto de Toledo de 2.020 tienen tres objetivos, cuyo análisis exige complementar el texto de las mismas con las propuestas gubernamentales, relacionadas con las exigencias de la Comisión Europea en el contexto de los Fondos de Recuperación. El primero es el de contener o reducir el gasto relativo de las pensiones en relación con el PIB; para ello se mantienen los elementos paramétricos de la reforma de 2.011 y se prevé intensificar alguno de ellos, como el aumento del período de cálculo de las pensiones y la mayor penalización de las jubilaciones anticipadas. El segundo es la externalización de los elementos redistributivos de lo que se califica como "sistema contributivo" a través de su financiación mediante la fiscalidad. El tercero es el de la promoción de las pensiones privadas. El mantenimiento y la mejora de las pensiones exigen, por una parte la devolución por el Estado del coste de prestaciones que fueron asumidas por la caja de la seguridad social y que conforme a la legalidad en vigor debieron haber sido asumidas por el mismo y por otra parte el aumento de la recaudación por cotizaciones sociales.

Palabras clave

financiación pensiones, contributividad, separación de fuentes financieras, cotizaciones sociales, aportaciones del Estado

Abstract

The 2020 Toledo Pact Recommendations have three objectives, the analysis of which requires supplementing them with government proposals related to the requirements of the European Commission in the context of Recovery Funds. The first is to contain or reduce the relative spending of pensions in relation to GDP; for this, parametric elements of the 2011 reform are maintained and some are expected to be intensified, such as increases in the period for calculating pensions and the greater penalty for early retirement. The second is the outsourcing of the redistributive elements of what is classified as the "contributory system" by financing it with taxation. The third is the promotion of private pensions. The maintenance and improvement of pensions requires, on the one hand, State reimbursement of the cost of benefits that were assumed by the social security fund and that, according to the legislation in force, should have been assumed by it; and on the other, of the increase in the collection of social contributions.

Keywords

pension financing; contributivity; separation of financial sources; social contributions; State contributions

1. INTRODUCCIÓN

En noviembre de 2020 el Pleno del Congreso votó las 22 Recomendaciones de la cuarta ronda del Pacto de Toledo (PT 2020), tras las de 1995, 2003 y 2011, que fueron aprobadas con 262 votos a favor, 78 abstenciones y dos votos negativos. No se aceptaron ninguna de las enmiendas planteadas, la mayoría de ellas por ERC y EH Bildu. La mayoría del movimiento pensionista expresó una posición muy crítica con el nuevo acuerdo del PT. Para valorar su significado lo primero que hay que señalar es que el paso de las Recomendaciones a la Ley se va a realizar previa negociación con las partes sociales, es decir, la patronal de la CEOE y CEPYME y los sindicatos CC OO y UGT. El contenido de las Recomendaciones es frecuentemente ambiguo y existen

Fecha Recepción: 28-12-2020 – Fecha Revisión: 21-1-2021 – Fecha Aceptación: 23-1-2021
Pags. 241-261

contradicciones entre unas y otras, parte de las cuales se resolverán en un sentido u otro en esa negociación. Su aprobación parlamentaria previsiblemente estará condicionada por la "fragilización" de los acuerdos políticos que estuvieron en la base del pacto de investidura, especialmente –pero no solo– con los partidos independentistas catalanes, lo que puede dar lugar a un cambio, al menos parcial, de las alianzas que puede influir en el contenido de la futura ley.

Por otra parte, las pautas de su desarrollo pueden ser anticipadas por las declaraciones de los responsables gubernamentales del PSOE y en especial del ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y de la Vicepresidenta de Asuntos Económicos, a algunas de las cuales se va a hacer referencia en este artículo. El análisis de la situación de las pensiones obrante en las Recomendaciones y en el informe previo que las acompaña[1] suele recoger –no siempre– las causas laborales y sociales que explican sus insuficiencias, mientras que las propuestas de modificación no contribuyen a resolverlas y a veces las empeoran. Este artículo tiene por objetivo analizar la situación de la financiación de las pensiones en relación con su objetivo de proporcionar ingresos decentes y de continuidad de los derivados de la actividad profesional Para ello se va a examinar el contenido de las Recomendaciones más relacionadas con ese objetivo[2].

Las Recomendaciones se basan en tres hilos conductores. El primero consiste en la voluntad de contener o incluso reducir el gasto relativo de las pensiones en relación con el Producto Interior Bruto (PIB). El segundo tiene por objeto externalizar los elementos redistributivos del corazón del sistema. El tercero, relacionado con el anterior, es el de promoción de las pensiones privadas. En este artículo se van a analizar los dos primeros elementos y se va a incluir una breve referencia sobre el tercero. También se van a indicar algunos elementos para lograr una sostenibilidad financiera que vaya acompañada de la mejora de las pensiones.

2. LA REDUCCIÓN/CONTENCIÓN DEL GASTO DE LAS PENSIONES

2.1. Las propuestas de mantenimiento y/o modificación de las normas

Más allá de la literatura que destila el documento del Pacto, la preocupación básica del gobierno español es la contención del gasto en pensiones, como ha reconocido muy recientemente el Ministro de Seguridad Social, al precisar que pretende reducir en tres puntos del PIB el gasto en pensiones, lo que equivale a 30.000 millones de euros[3]. De esta forma se pretende conseguir el visto bueno de las instituciones europeas para la aprobación de los Fondos Europeos de Recuperación, ya que la Unión Europea fija como condicionantes la flexibilización de las relaciones laborales y la contención o incluso la reducción del gasto público, del que las pensiones son su capítulo más importante.

La Comisión Europea y otras instituciones internacionales y, en el Estado español, el Banco de España y los *lobbys* ultraliberales, insisten en la necesidad de contener o incluso recortar el gasto en pensiones, en base a distintas fórmulas. En el PT de 2020 las fórmulas para contener el gasto se expresan también mediante "no propuestas", como el mantenimiento de las reformas de 2011 (ley 27/2011) y, parcialmente, d 2013 (ley 23/2013).

El PT 2020 no dice nada sobre la reforma de 2011, cuyos efectos siguen son cada vez más intensos en cuanto a la edad legal de jubilación, el período de cálculo y el porcentaje para alcanzar

[1] *Informe de Evaluación y Seguimiento del Pacto de Toledo*, Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, 10/11/2020.

[2] Para un análisis del conjunto de las mismas véase MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* nº 25, 2020, 13-32.

[3] SEGOVIA, C., "Entrevista al ministro de Seguridad Social", *El Mundo,* 31/01/2021, disponible en https://www.elmundo.es/economia/2021/01/30/601551fc21efa0236d8b4598.html

el 100% de la pensión[4], mientras se introducen propuestas tendentes a *aumentar la edad efectiva de jubilación*. Según la documentación adjunta al PT, en el 2016 la edad media de salida del mercado de trabajo era de 63,4 años para los hombres y de 64,5 para las mujeres, diferencia cuya explicación consiste en la mayor dificultad de las mujeres para cumplir las condiciones para la jubilación anticipada, en particular el periodo muy amplio de cotización, a la que se puede añadir la necesidad de seguir cotizando para aumentar la cuantía de pensiones muy bajas. La propuesta del PT 2020 es la de empeorar la cuantía y condiciones de las jubilaciones anticipadas. Las referencias a la necesidad de mejorar la estabilidad laboral y evitar la discriminación de las y los trabajadores de más edad quedarán en piadosos deseos mientras permanezcan vigentes las reformas laborales de 2010 y 2012, existiendo muchas dudas sobre el alcance de la derogación de la última, a la que se oponen las instituciones europeas y la vicepresidenta de Economía, Nadia Calviño.

A continuación se detallan algunas de las propuestas de las Recomendaciones que conducen a la contención o reducción del gasto.

a) En relación con la edad legal de jubilación, en la actualidad se aplican coeficientes reductores por trimestre de anticipación (en el 2021, de 65 años si se ha cotizado al menos 37 años y tres meses y de 66 años en caso contrario), que van desde el 1,5% hasta el 2% en función del tiempo de cotización y del carácter voluntario o forzoso de la anticipación. Estas penalizaciones, que dan lugar a reducciones en la cuantía para toda la vida que pueden llegar hasta el 32% de la pensión, además de injustas para quienes se vean obligados a jubilarse por haber perdido el empleo antes de la edad de jubilación o por tener trabajos penosos, insalubres y estresantes, superan al coste de la mayor duración de las pensiones y son de mayor cuantía que los de otros Estados de la Unión Europea. Por esta razón, con alguna excepción, las jubilaciones anticipadas no contribuyen al aumento del gasto del sistema de seguridad social sino al contrario, aunque ese efecto de ahorro para la caja de la Seguridad Social aumentará si los coeficientes de penalización aumentan.

Las reglas de las penalizaciones da lugar a que quienes hayan cotizado el período necesario para alcanzar el porcentaje del 100% (36 años entre el 2020 y el 2022, 36 y 6 meses entre el 2023 y el 2026 y 37 en el 2027), si han cotizado por las bases máximas durante todo el período de cálculo vigente (24 años en el 2021, 25 en 2022), como solo pueden cobrar el tope máximo de pensiones y no el 15% de más que aproximadamente cobrarían si no existiera, pierden el 0,5% por cada trimestre de anticipación. Para evitar esta situación, que hace perder efectos al tope máximo de pensiones en el caso de las jubilaciones anticipadas, el Ministro de Seguridad Social ha declarado en repetidas ocasiones que pretende aplicar la reducción no sobre la base reguladora sino sobre la pensión. De esta forma, la pensión máxima se reduciría no en el 2% anual actual por año de anticipación sino en el 6 u 8%. Sin embargo, no se excluye claramente que esa mayor penalización se aplique no solo a los salarios más elevados sino que se generalice, también a los salarios que dan lugar a cotizar por bases inferiores a la máxima y/o por períodos inferiores a los que se les aplica el 100% de porcentaje sobre la base reguladora[5].

[4] Un estudio inicial, pero muy completo, de los previsibles efectos de la reforma de 2011 se puede ver en OCHANDO CLARAMUNT, C. y SALVADOR CIFRE, C., "Reformas paramétricas del Sistema Público de Pensiones Español (I): Efectos sobre la contributividad y la Equidad de la ley 27/2011, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. LABORUM,* nº 5, 2015, 255-276.

[5] En un acto público celebrado el 25 de febrero organizado por las Adecco el Ministro de Seguridad Social declaró que "si alguien se quiere jubilar dos años antes, pues realmente lo que tenga es una penalización permanente en su pensión del 16%, que es lo que la norma original tenía en la cabeza y que nos parece suficiente", siempre que se aplique sin ninguna rebaja y de forma permanente (BERNAL, I.: "Las penalizaciones que el gobierno quiere implantar para la jubilación anticipada", *El Correo,* 5/3/2021). Obsérvese que no se limita a proponer la aplicación sobre la pensión de los coeficientes reductores en función del tiempo cotizado, que conforme a la normativa en vigor oscilan entre el 1,5% y el 2% por trimestre de anticipación, sino el máximo del 2% equivalente al 8% anual y al 16% por dos años de anticipación. Es decir, no solo se modifica la base de aplicación de la reducción desde la base reguladora a la pensión sino que se eliminan los coeficientes diferenciados en base a la duración de la cotización.

b) La prolongación voluntaria de la edad de jubilación se propone mediante la extensión de la compatibilidad entre los ingresos de actividades profesionales y la pensión de jubilación. El aumento de los recargos por la demora de la jubilación tras el cumplimiento de la edad legal, es el otro elemento para aumentar la edad de permanencia en el trabajo. Hasta la fecha da lugar a recargos en la cuantía de entre el 2,75% y el 4% por cada año que se siguiese trabajando tras cumplir la edad legal, recargos que permiten superar el tope máximo de pensiones (de 2.707 euros mensuales en el 2021). Ambas medidas, al estimular la permanencia indiscriminada en el trabajo de los mayores, dificultan el acceso al empleo de las y los jóvenes y la eliminación de un desempleo joven que alcanza un porcentaje de más del 40%. Por tanto contradicen la Recomendación 17bis sobre la juventud, que constata "las crecientes dificultades que las personas jóvenes encuentran para ocupar y conservar un puesto de trabajo" y el "alargamiento excesivo de los períodos formativos" como razón para la disminución de los años de cotización y, por ello, perjudican sus futuras pensiones. Otro ejemplo de propuestas contradictorias, que se resuelve mediante la prioridad a las que tienen por objetivo la reducción del gasto.

c) En cuanto a la reforma del 2013, la Recomendación segunda del PT 2020 solo recoge lo relativo a *la revalorización de las pensiones*, planteando la vuelta al criterio del IPC anual en lugar del 0,25%. Sin embargo, es posible que no se vuelva sin más a la normativa anterior, ya que la misma Recomendación dice que el desarrollo de la misma deberá ser consultado de nuevo con la Comisión del PT. El ministro Escrivá ha declarado en varias ocasiones que la aplicación del IPC se puede aplicar en períodos superiores al año en función de la coyuntura económica, lo que daría lugar a pérdidas de poder adquisitivo por la demora en la aplicación del IPC. Por otra parte, como han insistido representantes el movimiento pensionista, la ponderación de las partidas de los bienes y servicios en el panel del IPC infravalora la participación en el gasto de los que suponen un importante gasto para los pensionistas, como por ejemplo la electricidad.

d) Resulta llamativo que el PT no se pronuncia por la derogación del otro elemento importante de la reforma de 2013, *el factor de sostenibilidad*, cuya aplicación se encuentra suspendida hasta el 2023. La mayoría del gobierno quiere *resucitar* un factor de sostenibilidad basado en la evolución económica, como el que se aplica en Suecia y ha anunciado alguna declaración gubernamental, de forma que si el PIB no crece por encima de determinado nivel, se reduzca la cuantía de las pensiones iniciales. Esta ligazón del aumento de las pensiones con el aumento del PIB refleja una concepción productivista, que condiciona la satisfacción de las necesidades sociales al crecimiento económico, despreciando con ello la posibilidad de que se produzca mediante una redistribución de la renta favorable a los salarios directos e indirectos en detrimento de los beneficios empresariales.

e) La Recomendación Quinta (segundo párrafo) se manifiesta, con cautela –siempre que su "estructura y cuantía no supongan un desincentivo a la cotización", obviando que en el trabajo por cuenta ajena la base de cotización está determinada por el salario–, a favor de la preservación y mejora de *las pensiones mínimas*, que afectan especialmente a las mujeres por ser la mayoría de sus perceptoras. Pero, rompiendo con una cierta trayectoria de aumentar las mínimas en cuantía superior al conjunto de las pensiones, en los Presupuestos Generales del Estado para 2021 (PGE 2021) se recoge el mismo aumento del 0,9% del conjunto de las pensiones, dando continuidad al mismo criterio del 2020, es decir dos años sin incremento específico de las pensiones mínimas. De esta forma se hace caso omiso de la masiva reclamación del movimiento pensionista de fijar su cuantía en 1.080 euros, conforme a los criterios fijados por el Comité de Derechos Sociales, órgano interpretativo de la Carta Social Europea. En relación con las pensiones más bajas –se entiende que las que superen a las mínimas–, la Recomendación Undécima se pronuncia también a favor de su mejora, pero siempre y cuando "que no (se) desincentive el deber de cotizar". Otra vez se insiste en la misma idea, sin tener en cuenta que en el caso del trabajo por cuenta ajena la cotización no depende de la opción individual de la persona afiliada, sino de su salario y éste, en general, de la ley y los convenios colectivos, a su vez determinados por la relación de fuerzas sociales y políticas.

f) La propuesta de la Recomendación Quinta (tercer párrafo), no firme sino pendiente de evaluación, de permitir optar por los años del *periodo de cálculo de la pensión de jubilación* para poder excluir a aquellos en los que la base de cotización hayan sido más reducidas por haber sufrido el desempleo u otras formas de precariedad, se encuentra contradicha por la propuesta gubernamental, no contenida en el PT 2020, de ampliar progresivamente el período de cálculo. Aunque no se cifra hasta cuantos años, se ha apuntado el período de 35 años o incluso la totalidad de la vida laboral. Cuanto más se amplíe más entrarán en el cálculo las cotizaciones correspondientes a salarios muy bajos, por trabajos de formación, a tiempo parcial, etc. Así pues, el conjunto de lo que se propone en este tema no solo no mejora la situación actual sino que la empeora considerablemente.

g) La Recomendación decimoséptima analiza correctamente los elementos laborales, salariales y de dedicación asimétrica a las actividades de cuidado que conducen a la permanencia de una elevada *brecha de género de las pensiones*. La regulación de la brecha salarial, elemento clave para la igualdad en las pensiones, ha mejorado con la reciente aprobación del Decreto 902/2020, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, pero su efectividad depende de la exigencia sindical y de una Inspección de Trabajo con medios suficientes, requisitos que hasta la fecha no se cumplen adecuadamente. Se señalan las insuficiencias de unas medidas puntuales correctoras de las disfunciones del mismo sistema, pero no se formula ninguna propuesta para superar las deficiencias en la aplicación de esas medidas, por limitadas que sean y que afectan especialmente a las mujeres ya pensionistas y de más edad, especialmente en lo relacionado con su aplicación retroactiva y los supuestos a las que se aplican. La única explicación posible de esas carencias es la negativa a aumentar el gasto[6].

h) Sobre la *pensión de viudedad,* la Recomendación nº 13 constata que la pensión de viudedad de alguna forma compensa las brechas existentes entre mujeres y hombres tanto en la cobertura de la pensión de jubilación como en su cuantía. Sin embargo, en contradicción con esas realidades se pronuncia por concentrar exclusivamente la protección en las mayores de 65 años cuya pensión constituya su principal fuente de ingresos, mediante la elevación del porcentaje –sin precisar su magnitud–, que en la actualidad es del 60% para esas personas mayores de 65 años que no perciban otra pensión y que tengan ingresos limitados. De ello se puede deducir una apuesta por la reducción radical o incluso la eliminación de la pensión de viudedad para las edades inferiores a 65 años y también para las edades superiores a 65 años que simultaneen la de viudedad con otra pensión de jubilación o incapacidad, aunque sean de cuantía muy baja. El riesgo es tanto mayor por cuanto esa reducción/eliminación de la pensión de viudedad puede producirse rápidamente mientras que la reducción de la brecha de género en las citadas pensiones propias es muy lenta para la mayoría de las mujeres.

i) Una de las reivindicaciones sobre las que más ha insistido el movimiento pensionista consiste en que quienes hayan *cotizado durante períodos superiores a 40 años,* que normalmente van asociados a trabajos de elevada penosidad y menor esperanza de vida, puedan jubilarse anticipadamente sin penalización. Hasta ahora esos periodos muy amplios de cotizaciones solo sirven para reducir levemente las penalizaciones en las jubilaciones anticipadas, pero no otorgan el derecho a adelantar la edad de jubilación. El PT 2020, en su Recomendación duodécima, no

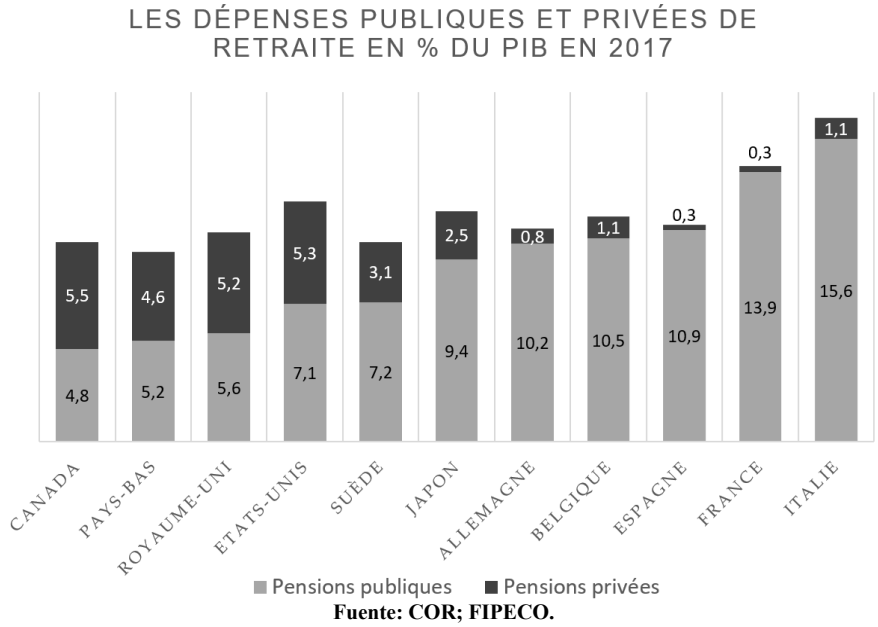
[6] Véase sobre este tema el análisis de RIVAS VALLEJO, P., "Perspectiva de género en las prestaciones de Seguridad Social", en VV.AA.: (MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., Dirs., MALDONADO, J.A. y DE VAL TENA, Á., Coords.), *Tratado de Seguridad Social,* Tomo 1, Murcia, Ediciones Laborum, 2017, págs. 487-508. Véase también DE LA FUENTE LAVÍN, M.: "El Pacto de Toledo y las pensiones de las mujeres en la CAPV", 24/10/2020, disponible en https://vientosur.info/el-pacto-de-toledo-y-las-pensiones-de-las-mujeres-en-la-capv/. La reciente modificación del complemento de pensiones por hijos/as por el RD Ley 3/2021, que mejora la prestación para las pensiones de cuantía más baja y también para las que hayan tenido solo un hijo, mantiene sin embargo una importante carencia, la ausencia de retroactividad, que afecta en este caso a las mujeres de más edad y que han sufrido más duramente una legislación laboral y de seguridad social hecha durante décadas a la medida de los hombres. Y que por ello deberían percibir con más razón ese complemento.

desestima la reivindicación pero se limita a proponer que el gobierno realice un estudio en el plazo de tres meses sobre el colectivo afectado y los coeficientes que se debieran aplicar para respetar la "equidad actuarial" –lo que es de temer que como mucho vaya a servir para reducir las penalizaciones– y, posteriormente, vuelva el asunto a la Comisión del PT. Llama la atención que ese estudio no se haya realizado todavía cuando la reivindicación está planteada durante años y esa Comisión venga reuniéndose durante largo tiempo, lo que induce a considerar que no va a haber cambio legislativo en esta materia.

Tampoco se da respuesta concluyente en la misma Recomendación a la *anticipación basada en la realización de trabajos penosos, insalubres y peligrosos,* asociados a elevadas tasas de morbilidad o mortalidad, que en el Estado español abarca a un número escaso de profesiones. El PT considera que se debe "mejorar el marco normativo para favorecer la identificación de estos colectivos", para que se cumpla la función de proteger la salud y/o vean reducida su esperanza de vida. Estos "buenos deseos" ya se formularon en la anterior ronda del Pacto de Toledo, sin que hayan tenido efectos significativos en la inclusión de esos colectivos.

2.2. Evolución del gasto en pensiones

Como se puede apreciar en el cuadro de abajo el peso del gasto en pensiones, medido en proporción al PIB, es algo más alto que el de otros Estados de la OCDE y de la Unión Europea, tales como Canadá, Holanda y Suecia, pero netamente más reducido que el de Estados próximos.

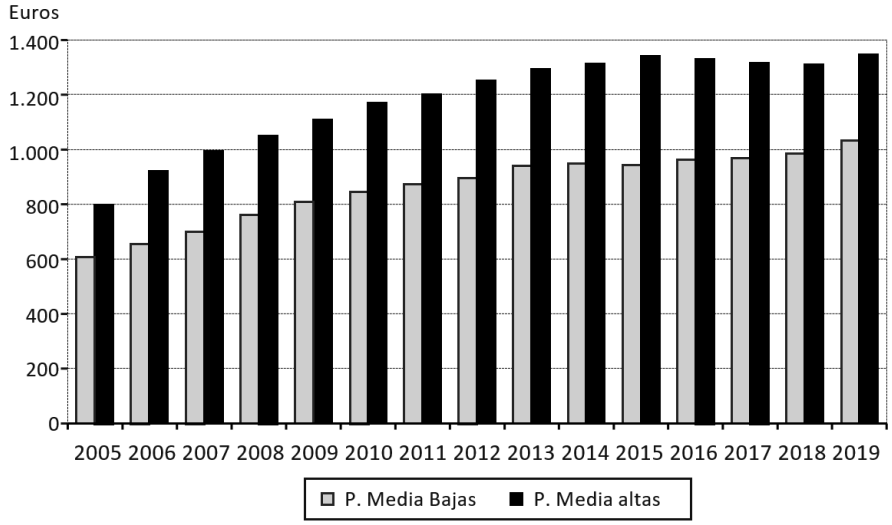


Fuente: COR; FIPECO.

La evolución del gasto en pensiones depende el número de pensiones y de su cuantía[7]. Así, a partir de 2014, el número de pensiones contributivas ha aumentado cada año, en porcentajes comprendidos entre el 1,4% del 2014 hasta el 0% estimado en el 2020. El 2020 ha finalizado con

[7] Salvo que se especifique otra cosa los datos citados en este artículo están extraídos del Informe Económico-Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social de 2021 (IEFSS2021), MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, *Seguridad Social. Proyecto de Presupuestos 2021. Información Complementaria,* 2020, disponible en http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/7fad23dd-65cf-4ff4-baf3-50c5d2fabf61/202120003.pdf?MOD=AJPERES&CVID=.

menos pensionistas que el año anterior debido al aumento de los fallecimientos por la pandemia de la covid–19, en su mayor parte pensionistas. A consecuencia de los cambios en el empleo, en las últimas décadas ha aumentado la proporción de pensionistas del Régimen General y ha disminuido en otros regímenes. Al ser más elevadas las pensiones en el Régimen General, unido a que las nuevas pensiones se basan –hasta la fecha– en carreras de cotización más largas y en salarios más elevados que las antiguas, las nuevas pensiones son bastantes más elevadas que las que causan baja, como se puede apreciar en el cuadro de abajo: este es el llamado efecto sustitución.



Fuente: Informe Económico-Financiero a los Presupuestos SS

La desaceleración del conjunto del gasto en pensiones a partir del 2014 se corresponde con la caída salarial durante la crisis de 2008 y con los efectos progresivos y cada vez más intensos de la reforma de pensiones del 2011 y, de la del 2013 durante los años 2013-2017 en que se aplicó la revalorización del 0,25% en la cuantía de las pensiones. Esa desaceleración ha sido paralela con la caída o aumento muy escaso en la cuantía de las nuevas pensiones en relación con las del año anterior. Las nuevas pensiones de jubilación, las más elevadas del sistema, también han bajado: tras un máximo de 1.460 euros/mes de media en el 2015 cayeron a 1.451 en el 2016 y a 1.420 en el 2018. Esa caída también se mantiene en el 2020, desde 1.452,84 en febrero a 1.379,9 en julio. La pensión de viudedad, percibida en el 92% por mujeres, cuya cuantía media había aumentado hasta 2018 por el aumento del porcentaje del 52 al 60% para una parte de las mismas, también ha empezado a disminuir: en el 2020 ha pasado de 850,5 euros en enero a 788,5 en julio.

Esa caída en la cuantía de las nuevas pensiones, unida a la desaceleración en el aumento de nuevos y nuevas pensionistas, está dando lugar a un aumento débil en la cuantía de la pensión media de todo el sistema (que incluyen a las muy antiguas y que corresponden a salarios y cotizaciones bajas), de entre el 0,48% y el 1,68% entre 2014 y 2018, con un aumento más importante en el 2019, del 3% aproximadamente, e inferior en el 1% en los siete primeros meses de enero de 2020 en relación con los del 2019[8]. Estos aumentos son muy inferiores que el que ha experimentado la prestación más importante del sistema tras las pensiones, la Incapacidad Temporal, que salvo una leve disminución en el 2018, ha experimentado aumentos anuales superiores al 11% y más del 26%

[8] Por esta razón parece engañosa la información recogida en el Informe de Evaluación y Seguimiento del Pacto de Toledo, *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados,* 10/11/2020 (pág. 49), que recoge el aumento –limitado- de la pensión media y de la pensión de jubilación entre agosto del 2019 y agosto del 2020, pero no incluye la caída de las pensiones nuevas en relación con el año anterior.

en el 2019. La debilidad del gasto en pensiones es apreciable en relación con la pensión más extendida, la de jubilación. España, destinó en 2017, un 8.1% del PIB al pago de la misma, porcentaje netamente inferior a los de Francia (12,2%), Italia (11,5%) o Portugal (10,4%, mientras que la media la Unión Europea era del 9,7%[9].

3. CONTRIBUTIVIDAD O REDISTRIBUCIÓN Y SOLIDARIDAD

Además de la reducción del gasto, un elemento central de las propuestas de financiación del PT 2020 es la *separación financiera* según la naturaleza de las prestaciones, que establece que las prestaciones contributivas se deben financiar *básicamente* mediante cotizaciones sociales y las que a efectos de su financiación se consideran como no contributivas, se financiarán mediante aportaciones del Estado. Esa separación financiera, que se aprobó inicialmente mediante la ley 24/1997, se ha ido modificando con la introducción de nuevas prestaciones, utilizando criterios poco precisos jurídicamente[10]. Está motivada por la voluntad de no acudir al aumento de las cotizaciones sociales y así mantener controlado el coste del trabajo asalariado ya que si esas prestaciones financieramente no contributivas fueran financiadas con cotizaciones sociales sería necesario aumentar la cuantía de las mismas.

En la citada ley de 1997 no se especificó la fecha en la que el Estado debía asumir íntegramente la financiación de las prestaciones no contributivas. La asunción estatal de la financiación de los complementos de mínimos de las pensiones se realizó de forma muy lenta y no fue completada hasta el 2013. Por estas razones la deuda estatal hacia la caja de la seguridad social, aunque tiene la lógica derivada de la legalidad aprobada en 1997, no tiene respaldo legal estricto, pero sí debe ser exigible por responder a un compromiso no solo del Gobierno de la época sino del Parlamento que aprobó en su momento esa ley.

El Pacto de Toledo –tanto en su acuerdo inicial de 1995 como en sus posteriores revisiones, incluida la de 2020– y la ley de Seguridad Social, en sus sucesivas modificaciones desde 1997, consideran que la redistribución y la solidaridad se deben limitar al nivel no contributivo y chocan con la tradición de los sistemas públicos de reparto que, en mayor o menor medida, incluyen esos elementos. A lo largo de varias de las Recomendaciones el PT 2020 se manifiesta a favor de que la redistribución y la solidaridad sean exteriores a lo que califica como "sistema contributivo". Esos elementos redistributivos, internos al sistema de pensiones, se añaden a otros elementos externos al mismo, como las bonificaciones de cotizaciones sociales, los gastos de gestión de las pensiones y otros, para agruparlos en un conjunto heterogéneo de "gastos impropios". La partida más importante es la de los complementos de mínimos de las pensiones contributivas cuyo gasto previsto en el año 2021 es de 7.064,38 millones de euros en el 2021 y concierne a aproximadamente el 28% de la totalidad de las pensiones, desigualmente distribuidas según Comunidad Autónoma y Regímenes o Sistemas Especiales de la Seguridad Social. A lo largo de varias de las Recomendaciones (al menos

[9] GARCÍA PÉREZ, J.: "La jubilación de la generación *baby boom*: una realidad coyuntural", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 24, 2020, pág.95.

[10] Véase un análisis sobre las incongruencias de la regulación sobre la diferenciación entre lo contributivo y lo no contributivo a efectos de la separación financiera en CABEZA PEREIRO, J., "Estructura del sistema. Bloque contributivo y no contributivo", en VV.AA.: (MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., DIRS., MALDONADO, J.A. y DE VAL TENA, Á., Coords.), *Tratado de Seguridad Social,* Tomo 1, Murcia, Ediciones Laborum, 2017, págs. 208-211. Así, la consideración como no contributivo del subsidio de maternidad cuando la trabajadora no ha cotizado el periodo suficiente para percibir el subsidio ordinario parece claro que se debe a la voluntad de no afectar al equilibrio entre cotizaciones y prestaciones, mientras que otras prestaciones, de menor coste económico que el citado subsidio de maternidad, como los períodos de cotización asimilados por parto y la prestación familiar "en su modalidad contributiva", se consideran como contributivas a los efectos de la separación financiera y ello aunque no se exija una cotización efectiva (pág. 210). El Informe del PT 2020 (pág. 43) reconoce que en la práctica la distinción entre prestaciones contributivas y no contributivas, ha dado lugar a que el principio de separación de fuentes con el que está ligado esa distinción ha constituido "una posición móvil" para modificar los recursos que se pagan a cargo a cotizaciones.

en las 0, 1, 2, 4, 15, 17 y 19bis) el PT 2020 se manifiesta a favor de que la redistribución y la solidaridad sean exteriores a lo que califica como "sistema contributivo".

Esos elementos redistributivos, internos al sistema de pensiones, se añaden a otros elementos externos al mismo, como las bonificaciones de cotizaciones sociales, los gastos de gestión de las pensiones y otros, para agruparlos en un conjunto heterogéneo de "gastos impropios". La partida más importante es la de los complementos de mínimos de las pensiones contributivas cuyo gasto previsto en el año 2021 es de 7.318.920 euros y concierne a aproximadamente el 28% de la totalidad de las pensiones, desigualmente distribuidas según Comunidad Autónoma y Regímenes o Sistemas Especiales de la Seguridad Social. Para los mismos el PT 2020 declara, en su Recomendación Quincuagésima, que deben financiarse a cargo de la fiscalidad general, "como expresión de la solidaridad española y del principio de equidad intergeneracional", lo que implícitamente supone que no es factible la solidaridad de clase entre el conjunto de las trabajadoras y trabajadores expresada a través de las cotizaciones sociales.

En relación con otros sistemas de pensiones de reparto (en el sentido de ser financiados mediante cotizaciones sociales, sin necesidad de acumulación previa de recursos), el sistema español incorpora escasas reglas que atenúen la contributividad individual entendida como la correspondencia entre cotizaciones y prestaciones. Además, no siempre las reglas operan en un sentido redistributivo sino que algunas son anti-redistributivas.

Así, a diferencia de otros regímenes, hasta la fecha el sistema español no contempla la posibilidad de poder elegir, a efectos de la base reguladora de las pensiones, las bases de cotización de los *mejores años* (fórmula que favorece a quienes tienen carreras profesionales irregulares), sino que impone el cómputo de los últimos años anteriores al inicio de la prestación. La Recomendación Quinta del PT 2020 abre esa posibilidad cuando propone evaluarla en los supuestos de carreras profesionales más inestables y precarias, al tiempo que propone evaluar la ampliación del período necesario para alcanzar el 100% de la pensión (37 años según la reforma de 2011). Así pues, una de cal y otra de arena. No es nada seguro que esa medida vaya a ser aprobada, salvo como medida paliativa de la ampliación del periodo de cálculo de la pensión de jubilación de 25 a 35 años.

Tras haber estado incluida en varios borradores, al parecer en la documentación enviada a la Comisión Europea –que no ha sido hecha pública cuando se escribe este artículo– para justificar que las transferencias y préstamos de los Fondos de Recuperación *Next Generation* van a ir acompañadas del control del gasto público y del aumento de la competitividad de las empresas, no se ha incluido el aumento de 25 a 35 años del período de cálculo –aunque si la posibilidad de aumentarle–, si bien la Vicepresidenta Calviño lo habría defendido posteriormente ante los comisarios económicos de la UE[11]. Ello daría lugar, según las versiones, a una reducción en la cuantía media comprendida entre el 5,45% y el 6,3%, al incluir los años iniciales de trabajo remunerado de bajos salarios o los períodos de desempleo o excedencia por cuidado de hijos/as u otros familiares, que afectan especialmente a las mujeres.

A partir del inicio del Pacto de Toledo en 1995 ha devenido un lugar común en los acuerdos parlamentarios y sociales, e incluso en los textos legales, la invocación simultánea a la contributividad y la solidaridad. La Recomendación 11ª del PT 2020 considera que se debe "preservar y reforzar el principio de contributividad", mediante "una relación equilibrada entre el importe de la prestación reconocida y el esfuerzo de cotización previamente realizado por cada trabajador". Las reformas en curso en numerosos Estados europeos, y también en el Estado español, pretenden acentuar las modificaciones ya introducidas en las últimas décadas de traspasar la financiación de una parte creciente de los sistemas de pensiones de reparto desde las cotizaciones a la fiscalidad. Este cambio en

[11] GIL, A.: "Calviño lleva a Bruselas la ampliación del periodo de cálculo de la pensión apoyándose en el Pacto de Toledo aunque éste no lo recoge expresamente", diario.es, 28/1/2021, disponible en https://www.eldiario.es/economia/calvino-senala-pacto-toledo-llevar-bruselas-ampliacion-periodo-calculo-pension-no-recomendaciones_1_7175991.html

la financiación tiene dos objetivos: en primer lugar, reducir al mínimo los elementos redistributivos en los sistemas públicos de reparto, de forma que se asemejen a los de capitalización privada, reduciendo así la defensa colectiva de los primeros; y, en segundo lugar, que los componentes redistributivos que permanezcan se financien extramuros de la financiación ordinaria de los sistemas de reparto de las cotizaciones sociales, pasando a serlo mediante la fiscalidad, reduciendo así el coste del trabajo para las empresas. En el último párrafo de su Recomendación Decimonovena el PT 2020 reconoce que pretende corregir "una excesiva dependencia de las cotizaciones sociales en un contexto demográfico y productivo muy distinto al de las últimas décadas del siglo XX". Llamativamente, más allá de la vaguedad de esas referencias, no se explicitan las razones por lo que era posible en el 2020 ya no lo es en 2021.

4. SITUACIÓN FINANCIERA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y ALTERNATIVAS

4.1. Las cotizaciones sociales

En la seguridad social española no existen cotizaciones específicas para las pensiones, como si ocurre por ejemplo en Francia o Alemania, sino que van destinadas a las prestaciones por contingencias comunes, que además de las pensiones por causas comunes incluyen la incapacidad temporal, la maternidad, la paternidad, el riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia y el cuidado de menores afectados por enfermedades graves. La gestión de todas las contingencias se realiza conjuntamente por el INSS, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en Francia donde hay cotizaciones específicas por cada grupo de contingencias, como "cajas" separadas de gestión entre la "vejez", la enfermedad, etc.

En la actualidad los tipos de cotizaciones por estas contingencias en España son del 23,6% a cargo de las empresas y el 4,7% a cargo de los asalariados y se calculan sobre la base de cotización a su vez determinada por el salario (con un máximo, de 4.070 euros mes en el 2020, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias). Por otra parte, existen cotizaciones por contingencias profesionales, tanto para pensiones derivadas de estas causas, como de la IT por causa profesional. Sus tipos de cotización o "primas" son íntegramente a cargo de las empresas; en este caso se diferencian entre una prima para IT y otra para incapacidad permanente y muerte y su cuantía conjunta depende del mayor o menor riesgo de la actividad y oscilan entre el 1,5% y el 6,7%. Una diferencia con la cotización por contingencias comunes es que para las profesionales, las horas extras si forman parte de la base de cotización.

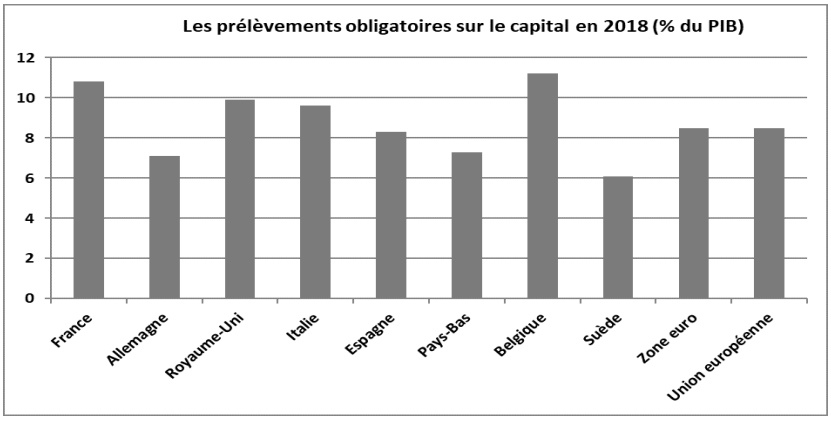
Hay otra cotización separada para desempleo, de cuya base también forman parte las horas extra y cuyos tipos dependen del tipo de contratación laboral y van desde el 5,5% a cargo de las empresas y 1,5% de los asalariados en los contratos indefinidos hasta el 6,7% y 1,6% en algunas modalidades contractuales. Las horas extra son también objeto de una cotización adicional, que no da derecho a prestaciones separadas y cuyos tipos son del 12% y el 2% en las de "fuerza mayor" y del 23,6% y 4,7% en el resto. Finalmente con las cotizaciones sociales se recaudan otras cuotas que no son de seguridad social, no forman parte de su acción protectora y que se denominan como de "recaudación conjunta": para formación profesional (tipos del 0,6% y 0,1%) y para el Fondo de Garantía Salarial (anteriormente el 0,4%, en la actualidad el 0.2% a cargo solo de las empresas).

4.2. La entrada en déficits del sistema de Seguridad Social

La caída del empleo, el aumento del tiempo parcial y la bajada de los salarios ha dado lugar a una caída de los ingresos por cotizaciones sociales. Según el INE, el conjunto de la remuneración de las personas asalariadas solo subió el 0,08% entre 2008 y 2018. En este último año la parte salarial tenía el menor nivel desde 1989[12]. El aumento de las rentas empresariales no ha ido

[12] VIÑAS, J.: "El peso de los salarios sobre el PIB cae a su nivel más bajo desde 1989", *Cinco Días,* 12/03/2018, disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/03/09/midinero/1520613690_542389.html

destinada a inversión y creación de empleo. La parte dedicada a la inversión es especialmente reducida en el Estado español. Incluso en la actual pandemia, en el tercer trimestre del 2020 se distribuyeron 4.700 millones de euros en dividendos[13], con una reducción del 4,7% en relación con el mismo período del año anterior, muy inferior al 19% dela Unión Europea (exceptuado el Reino Unido). Esa política, que favorece la distribución de beneficios en detrimento de la inversión y el empleo, se encuentra estimulada por una imposición reducida sobre las rentas del capital, que en general van asociadas a muy altos ingresos. Los tipos de imposición efectivos sobre las rentas de capital son netamente más reducidos que sobre las rentas del trabajo. Son equivalentes en el Estado español a la media de la Unión Europea y bastante más reducidos que en Francia, Italia y Bélgica, como se puede apreciar en el cuadro de abajo.



Fuente: Comisión Europea y FIPECO.

La caída salarial, unida a la congelación de los tipos de cotización, ha dado lugar a que en el período 2011-2020 los ingresos por cotizaciones sociales no han cubierto el gasto total de las prestaciones económicas contributivas (que además de las pensiones incluyen prestaciones como la incapacidad temporal, el desempleo, el riesgo por el embarazo, parte de las prestaciones de maternidad y paternidad, etc.), habiéndose producido un déficit medio de cobertura de alrededor del 15% y un déficit total en ese período de más de 150.000 millones de euros**.**

Según el Tribunal de Cuentas[14], esos déficits de han cubierto mediante:

1) Disposiciones del Fondo de Reserva y del Fondo de Prevención y de Rehabilitación de las Mutuas. La ley de 2003 que lo regula decía que el Fondo estará dotado del excedente presupuestario derivado de las cotizaciones en relación con las prestaciones contributivas, con los excedentes derivados de la gestión por las mutuas colaboradoras de la prestación de incapacidad temporal por causas comunes y de los rendimientos de cualquier naturaleza que generase el citado Fondo, con la precisión de que la disposición de los excedentes iría destinada a la financiación de las pensiones de carácter contributivo y demás gastos necesarios para su gestión. El patrimonio del Fondo de Reserva llegó a ser de 66.815 millones en el 2011, que a pesar de su magnitud solo equivalía a nueve meses del gasto en pensiones[15]. Conviene señalar que los excedentes de ingresos en relación con el gasto

[13] LIBRE MERCADO: "Los dividendos se recuperarán en 2021", *LibreMercado,* 3/12/2020, disponible en https://www.libremercado.com/2020-12-03/los-dividendos-se-recuperaran-en-2021-coronavirus-inversion-6686636/

[14] TRIBUNAL DE CUENTAS: *Informe de Fiscalización sobre la evolución económico financiera, patrimonial y presupuestaria del sistema de la Seguridad Social y su situación a 31 de diciembre de 2018,* 28/07/2020, disponible en https://www.tcu.es/repositorio/de226696-6741-4ff2-ba7a-5a334e86e7f6/I1381.pdf

[15] Según el Informe del PT 2020 (pág. 41) los rendimientos netos de las inversiones del Fondo de Reserva desde enero del 2020 hasta octubre de 2020 habrían sido de 28.889,47 millones de euros. Esos rendimientos explican que *(...)*

se deberían haber dedicado en el pasado a mejorar unas pensiones que en su mayoría apenas eran superiores al salario mínimo y muchas de ellas inferiores. Pero eso es el pasado. Como consecuencia de las disposiciones realizadas para hacer frente al pago de las pensiones el valor del Fondo en agosto de 2020 era de dos mil millones. A mi entender si no se ha gastado en su totalidad ha sido por razones políticas: ni el gobierno del PP ni los del PSOE han querido figurar como quienes cerraban el Fondo de Reserva.

2) A esa cifra hay que añadir, en el mismo período, la utilización de 10.011 millones de euros del Fondo de Prevención y Rehabilitación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y de Enfermedades Profesionales que se nutre de los excedentes de gestión de las mismas. Esos excedentes se deben a la manifiesta infradeclaración de un gran número de enfermedades profesionales y su reconocimiento como enfermedades comunes, con el consiguiente ahorro para las Mutuas y perjuicio tanto para los trabajadores y trabajadoras afectados que no perciben las prestaciones superiores a que tendrían derecho como para los servicios públicos de salud que hacen frente a gastos que no les corresponden.

3) Préstamos del Estado a la Seguridad Social. Entre 2017 y 2020 el Estado ha concedido préstamos a la Seguridad Social para que hiciera frente a sus obligaciones, especialmente con motivo de las pagas extraordinarias de pensiones, por un importe algo superior a los 106 mil millones de euros.

4) Una transferencia del Estado a la Seguridad Social, por importe de 1.334 millones.

4.3. Situación financiera de la caja de la seguridad Social

Según el Tribunal de Cuentas, en un informe de fiscalización fechado en julio de 2020[16], el endeudamiento del sistema de Seguridad Social con el Estado era de 52.273 millones de euros a finales de 2019, cifra que se ha aumentado con los 51 mil millones de préstamos del 2020. El Tribunal de Cuentas expone que el Estado tendría una deuda con la Seguridad Social por un importe estimado en, "al menos", 103.690 millones de euros en concepto del gasto sanitario (31.828 millones) y los complementos de los mínimos de pensiones (71.862 millones) que fueron abonados por la caja de la Seguridad Social entre 1989 y 2013.

Esos gastos deberían haber sido cubiertos por el Estado a través de sus Presupuestos Generales, conforme a los criterios, aprobados legalmente, de separación de las fuentes de financiación (cotizaciones sociales y aportaciones de Estado) según la naturaleza de las prestaciones, que se estableció a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1989 y conforme a la ley citada de 1997, en la actualidad recogido en el art. 109.2 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, pero que se aplicaron tardíamente. El Tribunal de Cuentas lo expresa cuando dice: *"*costes que la Seguridad Social asumió por cuenta del Estado*"*. Si esos fondos se hubieran invertido en obligaciones del Estado, esos 103 mil millones se habrían convertido en 161 mil millones aplicando el IPC a las cifras anuales indebidamente asumidas por la Seguridad Social y aumentarían a 200 mil millones aplicando la capitalización compuesta al tipo de interés medio de las emisiones entre 2001-2020, que fue en torno a un 5 % según el Tesoro Público[17].

el Fondo haya realizado disposiciones para el pago de pensiones por una cuantía de 80.337 millones de euros hasta el 31 de agosto de 2020 (Informe del PT 2020, pág. 41). Para una valoración de la política del Fondo de Reserva, véase DE LA FUENTE LAVÍN, M., "El Fondo de Reserva y las pensiones", 7/7/2017, disponible en https://vientosur.info/el-fondo-de-reserva-y-las-pensiones/

[16] Tribunal de Cuentas: *Informe de Fiscalización…* cit.

[17] PRADA, A.: "¿Existe una deuda histórica con la hucha de las pensiones públicas", infoLibre, 12/08/2020, disponible en https://www.infolibre.es/noticias/opinion/plaza_publica/2020/08/11/existe_una_deuda_historica_con_hucha_las_pensiones_publicas_109789_2003.html

Según el mismo Tribunal de Cuentas, es el Estado quien debiera reembolsar a la caja de la Seguridad Social la diferencia entre la cifra de la deuda de la Seguridad Social con el Estado y lo que éste debe por haberse financiado indebidamente con cotizaciones, por importe de 50.957 millones de euros (en el momento del informe del Tribunal de Cuentas). Aunque los préstamos no se devuelvan y el Estado no exija su reembolso, la presentación de una deuda muy elevada tiene la función simbólica de justificar la necesidad de reducir el gasto en pensiones. Por ello es elemental que el Estado anule esos préstamos mediante su conversión en transferencias basadas en la deuda histórica del Estado con la Seguridad Social. Si se tomaran en cuenta el importe de todos los gastos indebidamente abonados por la caja de la seguridad social entre 1989 y 2003 conforme a los criterios de la Ley 24/1997 esa deuda actualizada ascendería a una cifra que ha sido estimada en 519.000 millones por un estudio de Comisiones Obreras[18]. El PT 2020, en su Recomendación Primera, declara que debe elaborarse un estudio –otro más– la medida en que las cotizaciones sociales han hecho frentes a gastos que conforme a la legalidad en vigor en cada momento correspondía a aportaciones del Estado y se remite para ello al contenido del informe citado del Tribunal de Cuentas. Sin embargo, no se manifiesta sobre la devolución a la caja de la Seguridad Social de esas cantidades. Al mismo tiempo para resolver, se entiende que anulándola, la deuda de la Seguridad con el Estado por las transferencias realizadas por éste, reitera la posición del PT 2011, en el sentido de que se pueden saldar mediante la transferencia de la titularidad de la titularidad dominical a las "Administraciones titulares de la gestión". Teniendo en cuenta que la deuda de la Seguridad Social con el Estado es de inferior cuantía que la que el Estado tiene con la Seguridad Social, es cierto no reconocida legalmente, esa solución equivale a la privación de una parte del salario indirecto socializado, más allá de su forma jurídica en el ordenamiento español, constituyen las cotizaciones sociales.

En los Presupuestos Generales del Estado para 2.021 se incluye una partida de 14.000 millones de euros en concepto de los llamados *gastos impropios* de la Seguridad Social. Este concepto recoge elementos heterogéneos y parte de los cuales son efectivamente *impropios*, como las reducciones en las cotizaciones para el fomento del empleo. Otros, como la prestación por nacimiento y cuidado de hijos, el complemento de pensiones por maternidad, las medidas de apoyo a regímenes especiales deficitarios, o el coste de complementar las lagunas de cotización para el cálculo de la pensión de jubilación, deberían formar parte de un sistema de pensiones basado en el reparto redistributivo basado en las cotizaciones[19].

Es cierto que para hacer frente a esos gastos habría que aumentar las cotizaciones. Mientras el Estado, que debe ejercer la función reguladora, no fije el nivel de cotizaciones suficiente para hacer frente a ese gasto, debe asumir su coste, tal como indica la legislación en vigor y ahora asume el PT 2020. Sin embargo, el gobierno ni aumenta los tipos de cotización, mantiene congelado el tope máximo de cotización desde el 2019, ni procede a transferir a la caja de la Seguridad Social la totalidad de lo indicado por el Tribunal de Cuentas y, además, el importe de la partida anual solo recoge una parte de lo que se reconoce que debe ser asumido por el Estado, dilatando al 2023 el pleno cumplimiento del PT 2020[20]. Ello dará lugar al mantenimiento de los déficits del sistema de seguridad social, aunque sea en menor cuantía.

[18] El informe de Comisiones Obreras estuvo en la página web del sindicato durante años. El que suscribe no ha logrado localizarlo posteriormente.

[19] También se consideran como "gasto impropio" el de los complementos de las pensiones mínimas, pero su coste ya está financiado por el Estado desde el 2013.

[20] Según las estimaciones presentadas por el ministro de Seguridad Social a la Comisión del PT en septiembre de 2020, en 2023 los gastos impropios que asumiría la Seguridad Social ascenderían a 22.871 millones, mientras que el déficit estimado para ese año sería de 20.185 millones.

4.4. ¿Cómo equilibrar financieramente el sistema de seguridad social?

4.4.1. Aumento de los ingresos

Los ingresos que es necesario prever no solo se deben basar en la derogación de los aspectos regresivos de las reformas de 2011 y 2013, sino en el aumento necesario del gasto derivado del aumento de la esperanza de vida. Otro elemento es la puesta en vigor de las reivindicaciones del movimiento pensionista, que no se van a detallar por sabidas. Solo se subrayan dos elementos generales. El primero es que un sistema público de reparto debe asegurar tasas de reemplazo más altas de las pensiones para quienes hayan trabajado en condiciones de especial penosidad e insalubridad y salarios más bajos, que normalmente van asociadas a esperanzas de vida más bajas y, por lo tanto, de menor duración en el cobro de las pensiones. El segundo es que el gasto en pensiones como otros elementos de la distribución monetaria de los ingresos (salarios directos y, especialmente, los excedentes empresariales…) debe tener en cuenta el impacto ecológico y la imperiosa necesidad de evitar el calentamiento climático. Por ello es muy importante contener los ingresos monetarios que den lugar a un alto consumo de bienes y desarrollar los servicios públicos y sociales basados en la gratuidad. En el caso de la gente de más edad son especialmente relevantes todas las prestaciones de la Ley de Dependencia, cuyas radicales carencias se han visto dramáticamente mostradas durante la pandemia de la covid-19: residencias de día y de noche adecuadas, atención domiciliaria y otras. La gratuidad de esos servicios, el aumento de su calidad y su publificación, permitiría moderar el aumento del gasto en pensiones –siempre que vaya acompañado de una mayor reducción en las rentas de capital y en los salarios más elevados– con tasas de reemplazo más bajas para los salarios más elevados.

La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) estima, tras una revisión de sus previsiones demográficas, que la sostenibilidad del sistema de pensiones, basada en un aumento en el gasto de 3,3 puntos del PIB sobre el 10,9% de 2019, exigiría que el gasto se situé en el 14,2% del PIB en el horizonte del 2050[21]. Una estimación que tenga en cuenta el aumento del número de pensionistas e incluya la derogación de los elementos regresivos de las reformas de 2011 y 2013, y que estuviese acompañada de la citada política de servicios públicos y sociales exigiría alcanzar un porcentaje comprendido probablemente entre el 15 y el 17% del PIB. La posibilidad macroeconómica de ese aumento del gasto se deriva de los incrementos de productividad que se han producido durante las últimas décadas y que han ido de forma muy mayoritaria a aumentar la parte de los beneficios en detrimento de los salarios. Ahora bien, no será posible si se mantiene la tendencia de las últimas décadas de aumento del Excedente Neto de Explotación empresarial, que una vez eliminado la devaluación del capital fijo o las amortizaciones, ha pasado del 24 % en 1980 a un 32 % del PIB en el 2020, a costa de los salarios directos y de las cotizaciones sociales. Para la recuperación salarial es imprescindible derogar los elementos esenciales de la reforma laboral de 2012, a lo que se resiste la mayoría del gobierno español. En efecto se ha señalado[22] que según un

[21] AIREF, "La AIReF estima que el gasto en pensiones aumentará al 14,2% del PIB en 2050 tras actualizar sus previsiones demográficas", 28/09/2020, disponible en https://www.airef.es/es/noticias/la-airef-estima-que-el-gasto-en-pensiones-aumentara-al-142-del-pib-en-2050-tras-actualizar-sus-previsiones-demograficas/. La estimación de la AIReF se basa en previsiones demográficas sobre migraciones, fecundidad y esperanza de vida. Sobre este último extremo estima que el aumento será menor que el de las pasadas décadas, previsión razonable a la vista del descenso que tuvo lugar, por primera vez en las últimas décadas, en el año 2012 en el contexto de la crisis económico-financiera y de la que previsiblemente habrá tenido lugar en el 2020 con la crisis sanitaria y social de la pandemia de la COVID-19. Según previsiones de la Seguridad Social recogidas en el Informe de Evaluación del PT 2020 (pág. 55), la cifra de 9.696.000 pensiones del 2020 pasaría a 11,4 millones en el 2020 y a 14,3 en el 2.050, para empezar a decaer posteriormente hasta 14,1 en el 2060. Sobre la evolución del número de las pensiones de jubilación de la generación del *baby boom,* véase el análisis de GARCÍA PÉREZ, J.: "La jubilación de la generación *baby boom*…, cit.

[22] ILLUECA BALLESTER, H.: "Los retos del sistema público de pensiones en el Estado español", en VV.AA.: *El futuro de las pensiones. Galiza, Estado español y Europa,* Lidia Senra-Diputada en el Parlamento Europeo, Santiago de Compostela, 2018, pág. 46. El autor, que además de profesor universitario es Inspector de Trabajo, indica que la *(...)*

informe de la AIReF, en 2015, al de tres años de la entrada en vigor de esa reforma la misma habría supuesto la pérdida de unos 15.000 millones de euros.

4.4.2. Gastos que deben pasar a ser financiados a cargo de los Presupuestos Generales del Estado

- Los gastos de gestión del sistema de Seguridad Social.
- Exenciones y reducciones de cotizaciones sociales por razones de política de empleo. Las reducciones y bonificaciones de las cotizaciones sociales han contribuido a la agravación del déficit de la Seguridad Social ya que al instrumentarse como reducciones de cuotas se están financiando a cargo del Presupuesto de la Seguridad Social, mientras que dado el carácter de estos incentivos deberían financiarse a cargo del Estado, tal como se establecía en la Recomendación 1ª del PT 2020 sobre la separación de fuentes de financiación que proponía que las bonificaciones en la cotización debían ser a cargo de la fiscalidad general. Se puede estimar que suponen una reducción anual media de los ingresos de la seguridad social de unos tres mil millones de euros y correlativamente de transferencia de recursos a las empresas. La generalización de los ERTE por la pandemia de la covid–19 ha ido acompañada de importantes exoneraciones de cotizaciones sociales[23], por un importe estimado en el 2020 de 6.050,91 millones de euros, de la que se han beneficiado no solo las pequeñas empresas sino también las grandes y las transnacionales, aunque hayan tenido en los últimos años beneficios multimillonarios. El Estado solo va a transferir en el 2021 a la Tesorería de la seguridad social 1.779.447,58 euros correspondientes a las reducciones de cotizaciones por razones de políticas de empleo, cifra previsiblemente muy inferior al importe de las mismas.

4.4.3. Aumento de las cotizaciones sociales

En el IEFSS 2021 (pp. 102 y ss.) se detalla que el peso de las cotizaciones en relación con el PIB aumentó progresivamente entre 1985 (el 9,18%) y 1994 (el 10,58%). Está previsto que alcance el 10,2% en el 2021, lo que significa que el peso relativo de las cotizaciones sociales es inferior al existente hace diez años, por debajo del 13% de media en la UE. En el año 2021 se prevé una recaudación de algo más de 125 mil millones de euros, que representarán el 72,58% del total de los recursos. Aunque los tipos de las cotizaciones empresariales son más elevados que en la mayoría de los Estados de la UE, se aplican sobre salarios muy inferiores que los de los Estados más próximos en PIB per cápita. El coste salarial total, que incluye los salarios brutos, las cotizaciones sociales a cargo de los empleadores, la mejora de la protección social a cargo de las empresas y otros costes tales como los de formación y de reclutamiento, es muy inferior en el Estado español a la media europea, por lo que hay margen suficiente para proceder a una elevación de las cotizaciones a cargo de los empleadores.

Tras un aumento del 7% de la base máxima de cotización en el 2019 (inicialmente el gobierno habló de un 10%) y de la base mínima el 22,3% como resultado del aumento a 900 euros del salario mínimo, tanto en el 2020 como en el 2021 se han mantenido inalterables las bases de cotización, con la excepción de la base mínima tras el aumento a 950 euros del salario mínimo para 2020. Así, la base máxima de cotización es desde el 1 de enero de 2020 de 4.070,1 euros mensuales o 48.841,2 anuales, de los más bajos de la Unión Europea. El aumento del tope máximo de cotización a 80.000 euros anuales, que seguiría siendo inferior a los que están en vigor en Estados

actual regulación de la contratación a tiempo parcial dificulta el control del tiempo efectivamente trabajado y facilita la infracotización (pág. 47).

[23] El 100% de las cotizaciones en las empresas con menos de 50 trabajadores y trabajadoras y el 75 % para las que tengan 50 o más.

como Francia, Alemania, Italia o el Reino Unido, proporcionaría un aumento importante de los recursos necesarios para hacer frente a la dignificación de las pensiones.

Según las estadísticas del Mercado de Trabajo y Pensiones en las Fuentes Tributarias de 2019 (último año del que existen datos)[24], que se basa en las declaraciones anuales (modelo 190) para el IRPF, aproximadamente 1.100.000 personas percibían ese año un salario superior a la base máxima de cotización de ese año, de 48.841,2 euros, cifra que se mantiene para el 2021, como se puede apreciar en el cuadro de abajo.

Asalariados, percepciones salariales y salarios

	Asalariados	Percepciones por persona	Salarios	Salario Medio Anual
Total	19.157.767	1,41	394.004.653.901	20.566
De 0 a 0,5 SMI	3.986.921	1,64	10.608.428.902	2.661
De 0,5 a 1 SMI	3.224.971	1,73	30.692.992.672	9.517
De 1 a 1,5 SMI	3.909.371	1,37	61.406.488.427	15.708
De 1,5 a 2 SMI	2.773.588	1,23	60.362.400.080	21.763
De 2 a 2,5 SMI	1.619.670	1,18	45.535.650.470	28.114
De 2,5 a 3 SMI	1.239.164	1,18	42.720.473.902	34.475
De 3 a 3,5 SMI	833.609	1,17	33.946.325.960	40.722
De 3,5 a 4 SMI	492.582	1,16	23.120.785.045	46.938
De 4 a 4,5 SMI	295.590	1,17	15.769.205.660	53.348
De 4,5 a 5 SMI	206.058	1,16	12.296.378.323	59.674
De 5 a 7,5 SMI	414.853	1,18	30.976.533.091	74.669
De 7,5 a 10 SMI	89.086	1,20	9.520.244.455	106.866
Más de 10 SMI	72.304	1,20	17.048.746.914	235.793

Fuente: Mercado de trabajo y Pensiones en las Fuentes Tributarias

El aumento a 80.000 euros de la base máxima de cotización daría lugar a que la misma cifra de 1.100.000 personas percibirán salarios comprendidos entre la actual base máxima y los 80.000 euros y el aumento de la recaudación por este concepto podría alcanzar, suponiendo una media de 60.000 euros años, la cifra de 18.678 millones de euros/año.

Por otra parte, el tope máximo de pensiones en el 2021 es de 2.707,49 euros/mes o 37.904,86 año. Ese tope da lugar a una reducción de aproximadamente el 15% de la pensión de quienes hayan cotizado por las bases máximas durante los 24 años que en el 2021 se tienen en cuenta en el cálculo de la pensión y hayan cotizado los 37 años y 3 meses necesarios para cobrar un porcentaje del 100%.

El aumento del tope máximo de cotizaciones debería ir acompañada de un aumento del tope máximo de pensiones, por varias razones. En primer lugar, supone una diferencia que penaliza a las pensiones públicas de reparto en relación con las privadas de capitalización, en las que no existe ningún tope ni los cobros de las pensiones privadas se toman en cuenta para el tope máximo de la pensión pública. En segundo lugar, el aumento de la distancia entre los salarios y las cotizaciones más altas, empuja a la gente de mayores salarios a las pensiones privadas, debilitando así el frente de la lucha por las pensiones públicas. En tercer lugar, mientras que el aumento de los ingresos sería inmediato, los efectos en el gasto se dilatarían en el tiempo ya que el acceso a la pensión de quienes percibirían las nuevas pensiones más altas sería progresivo. Ese aumento no tiene por qué ser de la

[24] MINISTERIO DE HACIENDA, *Mercado de Trabajo y Pensiones en las Fuentes Tributarias,* 2021, disponible en https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/datosabiertos/catalogo/hacienda/Mercado_de_Trabajo_y_Pensiones_en_las_Fuentes_Tributarias.shtml

misma cuantía sino que puede y debe ser más bajo que el aumento de las bases máximas de cotización.

Esta redistribución desde los salarios altos hacia los más bajos permitiría compensar la menor esperanza media de vida y de la esperanza de vida en buena salud, de las y los asalariados de salarios más bajos en relación con las correspondientes a los asalariados y asalariadas de mayores salarios. En la documentación enviada por el gobierno español a la Comisión Europea sobre los recortes laborales y de pensiones que prevé tomar para acceder a los Fondos Europeos del Plan de Recuperación, se abre la posibilidad de aumentar la base máxima de cotización, acompañado de una modificación de la pensión máxima. Está por ver la decisión del gobierno en este tema, a la vista de la congelación de estas bases en el 2020 y el 2021, decisión que solo se explica por la voluntad de no enfrentarse con la patronal.

4.4.4. Aumento de los tipos de cotización

En 1993-1994 se redujo un 1% (0,8% de la cuota empresarial y 0,2% de la cuota obrera) el tipo de cotización de contingencias comunes, que pasó del 29,3% al 28,3%. Anteriormente había llegado a ser casi 4 puntos más altos que en la actualidad. Pues bien, el aumento de ese punto supondría un aumento de los ingresos de unos 3.750 millones de euros/año. Teniendo en cuenta que los salarios directos son notablemente inferiores en España en relación con la UE-15, hay margen suficiente, sin afectar a la competitividad en relación con los Estados de la Unión Europea, para un aumento de las cotizaciones sociales para compensar la diferencia en el gasto en pensiones

4.4.5. Lucha contra el fraude y afloramiento de la economía sumergida

En materia de ingresos el fraude se expresa mediante el incumplimiento de las obligaciones empresariales con la Seguridad Social en los actos de recaudación de las cotizaciones sociales. Un segundo bloque está constituido por la infra-cotización, es decir, por la fijación en las cotizaciones de cantidades inferiores a las percibidas o que no integran la jornada efectivamente trabajada. Un caso de infra-cotización "indirecta" es el de los llamados falsos autónomos, es decir, de aquellos trabajadores y trabajadoras que se ven obligados para mantener una vinculación con una empresa a darse de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, lo que normalmente va acompañado por cotizaciones por la base mínima en ese Régimen, inferiores a la retribución realmente percibida por la empresa y por la que se debiera cotizar.

Según un estudio de Comisiones Obreras, en el segundo trimestre de 2018 se habrían trabajado en el Estado 6,8 millones de horas extra a la semana, equivalentes a 170.600 empleos a jornada completa (de 40h a la semana), de las que solo se habría pagado o compensado en descanso el 56%. Esas horas extra no pagadas se han concentrado en empleos de *calidad*: indefinidos, a tiempo completo, puestos técnicos y profesionales y han sido realizadas mayoritariamente por hombres. Alcanzaban el 94% en el sector de actividades financieras y dos tercios de las mismas se han realizado en cuatro comunidades (Madrid, Valencia, Cataluña y Andalucía)[25]. Una estimación del que suscribe sobre el importe anual no recaudado por cotizaciones sociales, suponiendo que se mantiene ese horario no pagado durante 47 semanas al año y que el coste hubiera sido de 20 euros/hora, conduce a una cifra de unos 1.276 millones de euros, cifra que contrasta con la recaudación de 319,63 millones en ese año por ese concepto.

Conforme a un estudio sobre el País Vasco, la pérdida de recaudación por cotizaciones sociales debida a la economía sumergida habría ascendido durante el período 2011-2014, como mínimo, a la cantidad media de 1.415,22 millones de euros anuales, equivalentes al 37% de la

[25] COMISIONES OBRERAS: *Horas extra no pagadas y absentismo,* 2018, disponible en https://www.ccoo.es/2b364fac2e0fbc15cfe49721e0acc2dc000001.pdf

pérdida total de recursos[26]. Según otros estudios recogidos en este último, la economía sumergida representa en el Estado español entre 5,7 y 5,5 puntos porcentuales por encima de la correspondiente a la CAPV. Teniendo en cuenta la proporción entre el PIB de la CAPV y el del Estado español, la falta de recaudación de cotizaciones sociales ascendería en el Estado a una cifra de, como mínimo, 22.676 millones de euros. Es cierto que no es realista contemplar una situación con cero de economía sumergida, que afecta no solo a la Seguridad Social, sino también a la recaudación fiscal, al empleo digno y al acceso justo a las prestaciones sociales, pero si la economía sumergida se situara en los niveles de países europeos como Francia o Alemania, el impacto sobre la recaudación de las cotizaciones sociales sería sustancial.

4.4.6. Aumento del empleo y de los salarios

Se ha convertido en un lugar común que la automatización y la digitalización traerá consigo una gran caída del empleo. Sin embargo, de la experiencia pasada de los cambios tecnológicos no se deriva esa conclusión y es probable que haya más empleo creado que el que se destruya, aunque habrá sectores laborales afectados negativamente para los que hay que prever mecanismos justos de adaptación y de empleo ajustado a sus capacidades.

La actual pandemia ha puesto de relieve la importancia de las actividades educativas, sanitarias y de cuidado que reúnen la doble condición de tener una gran utilidad social y ser muy intensivas en empleo. Las administraciones públicas (no solo el Estado sino también las comunidades autónomas, las diputaciones y los ayuntamientos) deben ejercer de garantes del empleo: si el capital privado no lo crea porque no ve oportunidades rentables, lo debe garantizar las administraciones públicas para satisfacer necesidades sociales acuciantes. En España el número de empleados y empleadas públicos, medido en relación con la población activa, es notablemente inferior al de otros países europeos.

La caída de la parte salarial ha sido muy elevada en la última década y se ha debido a la reducción del empleo y la caída de los salarios reales, que han aumentado menos que la inflación y en algún año han caído incluso en valor nominal. Según la estadística del Mercado de Trabajo y las Pensiones en las fuentes tributarias, la masa salarial abonada en el 2008 fue de 366.818 millones de euros (sin contar las cotizaciones sociales). Si los salarios entre 2008 y 2019 (último año del que se han publicado datos) hubieran evolucionado conforme a la inflación, que fue del 13,1% entre diciembre de 2008 y diciembre del 2019, la masa salarial hubiera sido de 414.487 millones, mientras que la cifra estimada ha sido de 394.004 millones, es decir, 17.483 millones menos. Solo por contingencias comunes la cantidad no ingresada por esa caída salarial ha sido de 4.948 millones de euros/año. Es cierto que mayores salarios dan lugar a más pensiones y de mayor cuantía, lo que es una mejora social, pero sus efectos en la caja de la seguridad social se dilatan en el tiempo, además de reducirse los pagos para los complementos de mínimos de las pensiones.

5. LA PROMOCIÓN DE LAS PENSIONES PRIVADAS

La Recomendación decimosexta del PT apuesta por impulsar la implantación de las pensiones privadas, que se califican con el endulzado nombre de "sistemas complementarios", cuya función sería la de constituir un ahorro a medio y largo plazo para los trabajadores y también para "complementa –en ningún caso sustituir– las pensiones públicas". Se ligan con la recuperación de los salarios y el fortalecimiento de la negociación colectiva, mediante la aplicación de un porcentaje a la base de contingencias comunes de las cotizaciones sociales. Se propone que ese impulso se concrete en los planes de empleo, "prioritariamente" sin ánimo de lucro. Las bases de este planteamiento parecen por un lado poco creíbles y por otro lado son atentatorias al sistema público de pensiones, del que se afirma que se quiere mantener y mejorar.

[26] ZUBIRI, I., FERNÁNDEZ-MACHO, J. y GALLASTEGUI: *Economía sumergida y fraude fiscal en la C.A. de Euskadi,* Instituto de Economía Pública, UPV/EHU, 2016, págs. 54-58.

El irrealismo consiste en la inverosimilitud de que la patronal de la mayoría de las pequeñas y medianas empresas y parte importante de las grandes vaya a mejorar los salarios directos y, al mismo tiempo, realizar aportaciones a las pensiones privadas de cuantía suficiente para dar lugar a pensiones de una mínima entidad. Solo es creíble la extensión a los sectores económicos en los que predominan los bajos salarios y las carreras profesionales más vulnerables, es decir, la mayoría del tejido productivo, si las "fórmulas específicas" con las que se pretende extender su aplicación consistan en la concesión de enormes ventajas fiscales a las empresas. En el caso de que eso no tenga lugar, el impulso a las pensiones privadas se va a concentrar en los sectores económicos más potentes y de salarios más elevados, mayoritariamente masculinos, en los que la dirección de las empresas tiene interés en fidelizar a los asalariados.

El otro aspecto comprende varios elementos que dan lugar a la regresividad de las pensiones privadas: deducciones fiscales anti-progresivas; incertidumbre sobre la provisión de pensiones por la inseguridad de los rendimientos de sus inversiones; contribución a la financiarización de la economía con los paraísos fiscales y las inversiones especulativas a la que van asociadas, etc. Esa promoción de las pensiones privadas de empleo, que va asociada a aportaciones de las empresas, más o menos generalizadas y de diferente cuantía, se produce cuando al mismo tiempo hay una negativa a aumentar las cotizaciones empresariales a la seguridad social pública. Ello afecta en especial a los altos salarios, que son las que más se benefician de las pensiones privadas, cuya base de cotización está topada y deja sin cotizar una parte de sus ingresos. Puede desarrollar la implicación de los sindicatos en la cogestión con la patronal y el gobierno de las pensiones privadas, mientras se debilita la oposición de los mismos a los recortes de las pensiones públicas, únicas que percibe la gran mayoría.

Lo llamativo de todo esto es que mientras otras eventuales mejoras de la protección se condicionan a futuros estudios, negociaciones y larga trayectoria de tramitación parlamentaria de la reforma de la Ley de Seguridad Social, en los PGE 2021 se ha aprobado desde ya la ampliación de la desgravación en la base imponible del IRPF desde 8.000 a 10.000 euros anuales de las aportaciones a las pensiones privadas de empleo. Esta rapidez contrasta con la lentitud y remisión a futuros estudios de otras propuestas de las mejoras públicas. Este aumento de la desgravación en las pensiones de empleo ha ido acompañada de la reducción a 2.000 euros anuales de los 8.000 anteriores de la desgravación de las pensiones individuales de empleo y de los Planes de Previsión Asegurados. Las entidades bancarias, aseguradoras y gestoras de fondos de fondos de inversión han protestado enérgicamente contra esta medida, manifestando que va a perjudicar a la previsión complementaria y a la "economía nacional". No es seguro que el gobierno vaya a mantener esta norma en el futuro.

Esta voluntad de favorecer las pensiones privadas tiene el apoyo de la Unión Europea. El Libro Blanco sobre las Pensiones "Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles" (COM 2012, 55 final), que se cita en el Informe de Evaluación del PT 2020, plantea que, además de los ya realizados, "numerosos Estados deberán realizar nuevos ajustes del gasto" y ello a pesar de reconocer que esas reformas darán lugar a "tasas de reemplazo más bajas (pensiones comparadas con la retribución anterior)". Como elemento para compensar esa caída de ingresos, el discurso de la Unión Europea es desarrollar las pensiones privadas basadas en la capitalización y ello aunque se reconozca que la actual crisis "ha puesto de relieve la vulnerabilidad de los planes de pensiones de capitalización frente a las crisis financieras y los recesos económicos", ya que, como puntualizaba el Libro Verde antecedente del Libro Blanco, "Las pensiones de capitalización también podrían verse afectadas por el envejecimiento demográfico. Las sociedades envejecidas reducirían la tasa potencial de crecimiento económico y ello implicaría unas menores tasas reales de rendimiento, lo cual podría afectar a los precios de los activos financieros".

En junio de 2017, la Comisión Europea (CE) envió al Parlamento Europeo una propuesta de Reglamento sobre el "producto paneuropeo de pensiones individuales" (PEPP), que supone un nuevo paso en la promoción y defensa de las pensiones privadas y que se relaciona con el objetivo

fijado en el Libro Blanco de 2012. A la nueva figura se le asigna la función de promover un mercado único de capitales que impulse "el aporte de fondos de inversores institucionales y la inversión en la economía real" a largo plazo mediante el estímulo de "la innovación en el sector de los productos financieros", obviando que esa "innovación" estuvo en el origen de la crisis financiera iniciada en el 2007 y que la misma provocó en los países capitalistas desarrollados la mayor crisis económica y social desde la Segunda Guerra Mundial[27]. Para ello la CE propone que, para dar un fuerte impulso a la nueva figura, los Estados le apliquen el mismo trato fiscal que a los productos estatales ya existentes y ello aunque los PEPP no cumplan los criterios estatales de desgravación fiscal.

6. BREVES REFLEXIONES FINALES

La insistencia en la contributividad individual en la que insiste el Pacto de Toledo y que reitera en la ronda de 2020 se aparta de la tradición de los sistemas de reparto que incluyen como elemento constitutivo la introducción de elementos redistributivos a favor de los colectivos que sufren peores condiciones no solo laborales sino también sociales en sentido amplio, señaladamente las mujeres. La traslación de la financiación de los limitados efectos redistributivos del sistema español a la fiscalidad desnaturaliza el sistema público de pensiones, al tratarlo parcialmente de forma similar a la previsión complementaria privada. Por otra parte la invocación a la contributividad se sigue sin tener en cuenta para el acceso a las pensiones, concretamente para quienes habiendo cotizado menos de quince años –uno de los períodos de carencia más elevados de la Unión Europea y cuyo mantenimiento se ratifica en la Recomendación Quinta del PT 2020–, sus cotizaciones no tienen ninguna contrapartida en pensiones de jubilación. A pesar de que el PT 2020 contemplaba la posibilidad previsiblemente tampoco se va permitir el acceso anticipado a la jubilación sin la aplicación de coeficientes correctores a quienes hayan cotizado por encima de 40 o más años. De esta forma las muy largas carreras de cotización que con cierta frecuencia está ligadas a trabajos penosos y que por lo tanto presionan hacia la anticipación de la jubilación se ven penalizadas.

La mejora de las pensiones debe estar ligada con el empleo decente y la protección de la salud y de la vida. La pandemia de la covid-19 ha traído consigo una fuerte caída del empleo y, con ello, del número de afiliados y afiliadas a la Seguridad Social y a una fuerte caída de sus ingresos. La débil creación de empleo público para hacer frente a las necesidades sanitarias, educativas y de cuidado, ha contribuido a esos resultados. La crisis conjunta del empleo y de los salarios se une a los efectos de las reformas de las pensiones de 2011 y 2013 para debilitar el acceso a las pensiones y reducir su cuantía.

El aumento de las cotizaciones es más adecuado que el trasvase de la financiación de las pensiones al Estado mediante impuestos. La diferenciación en la financiación está relacionada con el origen histórico y la actualidad de las prestaciones sociales. Así, las prestaciones económicas, que han estado en el origen de la seguridad social, siguen formando parte de la misma y, como parte de la relación salarial de la mayoría de las personas beneficiarias, su financiación debe realizarse mediante cotizaciones sociales. La necesaria universalización de la seguridad social no requiere de la financiación mediante impuestos: la asistencia sanitaria formó parte originariamente de la seguridad social y la generalización de la población cubierta por la misma se realizó en el interior de la seguridad social.

La fiscalización de las pensiones se inscribe en un contexto neoliberal que pretende la reducción del coste del trabajo, supuestamente demasiado elevado... a pesar de su persistente reducción en relación con lo producido, mientras que no existe evidencia empírica que permita

[27] PÉREZ DÁVILA, X.: "Sobre el PEPP: la Comisión Europea propone transformar las pensiones de jubilación en un instrumento financiero", en VV.AA.: *El futuro de las pensiones. Galiza, Estado español y Europa,* Lidia Senra Diputada en el Parlamento Europeo, Santiago de Compostela, 2018, pág. 51.

concluir una influencia positiva de la reducción de las cotizaciones en el empleo[28]. Quienes insisten en el carácter insostenible de ese aumento para el futuro, obvian que en el Estado Español hace 50 años el gasto en pensiones equivalía al 3% del PIB y el 5,6% en 1980, sin que se haya producido ninguna catástrofe económica por el aumento del gasto (aunque si por otras razones). Lo que sí se puede producir es una catástrofe social si el Gobierno español accede a la pretensión patronal de congelación, o incluso de reducción, de las cotizaciones sociales, que en el próximo futuro justifique una reducción de las pensiones y, con ello, se extienda la pobreza entre las personas mayores.

Las transferencias del Estado a la caja de la seguridad social por el importe actualizado de las cotizaciones sociales que fueron destinados a cubrir otros elementos del gasto público, no es contradictorio sino coherente con lo que se acaba de exponer. En efecto, el Estado, al amparo de la "separación financiera" de las prestaciones, no solo no ha aumentado sino que incluso ha reducido el peso de las cotizaciones sociales en la economía (medido en proporción al PIB), por lo que debe cumplir las reglas que ha promulgado, tal como exige el Estado de Derecho. Esas transferencias se pueden realizar anualmente según las necesidades del sistema de seguridad social y en particular del abono de las pensiones. Su importe debe ser, como mínimo, el equivalente a lo que se deriva de la normativa sobre las fuentes de financiación de la seguridad social.

Paralelamente a las transferencias del Estado se debe ampliar al aumento de los recursos mediante, entre otros elementos, aumentos del tope máximo de cotización y/o de sus tipos y la reducción sustancial del fraude, de forma que se pueda mejorar inmediatamente la cuantía y el acceso a las pensiones, especialmente las mínimas y las correspondientes a los sectores más precarizados y de peores condiciones laborales y sociales.

[28] DE LA FUENTE LAVÍN, M. y ERRANDONEA ULAZIA, E.: "Fuentes de financiación del sistema de Seguridad Social", en VV.AA.: (MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., DIRS., MALDONADO, J.A. y DE VAL TENA, Á., Coords.), *Tratado de Seguridad Social,* Tomo 1, Murcia, Ediciones Laborum, 2017, págs. 379-380.

Clásicos de la Seguridad Social

Laborum

FRANCISCO LARGO CABALLERO (1869-1946): Ministro de trabajo y previsión en la IIª República Española

FRANCISCO LARGO CABALLERO (1869-1946): Minister of Labor and Social Security in the Second Spanish Republic

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., "FRANCISCO LARGO CABALLERO (1869-1946): Ministro de trabajo y previsión en la IIª República Española". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 28* (2021): 265-314.

"Pues nada hay oculto que
no quede manifiesto,
y nada secreto que no
venga a ser conocido"

LUCAS VIII, 17

1. VIDA Y OBRA: ELEMENTOS DE BIOGRAFÍA POLÍTICA Y SOCIAL

Francisco Largo Caballero (Madrid 15/10/1869-23/3/1946 París), de familia humilde, pasaría penalidades que marcarían al Joven Largo Caballero y determinarían su compromiso con la defensa de los derechos y libertades de las clases trabajadoras. El 2 de mayo de 1890, se afilia a la sociedad de albañiles *El Trabajo,* que formaba parte de la UGT. Pronto entraría en contacto con Pablo Iglesias, al cual le uniría siempre una estrecha amistad. Ingresaría formalmente en el PSOE el 14 de marzo de 1894, siendo elegido vocal del Instituto de Reformas Sociales en 1904. En esa dinámica política, en las elecciones municipales de 1905 sería elegido concejal por el Ayuntamiento de Madrid, al mismo tiempo desempeñaba el cargo de Presidente de la Asociación Socialista Madrileña. La protesta contra la guerra de Marruecos y la huelga general convocada al efecto, le condujo a la cárcel el 28 de julio de 1909. En la crisis planteada ante la posición respecto a la Revolución Rusa[1] y la IIIª Internacional, se mantuvo en el PSOE, apartándose de la escisión crítica que acabaría fundando el Partido Comunista de España (1921).

Con la crisis social, política y sindical de 1917[2], Largo Caballero sería encarcelado como miembro del comité de huelga, al ser elegido como diputado a Cortes de 1918 por Barcelona, saldría

[1] Para el contexto epocal, véase HOBSBAWM, E.: *Historia del siglo XX, 1914-1991,* Barcelona, Crítica-Grijalbo Mondadori, 1995, espec., Parte I ("La Era de las catástrofes"), págs. 29 y sigs.; CARR, E.H.: *La Revolución Bolchevique 1917-1923,* 3 Tomos, que forman parte de *Historia de la Rusia Soviética*, dirigida por E. H. Carr, Madrid, Alianza, 1972-1973, espec., págs. 15 y sigs., 119 y sigs., y 269 y sigs., *passim*; FERRO, M.: *La Revolución de 1917. La caída del Zarismo y los orígenes de octubre,* Barcelona, Laia, 1975, págs. 19 y sigs., y 395 y sigs.

[2] Para la trascendencia e impacto extraordinario de esta crisis de 1917, véase LACOMBA AVELLÁN, J.A.: *La crisis española de 1917,* Madrid, Ciencia Nueva, 1970. En ella se subraya que en 1917 un suceso inesperado vino a *(...)*

de la cárcel. Las clases trabajadoras intentaron, a través de la huelga general revolucionaria, alcanzar la revolución política y social. Los acontecimientos se sucederían rápidamente y no sin precipitación[3]. Los acontecimientos se precipitaron y se proclamó la huelga general sin la necesaria organización. La implicación de Largo Caballero en la huelga general y sus repercusiones posteriores fue realmente extraordinaria, con intervenciones en la Cámara de Diputados[4].

Resultaría elegido secretario general de la UGT en el XIII Congreso, celebrado entre los días 3 y 10 de octubre de 1918. Desde entonces su orientación estuvo presidida por consolidar al sindicato y orientarlo en un sentido de transformación sociopolítica y de mejora progresiva de las condiciones de trabajo y vida de las clases trabajadoras. Tras el golpe de Estado y la instauración de la Dictadura de Primo de Rivera, 13 de septiembre de 1923, mantuvo una actitud defensiva y de colaboración activa en cuestiones socio-laborales. Ello le llevó a participar en la Justa de Abastos y, de manera relevante, en el Consejo de Estado. La colaboración se mantuvo, entre otras cosas, por las ventajas que podía obtener –en su opinión– para las clases trabajadores y para mantenimiento y crecimiento del UGT. Su perfil político se engrandeció cuando fue elegido en 1928 Vicepresidente del PSOE en su XII Congreso y Secretario General de UGT en su XVI Congreso.

En el último período de la Dictadura de Primo de Rivera mantuvo una actitud más crítica a medida que la Dictadura agonizaba y llevaba a cabo políticas regresivas en materias laborales y de protección social pública (seguros sociales). Pero ya antes el Dictadura primorriverista era completamente contraria a toda idea de Estado de Derecho Liberal, incluido del limitado régimen de la Restauración canovista. Con la "Dictablanda" del general Berenguer colaboraría decididamente en unión de las fuerzas democráticas en la transición de la Dictadura a la República democrática. Precisamente, se reveló contra la Dictadura y contra el régimen de la monarquía autoritaria, impulsando la huelga general revolucionaria de 14 de diciembre de 1930, la cual no tuvo el éxito esperado, pero hizo posible la coalición republicano-socialista en las elecciones municipales de 12 de abril de 1931. Ya con la proclamación de la Segunda República, el 14 de abril, y la formación del *Gobierno provisional* de Alcalá Zamora, ocuparía la Cartera de Trabajo. Desde esta posición política privilegiada se llevarían a cabo reformas decisivas en la política social y otras cuestiones a ella vinculadas. El 28 de abril se publicaría el Decreto de Términos Municipales, en virtud del cual

sumarse a las conmociones que sacudían el continente europeo; ese acontecimiento no fue otro que la revolución rusa, que iba a marcar, desde ese momento, toda la historia contemporánea, con un carácter nuevo e iba a dar un nuevo impulso y sentido al acrecentamiento de las luchas sociales y políticas del siglo XX. En el extremo opuesto de Europa, en España –pero también otros países europeos-, una ola de movimientos revolucionarios vino a turbar el inmovilismo y la no beligerancia de nuestro país. Así, en el mes de mayo la constitución de las Juntas Militares de Defensa, o revolución mesocrática; en julio, la Asamblea de Parlamentarios, o revolución burguesa, y en agosto la Huelga General, o revolución proletaria, sacudieron profundamente la estructura del país. Aunque el estado y la monarquía lograron superar momentáneamente estas crisis encadenadas, saldrían de ellas disminuidos y transformados: en el fondo la Restauración, con su turno cerrado de partidos, dejaría paso a un gobierno de mano dura (un cirujano de hierro), que marcaría indeleblemente los años posteriores de nuestra historia política y social. Se trataba de una crisis total española (y más ampliamente europea), con tres revoluciones (revolución mesocrática-militar, revolución burguesa y revolución proletaria), que marcarían en pocos años la decadencia y el fin de la Restauración y del turno canovista tal como se había construido paradigmáticamente (*Ibid.*, págs. 102 y sigs., 287 y sigs., y págs. 345-348). El clima de la época se analizó lúcidamente por POSADA, A.: *España en crisis,* Madrid, Caro Reggio, 1923.

[3] "Inmediatamente comenzaron a manifestarse las impaciencias y los requerimientos para proceder. Los que teníamos la responsabilidad nos oponíamos tenazmente a declarar el movimiento sin preparación alguna". Cfr. LARGO CABALLERO, F.: *Correspondencia secreta,* edición española, anotada por Mauricio Carlavilla de las memorias de Largo Caballero publicadas en México, Madrid, Editorial Nos, 1961, págs. 72-73.

[4] LARGO CABALLERO, F.: *Correspondencia secreta,* edición española, anotada por Mauricio Carlavilla de las memorias de Largo Caballero publicadas en México, Madrid, Editorial Nos, 1961, págs.75 y sigs. Participaría en la elaboración del manifiesto y las instrucciones para la huelga. Francisco Largo Caballero firmaría un el Manifiesto de Huelga, "A los obreros y a la opinión pública" (al cual iban unidas unas "Instrucciones para la huelga", Madrid, 12 de agosto de 1917. Por el Comité nacional de la UGT: Francisco Largo Caballero, vicepresidente; Daniel Anguiano, vicesecretario-Por el Comité nacional del Partido Socialista: Julián Besteiro, vicepresidente; Andrés Saborit, vicesecretario. La idea –confirmada en los hechos- tuvo un desarrollo pacífico.

se prohibía importar a trabajadores de un municipio a otro, mientras que en el primero hubiera disponibilidad de trabajadores en paro; el 7 de mayo de 1931 se crean –con nueva fisonomía– los Jurados Mixtos cuya función sería decidir sobre la solución de los conflictos de trabajo[5]; el 1 de julio se establece la jornada de 8 horas para el campesinado (que se añadía a la reforma agraria), lo que determinó un gran rechazo en la oligarquía terrateniente que había disfrutado del orden del "caciquismo" durante todo el periodo de la Restauración y de la Dictadura de Primo de Rivera (Presidía una cierto regeneracionismo autoritario, acompañado de un nacionalismo español militar y religioso, como reacción entre el recrudecimiento de los conflictos sociales internos en la época de entreguerras)[6]. Rechazo y oposición frontal que se uniría a la misma aptitud hostil del bloque industrial del poder económico en relación a las reformas de la legislación laboral y de previsión social y a las débiles intentos de introducir ciertos espacios de "democracia industrial" en unas estructuras empresariales que habían estado siempre regidas por el individualismo propietario dentro de la empresa y que incluso cuestionarían la figura de las reformas –por lo demás continuistas en cierto sentido[7]– respecto de los Jurados Mixtos. De este modo, la idea de integración de las masas (su "nacionalización") se vería cuestionada por las fuertes resistencia de la patronal industrial y sobre todo en el campo, donde predominaba la oligarquía terrateniente y el régimen caciquil.

Con todo, gozaba de un importante apoyo en el sindicato UGT y en el PSOE. Significativamente en el XIII Congreso del PSOE, celebrado entre el 6 y el 13 de octubre de 1932, es elegido como Presidente, y es ratificado como Secretario General de la UGT en el Congreso de dicha organización sindical. En esta ejecutiva dominaba por entonces el ala moderada de Julián Besteiro, hecho que determinaría la renuncia a su cargo. La caída del Gobierno de Manual Azaña y el consiguiente nombramiento de Alejando Lerroux como presidente de la República, el 12 de septiembre de 1933, explican su decisión de abandonar la coalición con los republicanos. El PSOE se presentaría por separado en las elecciones del 4 de noviembre, con la derrota electoral.

De cualquier modo su actividad política se mantuvo y sus posiciones se radicalizaron en un contexto caracterizado por el recrudecimiento de la lucha política entre partidos y la movilización social. Con dudas iniciales, Largo Caballero formaría parte del Comité revolucionario que organizó

[5] Le legislación al respecto fue muy abundante, Decreto de 7 de mayo de 1931, creación y organización de los Jurados Mixtos en la Agricultura; Orden de 4 de octubre de 1931, Reglamento de los Jurados Mixtos de la Propiedad rústica; Ley de 27 de noviembre de 1931, Creación y organización de los Jurados Mixtos profesionales; Orden de 18 de noviembre de 1931, normas para el tránsito de los organismos corporativos a los Jurados Mixtos; Decreto de 13 de diciembre de 1934, suspensión del funcionamiento de los Plenos de los Jurados Mixtos; Ley de 16 de julio de 1935, régimen de los Jurados Mixtos profesionales y supresión de los Tribunales Industriales; Decreto de 29 de agosto de 1935, Texto Refundido de la legislación sobre Jurados Mixtos; Decreto de 11 de noviembre de 1935, Reglamento sobre procedimiento contencioso de los Jurados Mixtos; y, por último, la Ley de 20 de mayo de 1936, derogación de la ley de 16 de julio de 1935 sobre Jurados Mixtos y restablecimiento de la ley de 27 de noviembre de 1931. Esta secuencia legislativa pone de manifiesto en sí misma, que del lado del bloque de la derecha política y económica existía un claro rechazo a la institución de los Jurados Mixtos con competencias reforzadas.

[6] Véase GONZÁLEZA CALLEJA, E.: *La España de Primo de Rivera. La modernización autoritaria 1923-1930,* Madrid, Alianza editorial, 2005; BOTTI, A.: *Cielo y dinero. El Nacionalcatolicismo en España (1881-1975),* Madrid, Alianza, 1992; BEN-AMI,S.: *La dictadura de Primo de Rivera (1923-1930),* Barcelona, Planeta, 1984; BEN-AMI,S.:*Los orígenes de la Segunda República española,* Madrid, Alianza, 1990; QUIROGA FERNÁNDEZ DE SOTO, A.: *Los orígenes del nacionalcatolicismo. José Pemartín y la Dictadura de Primo de Rivera,* Granada, Comares, 2006, págs. 29 y sigs.; VILLACORTA BAÑOS, F., y RICO GÓMEZ, M.L. (Eds.): *Regeneracionismo autoritario. Desafíos y bloqueos de una sociedad en transformación: 1923-1930,* Madrid, Biblioteca Nueva, 2013. La comprensión de substrato ideológico de la Dictadura en periodo de consolidación, en PEMARTÍN Y SANJUÁN, J.: *Los valores históricos en la Dictadura española,* Prólogo de Miguel Primo de Rivera, Madrid, Junta De Propaganda Patriótica y Ciudadana, Edit. Arte y Ciencia, 1929.

[7] Decreto-ley de 26 de noviembre de 1926 (Organización Corporativa Nacional) y Real Decreto-ley de 22 de julio de 1928, modificando diversos preceptos del Decreto-ley de 26 de noviembre de 1926 referidos a los Comités paritarios, especialmente en cuanto a sus competencias en los despidos; Real Decreto de 6 de septiembre de 1924, reorganización de la Comisión mixta del Trabajo en el Comercio de Barcelona; Real Orden de 9 de abril de 1928, sobre la fuerza obligatoria de los acuerdos adoptados por las Organizaciones paritarias.

la insurrección asturiana de 1934[8]; fracasada la revolución de Asturias todos los miembros del Comité fueron detenidos y juzgados. Las tensiones dentro del PSOE fueron creciendo entre el ala moderada que defendía la alianza para un gobierno de coalición con los republicanos y el ala más radical, en la que se incluía Largo Caballero, que ante los acontecimientos excepcionales de tensión políticas buscaba un bloque de izquierdas. Al tiempo, las tensiones internas dentro del partido provocaron la dimisión de Largo Caballero como presidente del PSOE, el 16 de diciembre de 1935. Al final –no sin una flexibilización de la posición de Largo Caballero, la estrategia de la coalición fue la que se impuso, formándose lo que se llamaría Frente Popular, que como tal se presentaría a las elecciones de febrero de 1936.

Tras el golpe de Estado y el inicio de la Guerra Civil[9], el 18 de julio de 1936, Largo Caballero defendería el Frente Popular extendido, siendo nombrado Presidente del Gobierno el 3 de septiembre de 1936. Ese frente extendido o ampliado, ya no incorporaría sólo a los republicanos, sino que también acabaría dando entrada en el gobierno de coalición a otras fuerzas políticas como el partido comunista, e incluso el 4 de noviembre entraría en el gabinete cuatro ministros anarquistas. La idea imperante era primar la defensa de la República frente a las fuerzas reaccionarias que habían atentado contra la legalidad republicana. Aunque no se había superado plenamente la táctica legalista conocida como "accidentalismo de las formas de gobierno" (que afirmaba que la forma de gobierno monarquía o república, tenía menos relevancia que su función social a los fines del avance de las fuerzas sindicales y políticas de izquierda), era bastante evidente que el socialismo había comprobado en su propia experiencia la gran diferencia existente entre la monarquía tradicional y una república constitucional para realizar las reformas política y socio-económicas necesarias en la dirección de instaurar el socialismo democrático. Sin embargo, este gobierno tan heterogéneo sería también una fuente de problemas, porque había fuerzas que parecían primar más la revolución social que la propia defensa del régimen democrático de la República. La idea de un frente único de acción era defendida por Largo Caballero y por su gran amigo y estratega Luis Araquistáin (que ejerció, junto con Álvarez del Vayo, una gran y persistencia influencia intelectual sobre Largo Caballero)[10], pero rechazaba que ese frente único de acción se convirtiera en un partido único resultado de la fusión entre el PSOE y el PCE, que era la opción preferida por la Tercera Internacional. Araquistáin ha era consejero principal de Largo Caballero desde los años veinte con la Dictadura de Primo de Rivera y fue la persona de confianza que siempre estuvo a su lado[11].

No debe olvidarse que en aquella época la mayoría de los Estados Europeos presentaban tensiones muy parecidas y las fuerzas de izquierda planteaban estrategias de acción conjunto. Un caso emblemático era el ala de izquierdas de la socialdemocracia austriaca en el Gobierno de la República de Austria, con figuras tan destacadas como Otto Bauer Karl Renner y M. Adler[12]. En la República

[8] AVILÉS FARRÉ, J.:"Los socialistas y la insurrección de octubre de 1934", en *Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, Historia Contemporánea* (Madrid, Universidad de Educación a Distancia), núm. 20 (2008), págs. 129-157.

[9] Un balance bastante equilibrado del golpe de estado y del derecho de la guerra civil, en CASANOVA, J.: *República y guerra civil,* Vol.8 de *Histórica de España,* FONTANA, J. y VILLARES, R. (Dirs.), Madrid, Crítica/Marcial Pons, 2007, y la amplia bibliografía allí citada en págs.419-431.

[10] BIZCARRONDO, M.: *Araquistáin y la crisis socialista en la II República Leviatán (1934-1936),* Madrid, Siglo veintiuno de españa editores, 1975, espec., págs. 142 y sigs.

[11] BIZCARRONDO, M.: *Araquistáin y la crisis socialista en la II República Leviatán (1934-1936),* Madrid, Siglo veintiuno de españa editores, 1975, págs. 13 y sigs.*passim.* Sus propios escritos, documentos y cartas, reflejan las concordancias de pensamiento entre Largo Caballero y Luis Araquistain y su amistad, desde la influencia laborista hasta la llamada "radicalización" de respuesta a las respuestas antidemocráticas y contrarias al régimen de la IIª República a partir de 1934. Las coincidencias fueron la regla, las discrepancias la excepción. Véanse, las recopilaciones de ARAQUISTÁIN, L.: *Sobre la guerra civil y en la emigración,* edición y estudio preliminar de Javier Tusell, Barcelona, Espasa-Calpe, 1983; ARAQUISTÁIN, L.: *Marxismo y socialismo en España,* Madrid, Fontamara, 1980, extraídas de la Revista *Leviatán* (1934-1936). Asimismo, PRESTON, P. (Edición): *Leviatán. Revista mensual de hechos e ideas,* Madrid, Turner, 1976.

[12] Véase BAUER, O.: *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización*, trad. Antonio Ramos Oliveira, revisión, edición y estudio preliminar, "La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los *(...)*

democrática de Austria esta ala izquierda de la socialdemocracia europea, defendía un Frente de acción conjunta y un acercamiento entre todas las fuerzas de izquierdas vinculando la lucha contra el fascismo con la instauración del socialismo democrático. La República democrática de nuestro país no puede ser aislada –a riesgo de no ser comprendida– sino en el contexto europeo de crisis total y tensiones entre tensiones abiertas entre las opciones democráticas y opciones totalitarias. No era exactamente la misma opción que la planteada por Largo Caballero, pero a la fase inicial de la República de apostar por unas reformas desde dentro del sistema establecido le sucedería –en situación desesperada– la estrategia de un Frente de izquierdas para ganar la guerra de llevar a cabo una revolución socialista. En el fondo, aprendiendo de la experiencia histórica de las dos grandes repúblicas democráticas vencidas (la de Weimar y la Vienesa), Largo Caballero, pensaba que las clases dominantes –la "burguesía" y la "oligarquía" política y económica, que en nuestro país era esencialmente terrateniente– no iban a aceptar nunca el proceso de reformas sociales y democratizadoras que se estaban implantando en el bienio republicano-socialista y que esa oposición sería radical frente a todo intento de establecer por vía parlamentaria toda suerte de socialismo democrático reformista. Es entonces cuando la republica democrático-popular española –como antes la alemana de Weimar y la austriaca de Viena–, tenía que defenderse de manera ofensiva frente al poder de la fuerza de un bloque de derecha cada vez más vencido hacia el fascismo; un poder que ya no se atiene al respecto de las reglas de juego democrático consagradas en el Texto Constitucional y se dirige a romper el equilibrio de clases alcanzado con la IIª República democrática[13].

En la práctica Largo Caballero fue el impulsor de toda la legislación social alumbrada en los dos años y medio del bienio republicano-socialista (1931-1933), desde una explícita orientación de reforma social constructiva realizada desde la inspiración propia del socialismo democrático. Como él mismo afirmó la labor que realizaría al frente del Ministerio de Trabajo[14] y Previsión Social sería no tanto la "obra socialista" en sentido socializador como la "obra de un socialista" en la promoción de unas relaciones laborales y de previsión social que modernizarse el país y contribuyesen a una mayor garantía de efectividad de la justicia social. El Ministerio de Trabajo y Previsión fue el que más disposiciones legislativas de distinto rango llevase a la "Gaceta" de la IIª República[15] a lo largo de aquellos años de ilusión y expansión del reformismo organizado para darle un contenido verdaderamente social a la República, que la Constitución de la Segunda República Española (de 9 de diciembre de 1931) adjetivaría como "una *República democrática de trabajadores de toda clase,* que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia" (art. 1º). La salida del Gobierno de la

desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca" (pp.IX-XCV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021.

[13] LARGO CABALLERO, F.: *Posibilismo socialista en la democracia,* Madrid, 1933, espec., págs.15 a 17. Era, en lo principal, la posición sustancial de Otto Bauer, matices, aparte. Véase, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austria,* estudio preliminar a la obra de BAUER, O.: *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización,* trad. de Antonio Ramos Oliveira, revisión, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho, 2021, págs. IX-XCV. Los artículos de BAUER, O.: "Las enseñanzas de la catástrofe austriaca", *Leviatán. Revista mensual de hechos e ideas,* Marzo, 1934, y BAUER, O.: "La insurrección obrera en Austria", recogida éste último en PRESTON, P. (Edición): *Leviatán. Revista mensual de hechos e ideas,* Madrid, Turner, 1976, págs. 50 a 58. De interés, aunque con posiciones en parte distintas, RAMOS OLIVEIRA, A.: *Alemania, ayer y hoy,* Madrid, 1933; ARAQUISTAÍN, L.: *Derrumbamiento del socialismo alemán,* Madrid, 1933. La polémica de 1935 entre Julián Besteiro y Luis Araquistain resulta significativa, respecto a la posición del socialismo respecto de la democracia y el socialismo fabiano (al cual se inclina Besteiro; y del cual se aparta, Araquistain). Veáse BESTEIRO, J.: "La posición del socialismo en la democracia burguesa", *Leviatán,* núm. 12, Madrid, abril de 1935, y ARAQUISTÁIN, L.: "El profesor Besteiro o el marxismo de la academia", *Leviatán,* núm. 13, Madrid, mayo de 1934, recogidos en la recopilación PRESTON, P. (Edición): *Leviatán. Revista mensual de hechos e ideas,* Madrid, Turner, 1976, págs. 119-128, y págs. 129-148, respectivamente.

[14] Como es sabido, en su versión originaria el Ministerio de Trabajo fue creado por real Decreto de 8 de mayo de 1920, siendo Eduardo Dato, Presidente del Consejo de Ministros.

[15] AROSTEGUI, J.: *Largo Caballero. El tesón y la quimera,* 2ª ed., (1ª ed., 2013), Barcelona, Debate-Peguin Randon House Grupo editorial, 2021, págs. 259 y sigs.

coalición republicano-socialista impidió una mayor profundización en la introducción del proceso de reformas en la legislación sociolaboral, en la modernización industrial y en la necesaria reforma agraria nunca acometida en épocas anteriores.

Bajo la Presidencia del Gobierno se pretendía organizar la República y la legalidad republicana que se había descontrolado y puesto en peligro en el mismo interior durante el primer periodo de la Guerra Civil provocada por el golpe de Estado (1936). En esta etapa Largo Caballero compaginaba la presidencia del Consejo de Ministro con la de Ministro de la Guerra. Su estrategia era defender la centralidad de ganar la guerra antes que llevar a cabo la revolución social, la cual sería postergada hacia una nueva República una vez obtenido el triunfo en la contienda. Las tensiones internas en el seno de la coalición y dentro de los partidos coligados provocarían la caída de su gobierno de coalición amplia, siendo sustituido por Juan Negrín en la presidencia del Gobierno y por Prieto en el Ministerio de la Guerra el 8 de marzo de 1937[16].

Dedicado a la política y a las relaciones internacionales y a la estrategia de apoyo exterior al Gobierno legítimo de la República frente a los sublevados, Largo Caballero se exilió a Francia. Pero pronto sería arrestado y encarcelado por el Gobierno de Pétain (un Gobierno colaboracionista activo con la Alemania Nacional-socialista y su política de exterminio[17]), y más adelante, tras obtener su residencia en Francia, sería detenido el 19 de febrero de 1943 por la Gestapo, y deportado al campo de concentración de Oranienburg, donde siempre estuvo en peligro de ser exterminado. Finalmente, fue liberado por las tropas del ejército ruso, para trasladarse a París cuando la Alemania Nazi fue derrotada, donde fallecería el 23 de marzo de 1946, siendo trasladados sus restos a España en abril de 1978.

Largo Caballero ha sido tratado injustamente por la historiografía[18], con desconocimiento asombroso (que se antoja deliberado) de sus reales aportaciones en la reforma social y la construcción del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como plasmación y especificación del constitucionalismo del Estado Social de Derecho. Una de las causas de esa permanencia, aunque no la única, se debe a que la España democrática no ha terminado de ajustar cuentas con su pasado no democrático. Interesadamente se oculta su aportación decisiva a la construcción del Derecho Social (señaladamente, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) y de la Administración e Inspección del Trabajo y se plantea un enfoque reductivo y descontextualizado de la imagen y las afirmaciones del periodo del Largo Caballero revolucionario en una época de general crispación que puso en crisis la democracia constitucional republicana. A veces se trata de pura ignorancia o desconocimiento de nuestra historia y de no comprender que el presente –nuestro– es historia.

El maltrato o tratamiento inadecuado –atendiendo a la realidad de los hechos históricos– se ha producido también desde el punto de vista de los especialistas del mundo jurídico y de la política del Derecho, pues en no pocas ocasiones se ha eludido o minusvalorado su extraordinario papel de impulsor de la regulación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre todo en desarrollo

[16] Puede consultarse BROUÉ, P.: *La revolución española (1931-1939),* Barcelona, Península, 1977, págs. 87 y sigs., 101 y sigs., y 143 y sigs.

[17] PAXTON, R.O.: *La Francia de Vichy, 1940-1944,* Barcelona, Noguer, 1974. Asimismo, ROUSSO, H.: *Le régime de Vichy,* París, PUF, 2007.

[18] ARÓSTEGUI, J.: *Entrevista, La Voz de Galicia* https://www.lavozdegalicia.es/noticia/cultura/2013/01/30/largo-caballero-tratado-injustamente-historiografia/0003_201301G30P33991.htm. El cual subraya –uno de los mejores conocedores de Largo Caballero- como rasgo de su biografía y vocación política que "El tesón porque pasó cincuenta años de militancia en el obrerismo español, cuarenta como dirigente, y siempre se mantuvo firme en las ideas de progreso del proletariado y transformación de la sociedad. Era un hombre duro, terco. Su historia es ejemplar, ha habido gente humilde que llegó muy alto pero nunca a presidente del Gobierno. Era hijo de un carpintero pobre y una mujer de la limpieza y fue a la escuela hasta los siete años". Hace suya la afirmación de que en el fondo era un reformista y en su última época un "revolucionario pragmático": "Decía que la revolución no es el momento en el que se sale a la calle para *tomar el poder*, sino lo que se hace después de tenerlo *para cambiar la sociedad"*.

de las previsiones de la Constitución de la IIª República (1931)[19], situada en la tradición del constitucionalismo democrático-social (que es la misma tradición compartida de las Constituciones de la República de Weimar y de la República Austriaca).

Republicanos por tradición –sea por la tradición del marxismo, sea por la tradición del socialismo liberal krausista–, el socialismo democrático (UGT y PSOE) en España estaba plenamente convencido de que la República democrática podría permitir una mayor libertad y mejora mínimas para las clases trabajadores y una mayor libertad de acción y abriría el camino al socialismo por el camino lento de las reformas graduales coyunturales y de carácter estructural. Esta era la posición de Largo Caballero el 7 de abril de 1931[20].

2. PENSAMIENTO POLÍTICO SOCIAL Y SOCIO-JURÍDICO DE FRANCISCO LARGO CABALLERO EN LAS FASES SUCESIVAS DE LA IIª REPÚBLICA

Largo Caballero es paradigmáticamente el "trabajador consciente", que se forja en la acción sindical y política hasta convertirse en un "hombre de acción" y un "dirigente político" ("dirigente orgánico" del movimiento sindical y político). Se forma, en efecto, en la acción sindical y política y en el seno de las mismas *instituciones* –sociales y políticas– de las que formó parte desde muy joven. Hasta hacerse una persona carismática, un brillante orador, estratega y organizador.

La orientación predominante de Largo Caballero fue llevar a cabo una *vía pacífica y democrática parlamentaria hacia el socialismo.* En este ideario se enmarca la legislación sociolaboral como parte de ese proceso, y dentro de la distinción de un programa mínimo de reformas progresivas y graduales y de un programa máximo que conduciría a una revolución política pacífica y a una intensificación del proceso de democratización de las estructuras estatales y de las organizaciones empresariales, con formas de cogestión (democracia industrial). Es sobre todo a partir de la última década de los treinta –aun con la vigencia de la Dictadura de Primo de Rivera–, donde se hace sentir la influencia del "posibilismo" reformista (y del socialismo evolucionista de Eduard Bernstein, que había bebido de las mismas fuentes fabianas del socialismo inglés; y que influía más realmente de lo que era citado dado el arduo debate sobre el revisionismo en la IIª Internacional[21]) postulado por el *partido laborista inglés* y muy especialmente después del triunfo electoral de éste bajo el gobierno de James Ramsay MacDonald (12 de octubre de 1866 - 9 de noviembre de 1937) y de la ideología política y económica de los esposos Webb (Sidney y Beatrice Webb[22]), con sus libros sobre la Democracia Industrial y la Constitución social de la clase trabajadora. Por esa época también se hacía sentir el rol del ala izquierda de la socialdemocracia inglesa –también de influencia Fabiana en un primer momento, aunque después con mayor influencia del marxismo crítico–, Harold J. Laski[23]y, desde luego, la del ala izquierda de la socialdemocracia austriaca (señaladamente, Otto Bauer, el cual sería oportunamente traducido en nuestro país en la etapa de la IIª República Española, y, de manera, más significativa se traduciría

[19] Un excelente comentario de época es el realizado por el gran jurista PÉREZ-SERRANO, N.: *La Constitución española (9 diciembre 1931), antecedentes, textos, comentarios,* Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932.

[20] LARGO CABALLERO, F.: *El socialista*, 7 de abril de 1931.

[21] Véase BERNSTEIN, E.: *El socialismo evolucionista,* versión castellana de E. Díaz-Retg, revisión técnica, edición y estudio preliminar, "Fundamentos doctrinales del socialismo reformista: Eduard Bernstein" (pp. IX-XC), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2011. Este libro incluye el ensayo "*¿Qué es el socialismo?,* págs. 113-137. Sobre su pensamiento y el debate respecto al revisionismo, véase ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La crisis de la socialdemocracia europea. Eduard Bernstein y la premisas del socialismo reformista,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012.

[22] WEBB, S. Y B.: *La democracia industrial,* trad. M. Á. Simón, edición y estudio preliminar de J.J. Castillo y S. Castillo, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva-Fundación Francisco Largo Caballero, 2004; WEBB, S. Y B.: *A constitution for the socialist Commonwealth of Great Britain* (1920)*,* Introducción de S. H. Beer, Londres, London School of Economics and Political Science-Cambridge University Press, 1975.

[23] MONEREO PÉREZ, J.L.: *La democracia en crisis: Harold J.Laski,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004.

algún importante artículo suyo en la revista *Levitán*[24]). El que al tiempo sería un colaborador permanente e integrante de su equipo más selecto de Francisco Largo Caballero, Antonio Fabra Ribas[25], sería el gran conocedor e introductor del movimiento laboralista en España, el cual dada su vocación internacionalista tuvo una participación determinante en la OIT[26] durante la etapa de la Dictadura de Primo de Rivera y en el marco de la IIª República Española.

La influencia del laborismo inglés estuvo muy presente en Largo Caballero y significativamente en la UGT y en el ala reformista del PSOE. De hecho provocó un giro importante de la estrategia política en el periodo de la Dictadura de Primo de Rivera, y perduró después en sectores del reformismo socialista. El Partido Laborista triunfo en las elecciones inglesas del 6 de diciembre de 1923. Este éxito condujo a la presidencia del Consejo de Su Majestad, por primera vez, a un socialista, Ramsay Mac Donald (1924), con apoyo liberal. Se esperaba que en un país desarrollado como Inglaterra pudiera prosperar la instauración un socialismo democrático reformista y parlamentario (lo que se daría en llamar "socialismo liberal")[27]. La influencia se hace extensiva

[24] BAUER, O: "La insurrección obrera en Austria", en *Leviatán. Revista mensual y de hechos e ideas,* núm. 2, Madrid, junio de 134, en PRESTÓN, P. (Selección): *Leviatán (Antología),* Selección y Prólogo de Paul Preston, Ediciones Turner, Madrid, 1976, págs. 50-58. En este artículo Bauer analiza las causas de la catástrofe que estaba destruyendo la República democrática de Austria, y advertía, con la lucidez y capacidad analítica que la caracterizaba, así: "Tan seguro como que la anexión del Tercer Reich significa también la restauración de los Habsburgo y la guerra. El hundimiento de la Socialdemocracia austriaca ha dejado libres los dos caminos: el camino hacia Hitler y el camino hacia el Habsburgo, pero ambos conducen a la guerra. Europa ha de experimentar aún cómo ha sido destruida, con la Socialdemocracia austriaca, la garantía clave de la paz europea. *Más si la contrarrevolución lleva a la guerra, la guerra desemboca fatalmente en la Revolución*" (*Ibid.,* pág. 57). Bauer temía la penetración del "nacional-fascismo" alemán en el proletariado austriaco, y planteaba que había que hacer un esfuerzo para "contrarrestar la intrusión del nacional-fascismo en el seno del proletariado" (*Ibid.,* pág. 55). Bauer percibía la capacidad de captación de las masas por el nacional-fascismo alemán y el fascismo italiano. Véase BAUER, O.: *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización*, trad. Antonio Ramos Oliveira, revisión, edición y estudio preliminar, "La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca" (pp.IX-XCV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021.; HELLER, H.: *Europa y el fascismo* (1931), incluye el ensayo "¿Estado de Derecho o Dictadura?" (1929-1930)", trad. Francisco Javier Conde (durante la Segunda República), edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004. De Bauer se tradujo con pretensiones ideológico-políticas obvias su obra *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización,* trad. A. Ramos Oliveira, Madrid, Ed. España, 1932, y BAUER, O.: *El camino hacia el socialismo,* trad. A. Révész, Madrid, Ed. América, 1934 (¿?).

[25] FABRA RIBAS, A.: *Origen y carácter del movimiento laborista,* Madrid, Calpe, 1924. La traducción mira directamente a la última etapa por entonces del movimiento laborista que culmina en la forma del *Labour Party*, cuyo acceso al Gobierno de la Gran Bretaña había atraído la atención de todos los ciudadanos del mundo civilizado. Expresa el autor que no es posible negar que la constitución del primer Gabinete (Gobierno) laborista revistió una importancia extraordinaria para la política europea en general y no sólo para Gran Bretaña (*Ibid.,* Introducción, págs. 5-7). Entre los ministros que componía el Gobierno Laborista estaba Mr. Sydney Webb, President, Board of Trade (Ministro de Comercio). Pronto se traduciría la obra de RAMSAY MACDONALD, J.: *Socialismo,* trad. Manuel Sánchez Sarto, 1ª ed., 1925, 2ª ed., 1928, reimpresión 1931, Barcelona-Buenos Aires, Labor, reimpresión de la 2ª ed., 1931.

[26] FABRA RIBAS, A.: *La Organización Internacional del trabajo,* Prólogo de Albert Thomas, Director de la Oficina Internacional del Trabajo, Madrid, Javier Morata Pedreño, Editor, s.f. 1929 (¿?). Concluía este libro pionero –en España, y en gran medida en Europa- indicando que: "No ha de pretenderse por esto que la Organización Internacional del Trabajo logre hacer desaparecer la llamada por antonomasia "cuestión social". En cambio, cabe esperar que llegue a dar cima a esta difícil y delicada misión: reducir la cuestión social a sus verdaderos términos, suprimir los conflictos artificiales –que suelen ser siempre los más peligrosos- y fomentar el progreso humano valiéndose de medios equitativos y justos. En este sentido, se puede afirmar que la Oficina Internacional del Trabajo constituye hoy un elemento indispensable para la organización de la paz, obra encomendada a la Sociedad de las Naciones. Y la organización de la paz es –como afirmaba Albert Thomas en una conferencia explicada haca algunos meses en Bruselas- la única garantía contra el caos que amenaza el porvenir" (*Ibid.,* págs. 197-198).

[27] El impacto del laborismo inglés se percibía en FABRA RIBAS, A.: "La misión del Labour Party, *El Socialista,* 12-II-1924; y en el propio LARGO CABALLERO, F.: *Presente y futuro, El Socialista,* 20-IX-1923. También en Julián Besteiro, donde la influencia del socialismo Fabiano fue más persistente. Véase LARGO CABALLERO, F.: *Mis recuerdos. Cartas a un amigo,* México, Alianza, 1954 (reedición, *Correspondencia secreta,* Prólogo y Notas de Mauricio Carlavilla, Madrid, Nos, 1961); SABORIT, A.: *El pensamiento político de Julián Besteiro,* Madrid,

(...)

inicialmente a Luis Araquistáin[28], como a tantos otros socialistas en ese periodo, a pesar de que nuestro país vivía bajo el régimen de la Dictadura de Primo de Rivera, con la colaboración crítica y pragmática –en la lógica del posibilismo reformista y, en un primer momento, desde el punto de vista de la afirmada "accidentalidad" de las formas de gobierno en el régimen del capitalismo– de la UGT y el PSOE, con la presencia institucional de mismo Largo Caballero.

Pero el enfoque era bidireccional, no sólo los socialista –como Largo Caballero– eran proclives a una colaboración crítica y selectiva con la Dictadura de Primo de Rivera, mientras pudieran sacar partido para incrementar el poder sindical y la influencia política de las clases subalternas, sino que también la propia Dictadura de Primo de Rivera buscaba dicha colaboración para una legitimación social de la política corporativista que se pretendía llevar a cabo y como instrumento de "captación de las masas".

En la estrategia política en el camino hacia el socialismo democrático existe una articulación peculiar entre partido y sindicato de izquierda. Se trata de una estrategia que parte de la consideración del *sindicato como un sujeto político*. En esta implicación activa en política del sindicato entiende la conexión funcional entre partido y sindicato, que parte de que el sindicato no queda encorsetado en el ámbito del mercado de trabajo. Desde esta concepción Largo Caballero entiende que la UGT es una organización sindical socialista a la que corresponde una acción sociopolítica, pero a la vez autónoma en relación al Partido, esto es, respecto a la política en sí y para sí. Esa conexión funcional durante el primer bienio de la República, pero las especiales circunstancias creadas a partir de diciembre de 1935 mostraron que era insostenible en la situación excepcional de la guerra civil y en particular a partir de la llegada del gobierno Juan Negrín en 1937[29]. En realidad, con esta consideración del sindicato como sujeto político se estaba anticipando a nuestro propia Constitución Española de 1978, que eleva al sindicato –y junto con las asociaciones empresariales representativas– a la condición de sujetos políticos legitimados para la defensa de los intereses que le son propios e interlocutores respecto al Gobierno a los poderes públicos. De manera harto significativa el art. 7 se inscribe en el Título Preliminar de nuestra Constitución y establece que "Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a las Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos"[30]. Precepto constitucional que, por cierto, conecta con el

Seminarios y Ediciones, 1974; SABORIT, A.: *Julián Besteiro,* Prólogo de Luis Jiménez Asúa, Estudio introductorio de Abdón Mateos, México, Fondo de Cultura Económica, 2008; LAMO DE ESPINOSA, E.: *Política y filosofía en Julián Besteiro,* Madrid, Edicusa, 1973; ANDRÉS-GALLEGO, J.: *El socialismo durante la Dictadura 1923-1930,* Madrid, Tebas, 1977. De "tentación laborista" de la UGT y el PSOE bajo la dictadura primorriverista hablan TERMES, J. y ALQUÉZAR, R.: *Historia del socialismo Español. Volumen 2 (1909-1931),* de la *Historia del Socialismo Español,* dirigida por Manuel Tuñón de Lara, Barcelona, Conjunto editorial, 1989, págs.179-186.

[28] BIZCARRONDO, M.: *Araquistáin y la crisis socialista en la II República Leviatán (1934-1936),* Madrid, Siglo veintiuno de españa editores, 1975, espec., págs. 86 y sigs.

[29] Figura de enorme importancia en la IIª República, se había señalado todavía en 1995 que "sin ningún género de dudas, don Juan Negrín López (Las Palmas, 1892-París, 1956) es la figura política más desconocida y olvidada de la reciente historia contemporánea de España. Pocos recuerdan hoy que el socialista doctor Negrín llegó a personificar el espíritu de resistencia del bando republicano durante la guerra civil de 1936-1939. Las razones de este desconocimiento son fáciles de perfilar. Ante todo, es uno de los resultados de la amnesia histórica colectiva sobre la guerra civil impuesta por el pacto del olvido sellado durante la transición democrática y mantenido hasta nuestros días. Pero además, en el caso de Negrín, su olvido también es consecuencia de las profundas y amargas divisiones políticas que afectaron al bando republicano durante el conflicto y luego en el exilio…". MORADIELLOS, E.: "Juan Negrín: un socialista en la guerra civil", en revista *Sistema. Revista de Ciencias Sociales,* núm. 125 marzo (1995), págs. 23 y sigs., en particular pág.23. Algunas obras corrigieron este vacío. Así, este autor resolvería este olvido con una excelente monografía dedicada a su vida y actividad política y científica, MORADIELLOS, E.: *Don Juan Negrín. Una biografía de la figura más difamada de la España del siglo XX,* Barcelona, Península, 2006.

[30] Los primeros interpretes del art. 7 CE pusieron de manifiesto la entidad de ese reconocimiento constitucional papel de las organizaciones de intereses en el mundo del trabajo. Así, por todos, REVERO LAMAS, J.: "Democracia *(...)*

papel de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en la estructura institucional y funcional de la OIT[31]. Ese enfoque de la actividad política de los sindicatos se reflejó, por lo que aquí más interesa, en una fuerte implicación en las iniciativas y en el proceso de gestación de buena parte de las primeras leyes laborales de la IIª República Española bajo el Ministerio de Largo Caballero.

El programa de reformas sociales graduales iba en esa dirección durante todo el "bienio republicano-socialista" donde Largo Caballero asumiría el Ministerio de Trabajo y Previsión, con una labor legislativa y de acción social intensísima. En la dialéctica entre reformismo y radicalismo, Largo Caballero optó en ese momento por el reformismo social. Tan sólo el recrudecimiento de los conflictos y el boicot de la derecha política y económica le llevó a un radicalismo defensivo (hasta entonces estaba convencido de que el socialismo se instauraría desde la democracia parlamentaria). Con el proceso de radicalización de la vida política (tensiones entre los partidos de izquierda y de derechas), la influencia del marxismo y sobre todo del austromarxismo vienes (que no se olvide que llego a gobernar entre las dos guerras mundiales) sería mucho mayor. Pero ello no impediría la labor incesante de las reformas sociales desde su Ministerio. Por lo demás, Largo Caballero mantenía estrechas y buenas relaciones con la élite del INP, pues había trabajo con él –y antes como "representante obrero" en el Instituto de Reformas Sociales– en todo momento, incluso durante la dura etapa de la Dictadura de Primo de Rivera. Esto facilitó el entendimiento, como se acredita en los documentos y actividades del INP. Con el transcurso del tiempo y sobre todo con la Guerra Civil provocada por el golpe de Estado contra la República el consenso con los empresarios y con el bloque de la derecha se hizo más difícil. Hasta el punto de que se cuestionó el avance de la figura de los Jurados Mixtos –que encontraban fórmulas similares durante la Dictadura de Primo de Rivera– y el ejercicio de los derechos de libertad como la negociación colectiva, libertad sindical y de huelga. Pero también se impidió todo intento de buscar mecanismos de "democracia industrial" que era considerada como un "intrusión" en sus poderes dimanantes de una concepción propia del individualismo posesivo (o "individualismo propietario") contrario a fórmulas de participación de los trabajadores en las empresas. Lógicamente la separación sería mucho más radical y drástica con las nacionalizaciones de las empresas dentro de las medidas de guerra y de puesta al servicio instrumental de la misma. Pero esto llegaría más tarde con la Guerra Civil provocada por la sublevación militar en 1936.

Inicialmente con la instauración de la IIª República, Largo Caballero fue proclive a formar un gobierno de coalición con los republicanos. En 1931 los socialistas eran la primera fuerza política de la República democrática. Largo Caballero tendría continuidad en el Ministerio de Trabajo y Previsión[32], donde pudo llevar a cabo un desarrollo muy completo del *programa*

pluralista y autonomía sindical (Actividad política de los Sindicatos y Constitución", y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: "El Sindicato como sujeto político", en VV.AA.: *Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón,* Madrid, Tecnos, 1981, págs. 185 y sigs., y 551 y sigs., respectivamente; VIDA SORIA, J.: "El sindicalismo y el régimen jurídico sindical en el marco de la Constitución", en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución,* Separata de la VI Conferencia, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, s/f. Después –y en esa dirección de política del Derecho constitucional- se han publicados obras importantes sobre la centralidad político constitucional de los sindicatos más representativo, la concertación social y los pactos sociales, de todos conocidas. Por ser un exponente de conjunto y en una revisión de la trayectoria histórica de ese papel en la dinámica política desde la transición democrática se debe destacar la obra de investigación colectiva MONEREO PÉREZ, J.(Dir.) *et altri*: *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*", ÁLVAREZ GIMENO, R., DE VAL TENA, Á. L., MALDONADO MOLINA, J.A., MORENO VIDA, M.N. y MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R. Madrid, Consejo Económico y Social de España/Premio de Investigación del Consejo Económico y Social de España, 2015.

[31] La Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, desde su primera versión aprobada el 28 de junio de 1919, consagraba el papel social y político institucional de las organizaciones profesionales más representativas de trabajadores y empleadores.

[32] Para los antecedentes y primera andadura del Ministerio de Trabajo en general, véase CASTILLO, S.: "Antecedentes, creación y primero pasos del Ministerio de Trabajo en España, 1920-1923", y ESPUNY TOMÁS, *(...)*

sociolaboral diseñado en la Constitución Republicana de 1931. Fue un periodo de gran actividad legislativa en el Derecho del Trabajo y en el Derecho de la Previsión social (seguros sociales evolucionados) y en general en un cuadro muy amplio de la política social. Desde dentro del Estado democrático trataba de abrir espacios para la defensa de los intereses de las clases trabajadoras. Para él, el marco era especialmente favorable, pero entendía que había hecho lo mismo dentro Miembro del Consejo de Estado de la Dictadura –sin apoyarla, pero sirviéndose de sus estructuras institucionales–. No había continuidad absoluta –entre otras cosas porque ahora se aspiraba a una Republica social de trabajadores de toda clase que diera paso a una transición democrática hacia un república socialista democrática–, pero sí en la lógica de mejora de las condiciones de vida y de trabajo de las clases populares y el fortalecimiento del sindicalismo y del partido socialista.

Largo Caballero estaba convencido –y en no menor medida, en esto, que Fernando de los Ríos o Julián Besteiro– que ese sería el camino de progreso de la humanidad. Su programa buscaba ese objetivo inmediato en la idea de que paso a paso se iría construyendo un socialismo evolucionista, acompañado de un cambio en las mentalidades en la cultura de las clases trabajadoras que se sumarían masivamente hacia ese objetivo del socialismo democrático, sin violencia y sin acabar con el adversario (aceptándolo como tal), esto es, sin buscar su exterminio sino su derrota en las urnas a través del poder en acción del sufragio universal. El poder de los sindicatos y de las organizaciones de intereses se garantizó con la continuidad *parcial* en la República de la Organización Corporativa Nacional creada por la Dictadura (Y fue sólo una continuidad parcial porque la Constitución Republica y legislación de desarrollo garantizaban la libertad sindical y el derecho general de asociación profesional; no con carácter selectivo y restringido como sucedía bajo el régimen corporativo autoritario de la Dictadura primorriverista). La pieza clave fue la Ley de Jurados Mixtos, la cual reforzaba y ampliaba las atribuciones de los anteriores comités paritarios compuestos por representantes de las organizaciones sindicales y de las organizaciones empresariales. También con la promulgación de la Ley de Contrato de Trabajo (1931), que fortalecía a los Jurados Mixtos –con capacidad para imponer sanciones laborales–, y que consagraba la figura del convenio colectivo de trabajo como una ley de la profesión, lo cual era importante para fortalecer el poder sindical y el poder de las asociaciones empresariales, permitiendo una mayor extensión objetiva y subjetiva de las mejoras de las condiciones de trabajo que se venían aprobando por el cauce de la legislación estatal. Para ello se dictaron un conjunto leyes y decretos sobre cuestiones sociales: En materia de arrendamientos colectivos; extensión de los Jurados mixtos a la Agricultura, pues hasta entonces no habían tenido proyección en este sector; de términos municipales, que prohibía la contratación de trabajadores de otros municipios con objeto de que no redujeran desorbitadamente los salarios; sobre maternidad y paro forzoso; leyes que hacían efectiva la jornada máxima y el de descanso dominical; la importantísima Ley de contrato de trabajo, de regulación de la colocación, asociaciones y sindicatos profesionales y un perfeccionamiento de la tutela frente a los accidentes de trabajo.

La acción legislativa –acompañada de la acción inspectora– formaba un bloque de normas sociales de trabajo y protección social pública denso, que abarcaba a prácticamente a todos ámbitos de las relaciones individuales y colectivo/sindicales de trabajo y los instrumentos de política social y previsión social. Esto fortalecía al bloque del poder social, pero también tenía la virtualidad sindical de que se limitaba el poder fáctico de la CNT, porque ésta rehusaba participar en las nuevas instituciones de la constitución del trabajo y prefería la acción directa y rechazaba establecer cualquier tipo de implicación en las decisiones empresariales, pues cuestionaba en sí la empresa capitalista. Y es que los Jurados Mixtos y la negociación colectiva eran instancias de resolución pacífica de los conflictos derivados del trabajo que neutralizaban –o al menos lo pretendían– el

M.J.: "El Ministerio de Trabajo durante la Dictadura de Primo de Rivera, 1923-1931: intervencionismo orgánico, legislación social y ordenación corporativa", en VV.AA.: *Cien años del Ministerio de Trabajo en España,* CASTILLO, S. (Dir.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 17 y sigs., y 57 y sigs., respectivamente.

recurso a la acción directa a través de la huelga o del cierre patronal. No negaban la realidad del conflicto consustancial a las relaciones de trabajo bajo condiciones capitalistas de organización del mercado y de la producción, sino que partiendo de esa realidad existencial buscaban una *legislación de compromiso social*[33] y la institucionalización jurídica ("juridización") de los conflictos sociales antagonistas.

Pero esa legislación social y la participación en la producción eran pensadas como un cauce valioso en sí que al tiempo iría generando una cultura socializadora y se plasmaría en una transformación más profunda en sentido socialista. La lógica de la acción colectiva no era muy distinta a la que se había ensayado en la República de Weimar y en la República Austriaca, bajo el programa de acción de los iussocialistas (tanto del ala más moderadora y cómo del ala más radical de la socialdemocracia; y los críticos más radicales a la izquierda de la socialdemocracia y su expresión política en el Partido socialdemócrata alemán)[34] con la creación de un Derecho Social que se concebía como un desarrollo y especificación de las previsiones constitucionales y como una vía pacífica, democrática y gradual de transición hacia el socialismo y la emancipación de las clases trabajadoras en un nuevo orden social. El programa social y de socialización era también un programa que se basaba en garantizar la generalización de la educación y la extensión de la cultura. Programa que se veía como fundamental para la conciencia de clase y la emancipación de los trabajadores; algo que defendían tanto los socialistas krausistas como Fernando de los Ríos y Julián Besteiro (de entronque en la filosofía krausista a través de Francisco Giner de los Ríos) como los socialistas que provenía de la tradición sindical y de la influencia de un marxismo crítico suavizado en el marco de la IIª Internacional Socialista, el socialismo fabiano anglosajón, el revisionista socialista de Eduard Bernstein y el marxismo de acción parlamentaria propio de los austromarxistas vieneses de la República Austriaca (cuya ideología influirían mucho en Largo Caballero, especialmente de la mano de Luis Araquistáin[35], que había estudiado a fondo e "in situ" la

[33] El Derecho Social sería, efectivamente, una "legislación de compromiso social" (en expresión de George Scelle, estrechamente vinculado a la OIT, defensor de un orden internacional basado en la paz y en la solidaridad social) entre la racionalidad social y la racionalidad económica. SCELLE había observado inicialmente la legislación social se había formado y diseñado -pensado- como un "derecho de clase", pero su racionalización, concepción integradora y extensión progresiva a la inmensa mayoría de los ciudadanos, incluyendo a los profesionales libres, los empleados del Estado, tiende a devolverle, bajo una nueva forma, los caracteres de un derecho común de las relaciones de trabajo profesional. Subraya, igualmente, que la legislación del trabajo adquiere un carácter transaccional, constituyendo una legislación de compromiso, que podrá conducir a una democracia social Cfr. SCELLE, G. (*Précis Élémentaire de Législation Industrielle,* Paris, Recueil Sirey, 1927, págs. 349-352, págs. 2 y sigs., y 111 y sigs.); la legislación emanada de la OIT sería un exponente significativo de esta tendencia transacional, como observara SCELLE, G.: *L'Organisation Internationale du Travail et le B.I.T.* , Paris , Rivire , 1930. SCELLE, G.: "Règles générales du droit de la paix", *RCADI*, vol. 46, 193/IV. Asimismo, TÖNNIES, F.: *Desarrollo de la cuestión social,* trad. Manuel Reventós, Madrid, Labor, 1927, págs. 136 y sigs. Su pensamiento social y político –proyectado también en lo jurídico- al respecto, se reflejó magistralmente en TÖNNIES, F.: *Comunidad y Asociación,* trad. José-Francisco Ivars, revisión de J.L. Monereo Pérez, edición y estudio preliminar, "La interpretación dela Modernidad en Tönnies: Comunidad y Sociedad-Asociación en el desarrollo histórico" (pp.XI-XLIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009.

[34] Una síntesis sobre los juristas y el Estado Social en la República de Weimar, en EICHENHOFER, E.: "Juristen und Sozialstaat in der Weimarer Republik", en Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Vol. 46, Nº 1, 2017, págs. 199-240. Tambien, MONEREO PÉREZ, J.: *La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca,* estudio preliminar a BAUER, O.: *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021, págs. IX-XCV; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009; MONEREO PÉREZ, J.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*", Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2020. Tönnies es uno de los grandes clásicos de la sociología moderna.

[35] Véase la obra de referencia sobre él BIZCARRONDO, M.: *Araquistáin y la crisis de la II República (1934-1936),* Madrid, Siglo XXI, 1975. Para la relación entre Largo Caballero y Luis Araquistáin en el periodo precedente, AROSTEGUI, J.: *Largo Caballero. El tesón y la quimera,* 2ª ed., (1ª ed., 2013), Barcelona, Debate-Peguin Randon House Grupo editorial, 2021, págs. 119 y sigs. 171 y sigs. y 211 y sigs.

aportación del socialismo fabiano no marxista, pero si partidario del socialismo democrático y de la extensión de los métodos democráticos en las organizaciones empresariales a través de formas típicas de "democracia industrial"[36]. Era el sueño de la historia imparable de un proceso de democratización en una sociedad regulada y respetuosa con el régimen parlamentario y el sistema pluralista de partidos, sindicatos y asociaciones (aquí el paradigma lo encontramos en autores como Harold J. Laski, Georges Gurvitch[37], Hermann Heller[38], Gustav Radbruch[39], Otto Kirchheimer[40], Franz Neumann[41], Hugo Sinzheimer[42]).

Por lo demás, el cuadro de medidas sociolaborales se enmarcaba en un programa de transformación del Estado (en el sentido de Estado Social de Derecho) y en un nuevo modelo económico y de renovación cultural y del sistema educativo. Fernando de los Ríos se ocupó del Ministerio de Justicia (del cual dependía la cuestión religiosa y, en efecto, se legisló en el sentido moderno del Estado Republicano laico garantizando la libertad religiosa, aplicando la Constitución Republicana de 1931, que había surgido del proyecto elaborado por la comisión creada por las Cortes y presidida por el socialista Luis Jiménez de Asúa) e Indalecio Prieto del Ministerio de Hacienda (después pasaría al Ministerio de Obras Públicas donde le iría mejor en la renovación de las infraestructuras del país, y al mismo tiempo generando empleo productivo). Evidencia voluntad de cambio, aunque quizás sin la deseable planificación y solvencia[43]. El Ministerio de Instrucción Pública estaría a cargo del republicano Marcelino Domingo y la Dirección General de Enseñanza Primaria estaba encomendada al socialista Rodolfo Llopis.

---

[36] El libro emblemático fue en el mundo anglosajón el de los esposos Web. WEB, S.y B.: *La democracia industrial,* trad. M. Á. Simón, edición y estudio preliminar de J.J. Castillo y S. Castillo, Madrid, Biblioteca Nueva-Fundación Francisco Largo Caballero, 2004; y en la Europa continental –aparte de aquél- fueron también los de KORSCH, K.: *Lucha de clases y Derecho del Trabajo* (1922), Barcelona, Ariel, 1980, y KORSCH, K.: *¿Qué es socialización*?, Introducción de. E. Gerlach, trad. J. Muñoz. Barcelona, Ariel, 1975; y en defendiendo formas de codeterminación negocial y de cogestión, SINZHEIMER, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo,* trad. y Estudio Preliminar de F. Vázquez Mateo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984;
Puede consultarse, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: "Democracia social y económica en la metamorfosis el estado moderno: Harold J. Laski", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *11*(1)*,* (2021), págs. 298–377. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426. Asimismo, OTTO KAHN-FREUND y THILO RAMM (ed.): *Hugo Sinzheimer. Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden, Europäische Verlagsanstalt*, Frankfurt am Main y Köln, 1976.

[37] Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La democracia en crisis: Harold J. Laski,* Ediciones de Intervencion 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 Derechos Sociales*, núm. 11(1), (2021), págs. 298–377. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021. 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.

[38] MONEREO PÉREZ, J.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*. Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2009.

[39] MONEREO PÉREZ, J.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*", Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2020.

[40] MONEREO PÉREZ, J.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer,* estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo de procedimiento legal para fines políticos,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII a CLXXXV; KIRCHHEIMER, O.: *Gesammelte Schriften: Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republick*, Baden-Banden, Nomos Verlagsgesellschafft, 2017; KIRCHHEIMER, O.: *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, Franfurt am Main, Suhrkamp, 1976.

[41] NEUMANN, F.: *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo,* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1943.

[42] SINZHEIMER, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo,* trad. y Estudido Preliminar de F. Vázquez Mateo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984.

[43] JULIÁ,S.: *Historia del socialismo Español. Volumen 3 (1931-1939),* de la *Historia del Socialismo Español,* dirigida por Manuel Tuñón de Lara, Barcelona, Conjunto editorial, 1989, pág. 44.

Promulgada la Constitución en 1931, Fernando de los Ríos fue nombrado Ministro de Instrucción Pública, y de inmediato pone en marcha los principios del republicanismo institucionista y del socialismo poniendo el Estado al servicio de la cultura (la Constitución Cultural, como diría mucho más tarde Peter Häberle[44]), apostando por la enseñanza unificada y la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria y acogían los principios pedagógicos de convertir al trabajo en el eje de la actividad metodológica. La escuela sería, por lo demás, laica y se inspiraría en los principios de formación humanista y de solidaridad. Estos principios del republicanismo social laico fueron respaldos e impulsado por el presidente del gobierno Manuel Azaña (Republicano social, pero no socialista).

El programa de reformas del modelo socio-económico preexistente suponía una transformación estructural de las instituciones estatales (incluida su administración acrecentada por los nuevos cometidos en materia social –incluida una más potente y competente Administración Laboral e Inspectora–, económica y cultural en sentido amplio) y de las estructuras de la sociedad civil[45]. La legislación laboral quedó reforzada no sólo por la legislación ampliada, sino por las garantías de cumplimiento con el reforzamiento y ampliación de competencias de los Jurados Mixtos en la industria y en la agricultura y una mayor dotación de personal y medios para la realización de la labor de Inspección de Trabajo y previsión social (Se legisló en este sentido sobre la Inspección en materia laboral, pero también en materia de "inspección de seguros", aunque ésta últimas vendrían de la mano del "bienio conservador" (1934-1936)[46]. Se trataba de hacer cumplir la legislación laboral y los convenios colectivos. En esos dos años del primer gobierno republicano había una ilusión real de cambiar el orden social con una transformación de las mentalidades en el sentido cultural por cauces democratizadores y la ampliación del bienestar. Se pensaba que las reformas y la extensión de la cultura contribuirían a la adhesión de las clases populares hacia la causa del republicanismo social y del socialismo democrático. Las reformas sociales, democratizadoras de la economía y la educación universalizada estarían al servicio de la vía pacífica hacia la instauración de un socialismo democrático y pluralista. Se confiaba en la legalidad republicana y en que las fuerzas contrarias a ese proyecto aceptaran esa legalidad y la legitimidad sin que recurrieran a una ofensiva violenta y no golpista encaminada a derrocar a la República.

Largo Caballero estaba en ese periodo en la idea de mantener la alianza de colaboración con los republicanos para *consolidar la República en un sentido social*, como se expresaba ya en el art. 1 de la Constitución Republicana de 1931: La república social como apertura hacia un camino lento de implantación democrática y electoral del socialismo. Esta era su opinión desde la defensa de la participación socialista en el gobierno provisional de transición hacia la elaboración y aprobación de la Constitución Republicana de 1931. Se pretendía defender la República desde dentro dándole un contenido social a través de las reformas sociales y económicas que ya venía defendiendo dentro de la UGT y del PSOE. De este modo se podría llevar a cabo una transformación pacífica de la

[44] HÄBERLE, P.: "La Constitución como cultura", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,* núm. 6 (2002), págs. 177-198.; HÄBERLE, P.: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura,* Madrid, Tecnos, 2000.

[45] Sobre la organización administrativa española del Trabajo alcanzando a la IIª República, con la virtualidad de la inmediación en los hechos histórico, véase GALLART FOLCH, A.: *Derecho Español del Trabajo,* Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1936, págs. 196 y sigs. ("Organización administrativa del trabajo").

[46] Decreto de 9 de mayo de 1931, Reglamento para el Servicio de la Inspección de Trabajo; Decreto de 4 de diciembre de 1931, Reglamento para la imposición y efectividad de las sanciones por incumplimiento de las leyes de los Seguros Sociales; Ley de 13 de mayo de 1932, Delegaciones provinciales y Servicios de Inspección del Ministerio de Trabajo; Decreto de 23 de junio de 1932, Reglamento para las Delegaciones provinciales de Trabajo; Decreto de 9 de febrero de 1934, Inspección de Trabajo en las minas; Decreto de 3 de julio de 1934, Inspección técnica y social en las industrias fabriles y de transformación; Decreto de 23 de agosto de 1934, Inspección médica del Trabajo, Decreto de 6 de diciembre de 1934, Competencias de la Inspección de Trabajo en los ferrocarriles; Decreto de 12 de octubre de 1935, Delegaciones e Inspecciones de Trabajo; Decreto de 28 de junio de 1935, Inspección de los Seguros Sociales.

sociedad, pero a sabiendas de que este proceso político encontraría obstáculos que esperaban poder salvar. Al tiempo la ruptura entre socialistas y republicanos se produciría respecto a la divergencia sobre el alcance de las transformaciones a llevar a cabo y por las repercusiones de una contestación de los adversarios políticos y también cierta decepción en las clases trabajadores, en las clases medidas y los pequeños propietarios agrarios por la frustración de las expectativas. En sólo dos años el escenario había cambiado por completo con la ruptura del gobierno de coalición.

Los problemas de aplicación de la reforma agraria (una reforma crucial y absolutamente necesaria ante la situación de paro y miseria de los trabajadores del campo[47]) y los derivados a las resistencias en la aplicación efectiva de la nueva legislación laboral con el régimen de los jurados mixtos y la regulación garantista del contrato de trabajo en la agricultura que suponía la dignificación de los trabajadores del campo. El descontento sería canalizado por la Confederación Española de Derechas Autónomas (CEDA)[48] y tampoco ayudó la actitud extraordinariamente crítica de la CNT (que apostaba por una estrategia no sólo de contestación, sino directamente insurreccional respecto de la República) y del propio Partido Radical republicano de Alejandro Lerroux, cuyos dirigentes deseaban la salida del gobierno de los socialistas. En la actitud de los radicales influía el hecho de que Niceto Alcalá Zamora[49] dimitiera de la presidencia del gobierno de la República en octubre de 1931 y fuese sustituido por Manuel Azaña –de Acción Republica– y no por Alejandro Lerroux –dirigente del Partido republicano con más diputados en las Cortes Constituyentes, pero en un número inferior, a su vez, a los del partido socialista–[50], que dirigió sus mensajes hacia el bloque del empresariado (señaladamente el sector de la patronal en la agricultura). El clima del primer bienio se vio enrarecido y profundamente turbado por los ataques que venían de distintos frentes, lo cual terminaría con la dimisión obligada de Manuel Azaña[51]. En este periodo Largo Caballero –a pesar de sus reticencias iniciales en 1930 respeto a la colaboración con los republicanos defendió la República y la implicación en su gobierno del partido socialista y de la UGT. Ante la formación del primer gobierno presidido por Lerroux en 1933, Largo Caballero propuso a la Ejecutiva del PSOE que se rompieran todos los compromisos contraídos con los republicados, lo cual fue aprobado por unanimidad. Ello suponía la ruptura del pacto fundacional de la República, abriendo un periodo de mayor inestabilidad y desencuentros. A partir de ahí la línea ampliamente mayoritaria estaba convencida de que debería conseguir los consensos necesarios para gobernar el Estado en una dirección de reformas socialistas desde dentro de la República superando el orden capitalista existente.

Con las nuevas elecciones de 1933 el triunfo de los partidos de la derecha fue contundente (la derecha católica, la CEDA), siendo dominantes en las segundas Cortes. Las socialistas temían un retroceso de las reformas hechas durante el bienio reformador, y pensaban que todo podría estar perdido según la dirección que tomaban los acontecimientos. En cualquier caso, esta coyuntura condujo a una radicalización del programa reformista en la dirección de avanzar hacia un régimen socialista. Después de controversias internas en el seno del partido y del sindicato socialistas, en enero de 1934 se recompondría la unidad orgánica y de acción de las dos organizaciones con el programa postulado por Largo Caballero, el cual asumía tanto la presidencia del PSOE como la

[47] CARRIÓN, P.: *Los latifundios en España* (1932), Barcelona, Ariel, 1972, págs. 366-367, y págs. 54 y sigs.

[48] MONTERO GIBERT, J.A.: *La CEDA. El catolicismo social y político en la II República,* 2 vols., Madrid, Ediciones de la Revista del Trabajo, 1977. Su entronque es la tradición del catolicismo social y político conservador. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *El catolicismo social en España: Eduardo Sanz y Escartin,* Granada, Comares, 2010.

[49] Véase GIL PECHARROMÁN, J.: *Niceto Alcalá-Zamora. Un liberal en la encrucijada,* Madrid, Síntesis, 2005, págs. 245 y sigs. Para la evolución posterior, págs. 319 y sigs. (años 1934-1935), y 361 y sigs.(años 1936-1939). Asimismo, ALCALÁ GALVE, Á.: *Alcalá-Zamora y la agonía de la República,* Sevilla, Fundación José Manuel Lara, 2002 (1ª ed.), 2006 (2ª ed.), págs. 437 y sigs.

[50] Personalidad compleja y contradictoria y proclive hacia la exaltación populista. Véase ÁLVAREZ JUNCO, J.: *El emperador del Paralelo. Lerroux y la demagogia populista,* Barcelona, RBA Libros, 2011, espec., págs. 149 y sigs., y 325 y sigs.

[51] JULIÁ, S.: *Vida y tiempo de Manuel Azaña 1880-1940,* Madrid, Taurus-Santillana Ediciones Generales, 2008, págs. 324 y sigs.*passim.*

secretaría general de la UGT. Y todo con un programa que acortaba las distancias entre las políticas sociales y económicas reformistas de un programa mínimo y las políticas revolucionarias de implantación de una un Estado socialista. El nuevo Gobierno de las derechas de 1934 –unidas con el Partido Radical de Lerroux– se iniciaba con la propuesta de un desmantelamiento selectivo de las medidas reformistas más avanzadas del anterior gobierno de coalición en materia económica y social. Y todo ello en un contexto de elevada conflictividad social. Tras la nueva orientación estratégica pesaba la experiencia negativa de la República de Weimar y la caída de la República Austriaca, que con el ascenso al poder de una derecha radicalizada se acaba por suprimir el sistema de garantías constitucionales y con todas las bases del sistema democrático[52]. Con la pérdida de los equilibrios de poder se perdió algo más relevante la quiebra de la confianza mutua en el respeto de las reglas del juego democrático. Con la entrada de la CEDA en el gobierno en octubre de 1934, se puso en marcha la huelga general encaminada no sólo a frenar a la derecha, sino también a instaurar un nuevo proyecto de gobierno socialista en el poder[53]. Terminada la rebelión, la derecha

[52] BAUER, O.: *El camino hacia el socialismo,* trad. A. Révész, Madrid, Ed. América, 1934 (¿?).

[53] Hay que tener en cuenta el bloque de la derecho política y económica nunca aceptaron la legitimidad del gobierno de coalición republicana-socialista y trataron de boicotear las reformas a través de todos los medios posibles. Tampoco aceptaron la misma Constitución de la IIª República –similar a la de los países democráticos de nuestros entorno como la República de Weimar y la República Austriaca. Véase LÓPEZ LÓPEZ, A.: *El boicot de la derecha a las reformas de la Segunda República,* Madrid, 1984; CABRERA, M.: *La patronal ante la Segunda República. Organizaciones y estrategia (1931-1936),* Madrid, Siglo XXI, 1983, págs. 12-79 y 308; MONTERO, J.R.: *La CEDA. El catolicismo social y político en la Segunda República,* 2 vols., Madrid,1977, vol. I, págs. 179 y sigs. Historiadores que han analizado los hechos y la documentación disponible llegan a esta conclusión de manera demoledora. Es el caso, emblemático, de las publicaciones realizadas por Ángel Viñas. Véase, entre muchas de sus obras, VIÑAS, A.: *La Alemania nazi y el 18 de julio,* Madrid, Alianza, 2ª ed., 1977 (ediciones ulteriores, de 1977 y 2001), págs. 79 y sigs., págs. 236 y sigs., 312 y sigs., y 371 y sigs. (sobre las contactos de la conspiración en el golpe de Estado contra la República y la intervención alemana en la Guerra Civil española). En dicha obra se aporta documentación relevante recogida en el "Anexo Documental" (*Ibid.*, págs. 402-160). No es desdeñable la aportación de RAMA, C.M.: *La crisis española del siglo XX,* México-Madrid-Buenos Aires, FCE, 3ª ed., 1976 , págs. 182 y sigs. (sobre la preparación del golpe militar y las fuerzas implicadas, que tendría su fundamentación y una precedente elaboración del pensamiento neo-autoritario, *Ibid.,* págs. 168 y sigs.). Asimismo, RAMÍREZ JIMÉNEZ, M.: *Los grupos de presión en la segunda República Española,* Prólogo de Francisco Murillo Ferrol, Madrid, Tecnos,1969, págs. 93 y sigs., y 343 y sigs.; RAMÍREZ JIMÉNEZ, M.:"Cesión y reacción en las Cortes de la Segunda República Española", en *Historia Social de España. Siglo XX,* Madrid, 1976; PRESTON, P.: *La destrucción de la democracia en España. Reformas, reacción y revolución en la Segunda República,* nueva edición revisada y ampliada, Barcelona, Grijalbo, 2001; MALEFAKIS, E.: *Reforma agraria y revolución campesina en la España del siglo XX,* Barcelona, Ariel, 1971; LÓPEZ LÓPEZ, A.: *El boicot de la derecha a las reformas de la Segunda República. La minoría agraria, el rechazo constitucional y la cuestión de la tierra,* Madrid, Instituto de Estudios Agrarios, Pesqueros y Alimentarios,1984, págs. 115 y sigs. Se ha afirmado que el sector mayoritario de la derecha, *desde un principio, rechaza la Constitución y las reformas sociales, acusando a las Cortes Constituyentes y que desde un principio también se planeaban acciones conspiratorias* que culminaron con el frustrado levantamiento del general Sanjurjo en agosto de 1932. Se obstaculizaron la efectividad de reformas tan importantes como la legislación de reforma agraria y la relativa a la institución de los Jurados Mixtos. Véase MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009),* Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 292 y sigs., y la amplia bibliografía allí citada; BIGLIO, P.: *El socialismo español y la cuestión agraria (1890-1936),* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986, págs. 322 y sigs., y el proceso de radicalización de los socialistas, el retroceso de la legislación sociolaboral tras las elecciones de 1933 y el recrudecimiento de los conflictos sociales en el campo (*Ibid.,* págs. 383 y sigs., 442 y sigs.); GRAHAM, H.: *Socialism and War The Spanisch Socialist Party in Prowerand Crisis, 1936-1939,* Cambridge, Cambridge University Press, 1991; AROSTEGUI, J.: *Largo Caballero. El tesón y la quimera,* 2ª ed., (1ª ed., 2013), Barcelona, Debate-Peguin Randon House Grupo editorial, 2021, págs.271 y sigs., que observa que la legislación de Largo Caballero fue calificada sistemáticamente por los empresarios, y con mayor ahínco aún por los propietarios agrarios, de amenaza al orden social, cuando en verdad se trataba de una obra muy consciente de sus límites, al menos de los más palmarios y prácticos en la coyuntura existente, como el propio Ministro del Trabajo advertiría. Por otra parte, el anarquismo sindicalista rechazaba de plano desde siempre que el orden social del trabajo debiera regularse desde el Estado capitalista, y menos todavía desde el "Estado burgués". Sin embargo, la tarea ministerial de Largo Caballero expresaba un proyecto que tenía la pretensión de llevar a cabo varios objetivos dentro de un programa político: en primer lugar, la voluntad socialista de erigirse en soporte fundamental de la República democrática. La segunda, por el proyecto concreto de dar continuidad y culminar una organización del trabajo con la que había colaborado desde los inicios del

(...)

radicalizada acometió una persecución durísima con las personas implicadas en las actividades proponiendo penas severas e incluso para varios de ellos la pena de muerte.

En el año 1935 se fue fraguando una coalición electoral de prácticamente todo el bloque de las izquierdas; un bloque político muy heterogéneo y sin un verdadero programa comúnmente compartido y sin compromisos fuertes respecto de la orientación política en caso del triunfo electoral. En las elecciones de 1936 las fuerzas coligadas en el Frente popular ganarían las elecciones. La política de Largo Caballero se centraría en buscar la unidad de la izquierda para garantizar la hegemonía de los trabajadores creando un frente común de alianza entre el PSOE y el PCE (salvando todas las distancias y coyuntura y singularidades en las propuestas, es de destacar que poco antes se habían realizado propuesta de unidad de acción de las dos internacionales socialistas. El caso más señalado fue de Otto Bauer[54] y con él el ala de izquierdas de la socialdemocracia austriaca, es decir, los austromarxistas).

En la propuesta impulsada por Largo Caballero de lo que se trataba es de extender la cultura del frente populista en la unidad de acción más que el objetivo de la unidad orgánica en sí misma. La propuesta tuvo un gran calado ante la expansión de los fascismos en Europa y, por entonces visible en el año 1936 como una realidad generalizada que acabaría en una segunda guerra mundial. De la coalición de izquierdas se pasaría pronto a la fórmula de Frente popular frente a las derivas totalitarias en expansión por toda Europa. Pero realmente fue la composición subyacente de las izquierdas la que triunfaría en las elecciones de 16 de febrero de 1936. Ahora había que afrontar el problema de la gobernabilidad de una coalición tan heterogénea y, en el fondo, con programas y aspiraciones bien distintas más allá de la unidad de acción frente al fascismo. El futuro gobierno estaría presidido por Manuel Azaña. Pronto el sector de Largo Caballero, que había radicalizado su ideología definiéndose de izquierda y marxista revolucionaria con apoyo directo en la UGT, articuló una estrategia encaminada a llevar un proceso de cambio más incisivo y revolucionario desde dentro de la legalidad republicana y desde la legitimidad del apoyo electoral: se trata de una revolución democrática, no de un movimiento insurreccional. La idea de una unificación en un partido único marxista y de clase surgió entonces con fuerza más allá de la unidad de acción de las fuerzas de izquierdas del Frente Popular. Unidad orgánica de la izquierda bien difícil de realizar en la práctica. La gobernabilidad de la coalición se hizo cada vez más difícil. Largo Caballero acabaría formando gobierno de coalición de izquierdas (septiembre de 1936).

Este gobierno no era revolucionario en el sentido estricto del término desde el punto de vista de la ciencia política y del Derecho constitucional. En efecto, no fue la expresión de una toma del poder por vía revolucionaria contra el orden constituido, *ni vulneró nunca la Constitución de la IIª República, ni implantó un nuevo régimen político unilateral y por procedimientos antidemocráticos (anticonstitucionales) que le permitiera actuar con plenos poderes sin las garantías constitucionales.* Al contrario, se recibió el poder del Presidente de la República democráticamente elegido, y actúo como un gobierno típicamente constitucional y –siendo ello que sería una prueba "a posteriori"– dejó de subsistir precisamente cuando así lo determinó el propio Presidente legítimo de la República (mayo de 1937). No era un gobierno ciertamente revolucionario en el sentido estricto

reformismo social, pero que ahora debía continuarse desde el poder estatal mismo. Por último, la tercera, por el papel asignado al Estado en la regulación de las relaciones sociales capitalistas. Y todo ello siendo consciente de los límites inherentes en el alcance de las reformas. La política social comprendía el doble protagonismo del Estado intervencionista y de las organizaciones profesionales potenciando su capacidad de control de las empresas y la celebración de convenios colectivos de trabajo concebidos –en la línea de la OIT- como normas sociales de trabajo. Junto a ello la predisposición de todo un aparato administrativo de organización, supervisión y control de cumplimiento de la legislación sociolaboral.

[54] MONEREO PÉREZ, J.L.: *La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austria,* estudio preliminar a la obra de BAUER, O.: *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización,* trad. de Antonio Ramos Oliveira, revisión, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho, 2021, págs. IX-XCV.

del término. El Gobierno quería ser reflejo de la unidad nacional democrática para la defensa de la República obteniendo la victoria en la Guerra civil. Se trata de ganar la guerra con la instauración y consolidación de la Republica social. Largo Caballero recuperaría su concepción (puesta en cuestión con el intento revolucionario de 1934; intento erróneo y encaminado a un previsible fracaso) de caminar hacia el socialismo democrático dentro del marco constitucional republicano. Ahora era preferente el objetivo de ganar la guerra sobre la instauración inmediata de una revolución social y política de las clases trabajadoras. Esa preferencia, nunca fue perfectamente alcanzada, y muy pronto las divergencias aparecerían y tanto más cuando se vislumbraba que la guerra se estaba perdiendo militarmente contra la República. La crisis de mayo de 1937 acabaría con la caída del gobierno de Largo Caballero. A partir de aquí los acontecimientos son archiconocidos hasta alcanzar la derrota final. "En muy pocos años, de enero de 1934 a diciembre de 1937, Largo Caballero pasó de concentrar los más importantes cargos de dirección de todas las organizaciones socialistas a perderlos todos y debido a la ofensiva coordinada de una multiplicidad de adversarios que sus diversas políticas le habían valido dentro del bloque socialista. De la labor desarrollada como *legislador social,* como dirigente del comité revolucionario y como presidente del gobierno de una República en guerra quedará luego el triste recuerdo de su doble derrota: la que tuvo frente a los enemigos de la República y la que padeció por la acción de sus adversarios internos en el PSOE y la UGT[55]. Juan Negrín sería el sucesor de Largo Caballero en la presidencia del Consejo de Ministros[56].

Pero este programa que distinguía el corto, medio y largo plazo era también visualizado y temido por el bloque en el poder, las clases y la oligarquía dominante en el campo y en la industria; y pronto tendieron a ver cada reforma (sociolaboral y de política económica) como una medida táctica más de avance más hacia la instauración paulatina del socialismo. Todavía en julio de 1936 Largo Caballero podría formar parte de la delegación española en el Congreso de la Federación Sindical Internacional, de Londres, expresando la lógica de la acción del proceso de reformas sociales comprometidas con el cumplimiento de los instrumentos de la OIT, aprobados por una Conferencia General de composición tripartita, lo que en sí supone un reconocimiento del adversario y su legitimidad institucional como tal "parte social" (o antagonista social)[57].

3. LA COYUNTURA HISTÓRICA: CRISIS ECONÓMICA Y POLÍTICA ENTRE LAS DOS GUERRAS MUNDIALES

No obstante, no debe olvidarse el contexto de crisis económica mundial –determinante en los primeros años de la década de los treinta– que ponía límites presupuestarios a los ambiciosos planes de Largo Caballero de extender la política social incluso señaladamente en materia de ampliación de los seguros sociales y de su cobertura más universalista. Tampoco pudieron realizarse las inversiones necesarias para llevar a cabo una plena reforma agraria[58], porque el presupuesto

[55] JULIÁ, S.: *Historia del socialismo Español. Volumen 3 (1931-1939),* de la *Historia del Socialismo Español,* dirigida por Manuel Tuñón de Lara, Barcelona, Conjunto editorial, 1989, pág. 291; ARÓSTEGUI, J.: *Largo Caballero. El tesón y la quimera,* Barcelona, Debate/Penguin Random House Grupo Editorial, 2021, págs. 666 y sigs., donde analiza la situación política y la incidencia personal en Largo Caballero de la derrota con la trágica odisea del cautiverio (1939-1945). Largo Caballero viviría los siete últimos años de su vida en el exilio, en el que murió, pasando penalidades y calamidades que incluyen su cautiverio en un campo de concentración nazi (bajo el régimen de Vichy).

[56] MORADIELLOS, E.: *Don Juan Negrín. Una biografía de la figura más difamada de la España del siglo XX,* Barcelona, Península, 2006.

[57] "La Conferencia General de los representantes de los Miembros celebrará reuniones cada vez que sea necesario y, por lo menos, una vez al año; se compondrá de cuatro representantes de cada uno de los Miembros, dos de los cuales serán delegados del gobierno y los otros dos representarán, respectivamente, a los empleadores y a los trabajadores de cada uno de los Miembros" (art. 3 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo).

[58] MALEFAKIS, E.: *Reforma agraria y revolución campesina en la España del siglo XX,* Barcelona, Ariel, 3ª ed., 1976.

disponible era nítidamente insuficiente[59]. Se puede afirmar que una de las principales tragedias del PSOE durante la República fue su incapacidad –y dificultad– para elaborar y llevar a la práctica una política de reforma agraria que resolviera los problemas estructurales y que permitiera satisfacer los legítimos intereses del campesinado y de los asalariados del campo español. Sin perjuicio de ello, Largo Caballero, como Ministro de Trabajo y Previsión entre 1931 y 1933, aprobó reformas legislativas para mejorar las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores del campo –campesinos y jornaleros–. Estas modestas medidas contaron siempre con la oposición frontal de la derecha y de los terratenientes y "caciques" (la realidad constitucional del campo en nuestro país de entonces). En efecto, Largo Caballero llevó a cabo mejoras de las condiciones salariales, limitó el ejercicio arbitrario de los poderes empresariales y señaladamente los despidos sin causa y discriminatorios. El Decreto de Términos Municipales (abril 1931), prohibiría la contratación de trabajadores externos mientras estuvieran disponibles trabajadores de la localidad desempleados en el municipio. Se crearían los nuevos comités arbitrales llamado "Jurados Mixtos", que no limitaban al conciliar sino también a garantizar la efectivas de los derechos como la jornada de ocho horas (Decreto de 1 de julio de 1931, sobre jornada máxima de ocho horas); y el Decreto de "laboreo forzoso" que obligó a los propietarios –terratenientes– a que se cultivaran sus tierras, evitando el dispendio de recursos y las posibilidades de contratación de trabajadores agrarios. Pero, aparte de que hubo resistencia a su cumplimiento, lo más relevante es que quedaron sustancialmente intactos los factores base de poder de los terratenientes –especialmente en el sur de España–. Las esperanzas de las clases trabajadoras del campo quedaron frustradas, por la inefectividad de las mejoras (la mayor parte de la legislación agraria fue desoída con impunidad por los latifundistas) y porque no se llevó a cabo una plena y necesaria reforma agraria.

En lo que se refiere a las mejoras laborales y de protección social el programa del bienio republicano-socialista era muy similar al llevado a cabo en los inicios de las República Austriaca y en parte de la República de Weimar, donde sobresalían los intelectuales orgánicos de enorme valía como Rudolf Hilferding (éste intelectual socialista austriaco realizaría su labor fundamental en la República de Weimar), Otto Bauer y Karl Renner (que harían lo propio en la República austriaca),

[59] La República tropezó con el problema de no poder llevar a cabo una reforma fiscal progresiva y presupuestaria que permitiera financiar la ambiciosa política social y económica que pretendía realizar, especialmente entre en el primer bienio republicano-socialista. La labor de los responsables económicos se desarrolló en un marco muy negativo, de recesión económica internacional y grave crisis social en el interior, que tuvo un efecto inhibidor en las grandes decisiones que el Estado y la economía nacional requerían con carácter urgente. Prevaleció, por lo demás, una política moderada de equilibrio presupuestario y apaciguamiento de unas clases patronales en pie de guerra, como si se pretendiera compensar el malestar que despertaba en ellas la política social republicana con una política económica fiel a la ortodoxia liberal. Ciertamente, los responsables económicos del Estado republicano no disponían en el panorama internacional de un modelo mínimamente acabado de Estado del Bienestar (o Welfare State), no sólo las expresiones en sí, sino su práctica aparecerían después con plena virtualidad. Ello determinó que no existieran modelos al respecto, como el que surgirían en Inglaterra y en Estados Unidos de América de Norte. Las teorías keynesianas no habían sido desarrolladas como políticas gubernamentales efectivas. Es así que la falta de recursos impidió desarrollar con plenitud la reforma agraria y las reformas emprendidas por las leyes sociales (aparte de la oposición frontal del bloque de la derecha política y económica. Todo esto impidió llevar adecuada la política del lento camino al socialismo democrática a través de las reformas sociales y económicas. Véase la síntesis de algunos de estos problemas de viabilidad de la estrategia de republicano-socialista en, FUENTES, J.F.: *Francisco Largo Caballero. El Lenin Español,* Madrid, Síntesis, 2005, págs. 215 y sigs. Una de las aportaciones más relevantes al respecto es la realizada en CABRERA, M. y DEL REY, F.: *El poder de los empresarios. Política y economía en la España contemporánea (1875-2010),* Barcelona, RBA Libros, 2011, espec., capítulo 5 ("Tiempos de dirigismo, tiempos de confrontación, 1923-1936), págs. 207 y sigs., y capítulo 6 ("Camino de servidumbre, 1936-1950"), págs. 245 y sigs.; y antes, ampliamente, CABRERA, M.: *La patronal ante la II República. Organizaciones y estrategia (1931-1936),* Madrid, Siglo XXI, 1983. La interferencia directa e indirecta del poder de las organizaciones económicas empresariales en la política institucional –tanto en la reforma social como las reformas económicas en la industria y en la agricultura- ha sido persistente en nuestra historia. Véase REY REGUILLO, F. DEL.: *Propietarios y patronos. La política de las organizaciones económicas en la España de la Restauración (1924-1923),* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, espec., págs. 315 y sigs., y 685 y sigs.

los cuales defendían una vía democrática hacia la instauración del socialismo a través de un lento proceso de reformas graduales[60]. Los obstáculos interpuestos por los poderes económicos y la derecha política conducirían igualmente a un proceso de radicalización del proyecto reformista desde la frustración y el ascenso de los partidos nacionalsocialistas y fascistas[61]. Es obvio que estos acontecimientos habían supuesto una ruptura de los "equilibrios entre fuerzas de clase" (en el sentido empleado por Otto Bauer) Ciertamente, las circunstancias socio-económicas de Alemania, Austria y España eran muy distintas en la dinámica del desarrollo del capitalismo para la lógica de los procesos políticos en la etapa de entreguerras era similar con las peculiaridades de cada país. También cabe tener en cuenta que en ese periodo estaban en activo las dos grandes internacionales de izquierdas (la Internacional Socialdemócrata y la Internacional Comunista), y Largo Caballero en el marco de la Guerra Civil defendería la unidad del bloque de izquierdas para ganar la guerra e instaurar un régimen socialista democrático. Se veía el reflejo de las experiencias trágicas de la República de Weimar y de la República Austriaca, donde se habían instaurados dictaduras y, paradójicamente, utilizando inicialmente los mecanismos de democracia para "destruirla" desde dentro.

En este sentido la IIª República no tuvo demasiada suerte por el contexto crítico en que nació y se desarrolló. (Además, con el transcurso de los años treinta se iba quedando cada vez más sola con el auge de los regímenes totalitarios especialmente beligerantes e influyentes en las derechas de prácticamente todos los países democráticos de Europa. La experiencia de "golpes de Estado" institucionales desde dentro del régimen democrático es un hecho histórico en las Repúblicas de Weimar y en la República Austriaca). Ningún Estado europeo ayudó verdaderamente a la IIª República ante la sublevación militar (golpe de Estado de rebelión militar). Por el contrario los sublevados contra el orden legítimo de la República contaron con el apoyo de Alemania e Italia (relevante en todos los órdenes). Por otra parte, la ayuda de Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas fue limitada (sobre todo por la pésima calidad del arsenal militar que se le facilitó) y condicionada económicamente[62].

Por lo demás, en España esa coyuntura adquiere una especificidad derivada de los problemas estructurales derivados de los desequilibrios económicos (más allá de hoy mayormente superado mito de la inexistencia de revolución industrial en España) y sociales, la democracia restringida de la Restauración monárquica, la cuestión siempre presente de la reforma agraria (por aplazada y teniendo en cuenta que la cuestión social en España no era sólo una cuestión "obrera" industrial, sino –y no en menor medida– una cuestión social agraria), el retraso relativo de la legislación laboral y de seguridad social (y se califica de relativo porque había países de nuestro entorno y de

[60] De hecho existían traducciones de Bauer tanto en la Revista *Leviatán*, como de un libro fundamental, desde el socialismo democrático denominada "austromarxista", BAUER, O.: *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionnalización-Falsa racionalización,* trad. Antonio Ramos Oliveira, Madrid, Editorial España, 1932. Reeditada, BAUER, O.: *Capitalismo y socialismo en la posguerra. Racionnalización-Falsa racionalización,* trad. Antonio Ramos Oliveira, revisión, edición y estudio preliminar, "La democracia en crisis entre las dos guerras mundiciales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca" (pp. IX-XCV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021.

[61] Puede consultarse para la coyuntura política del momento, BIZCARRONDO ALBEA, M.: "Democracia y revolución en la estrategia socialista de la Segunda República", en *Estudios de Historia Social,* núms. 16-17 (1981), págs. 227-459. Asimismo, HEYWOORD, P.: *El marxismo y el fracasos del socialismo organizado en España, 1849-1936*, Santander, Universidad de Cantabria, 1993, págs. 203-289.

[62] Véase, por todos, VIÑAS, A.: *La soledad de la República. El abandono de las democracias y el viraje hacia la Unión Soviética,* Barcelona, Crítica, 2006, págs. 25 y sigs., 197 y sigs., y 345 y sigs.; y es extraordinario el desmontaje –basado en textos documentales- de versiones ideológicas de la historia tergiversando los hechos reales (buena parte de ellos acreditados en documentos de la época) realizado en VIÑAS, A. y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, F.: *El desplome de la República,* Barcelona, Crítica, 2009, págs. 33 y sigs., 243 y sigs., 381 y sigs. (sobre el Pacto Germano-Soviético, las nuevas condiciones para interpretar la guerra civil y el cambio radical de escenario).

desarrollo comparable por delante y otros por detrás del nuestro). De este modo, la IIª República nace y se desarrolla en un clima de inestabilidad agravada.

No obstante en el primer bienio republicano el Ministerio de Trabajo y Previsión (14 de abril de 1931 a 12 de junio de 133), aunque también en periodos posteriores discontinuos, se lleva todo un programa de intervención sociolaboral, en desarrollo de las previsiones constitucionales por el Gobierno de la República. Esa legislación y esa actuación impulsor y de intervención se llevaría a cabo atendiendo a la dirección marcada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT, creada en la Parte XIII del Tratado de Versalles, que ponía fin a la Primera Guerra Mundial), y de la cual nuestro país formó parte desde la ratificación originaria del mismo Tratado de Versalles constituyente. Largo Caballero, que ya había estado en contacto con la OIT incluso antes de la Dictadura de Primo de Rivera –y luego con la colaboración activa de Antonio Fabra Rivas, que le mantenía informado de todas las actividades desarrolladas e impulsadas por la OIT–, puso en práctica la política sociolaboral y la legislación social durante el primer bienio republicano en el que fue Ministro de Trabajo y Previsión.

El marco que posibilitó esa actividad venía asimismo de la Constitución de la IIª República Española de 1931, la cual contenía un programa en ciernes de construcción del Derecho del Trabajo y de la Previsión Social análogo a las previsiones de la República de Weimar de 1919[63]. La Constitución Republicana de 1931 se abría con la configuración de la forma de Estado que se construía a través de ella: "España es una república democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de libertad y de Justicia"[64]. El art. 15 Constitución Republicana reservaba al Estado la legislación social, sin perjuicio de su ejecución por las comunidades autónomas. En el Título III ("Derechos y deberes de los españoles") se garantizaba, entre otros, la libertad de ejercicio de la profesional (art. 33), el derecho de sindicación (art. 41), derecho al empleo y a cargos públicos (art. 40), asistencia a los ancianos, protección a la maternidad y a la infancia (art. 43). Pero el artículo más relevante por su dimensión de política constitucional respecto a la garantía de los derechos sociales es el art. 46, a cuyo tenor "El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador *las condiciones necesarias de una existencia digna*. Su legislación social regulará: los casos de seguro

[63] Pero que encontró desde su promulgación la abierta oposición del bloque de gran parte de la derecha. Así, GOICOECHEA, A.: *Posición de las derechas en el momento actual,* Madrid, 1931, pág. 20; HERRERA, Á.: *Obras selectas,* Madrid, 1963, págs. 36 y sigs., aunque también la crítica posterior de ALCALÁ ZAMORA, N.: *Los defectos de la Constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional,* Madrid, 1936 (Reeditada: ALCALÁ ZAMORA, N.: *Los defectos de la Constitución de 1931 seguido de Tres años de experiencia constitucional y un apéndice con el texto de la Constitución de 1931,* advertencia y notas de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Madrid, Civitas, 1981). De muy distinta opinión sería la de JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946, que fue el presidente de la comisión que elaboró el Texto Constitucional que se mantuvo en su esencia durante la tramitación parlamentaria. En realidad, la Constitución Española de 1931, no era nada radical, afirmaba la laicidad del Estado, la democracia parlamentaria, la garantía de los derechos y libertades fundamentales, formalizaba un orden económico basado en la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, sin perjuicio de la defensa del interés público en la corrección de los límites necesarios para la paz y la racionalización del orden económico. En fecha más reciente, VIÑAS, A.: *¿Quién quiso la Guerra Civil? Historia de una conspiración,* Barcelona, Crítica/Planeta, 2019, con la utilización directa documentos procedentes de archivos españoles, británicos, franceses y nuevas evidencias localizadas de la gestación del golpe de Estado y sus objetivos en Roma, los cuales dejan al descubierto la estrategia de los conspiradores intelectuales, políticos y militares; VIÑAS, A.: *El gran error de la República. Entre el ruido de sables y la ineficacia del gobierno,* Barcelona, Crítica/Planeta, 2021; y en una perspectiva más general, MARTÍN MARTÍN, S.: "Los enemigos de la II República, 1931-1933", *AHDE*, tomo XC, 2020, págs. 439-508. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-2020-10043900508.

[63] AYALA, F.: *El Derecho social en la Constitución de la República española*, Madrid, 1932, se pretendía, entre otros objetivos, organizar el mercado para alcanzar los equilibrios económicos y sociales necesarios para la paz y la racionalización del orden económico.

[64] AYALA, F.: *El Derecho social en la Constitución de la República española*, Madrid, M. Minuesa de los Ríos, publicaciones de la Sociedad para el Progreso Social, 1932.

de enfermedad, accidente, para forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el Extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores". Todo este grupo normativo que garantizaba los derechos sociales fundamentales y que, como tales derechos de desmercantilización, implicaba una transformación de la "forma-Estado", es decir, desde el Estado de Derecho Liberal en crisis (tanto por la emergencia de la cuestión social como por la exigencia, constatada en las reiteradas crisis económicas y políticas, de una intervención racionalizadora y rectificadora de un nuevo Estado de Derecho intervencionista en el plano socio-económico[65].

Era todo un *programa de actuación constitucional que introducía un mandato constitucional al legislador y a los poderes públicos* (incluyendo al Gobierno y la Administración garante y su Inspección de Trabajo y Previsión Social) para legislar sobre esa materia y garantizar su efectivo cumplimiento (parte necesaria del garantismo jurídico en que se insertaba una Constitución elevada a norma fundamental del ordenamiento jurídico general). Los derechos laborales eran considerados como derechos sociales de desmercantilización y elevados al rango de derechos constitucionales como era la tradición ya respecto de los derechos civiles y políticos reconocidos en la misma norma fundamental que representa el centro o la cúspide del ordenamiento jurídico[66]. Estamos ante una Constitución normativa garantista, inspirada en la Constitución de la República de Weimar, frente a las anteriores constituciones programáticas en la parte declarativa de derechos[67].

Por lo demás, la nueva constitución democrática refleja en gran medida el "Programa Parlamentario del PSOE (Madrid, 11 de julio de 1931), en cuya parte "Cuarta" se establece un propuesta relativa al diseño del orden social, indicando que el grupo parlamentario socialista habrá de procurar llevar a la Constitución: a) Declaración explícita, de acuerdo con la Carta Internacional del Trabajo de la Parte XIII del Tratado de Versalles, de que el trabajo no puede ser considerado una mercancía. b) Reconocimiento de la personalidad sindical con su secuela primaria de establecer los convenios de normas de trabajo y contratos colectivos. Impulsar las leyes hacia la participación de los Sindicatos obreros en los órganos directivos de las Empresas. c) En el orden al suelo, subsuelo, costas y aguas territoriales, declarar sometidas a revisión todas las concesiones existentes, a fin de rescatarlas y orientar las Empresas que se constituyan en un sentido socializador. d) El grupo parlamentario debe recabar con especial urgencia el problema de la tierra, la nacionalización de los ferrocarriles, de la banca, minas y bosques, comunicaciones e industrias de guerra. e) Los diputados

[65] Autores lúcidos como Adolfo Posada los vislumbraron. Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., Capítulo II ("Crisis del Estado de Derecho Liberal y reforma constitucional: El reformismo social como alternativa a la crisis del Estado de Derecho Liberal"), págs. 133 y sigs., 231 y sigs. ("La revisión de la "constitución liberal del trabajo": el reformismo jurídico-social como antídoto a la "cuestión social""), y 477 y sigs. ("El Derecho como técnica específica de integración social: Los derechos sociales de ciudadanía en el pensamiento de Adolfo Posada y su función en la Constitución social"); MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., págs. 88 y sigs. ("La crisis del sistema liberal y el establecimiento del "nuevo orden" político y jurídico del Estado Social").

[66] Respecto de los derechos sociales como derechos de desmercantilización, véase MONEREO PÉREZ, J.L: "La política social en el Estado del Bienestar. Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de "desmercantilización"", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 19 (1995), págs. 7-46; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., págs. 27 y sigs. ("Los modelos de Estados del Bienestar y la desmescantilización como objetivo de la política social moderna"), 45 y sigs. ("La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social en el capitalismo avanzado: El trabajo y su ordenación jurídica") y 159 y sigs. ("Estado del Bienestar y ciudadanía social: Los derechos sociales como derechos de la ciudadanía").

[67] Véase JELLINEK, *G.: La declaración de los derechos del hombres y del ciudadano, trad. Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, "Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significación político-jurídica", por J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009.*

socialistas, dada la urgencia del problema de la tierra, deben pedir la simultaneidad de la discusión del proyecto de ley que se presente sobre esta cuestión con la del texto constitucional. El Partido debe poner especial empeño en que antes de otoño esté en vías de realización la reforma y que esta se inspire en un hondo sentido socialista. También estima de la mayor urgencia que se acometa la repoblación forestal. f) Declarar, como principio, la aceptación de los convenios internacionales sociales y económicos, a fin de ir facilitando la elaboración de un Estatuto económico y social de carácter internacional. En la parte "Novena", se indica que el grupo socialista deberá solicitar la inclusión en el texto constitucional del impuesto progresivo sobre la renta y acentuación de lo existente sobre la sucesión.

Estamos ante un modelo de constitución distinto al Constitucionalismo de la tradición del Estado liberal de Derecho: un modelo de constitución que se sitúa en la nueva tendencia del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho, que es la base fundacional y normativa del Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social, como especificación de los principios, valores y normas de la Norma Fundamental del ordenamiento jurídico general.

4. LARGO CABALLERO Y EL MINISTERIO DE TRABAJO Y PREVISIÓN EN EL "PRIMER BIENIO REPUBLICANO" (1931-1933)

> *"el trabajo organizado y los obreros en general obtuvieron mejoras salariales, poder, respeto y mejores condiciones de trabajo que las que habían conocido nunca"*
>
> S.G. PAYNE[68]

4.1. Introducción

La labor de Largo Caballero en el desarrollo de las previsiones constitucionales y –en relación a ello (los artículos 65 y 76 de la Constitución de la IIª República)– en la ratificación y aplicación de los Convenios de la OIT supone que es legítimo afirmar que él fue determinante en el establecimiento de las bases del Derecho Laboral y de la Protección Social en España. Y es una disposición coherente con la declaración de autosometimiento al Derecho Internacional del Título Preliminar, art. 7, conforme a la cual "El Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo".

Inicialmente ya en el Gobierno Provisional de la República se llevaron a cabo las reformas más urgentes de Derechos ministeriales, los cuales serían convalidados y formalizados en leyes durante el primero gobierno constitucional republicano. En esa primera fase se pretendía trazar el camino hacia la materialización jurídica del programa constitucional. Largo Caballero dispuso de cierto tiempo para llevar a cabo su labor (desde el 14 de abril de 1931 al 12 de septiembre de 1933). Largo Caballero tenía ya un enorme prestigio en el mundo político y una gran experiencia en materia de legislación y aplicación de la legislación laboral. Le venía no sólo de su condición de "representante obrero" en el Instituto de Reformas Sociales, sino también –y muy especialmente– de su presencia en el Consejo de Trabajo en la época de la Dictadura primorriverista. Cuando asumió el cargo de Ministro de Trabajo y Previsión puso en marcha la maquinaria para impulsar la legislación sociolaboral con un programa de acción que miraba al desarrollo de las previsiones constitucionales desde las normas social de trabajo emanadas de la OIT –que también él conocida de mano directa y en sus fases de elaboración internacional–. Tuvo un equipo de élite intelectual como personalidades de la talla de Luis Araquistáin (Subsecretario en 1931; y uno de los intelectuales orgánicos y amigos que influirían siempre en su pensamiento) y Antonio Fabra Ribas (Director General de Trabajo en 1931; con amplísima experiencia y conocimiento en el mismo seno de la OIT).

[68] PAYNE, S.G.: *La primera democracia española. La Segunda República, 1931-1936,* Barcelona, Paidós, 1995, pág. 135.

Por lo demás, Largo Caballero tenía un contacto directo con el Director de la OIT, Albert Thomas. Ese equipo *trazó un plan de despliegue de la política social en España*, que partía de los más urgente (mejorar las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores y sus familias), introducir reformas que cambiasen el modelo liberalizador vigente de relaciones laborales, incrementando el poder de los sindicatos y su presencia en la empresa a través de fórmulas de participación y fortaleciendo la negociación colectiva de condiciones de trabajo, mejorando el sistema de Jurados Mixtos (algo más que un sistema de mediación y arbitraje voluntario en las relaciones laborales, pues asumían, entre otras funcionales adicionales, funciones típicamente inspectoras)[69] y mejora del sistema de protección social pública en sentido amplio, es decir, incluyendo avances en la legislación seguros sociales y su puesta en práctica, mejora de las condiciones de vida en el campo y en la ciudad a través de políticas de asistencia social y de vivienda, etcétera. Pero también, la realización de la reforma agraria. Era, éste, un programa mínimo gradualista propio de la socialdemocracia de inspiración en la experiencia de Weimar y de la República Austriaca (pero también la influencia del "experimento inglés" del socialismo en la tradición del reformismo fabiano; laborismo inglés que ya había tenido una gran influencia en el pensamiento de Largo Caballero durante la Dictadura de Primo de Rivera)[70], y con el apoyo de la normativa de la OIT (un modelo alternativo lógicamente a la revolución en el sentido y alcance de la Revolución Rusa de 1917): por tanto se trata de apostar por el lento camino de las reformas para realizar un proceso de "socialización"[71] que condujera a un socialismo democrático parlamentario respetuoso con las reglas de la democracia y con la legalidad del orden constitucional. La instauración del socialismo democrático sería la culminación del camino diseñado (el lento camino de las reformas sociales y de las leyes sociales que integraban en programa mínimo) y la materialización o cristalización del programa máximo (la emancipación de los trabajadores y la instauración de un socialismo democrático). Inclinados hacia la experiencia laborista inglesa (enero de 1924) estaban Antonio

[69] Es suficiente la lectura atenta de la Ley de 27 de noviembre de 1931, sobre creación y organización de los Jurados Mixtos Profesionales. Se configuran jurídicamente indicando que "Art. 2. Los jurados mixtos del trabajo industrial y rural son instituciones de derecho público encargadas de regular la vida de la profesión o profesiones y de ejercer funciones de conciliación y arbitraje en los grupos que expresan en el art. 4º". Art. 3. "Los Jurados Mixtos se crearán por el Ministerio de Trabajo y Previsión por iniciativa propia o a instancia de parte, en la forma y con las atribuciones que se señalan en esta Ley". En cuanto a las atribuciones competenciales de los Jurados Mixtos del Trabajo, se establece las siguientes dentro de un *sistema de cláusula abierta*: 1º. Determinar para el oficio o profesión respectivo las condiciones generales de reglamentación del trabajo, salarios, fijación del plazo mínimo de duración de los contratos, horarios, horas extraordinarias, formas y requisitos de los despidos y de todas las demás de la reglamentación referida, que servirán de base a los contratos individuales o colectivos que puedan celebrarse. En el trabajo rural, los Jurados mixtos determinarán también cuanto se refiere al alojamiento de los obreros que no estén a jornal seco. 2º. Entender en todas las cuestiones que se sometan a su conocimiento sobre pago de horas extraordinarias, diferencias de jornales y otras análogas, derivadas de la interpretación y cumplimiento de las obligaciones contractuales, siempre que no se litigue una cantidad superior a 2.500 pesetas. 3º. Prevenir los conflictos entre capital y el trabajo, procurando la avenencia en los casos en que aquéllos vayan a producirse […]. 4º. *Inspeccionar*, conforme a lo legislado, *el cumplimiento de las Leyes Sociales, especialmente el de los acuerdos adoptados por ellos, así como los contratos individuales y colectivos*, que habrán de ajustarse, por lo menos, a las condiciones mínimas adoptadas por el Jurado. 5º. Formar los Censos y mantener las relaciones precisas con el servicio de oficinas de colocación. 6º. Proponer al gobierno las medidas de orden técnico y profesional que se consideren necesarias para la vida y el desarrollo de su profesión". 7º. Realizar cualquiera otra función social que redunde en beneficio del oficio o trabajo que representen" (art. 19). A lo que hay que añadir la asunción de funciones en procedimientos de arbitraje de sometimiento voluntario en materias en que no aparezca determinada estrictamente su competencia (art. 20). Igualmente, se crean "Jurados mixtos menores" (art. 21).

[70] Fabra Ribas (06/04/1869-17/01/1958. Licenciado en Derecho y Filosofía y Letras. En su exilo en París después de la "Semana trágica" realizó estudios cooperativistas trabajando con Albert Thomas y Ernest Poisson) sería uno de los introductores del socialismo labrista inglés. La labor de introducción se reflejó al tiempo en traducciones al español de obras importantes realizadas también por otros autores. Significativamente la obra crítica de STRACHEY, J.: *La lucha por el poder. ¿Marxismo o fascismo?,* trad. Fernando Durán, Madrid, Ed. España, 1934. Destáquese, de este libro, el capítulo XVIII, sobre "Macdonald y la crisis de 1931 en Inglaterra", págs. 408 y sigs.

[71] El sentido de la socialización en la izquierda estaba establecido con contornos no exentos de cierta generalización. Véase KORSCH, K.: *¿Qué es la socialización? Un programa de socialismo práctico,* con un estudio de MATTICK, P.: "Karl Korsch" (1972), Buenos Aires, Pasado y Presente/Siglo XXI Argentina editores, 1973.

Fabras Rivas y Luis Araquistáin –colaboradores de Largo Caballero[72]–, e incluso el ala moderada del socialismo como Julián Besteiro, Fernando de los Ríos o Luis Jiménez de Asúa[73].

Con la Proclamación de la IIª República, surge un compromiso constituyente (Luis Jiménez de Asúa presidió la Comisión que redactó el Proyecto de Constitución republicana)[74], que culminaría con la aprobación definitiva de la Constitución Republicana de 1931. El nuevo régimen político y constitucional republicano se construía sobre un compromiso de clases, en situación de equilibrio de fuerzas cambiante e inestable, pero con la lógica (similar, pero no idéntica) que los austromarxistas reformadores democrático como Otto Bauer denominarían en el marco de la experiencia de la República Austriaca de entreguerras, como la búsqueda de una República popular social, esto es, un régimen político democrático y reformista que bajo las condiciones del sistema del capitalismo avanzado buscaba un equilibrio de clases a través de la alianza entre un sector republicano de la burguesía y representativo del sector de las clases medias burguesas y las clases trabajadores –clases subalternas– organizadas en partidos y sindicatos. Todo ello en un contexto crítico marcado, como se dijo, por el crack de 1929 y sus graves repercusiones sociales (paro, pobreza y desigualdades de enorme magnitud) y políticas (ascenso de los fascismos europeos). Con todo, la Constitución de 1931 se insertaría típicamente en la tradición del constitucionalismo democrático social de la época de entreguerras, con la pretensión de instaurar un Estado democrático-social de Derecho (lo que Hermann Heller denominaría "Estado social de Derecho"[75]. La doctrina más solvente e influyente de la época

[72] LARGO CABALLERO, F.: *Presente y futuro de la Unión General de Trabajadores (1888-1925),* (1925), Madrid, reeditada por la Fundación Francisco Largo Caballero, 1983 (varias ediciones). LARGO CABALLERO, F.: *Obras completas*, 16 vols., Madrid, Fundación Largo Caballero, 2003-2009.

[73] Republicano y socialista, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Proceso histórico de la Constitución española*, Madrid, Reus, 1932; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *La Constitución política de la democracia española*, Santiago de Chile, Ediciones Ercilla, 1942; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946. Para conocer los debates y las posiciones en el proceso de elaboración, resulta ingualmente de interés, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Anécdotas de las constituyentes*, Buenos Aires, Cuadernos de Cultura Phac, 1942. Respecto a Largo Caballero escribiría JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Un proceso histórico. Largo Caballero ante la Justicia*, Madrid, Gráfica Socialista, 1936.
Sobre la evolución y pensamento de Jiménez Asúa, puede consultarse a ROLDÁN CAÑIZARES, E.: *Luis Jiménez de Asúa: Un jurista en el exilio,* Sevilla, Universidad de Sevilla, Curso 2017/2018. https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/81273/TESIS%20DOCTORAL%20ENRIQUE%20ROLD%c3%81N%20CA%c3%91IZARES.%20LUIS%20JIM%c3%89NEZ%20DE%20AS%c3%9aA.%20UN%20JURISTA%20EN%20EL%20EXILIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Esta investigación sería objeto de publicación, ROLDÁN CAÑIZARES, E.: *Luis Jiménez de Asúa: Derecho penal, República, Exilio,* Madrid, Dykinson, 2019.

[74] Imprescindibles para comprender la Constitución jurídica de la IIª República son las propias obras del republicano y socialista, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Proceso histórico de la Constitución española*, Madrid, Reus, 1932; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *La Constitución política de la democracia española*, Santiago de Chile, Ediciones Ercilla, 1942; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946. Para conocer los debates y las posiciones en el proceso de elaboración, resulta igualmente de interés, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Anécdotas de las constituyentes*, Buenos Aires, Cuadernos de Cultura Phac, 1942. Respecto a Largo Caballero escribiría JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Un proceso histórico. Largo Caballero ante la Justicia*, Madrid, Gráfica Socialista, 1936.
Sobre la evolución y pensamiento de Jiménez Asúa, puede consultarse a ROLDÁN CAÑIZARES, E.: *Luis Jiménez de Asúa: Un jurista en el exilio,* Sevilla, Universidad de Sevilla, Curso 2017/2018. https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/81273/TESIS%20DOCTORAL%20ENRIQUE%20ROLD%c3%81N%20CA%c3%91IZARES.%20LUIS%20JIM%c3%89NEZ%20DE%20AS%c3%9aA.%20UN%20JURISTA%20EN%20EL%20EXILIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Esta investigación sería objeto de publicación, ROLDÁN CAÑIZARES, E.: *Luis Jiménez de Asúa: Derecho penal, República, Exilio,* Madrid, Dykinson, 2019.

[75] Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, espec., págs. 67 y sigs., *passim* (Capitulo 1.4. "Teoría jurídico-social: Homogeneidad social y Estado Social de Derecho"), y págs. 80 y sigs. (Capítulo 2. "La "constitución política" de la sociedad en el pensamiento de Hermann Heller").

engarzaba la Constitución Española de 1931 dentro las tendencias más avanzadas del Derecho constitucional europeo[76].

En ese momento inicial Largo Caballero se encontraba en la posición de un "posibilismo pragmático" de mejora de las condiciones de trabajo y vida de las clases trabajadoras y de instauración del socialismo a través de reformas graduales. Esta posición cambiaria –porque cambiarían también los equilibrios, o, en otras palabras, se romperían, ante una posición obstaculizadora de la derecha política de las reformas republicanas, generando una desconfianza mutua–. Es entonces en 1934 cuando Largo Caballero afirma que "no espero que la clase capitalista transija, que consienta en aquello que es fundamental", ni siquiera por la vía pacífica y democrática al socialismo, creándose de facto una situación revolucionaria en respuesta a una posible tentativa de instauración de una Dictadura de la derecha en la orientación del fascismo que se estaba imponiendo en una gran parte de Europa en esa misma momento o coyuntura política[77]. Se ha hablado significativamente de "insurrección defensiva" y de revolución obrera de respuesta[78].

La proclamación de la IIª República se realizó con un programa de paz y de justicia social. No sólo se mantuvieron las relaciones con la OIT, sino que estas se intensificaron. Albert Thomas

[76] Paradigmáticamente, MIRKINE-GUETZEVITCH, B.: *Modernas tendencias del Derecho Constitucional,* trad. Sabino Álvarez Gendin, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo, Madrid, Reus, 1934, Capítulo VIII ("La nueva Constitución Española y el "Jus Gentiun Pacis", págs.217 y sigs. Su opinión resulta especialmente relevante nada más que verificar su condición de Secretario general del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París, Secretario General del Instituto Internacional de Derecho Público y Miembro correspondiente de la Academia Española de Ciencias Morales y Políticas. Subraya la relevancia de introducir en el Título III de la Declaración de Derechos, los derechos sociales del individuo. La influencia de las nuevas Declaraciones de la postguerra se manifiestan muy principalmente en las tendencias sociales, y en tal sentido existe una gran semejanza destacable entre la Constitución Española y las disposiciones de la Constitución Alemana. En el texto del art. 46 de la Constitución Española se introduce la noción de "existencia digna" del trabajador. Así, la idea social expresada en la segunda República Francesa ha sido reproducido en la Constitución Española. El art. 48 instituye la instrucción gratuita y obligatoria. Promete la escuela única y laica y proclama como principio de la enseñanza el "ideal de la solidaridad humana". Entiende que "Esta Constitución (española), desde el punto de vista de la técnica constitucional moderna –de la técnica de la libertad, que es para nosotros la base del Derecho constitucional- representa un imponente y armonioso edificio del Estado democrático. Desde el punto de vista de esta técnica constitucional, hay que reconocer que la moderna Constitución Española es una interesante síntesis de las nuevas tendencias del Derecho constitucional de la post-guerra". Por otra parte, la nueva constitución Española representa una etapa importante en el desenvolvimiento de la "técnica de la paz". Por primera vez en la historia constitucional del mundo moderno, la Constitución Española ha puesto en armonía su texto constitucional con el Pacto de la Sociedad de Naciones y con el Pacto Briand-Kellogg (*Ibid.*, págs. 217-221). Pese a ciertas discrepancias nuestro Adolfo G. Posada, había realizado una valoración muy positiva de los preceptos dedicados a la garantía de los derechos sociales. Véase POSADA, A.: *La nouvelle Constitution Espagnole. Le régimen Constitutionnel en Espagne: evolution, textes, commentaires,* Paris, Recueil Sirey, 1932, el Capítulo VI se dedica significativamente al tratamiento de "Los fundamentos constitucionales del "Derecho social", poniendo de manifiesto la conexión finalista entre la Constitución de Weimar y la Constitución Republicana de 1931, destacando, por ejemplo, que el art. 46 Constitución de 1931 se relaciona, por sus objetivos, con los artículos 157, 158, 161 y 165 de la Constitución de Weimar, que tratan del "trabajo". Así, observa que "la Constitución española refleja: a) el cambio de poder de los elementos sociales gracias a la fuerza obtenida por el proletario organizado (…)". Posada quería más lejos al proponer que habría que haber ido más allá del art. 46 –para él excesivamente conciso-, aduciendo que: Éste era el momento constitucional más oportuno para formular en el texto constitucional una "Carta del trabajo" en la que se reuniera la esencia de las reformas sociales fundamentales, cristalizando, de este modo, la plena "constitucionalización del trabajo".
Veáse también PÉREZ SERRANO, N.: *La Constitución Española. Antecedentes, texto, comentarios,* Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1932; y realzando esta inserción en las tendencias del constitucionalismo democrático de entreguerras, CORCUERA ATIENZA, J.: "El constitucionalismo de entreguerras y la Constitución española de 1931", en *Historia Contemporánea,* núm. 6 (1991), págs. 15-45.

[77] LARGO CABALLERO, F.: *Posibilismo socialista en la democracia,* Madrid, Gráfica Socialista, 1933, págs. 27 y 33. Véase LARGO CABALLERO, F.: *Presente y futuro de la Unión General de Trabajadores,* reedición facsimil, Madrid, Fundación Largo Caballero, 1983.

[78] RUIZ, D.: *Insurrección defensiva y revolución obrera. El octubre español de 1934,* Barcelona, Labor, 1988. Asimismo, ROSAL, A. DEL: *1934. El movimiento revolucionario de octubre,* Madrid, Akal, 1984.

–Director de la Oficina Internacional del Trabajo– ya tenía unas excelentes relaciones con los socialistas (antes y durante la Dictadura de Primo de Rivera[79]), la conexión entre Antonio Fabras Ribas, Largo Caballero y Albert Thomas era particularmente estrecha y de colaboración activa. Una vez que se proclamó la IIª República Albert Thomas felicitó personalmente a Largo Caballero y Fabra Ribas por sus nombramientos respectivos, como Ministro de Trabajo y Previsión y Director General de Trabajo. Luis Araquistáin sería nombrado representante del gobierno español en el Consejo de Administración de la OIT. Pero, además, el nuevo régimen democrático-republicano puso un mayor empeño en la implicación no sólo con la OIT, sino también con la Sociedad de Naciones desde el inicio de su instauración, de manera que la España democrática ponía de manifiesto su mayor compromiso integrador con las actividades de la Sociedad de Naciones en el marco de una nueva política exterior. En la dimensión sociolaboral de esa mayor integración se trazó todo un programa de ratificación de los convenios de la OIT (incluyendo la ratificación del convenio que establecía la jornada máxima de las ocho horas como prioridad). Proclamada la República, se decide enviar a Adolfo G. Posada como represente del Gobierno Republicano español a la reunión del Consejo de Administración. Ya resulta la presencia significativa como Delegados gubernamentales en las Conferencias Internacionales de Trabajo (1931-1938) de personalidades como Luis Araquistáin (1931, 1933), Juan Negrin (1933), Demófilo De Buen Lozano (1936), Leopoldo Palacios Morini[80] (1936), el propio Fabra Ribas (1936, 1937 y 1938), León Martín Granizo (1936, suplente). O como Asesores Técnicos, Manuel Pedroso (1931, 1932), Carlos González Posada[81] (1932, 1934), José Álvarez Ude (1934, 1935) León Martín Granizo (1932, 1933, 1934, 1935, 1936), José Ruiz Manent (1934. 1935), Alejandro Gallart Folch[82] (1934).

La política republicana de ratificaciones sería especialmente impulsada por Largo Caballero, Fabra Ribas, pero también por Fernando de los Ríos y el equipo dirigente de la INP (Inocencio Jiménez[83], y el gran Adolfo G. Posada[84], que había sido repuesto en su cargo)[85]. La idea es que se ratificaran todos los convenios de la OIT aprobados en la Conferencia General de la OIT y pendientes de ratificación por nuestro país, por un lado, y por otro, preparando la legislación interna

[79] FABRA RIBAS, A.: *La Organización Internacional del Trabajo,* Prólogo de Albert Thomas, Director de la Oficina Internacional del Trabajo, Madrid, Javier Morata, 1929 (¿?). Fabra Ribas ya dejaba constancia de la influencia de la OIT en los países ibéricos e iberoamericanos (*Ibid*., págs. 179 y sigs.). Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007, espec., págs. 181 y sigs., 227 y sigs. y 255 y sigs.

[80] 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.

[81] MONEREO PÉREZ, J.: *Carlos González Posada (1890-1948): La teoría del seguro social y su institucionalización en España,* en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 13 (2017), págs. 313-334.

[82] MONEREO PÉREZ, J.L. y PELÁEZ, M.J.: "Alexandre Gallart Folch (1893-1972)", en *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos,* Zaragoza-Barcelona, 2005, Vol. I, págs. 337-339, núm. 332; GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y españolas,* edición y estudio preliminar, "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000.

[83] Sobre su pensamiento, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: "Inocencio Jiménez Vicente (9 de noviembre de 1876-27 de abril de 1941): Artífice del desarrollo del Instituto Nacional de Previsión y de la previsión social durante la Dictadura de Primo de Rivera y la Segunda República", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 20 (2019), págs. 267-301. Constancia breve de su quehacer en INP.: "Homenaje a la memoria de Don Inocencio Jiménez Vicente celebrado en Zaragoza el 10 de octubre de 1942", Madrid, Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión, núm. 555 (1943). Sobre la legislación de previsión social, alcanzando a la IIª República, véase GALLART FOLCH, A.: *Derecho Español del Trabajo,* Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1936, págs. 348 y sigs. ("La previsión social" como instrumento de protección de los trabajadores fuera del trabajo).

[84] MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

[85] MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

nacional para garantizar su aplicación efectiva[86]. El art. 75 del *Proyecto* de Constitución Republica (votado en las Cortes en la sesión de 3 de noviembre de 1931, que en el texto definitivo pasaría a ser el art. 65 *de la Constitución* de la República Española de 1931[87]), contenía una *obligación constitucional de autosometimiento al orden internacional*. En efecto, ya el art. 65 de la Constitución es redactado con el siguiente tenor: "Todos los Convenios internacionales ratificados por España e inscritos en la Sociedad de las Naciones y que tengan carácter de ley internacional, se considerarán parte constitutiva de la legislación española, que habrá de acomodarse a la que en aquéllos se disponga. Una vez ratificado un Convenio internacional que afecte a la ordenación jurídica del Estado, el Gobierno presentará, en plazo breve, al Congreso de los Diputados, los proyectos de ley necesarios para la ejecución de sus preceptos. No podrá dictarse ley alguna en contradicción con dichos Convenios, si no hubieran sido previamente denunciados conforme al procedimiento en ellos establecido. La iniciativa de la denuncia habrá de ser sancionada por las Cortes"[88].

No obstante el proceso fue algo más lento de lo esperado, porque, entre otras cosas, no debe olvidarse que las ratificaciones de los Convenios de la OIT exigían modificaciones y adaptaciones previas de la legislación nacional y esto planteaba problemas de tramitación y de obtención de los consensos necesarios en las Cortes Generales. La etapa de más intensidad las ratificaciones coincide significativamente con la IIª República española, sobre todo en su momento inicial, con las medidas sociales de Largo Caballero, y su momento final, con las ratificaciones tardías de 1938. Es revelador el hecho de que en 1939, cuando el gobierno republicano marcha de España, éste es el país que había conseguido el mayor nivel de ratificaciones hasta el momento, esto es, un total de 34; le sigue Bélgica, con 33. De modo incidental, es de realzar que, en la actualidad, nuestro país es el primero de la lista de Estados Miembros de la OIT en número de ratificaciones de los convenios de esta organización internacional de la cual emana un Derecho internacional uniforme[89]. Destáquese que los Convenios de la OIT relativos a las libertades y derechos fundamentales presuponen un orden democrático constitucional pluralista. Por lo demás, por sus propios fines y estructura interna tripartita, la OIT nunca fue un organismo internacional que pudiera ser calificado como revolucionario en el sentido fuerte de la expresión (Es suficiente una lectura de la Parte XIII del Tratado de Versalles, que acogía la Constitución de la OIT, con un Preámbulo extraordinariamente expresivo de su función institucional y fines político jurídicos)[90]. De ella –con base el principio constitutivo del tripartismo– se busca implantar una legislación avanzada de compromiso social entre Gobiernos y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de los Estados Miembros. Y a esto es lo que se sometía explícitamente la Constitución de la IIª República, y por extensión inevitable –y lo fue por imperativa– el Gobierno republicano-socialista del primer bienio.

[86] Véase la excelente investigación de CUESTA BUSTILLO, J.: *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939). Vol. I,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1994, págs. 263 y sigs.

[87] "Gaceta de Madrid", núm. 344, de 10 de diciembre de 1931, páginas 1578 a 1588. Cortes Constituyentes. BOE-A-1931-10008.

[88] Por su parte, el art. 76 de la Constitución de la República (relativo a determinadas competencias del Presidente de la República) incluía un párrafo e), a cuyo tenor: "Los proyectos de convención de la organización Internacional del Trabajo *serán* [imperativo categórico] sometidos a las Cortes en el plazo máximo de un año, a partir de la clausura de la Conferencia que les ha votado. Este plazo podrá ser de 18 meses en circunstancias excepcionales. Tan pronto como los textos de los convenios hayan sido aprobados por el Parlamento, el Presidente de la República firmará la ratificación, que será comunicada, a efectos de registro, a la Sociedad de Naciones".

[89] Véase CUESTA BUSTILLO, J.: *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939). Vol. I,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1994, *passsim.* .

[90] Es suficiente retener la exposición del que ya es todo un libro clásico en la materia, VALTICOS, N.: *Derecho Internacional del Trabajo* (1970)*,* trad. Mª. José Triviño, Madrid, Tecnos, 1977, espec., Capítulo II ("La creación de la OIT"), págs. 52-115.

Pero también –y esto es todavía más relevante desde el punto de vista estrictamente jurídico– todo esto cristalizó en *el texto definitivo* de la Constitución de la IIª República contenía esa misma regulación preceptiva en el art. 65 (en relación con el art.76 de la referida Norma Fundamental)[91]. Como se puede apreciar esta sólo norma ya garantiza el sometimiento al orden internacional y el carácter democrático-social de la República Española, de manera que salvo reforma constitucional el régimen democrático-social y pluralista de partidos y organizaciones profesionales quedaba plena e indiscutiblemente garantiza en la propia Norma Fundamental constitutivo y central de nuestro ordenamiento jurídico general. Esto refleja que en sí misma Constitución de la IIª República formalizaba una *democracia constitucional* autosometida al estándar mundial multinivel en construcción de garantía jurídica de los derechos fundamentales. No era una Constitución jurídica que consagrara nada parecido a un orden "revolucionario", aunque, sin duda, estaba abierta a distintas opciones políticas legítimas, siempre que respetasen las bases y pilares estructurales del sistema político y jurídico edificado por el propio Texto Fundamental pluralista.

La legislación laboral y de protección social pública en su conjunto constituyó un avance extraordinario en la dirección de realizar el programa de construcción de un *verdadero Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social de base constitucional-garantista, es decir, como parte y especificación de la constitución democrático-social del trabajo*[92]. Es entonces es cuando se puede hablar con propiedad de la existencia jurídica de un Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social como una rama singular o sector diferenciado dentro del ordenamiento jurídico constitucional asentado en sus principios, valores, y normas comunes en la Constitución jurídica. Para ello no era suficiente que la Constitución garantizara los derechos sociales de desmercantilización, sino que estos fuesen –como en parte se logró– garantizados en su efectividad a través de la legislación estatal y de la actuación de la Administración del Trabajo, dentro de cual adquiere un protagonismo innegable el Ministerio de Trabajo y la Inspección de Trabajo y Previsión Social. De ahí el mandato constitucional ex art. 46 de la Constitución Republicana.

Hay que tener en cuenta que el constitucionalismo social de la primera postguerra mundial (1919-1938) es, en cierto modo, un intento de formalizar o racionalizar en la norma fundamental todo un proceso de revisión social y democrática que los regímenes políticos liberales habían experimentado *de hecho* en el último siglo, junto con el intento de instaurar una nueva modalidad del Estado: el llamado Estado social de Derecho, llamado a corregir los efectos disfuncionales de la sociedad industrial competitiva. Para ello era necesario un replanteamiento de las relaciones entre la sociedad política y la sociedad civil, entre el Estado y la sociedad en la línea de suprimir la

[91] Conforme al art. 76 de la Constitución de la IIª República (1931): "Corresponde también al Presidente de la República: […] e) Negociar, firmar y ratificar los Tratados y Convenios internacionales sobre cualquier materia y vigilar su cumplimiento en todo el territorio nacional. Los Tratados de carácter político, los de comercio, los que supongan gravamen para la Hacienda pública o individualmente para los ciudadanos españoles y, en general, todos aquellos que exijan para su ejecución medidas de orden legislativo, sólo obligarán a la Nación si han sido aprobados por las Cortes. Los proyectos de Convenio de la organización internacional del trabajo serán sometidos a las Cortes en el plazo de un año y, en caso de circunstancias excepcionales, de dieciocho meses, a partir de la clausura de la Conferencia en que hayan sido adoptados. Una vez aprobados por el Parlamento, el Presidente de la República subscribirá la ratificación, que será comunicada, para su registro, a la Sociedad de las Naciones. Los demás Tratados y Convenios internacionales ratificados por España, también deberán ser registrados en la Sociedad de las Naciones, con arreglo al artículo 18 del Pacto de la Sociedad, a los efectos que en él se previenen. Los Tratados y Convenios secretos y las cláusulas secretas de cualquier Tratado o Convenio no obligarán a la Nación".

[92] En este sentido, MONEREO PERÉZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., págs. 116 y sigs., y 134 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: "Las (pre)supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la constitución social del trabajo", en ROJAS RIVERO, G. (Coord.): *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Bomarzo, 2012, págs. 203-218.; MONEREO PERÉZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho Social,* Madrid, Trotta, 1999, espec., págs. 191 y sigs. (sobre "Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora", "Reformas social y constitución del trabajo" y "La combinación de status y contrato en la "constitución del trabajo).

inhibición del Estado frente a determinados problemas económicos y sociales: el Estado deviene de Estado gendarme a Estado gestor, a fin de desempeñar una función reguladora e interventora en los procesos económicos y en los conflictos propios del naciente sistema neocapitalista. *En esta línea del constitucionalismo de entreguerras se inscribe la Constitución española de 1931*, que dispensa una protección especial al trabajo y establece todo un programa jurídico laboral de la República que ha de ser garantiza eficazmente por el Estado en desarrollo de las previsiones y mandatos constitucionales (cfr. artículos 39, 39 y 46, especialmente)[93].

Sin embargo, el desarrollo legal y reglamentario y la intervención administrativa e inspectora encontraron una gran resistencia en la oligarquía empresarial y agraria (donde el caciquismo no había sido completamente neutralizado, manteniéndose un espacio realmente vacío para el ejercicio de los derechos constitucionales[94]). La resistencia empresarial en el campo de los Jurados Mixtos –y la exigibilidad de las obligaciones laborales y de Seguridad Social– se consideró como una intromisión inaceptable. A ello se añadía la crispación y el incremento de la conflictividad laboral (a menudo expresada a través de las huelgas) alentada por la actitud de la patronal, pero también la desesperación del paro forzoso y las hambrunas (No se olvide que existían ciertas ayudas a los parados forzosos, pero no un seguro social obligatorio de desempleo). Las *contrarreformas del bienio 1934-1936*[95]*,* del gobierno conservador con su pretensión de retroceso del camino andado lo que provoco es una lógica de acción-reacción no menos conflictiva entre los trabajadores y empresarios. En efecto, tras las elecciones generales a Cortes el 19 de septiembre de 1933, se instaura un nuevo Gobierno, en el cual Lerroux prediría el Gabinete (16 de diciembre de 1934), con un equipo ministerial formado por miembros del Partido Republicano Radical, y cambios en los titulares del Ministerio de Trabajo. La intención expresa era la superación parcial de la legislación reformista del primer bienio predominio socialista. De cualquier modo hubo algunas reformas relevantes, por ejemplo, se reguló la Inspección de los Seguros Sociales, se redactó una Ley de Paro forzoso, se reformó el régimen de los Jurados Mixtos, se suprimió los Tribunales Industriales y se promulgó el Decreto sobre trabajadores extranjeros en España.

Con todo, el impuso a la política social y al Derecho del trabajo y de la Seguridad Social durante la IIª República fue impresionante, sobre todo a través del primer bienio republicano con Largo Caballero como Ministro de Trabajo y Previsión. Bajo este Ministerio existió una real *decisión política* de llevar un programa avanzado de reformas apoyado en la ratificación y puesta en práctica de los Convenios de la OIT. El respeto a las reglas de juego de la OIT fue determinante y sin fisuras; y lo que ello significativa: la aceptación de una vía de reformas sociales progresivas que presuponían los procedimientos democráticos y pluralistas, pero que no excluían diversas opciones

[93] MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 123-125.

[94] Se había convertido en un problema endémico, COSTA, J.: *Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla,* vol.I, Zaragoza, Guara editorial, 1982; y en la doctrina posterior, TUSEL GÓMEZ, J.: *La crisis del caciquismo andaluz (1923-1931),* 2 vols., Madrid, Cupsa, 1977. También había sido criticado desde el republicanismo socialista de autores como Pedro Pérez Díaz. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 84, nota 204 (destacando que Pérez Díaz vinculó el caciquismo con la solución del problema social y la creación de estructuras menos burocráticas y manipulables desde los poderes reales, esto es, la *"constitución real"*, en la línea de Joaquín Costa), y págs. 179-186. Sobre Pedro Pérez Díaz, se dispone de una obra que destaca la relevancia de esta figura del reformismo social del ala izquierda del krausismo español, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.J.: *Pedro Pérez Díaz y los Cabildos Insulares,* La Palma, Excmo. Cabildo Insular de la Palma, 2012.

[95] Fue una constante en la IIª República que siempre fue cuestionada con tramas civiles y militares ("ruidos de sables"). Véanse los documentados estudios de GONZÁLEZ CALLEJA, E.: *Contrarrevolucionarios. Radicalización violenta de las derechas durante la Segunda República, 1931-1936,* Madrid, Alianza editorial, 2011; VIÑAS, A.: *¿Quién quiso la guerra civil? Historia de una conspiración,* Barcelona, Crítica/Planeta, 2019, aporta datos y hechos sobre la conspiración prolongada para el golpe con una trama civil desplegada desde los inicios de la República hasta el final, espec., págs. 17 y sigs., 97 y sigs., y 381 y sigs.; VIÑAS, A.: *El gran error de la República. Entre el ruido de sables y la ineficacia del Gobierno,* Barcelona, Crítica/Planeta, 2021, págs. 23 y sigs., 179 y sigs., y 417 y sigs.

a los cuales se podían encaminar los Estados miembros, como el liberalismo social o el socialismo democrático. Importa subrayar esto porque los regímenes autoritarios obstaculizan –o sencillamente son incompatibles con– el ejercicio de los derechos de libertad sindical, libre negociación colectiva y el reclamo de las medidas de presión colectiva pacíficas como el caso de la huelga. Prácticamente –y a pesar de la guerra– hasta 1938 se estaban ratificando convenios de la OIT; y cuando el gobierno republicano sal de España al exilio, nuestro país es el que acreditaba un mayor nivel de ratificaciones: se habían ratificado 34 Convenio de la OIT de un total de 51 aprobados en la Conferencia Internacional de la OIT[96].

4.2. Regulación de las relaciones *laborales* en el primer bienio (1931-1933)

El *Gobierno Provisional*, formado el 14 de abril de 1931 bajo la presidencia de Niceto Alcalá Zamora, había acometido un programa de reformas sociolaborales. Desde ese instante se hace notar el protagonismo de Largo Caballero en el desarrollo de la legislación social. Se produce una operación de política del Derecho que trata del prefigurar y anticipar las reformas republicanas que vendrían obligadas en el ulterior desarrollo de las previsiones de la nueva constitución republicana. Este breve periodo de Gobierno Provisional se caracteriza en materia de legislación social conforme a tres características básicas: la reacción frente a la normativa de la Dictadura de Primo de Rivera; la inquietud por los problemas sociales del medio agrario; y la preocupación por los problemas suscitados por el paro forzoso, especialmente grave en la agricultura[97]. Las normas aprobadas bajo el impulso de Francisco Largo Caballero pretendían una transformación radical de las relaciones laborales y un impulso de las medidas de previsión y aseguramiento social en el marco del régimen de la IIª República.

---

[96] En este sentido CUESTA BUSTILLO, J.: *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939). Vol. I,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1994.

[97] MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009),* Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 206 y sigs., y pág. 263. Asimismo, véase CUESTA BUSTILLO, J.: "El Ministerio de Trabajo, IIª República y Guerra Civil, 1931-1939: Tiempos de reformas y conflictos. Eclipse del ministerio en la España sublevada", en VV.AA.: *Cien años del Ministerio de Trabajo en España,* CASTILLO, S. (Dir.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 99 y sigs.
La declaración oficial de la Fiesta del Trabajo del 1º de mayo, por ejemplo, no podía, evidentemente, esperar muchos días para su promulgación, siendo por ello el primer decreto en aparecer, publicado el día 22 de abril. Además de ratificar y aplicar los numerosos acuerdos internacionales protectores de los obreros, en muchos de los cuales él mismo había participado, en un año escaso los articulados de siete grandes leyes pasaron a regir el mundo laboral. Cuatro eran organizativas, tanto del aparato ministerial (reorganización del Departamento y creación de su correspondiente red de Delegaciones Provinciales), como de más amplio alcance (Asociaciones Obreras y Cooperativas). Y otras tres regulaban las relaciones laborales (Contrato de Trabajo, Jurados Mixtos, Colocación Obrera). De dos de ellas se sentiría Caballero realmente orgulloso, años más tarde: la de Asociaciones Obreras y la de Inspección de Trabajo. *"La primera, mal comprendida por la Confederación Nacional, sustraía todo el derecho de asociación a la jurisdicción de Gobernación, de gobernadores civiles y de la policía, entregando su inspección y vigilancia al Ministerio de Trabajo, por mediación de los inspectores. La innovación era importantísima para la clase trabajadora, y ya estaba rigiendo en otros países. La segunda creaba un Cuerpo de Inspectores reclutados por oposición; con sueldos decorosos para preservarlos de la influencia o del soborno, encargados de la vigilancia y cumplimiento de la legislación social"*. Por otra parte comentar también que la ley de Jurados Mixtos no venía sino a reforzar y ampliar las atribuciones de los antiguos comités paritarios, que tan bien conocía Caballero, formados por representantes de la patronal y las sociedades obreras bajo la presidencia de un representante del propio Ministerio de Trabajo. De este modo quedaba reforzado el poder ugetista, mejorando la condición de la clase obrera, a la vez que se lograba un perfecto equilibrio de fuerzas con la patronal y se daba un certero golpe al sindicato anarquista rival y su acción directa. Una medida típica más del reformismo socialista. Si bien es cierto que el proceso legislativo de aprobación de todos estos textos fue habitualmente trabajoso y complicado, por la ya comentada heterogeneidad de los componentes de los diferentes grupos parlamentarios, en otros asuntos encontró Caballero una más férrea resistencia aún por parte de las eternas "fuerzas vivas", que empleaban contra ellos sus múltiples influencias de todo tipo. Tal fue el caso de la ley de términos municipales –que priorizaba la contratación de obreros del propio término municipal frente a forasteros –, jurados mixtos en la agricultura, o los seguros agrarios o contra el paro, el "seguro integral", como le gustaba al ministro que fuese designado.

Los primeros Decretos del Gobierno Provisional fueron dictados para atender las necesidades más urgentes desde el punto de vista de las exigencias de tutela social. Así: 1) Decreto de términos municipales (28 de abril de 1931); 2) Decreto de prórroga de los arrendamientos rústicos, que prohibía provisionalmente los desahucios de campesinos arrendatarios (29 de abril); 3) Decreto de laboreo forzoso (7 de mayo); 4) Decreto de autorización de arrendamientos colectivos (19 de mayo), 5) Decreto sobre préstamos a los ayuntamientos (28 de mayo); 6) Decreto de implantación en el medio agrario del Seguro de Accidentes de trabajo (17 de junio) –Convenio Internacional aprobado por la OIT en 1929–; 7) Decreto de constitución de Jurados Mixtos del trabajo rural (7 de mayo)[98]. En el mes de julio se promulgarían: 1). El Decreto de la jornada de 8 horas en todas las actividades laborales, incluido el sector agrario –Convenio estrella de la OIT (núm. 1)–; 2) establecimiento de salarios mínimos por las jornadas mixtas en el campo; 3) Arrendatarios y aparceros podían pedir una reducción de rentas a pagar según las fluctuaciones de sus ingresos (Decreto de 11 de julio). Tales Decretos, con excepción del de "laboreo forzoso", serían convalidados y plasmados en Leyes por las Cortes Constituyentes desde el 9 de septiembre de 1931[99].

Leyes relevantes en el este bienio republicano 1931-1933 serían, nada más y nada menos que las siguientes: Ley de Jornada Máxima de 8 horas (1 de julio de 1931, Ley 9 de septiembre de 1931), Ley de contrato de trabajo (21 de noviembre de 1931), Ley de Jurados Mixtos (27 de noviembre de 1931), Ley de Colocación Obligatoria (27 de noviembre de 1931), Ley de Asociaciones profesionales (8 de abril de 1932), Ley de Accidentes de Trabajo (8 de octubre de 1932)[100]. Después del bienio se promulgaría otras de enorme relevancia como la Ley sobre Lucha Contra el Paro (7 de julio de 1934), Ley de bases de enfermedades profesionales (13 de julio de 1936), entre otras muchas[101].

Sobresalen la Ley sobre jornada máxima, pues constituía una antigua demanda de los trabajadores desde el primero de mayo de 1890 y que la OIT establecería en su primer convenio internacional (1919). La regulación de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 (basada en los proyectos del IRS es la que en verdad da carta de naturaleza a este tipo contractual, porque el Código de Trabajo de 1926, solo delimitaba esta figura contractual de manera parcial y con lagunas reguladoras importantes. Otra Ley a destacar es la Legislación específica para la asociación profesional (Ley de 8 de abril de 1932), que permitió un mayor protagonismo de las organizaciones sindicales durante la IIª República. Ese protagonismo fue también impulsado por la Ley de Jurados Mixtos aplicada a las relaciones de trabajo en la agricultura. Hay que tener en cuenta que los Jurados Mixtos eran configurados como instituciones de Derecho público con la misión de regular la vida de las profesiones y ejercer funciones de conciliación y arbitraje, dependientes y supervisadas por el Ministerio de Trabajo, con amplias funciones en la fijación de las condiciones de trabajo, contratación y despidos, pero –lo que no es menos importante– tenían funciones de vigilancia y control del cumplimiento de la legislación sociolaboral (ejerciendo una función jurídica y materialmente inspectora), además de las de mediación y arbitraje.

[98] Véase VILLA GIL, L.E. DE LA.: *La formación histórica del derecho español del trabajo,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003, págs. 397 y sigs.; CABRERA, M.: "La organizaciones patronales ante la conflictividad social y los Jurados Mixtos", en *La II República. Una esperanza frustrada,* Valencia, Alfons el Magnànim, 1987, págs. 65-82.

[99] Sobre la legislación en materia de accidentes de trabajo alcanzando a la IIª República, con la virtualidad de la inmediación en los hechos histórico, véase GALLART FOLCH, A.: *Derecho Español del Trabajo,* Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1936, págs. 277 y sigs.

[100] Decreto de 25 de Agosto de 1931, el Reglamento de Accidentes de Trabajo en la Agricultura, cuyos 161 artículos desarrollados la Ley de Bases de 12 de junio de 1931.

[101] La recopilación más completa de la legislación sociolaboral de la Segunda República se recoge en VV.AA.: *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Estudio preliminar, "La formación del Derecho del Trabajo en España", por ANTONIO MARTÍN VALVERDE, Autores: A. Martín Valverde, M.C. Palomeque López, F. Pérez Espinosa, F. Valdés Dal-ré, M.E. Casas Baamonde, J. García Murcia, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, págs. 683-1105.

Sin embargo, no prosperó el proyecto de Largo Caballero sobre *"control obrero"* en las empresas[102], por la especial reticencia de los empresarios que lo consideraban como una injerencia de los trabajadores en la gestión y dirección de las empresas (la atribución del poder de dirección absoluto era considerado todavía como un atributo propio de la titularidad de la empresa y expresión de la libertad de empresa). Es éste el reclamo tradicional del principio de autoridad y poder del empresario basado en el "individualismo posesivo" (o "individualismo propietario")[103] como principio ideológico de legitimación de sus poderes absolutos. Este proyecto estaba inspirado en las experiencias de las Repúblicas de Weimar y de Austria después de la primera guerra mundial, las cuales influyeron en todos los movimientos sindicales europeos. Para los empresarios la idea de influencia y del control por los trabajadores sobre las decisiones empresariales cuestiona el principio de autoridad empresarial. Y esto venía ya de las discusiones del Instituto de Reformas Sociales[104]. Esta propuesta de control obrero en las empresas estaba en el programa parlamentario del PSOE (Madrid, 11 de abril de 1931, Parte 4ª). Se situaba en la misma dirección de promoción de la democracia industrial que habían impulsado las Constituciones de la República de Weimar[105] y Austriaca. Para Largo Caballero, frente a debates anteriores sobre la implantación de formas de democracia industrial, la República constitucional permitía efectivamente –y no desde enfoques corporativistas– instaurar formas de control y participación de los trabajadores en las empresas, porque la democracia industrial es una proyección de la democracia política constitucional en los lugares de trabajo, y sin ésta nunca existiría en sentido propio algo parecido a una "democracia" industrial: ésta presupone una democracia constitucional cuyos valores trata de introducir en el seno de las organizaciones productivas. No es baladí destacar que la Constitución Republica de 1931 establece que "La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social *regulará*: […]; *la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas*; y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores" (art. 46, párrafo 2º). Nótese de que se trata de una mandato imperativo para el legislador que desarrolle las previsiones constitucionales ("Su legislación social regulará", son los términos inequívocos de esta disposición relativa a la "constitución del trabajo"). El Proyecto de Ley tenía, pues, a su favor toda la legitimidad constitucional para ser discutido y aprobado en el Parlamento.

El proyecto de ley de Intervención Obrera en la gestión de la Industria (o "de Control Obrero")[106], que, como él mismo también lamentó después, *"fue condenada por un Parlamento de mayoría republicana y socialista"*. Y es que, efectivamente, fue tanto su rechazo que el proyecto no

[102] Este Proyecto fue presentado por Largo Caballero el 20 de octubre de 1931 (vinculado a las previsiones del art.81.2 de la Ley de Contrato de Trabajo), pero finalmente no sería discutido en las Cortes. Véase MARTÍN VALVERDE, A.: "El proyecto de ley de intervención obrera en la Segunda República Española", en *Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria del Prof. Bayón Chacón,* Madrid, Tecnos, 1980.

[103] Puede consultarse, BARCELLONA, P.: *El individualismo propietario*, Madrid, Trotta, 2013; y sus raíces filosóficas en MACPHERSON, C. B.: *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Madrid, Trotta, 2005.

[104] Puede consultarse DEL REY REGUILLO, F.: "La polémica sobre el control obrero. Los orígenes en España", en *Sociología del Trabajo,* núm. 8 (1989-1990), págs. 135-165. Para la defensa del control obrero tanto en la perspectiva reformista de incrementar el poder de clase, como en la emancipatoria, de la socialización presidiría el pensamiento de Largo Caballero, incluso durante el primer bienio republicano-socialista. Consúltese, al respecto, JULÍA, S.: "Objetivos políticos de la legislación laboral", en GARCÍA DELGADO, J.L. (Ed.): *La Segunda República española. El primer bienio,* Madrid, Siglo XXI de España editores, 1987, págs. 27-47.

[105] La experiencia, en síntesis, WEILL,C.: "Les Conseils en Allemagne, 1918-1919", en *Le Mouvement Social,* nº. 152 (1989), págs. 77-93; y desde la experiencia propia, KORSCH, K.: *Lucha de clases y Derecho del Trabajo* (1922)*,* su título originario más expresivo era "*Arbeitsrecht Für Betriebsrärte"* (1922), trad. J.L. Vermal, Barcelona, Ariel, 1980, págs. 24 y sigs.,111 y sigs., y 147 y sigs. Korsch distinguía entre los "consejos revolucionarios" del "'sistema consejista' de la Constitución" de la República de Weimar (*Ibid.,* págs. 111 y sigs.). Para el contexto histórico, véase RITTER G.A.: *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

[106] Proyecto de Ley de Intervención Obrera en la Gestión de las Industrias presentado a las Cortes Constituyentes el 20 de octubre de 1931 (Proyecto Largo Caballero).

llegaría ni siquiera a ser discutido por el Parlamento. Y no es que su texto fuera un modelo revolucionario, sino más bien reformista, en línea con los principios eternos del socialismo español, pues, si bien es cierto que los patronos perderían "su concepción absolutista de *amos* por derecho divino", los obreros tendrían prohibida la declaración de huelgas anárquicas, a la vez que les hacía partícipes en los resultados económicos empresariales con percepción incluso de parte de sus beneficios directos, fortaleciendo con todo ello el obrerismo organizado, ideal eterno del socialismo caballerista[107]. Uno de los grandes proyectos de democracia industrial que Largo Caballero no pudo sacar adelante ante las reticencias del sector republicano y la oposición de las grandes organizaciones empresariales, que lo veían como una intromisión en los legítimos poderes del empresario (en una interpretación patrimonialista, en suma, del principio de libertad de empresa, que ignora su condición de organización compleja de capital y de trabajo para los fines productivos en el mercado).

En realidad, la materia del control obrero de las empresas se había convertido ya en una cuestión "mítica" utilizada desde posiciones muy diversas. Sin embargo, se trata de una idea-fuerza que mueve colectividades obreras, una idea positiva, dotada de un sentido intrínseco y orientada hacia una transformación bien precisa del estado de cosas existente. Tal es la idea del derecho de los trabajadores a participar en la gestión de las empresas. Los trabajadores ven en el control obrero la consagración de una nueva idea de la autoridad, de una idea nueva de la profesión, de una noción nueva del papel que corresponde al trabajador en la vida económica. Ello supone una superación de la concepción absolutista o soberana de la dirección de la empresa, porque la tesis que lleva implícita el derecho de control, no exige la abolición de los derechos o de las funciones del empresario; no pretende otra cosa sino proclamar que la autoridad ejercida por los empresarios en el terreno económico, no puede encontrar en sí misma suficiente justificación y que no puede ejercerse en el exclusivo beneficio ni por la exclusiva voluntad del que la detenta. Es así, que el trabajador, al reclamar el derecho de control, no se considera ya como un subalterno, sino como un asociado; no pide solamente estar mejor retribuido, sino que quiere también compartir la autoridad y la responsabilidad, tenga o no parte en las ganancias y en el capital de la empresa por la participación en los beneficios y en las acciones. De lo que se trata es de instaurar un régimen democrático en las grandes empresas económicas. En esa interpretación "débil" e "integradora" del control obrero, éste significa la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas[108]. Esta fórmula, por lo demás, era nítidamente fomentada desde el socialismo reformista gobernante en la República de Weimar, donde los consejos de empresa estaban encuadrados dentro de la más amplia organización del conjunto de un sistema de Consejos económicos[109]. Por lo demás, la problemática del control obrero y de los contratos colectivos de trabajo era explícita, pues se trataba de garantizar los derechos de los sindicatos y de los Consejos de empresa para la conclusión y vigilancia de los pactos colectivos[110]. La idea-fuerza era la de instaurar la "constitución del trabajo en la empresa"[111].

[107] Véase el Preámbulo –redactado por Largo Caballero– del Proyecto de Ley de Intervención Obrera en la Gestión de las Industrias presentado a las Cortes Constituyentes el 20 de octubre de 1931 (Proyecto Largo Caballero).

[108] Véase PICAR, R.: *El control obrero en la gestión de las empresas*, trad. F.Carrillo y Est.prel., de F.Rivera Pastor, Madrid, 1926, págs.1 a 17. De interés es también otra obra importante en la época traducida en nuestro país, BERTHELOT, M.: *Los Consejos de empresa en Alemania,* trad. Antonio Atienza de la Rosa, Madrid, M.Aguilar, Publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo, s/f. (1923?).

[109] Véase el completo estudio de la época traducido al castellano, BERTHELOT, M.: *Los Consejos de empresa en Alemania,* trad. Antonio Atienza de la Rosa, Madrid, M.Aguilar, Publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo, s/f. (1923?), espec., cap.I, págs.9 y sigs., y págs.233 y sigs. La ley alemana de 4 de febrero de 1920 ordenó la creación de Consejos de obreros y de empleados en cada empresa privada o pública en la que trabajasen veinte personas por lo menos. Con ello realizó un proyecto muy anterior a la revolución y cuyo desarrollo puede seguirse a través de toda la legislación social del Imperio.

[110] BERTHELOT, M.: *Los Consejos de empresa en Alemania,* trad. Antonio Atienza de la Rosa, Madrid, M.Aguilar, Publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo, s/f. (1923?), págs.184 y sigs.

[111] La formulación más acaba en la época de entreguerras del siglo veinte, y en el marco de la República de Weimar es desde luego la llevada a cabo –bien sea que con carácter crítico desde el ala de la izquierda marxista– por KORSCH, K.: *Lucha de clases y Derecho del Trabajo* (1922), trad. J.L.Vernal, Barcelona, Ariel, 1980. Resulta útil la *(...)*

Se pretendía acabar con el principio de autoridad absoluta del empresario, introduciendo lo que Largo Caballero denominó "una empresa ahora verdaderamente «constitucional»", sin alcanzar el nivel de autogestión obrera de la fábrica. Eran instrumentos de cogestión, no de autogestión obrera, ni de supuesta "expropiación", "privación" de las funciones directivas del titular de la empresa[112].

La Ley de Contrato de Trabajo, de 21 de noviembre de 1931, fue una ley ejemplar tanto desde el punto de vista técnico como desde su talante reformista y democrático social. No es de extrañar porque estaba inspirada en los Proyectos del IRS, al que se incorporaría nuevos elementos nacidos de experiencias legislativas en la República de Weimar y en la República Austriaca.

4.3. Los seguros sociales. Mejoras y continuidad del proceso inacabado de unificación de los seguros sociales

En España el crecimiento de los seguros sociales había ido evolucionando lentamente, aprovechando también el impulso internacional (Conferencia Internacional del Trabajo de 1925) y la acción extraordinaria del INP. Pronto se planteó la necesidad de racionalización y consolidación, pero también la necesidad de la unificación para estructurarla como un verdadero régimen de previsión social. El proceso de unificación de los seguros sociales había sido defendido desde hacía tiempo por la doctrina más solvente en la materia dentro del INP (Álvaro López Nuñez[113]; José Maluquer y Salvador, el "Padre" de la Seguridad Social en España; y el discípulo y sustituto de éste cuando sufrió una gran grave enfermedad, Inocencio Jiménez, Consejero Delegado del INP, junto con Jordana de Pozas y otros miembros de la élite del INP). Esa necesidad de una racionalización unificadora quedaría realzada a medida que se iban expandiendo los seguros sociales[114]. En la IIª República la figura clave sería Inocencio Jiménez[115] en colaboración directa del INP y el Ministerio

perspectiva general realizada con fecha muy posterior por RAMM, TH.: "Participación de los trabajadores, representación de los trabajadores y tribunales especiales de trabajo", en HEPPLE, B. (comp.): *La formación del Derecho del Trabajo en Europea. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945,* Madrid, ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, págs. 297-335. El estado de situación actual Page, Rebecca (2011) "Co-determination in Germany. A Beginner's Guide", Hans-Böckler-Stiftung Arbeitspapier, No. 33. Disponible en: https://www.boeckler.de/pdf/p_arbp_033.pdf.; RAMSAY, H.: "Industrial democracy and the question of control", en DAVIS E. AND LANSBURY R. (eds.): *Democracy and Control in the Workplace*, Longman-Cheshire, Melbourne, 1986.

[112] Presentación del "Proyecto de ley leído por el Sr. Ministro y Previsión sobre intervención obrera en la gestión de las industrias. Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 20 de octubre de 1931. Afirmaba Largo Caballero: "No hay, pues motivo para que se alarme nadie. El problema radica en acertar con el punto en eque se inicie una mejora justa y con el ritmo que deba seguir en su progresiva marcha, no ya para alterar la fuerza económica del país, sino para robustercerla. Cuestión de medida y de tacto. Quizá, de penosa ascensión hacia la armonía columbrada en la que los obreros habrán de aprender que su liberación es obra de educación y de sacrificio por el trabajo: en la que los patronos verán disiparse, acaso amargados, su concepción absolutista de "amos" por derecho divino, *para compartir con sus servidores la responsabilidad de una empresa ahora verdaderamente "constitucional"*. Que los obreros aprendar en la intimidad de los negocios a no perturbarlos con huelgas anárquicas y suicidas. Que donde lograren, a más del control, la participación en los beneficios, se redoblen sus intereses en la labor. Que renazca, en consecuencia, la confianza de las clases directoras".

[113] MONEREO PÉREZ, J.: "Álvaro López Nuñez" (1865-1936)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 3 (2015), págs. 253-280.

[114] Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007, espec.,págs. 175 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.: "Álvaro López Nuñez" (1865-1936)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 3 (2015), págs. 253-280; MONEREO PÉREZ, J.L.: "Inocencio Jiménez Vicente (9 de noviembre de 1876-27 de abril de 1941): Artífice del desarrollo del Instituto Nacional de Previsión y de la previsión social durante la Dictadura de Primo de Rivera y la Segunda Repúblcia", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 20 (2019), págs. 267-301; 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.

[115] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Inocencio Jiménez Vicente (9 de noviembre de 1876-27 de abril de 1941): Artífice del desarrollo del Instituto Nacional de Previsión y de la previsión social durante la Dictadura de Primo de Rivera y la Segunda Repúblcia", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 20 (2019), págs. 267-301; MONEREO PÉREZ, J.L.: "Práxedes Zancada y Ruata (1880-1936): La defensa de los seguros sociales obligatorios *(...)*

de Trabajo y Previsión (y dentro de sus estructurales institucionales, la Dirección General de Trabajo), a cuyo frente estaba Largo Caballero[116]. En el primer bienio (1931-1933) se impulsaría la unificación de los seguros sociales –aunque este objetivo no se alcanzaría por completo, entre otros motivos por el golpe de Estado que derivaría en Guerra Civil, que tanto frustró en números aspectos (incluidos los proyectos legislativos reformistas que no pudieron llevarse a cabo), entre ellos el avance de este proceso unificador, ejerciendo una fuerza disruptiva que lo retrasaría durante muchos años–[117]. Así se consolidó el llamado seguro de retiro obrero obligatorio (seguro de vejez obligatorio), y materializó y perfeccionó el seguro de maternidad[118], el seguro de accidentes de trabajo (el cual ya había sufrido cambios de mejora en reformas anteriores al advenimiento de la IIª República)[119], el seguro social obligatorio de invalidez y el abordaje del seguro de paro[120] en una coyuntura de extensión del paro forzoso derivado de los efectos de la crisis económica (el crack de 1929). Hay en este desarrollo una línea de continuidad –no cuestionada en sus bases– y de innovación y mejora del estándar de protección dispensada en términos de cobertura objetiva y extensión subjetiva.

Se debe destacar el perfeccionamiento de los mecanismos de garantía de cumplimiento de la legislación sociolaboral: el reforzamiento de la Inspección de Trabajo y Previsión y la misma estructura de actuación del Ministerio de Trabajo y Previsión. Durante la IIª República –ya desde sus comienzos– se era consciente de que los derechos sociolaborales valen lo que valen sus garantías de efectividad y esto se conseguía a través de instituciones como la Inspección de Trabajo y Previsión, los Jurados Mixtos y los Tribunales Laborales….. Así el Decreto de 9 de mayo de 1931, por el que se aprueba el Reglamento para el Servicio de Inspección de Trabajo; Decreto de 23

desde el reformismo político y jurídico y en la deriva del partido reformista", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 26 (2021), págs. 283-315; y el estudio detenido de SAMANIEGO BONEU, M.: *La unificación de los seguros sociales a debate. La IIª República,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988.

[116] La labor de Largo Caballero al frente del Ministerio de Trabajo y Previsión es destacada por SAMANIEGO BONEU, M.: *La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988, espec., págs. 7 y sigs., *passim*; en la perspectiva biográfica como hilo conductor, FUENTES, J.F.: *Francisco Largo Caballero. El Lenin Español,* Madrid, Síntesis, 2005, págs. 189 y sigs. ("Largo Caballero, Ministro de Trabajo").

[117] Se aprobó un Anteproyecto de Ley de 1935 de unificación de los seguros sociales distinguiendo entre riesgos a largo plazo (vejez, invalidez y muerte) y a corto plazo (enfermedad y maternidad). Este programa –inacabado– trataría de materializar la ratificación de los Convenios OIT, números 24 y 25. Esa *co-evolución* entre los programas y legislación del Derecho interno y del Derecho Internacional uniforme de la OIT había venido caracterizando –con oscilaciones y altibajos a las relaciones de nuestro país con OIT, debe repararse en el dato de que España no deje de pertenecer y estar participando activamente en las sesiones y actividades de la OIT incluso durante el periodo de la Dictadura de Primo de Rivera–.

[118] Decreto de 26 de mayo de 1931 del Seguro de Maternidad, que realmente no encontró aplicación efectiva en el periodo de la Dictadura de Primo de Rivera. Debe subrayarse que lo que se instauró fue un "Seguro" Social de Enfermedad, por contraposición al "subsidio" de enfermedad establecido por la Dictadura de Primo de Rivera. El avance es considerable.

[119] El Decreto de 9 de mayo de 1931 ratifica el Convenio de Accidentes de Trabajo en la agricultura, y su Reglamento de aplicación de 28 de junio de 1931. A ello le seguirían varias normas de mejora y de adaptación al Convenio de la OIT de 1929 sobre accidentes de trabajo y la Ley sobre enfermedades profesionales de 13 de julio de 1936; El Decreto de 29 de noviembre de 1931, que estableció la mutualidad de accidentes del mar y accidentes de trabajo.

[120] Bajo el Ministerio de Trabajo de Largo Caballero, se avanza –pero sin crear un verdadero seguro social de paro forzoso o de desempleo– con la aprobación del Decreto de 25 de mayo de 1931, y un Reglamento que establece la Caja Nacional contra el Paro Forzoso. También fue relevante la política de empleo a través de la política de fomento de Obras Públicas e impulsando a través del Ministerio de Trabajo y Previsión una Comisión Interministerial sobre el Fomento, Trabajo y Economía (Decreto Orgánico de 13 de noviembre de 1931) y la creación de un servicio público de colocación, nacional y gratuito (27 de noviembre de 1931). No se olvide tampoco las medidas educativas promovidas por el Gobierno de la República. Todo ello es lo que hoy denominaríamos políticas activas de empleo. De no haberse producido el golpe de Estado y la Guerra Civil provocada por él es posible que se hubiera avanzado mucho más en la década de los treinta respecto al Seguro de Paro, pero también respecto al desarrollo de todos los seguros sociales obligatorios en una dirección unificadora.

de junio de 1932, por el que aprueba el Reglamento para las Delegaciones Provinciales de Trabajo; o el Decreto de 24 de Noviembre de 1938, por el que se reorganizan las Inspecciones de Emigración. Entre medidas, con gobiernos conservadores, en la dirección continuista en esta materia, el Decreto de 9 de febrero de 1934, por el que se crea la Inspección de Trabajo en las Minas; y el Decreto de 28 de junio de 1935, sobre Inspección de los Seguros Sociales.

En el preámbulo del Decreto 9 de mayo de 1931, por el que aprueba el Reglamento para el Servicio de la Inspección de Trabajo (Gaceta de 12 de mayo), se afirmaba –eran palabras inspiradas por el propio Largo Caballero– que "Es evidente que la eficacia de las leyes sociales tiene su principal fundamento en la Inspección de Trabajo, encargada de realizar, en nombre del Estado, la función de vigilancia del cumplimiento de aquellas leyes y servir de verdadera garantía de los derechos de los trabajadores"; y quedaba claro su conexión con la normativa de la OIT: "se ha preparado la reforma, teniendo a la vista los acuerdos de la V Conferencia Internacional del Trabajo reunida en Ginebra en el año 1923, para determinar los principios generales de la Inspección y las doctrinas establecidas por el Consejo de Trabajo, que interviene, por disposición de su Reglamento, en este servicio y por ello se ha podido formar una jurisprudencia interesantísima, ahora de muy provechosa aplicación". En el art. 1 se establece que "Será función esencial de la Inspección del Trabajo velar por el cumplimiento de las disposiciones legales referentes a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión"[121].

Hubo una cierta continuidad en lo que se refiere a las estructuras básicas de la Inspección del Trabajo y del Ministerio de Trabajo.

El Frente Popular actuó (1936) como bloque contra las derechas que en aquella época se enfocaba como dilema antagonista entre democracia o fascismo (o democracia o barbarie), pues era obvio el ascenso al poder de partidos de derechas y que una vez instalados en el poder político institucional establecían regímenes totalitarios de tipo fascista o nazi, que suprimirían el sistema de garantías constitucionales. La estrategia llevo al poder al heterogéneo bloque de partidos que formaban el Frente Popular. El gobierno de unidad nacional estaría presidido por Manuel Azaña, sucediéndose en el Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión Social Enrique Ramos y Joan Lluhí Vallescà. En términos generales, se mantuvieron las estructuras institucionales precedentes (incluida la denominación ampliada formalmente del propio Ministerio de Trabajo). En cuanto a la labor de legislativa: se recuperó la senda de las políticas de reformas sociales, desmantelando buena parte de las leyes del bienio conservador en materia de Jurados Mixtos, de la Vivienda y de Paro, estableciendo la jornada de 40 o 44 horas en las empresas y se promulgó la Ley de Enfermedades Profesionales, y se llevaron a cabo algunas medidas en materia sanitaria. Y lo que no es menos importante, en lo que refleja de proyecto a seguir para establecer un sistema de previsión social articulado: se elaboró el *Anteproyecto de Unificación de Seguros Sociales, el cual lamentablemente no vería luz como Ley positiva en décadas*, y lamentablemente tardaría en llegar muchos años, debido al golpe de Estado militar y la Guerra Civil que provocó; su instauración se produciría ya durante una fase avanzada del régimen de la Dictadura franquista. Ciertamente, el golpe de Estado y la Guerra Civil cambió el curso de todos los procesos de reforma política y social. Se impuso la economía de guerra y el continuismos "sui generis" de "dos INP" concurrentes en las respectivas zona república y en la zona golpista (mal llamada "nacional", como tampoco hubo nada parecido a

[121] El Decreto de 23 de junio de 1932, por el que se aprueba el Reglamento para las Delegaciones Provinciales de Trabajo (Gaceta 24 de junio), establecía en el Capítulo II ("De la Inspección del Trabajo) que "La Inspección del Trabajo se ejercerá por los funcionarios o entidades que a continuación se índica: Director general de Trabajo, Subdirector general de Trabajo, Servicio Central de la Inspección del Trabajo, Delegados provinciales de Trabajo, Inspectores provinciales y Auxiliares y los Vocales inspectores de los Jurados mixtos de Trabajo. En casos especiales y tratándose de industrias o establecimientos que no estén sometidos a la jurisdicción de un Jurado mixto determinado, ejercerán también las funciones de inspección, como elementos auxiliares de la misma, las Delegaciones del Consejo de Trabajo (configurado éste como un órgano consultivo de la política social). La función Inspectora inmediata en los trabajos de las minas, salvo la técnica de la explotación, será ejercida por los Inspectores provinciales y por Inspectores auxiliares mineros".

una suerte de "Alzamiento nacional", sino una sublevación o golpe de Estado militar contra el orden de la República democrática).

La actitud decididamente golpista –en las ideas y en los hechos– determinaron un cuestionamiento del reformismo socialista por los sindicatos y por el PSOE, postulándose una república socialista por una vía de aceleración democrática, lo cual suponía una mayor radicalidad en la transición hacia el socialismo. Ya no era suficiente el "lento camino" hacia las reformas como se defendía en la línea antes planteada por el austromarxista y socialista democrático Otto Bauer en la República Austriaca, y tras la experiencia del golpe de Estado institucional que se estaba gestando en Austria. La "República de trabajadores" de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justica (art. 1 de la Constitución de la Segunda República), debería ser una "República social" concebida, ésta, como la expresión de su máxima materialización política y jurídica. Esta era la posición de Largo Caballero y de sus asesores más influentes (Luis Araquistáin y Julio Álvarez de Vayo) avanzado el año 1934 ante el llamado "bienio negro" de los partidos de derecha[122] y que se consolida con el triunfo electoral del Frente Popular en 1936, que se asentaba en un programa de reformas sociales progresivas en la dirección de instaurar un socialismo democrático. La radicalización se hace patente ante los nos ocultados planes de golpe militar –apoyado por los grandes partidos de la derecha política y económica[123]. Ideológicamente se comienza a utilizar la metáfora de "las dos Españas" (sic.) y del "alzamiento nacional" (sic.) contra el Gobierno legítimo de la República. Se trata de una creación cultural, inventada y echada a rodar en un largo proceso de invención y construcción intelectual y de cultura histórico-ideológica y política[124]. En realidad nunca hubo "dos Españas", eso es un mito ideológico, no una realidad política. De este modo se acaba el sueño de la República como punto de encuentro pluralista de las diversas fuerzas políticas y sociales sometidas a unas reglas de juego establecidas en un Texto Constitucional muy avanzado, pues se situaba en la senda del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho.

Y efectivamente, el golpe de Estado contra la República democrática deriva en la Guerra Civil con las consecuencias terribles de todos conocida[125]. En ese periodo existía una situación de inestabilidad generalizada que hacía muy difícil la aplicación de la legislación vigente y la garantía de la paz social y política. El Gobierno republicano trató de fortalecer y recuperar el orden propio de un Estado de Derecho en permanente tensión.

Las consecuencias de la Guerra Civil y el descontrol dentro de la propia zona mantenida por la República, determinaron que se recuperase la centralidad del Estado republicano y la vigencia del

[122] Sobre ese "bienio negro" se ha analizado como periodo de "restauración" sociopolítica y "bienio radical-Cedista". Cfr. TUÑÓN DE LARA, M.: *La España del Siglo XX*, Librería Española, 1973, Capítulo IX, págs. 341 y sigs. La referencia al bienio "negro" tenía que ver con la realidad política de la presencia de la oligarquía en el poder y con el desmantelamiento de las reformas del bienio republicano-socialista y asimismo con la deriva de la derecha política y económica hacia la ruta violente del golpe en el debate interno entre la ruta legista y la ruta violenta. En este sentido, TUÑON DE LARA, M. (Dir.): *La crisis del Estado: Dictadura, República, Guerra*, Tomo IX, *Historia de España,* Barcelona, Labor, 1985,págs. 205-206 ("¿Por qué lo llamaron "negro"?).

[123] VIÑAS, A.: *¿Quién quiso la Guerra Civil? Historia de una conspiración,* Barcelona, Crítica/Planeta, 2019, 38 y sigs.; VIÑAS, A.: *El gran error de la República. Entre el ruido de sables y la ineficacia del gobierno,* Barcelona, Crítica/Planeta, 2021, págs. 179 y sigs.

[124] Un historia de esa construcción con las sucesivas, contradictorias y enfrentadas historias de las "dos Españas", en JULIA, S.: *Historia de las dos Españas,* Madrid, Taurus-Santillana Ediciones Generales, 2004, págs. 9 y sigs., y 409 y sigs.

[125] CASANOVA, J.: *República y guerra civil,* Vol.8 de *Histórica de España,* Fontana, J. y VILLARES, R. (Dirs.), Madrid, Crítica/Marcial Pons, 2007; VIÑAS, A.: *¿Quién quiso la Guerra Civil? Historia de una conspiración,* Barcelona, Crítica/Planeta, 2019; VIÑAS, A.: *El gran error de la República. Entre el ruido de sables y la ineficacia del gobierno,* Barcelona, Crítica/Planeta, 2021; VIÑAS, A.: *La soledad de la República. El abandono de las democracias y el viraje hacia la Unión Soviética,* Barcelona, Crítica, 2006; VIÑAS, A. y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, F.: *El desplome de la República,* Barcelona, Crítica, 2009.

orden legal y del Estado de Derecho[126]. En este contexto crítico, Largo Caballero en septiembre de 1936 reunirá los cargos de Presidente del Consejo de Ministros y de Ministro de la Guerra[127]. Largo Caballero decide ampliar los apoyos para dar preferencia a ganar la Guerra Civil sobre la revolución social –a la cual no renunciaba después de una posible victoria–. En coherencia, incorpora como colaboradores al PCE en el primer gabinete y después añade a los anarquistas en el segundo gabinete. Se trata de reforzar el Frente Popular y de afirmar el poder del Estado respecto de movimientos revolucionarios internos (los llamados "comités revolucionarios"); la apertura de la Cortes y el respeto a la legalidad republicana, aun en condiciones muy adversas. En este marco los esfuerzos de Largo Caballero para estructurar un bloque unitario las fuerzas democrática con la finalidad de hacer frente a la sublevación militar que estaba avanzando en la Guerra Civil por ellos provocada, condujeron a hacer primar la legalidad republicana, pero también a engrosar el gobierno de coalición del Frente Popular con la entrada en el mismo de los anarquistas del CNT. Lo que presidirá, a partir de esta crítica realidad política, será la promulgación de una legislación condicionada por la excepcionalidad de la situación de Guerra civil[128].

Quizás, como en el primer bienio republicano-socialista, desde su Ministerio de Trabajo y Previsión, Largo Caballero mostraría su gran capacidad de organización, que había sido puesta en práctica desde su experiencia en el sindicalismo y su presencia en las instituciones. En su opinión la organización no era un simple instrumento o herramienta de ingeniería, pues entendía que era una política, esto es, una estrategia y un objetivo histórico. Sin organización como doctrina y sistema creía Caballero que la clase trabajadora no alcanzaría ningún objetivo fundamental y la expresión, habitual en él, "clase obrera organizada" constituyó un modo de pensar y de transmitir un ideario a las clases subalternas de la sociedad, las cuales tienen que estar organizadas para conseguir la instauración de una sociedad regulada más justa; tiene que constituirse en organizaciones modernas y eficientes y encontrarse en condiciones de cumplir su misión emancipadora ("clase organizada", es decir, encuadrada en organizaciones adecuadas, y poseedora de una cultura propia)[129]. El momento más decisivo de la historia y papel política de Largo Caballero no sólo sería el del primer bienio republicano-socialista, sino también aquel en el que tiene en sus manos el Gobierno de la República enfrentado a una sublevación militar de la que se ha derivado una guerra civil ya en pleno desarrollo. Una de las connotaciones fundamentales del Largo Caballero Presidente del Gobierno sería la de su ligamen a esa tradición que vinculaba la política y el sindicalismo que le permitió formular una gran proyecto de "unidad antifascista" frente a la sublevación militar. Después de la dimisión del Gobierno de José Giral, se reconocería unánimemente, en esa coyuntura, que la única persona capaz de dirigir un gobierno republicano y de unir al país contra una sublevación fascista

[126] Para el contexto, véase ARÓSTEGUI, J.: "Guerra, poder y revolución. La República española y el impacto de la sublevación", en *AYER* 50 (2003), págs. 85-113. https://revistaayer.com/sites/default/files/articulos/50-4-ayer50_GuerraCivil_Moradiellos.pdf.

[127] PAYNE, S.G. (Ed.) *et altri*.: *Política y sociedad en la España del Siglo XX*, Prólogo y edición de Staley G. Payne, Madrid, Akal, 1978.

[128] Para todo este periodo de legislación sociolaboral de los dos Gobiernos de Largo Caballero, y el periodo subsiguiente del Gobierno republicano durante la presidencia de Juan Negrín, véase VILLA GIL, L.E. DE LA.: "El Derecho del Trabajo en España durante la Segunda República", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid,* núms. 34-35-36 (1969), págs. 237-270; VILLA GIL, L.E. DE LA.: *La formación histórica del derecho español del trabajo,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003, págs. 290 y sigs., y bibliografía allí citada; MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009),* Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 345 y sigs., y 358 y sigs., y bibliografía allí citada. En la propia época, haciendo un balance la legislación sociolaboral, véase MINISTERIO DE TRABAJO Y PREVISIÓN: *Labor realizada desde la proclamación de la República hasta el 8 de septiembre de 1932,* Madrid, Ministerio de Trabajo, 1932.

[129] ARÓSTEGUI, J.: "Largo Caballero y la herencia de Pablo Iglesias", en *Cuadernos De Historia Contemporánea*, 2007, págs. 25-33. Recuperado a partir de https://revistas.ucm.es/index.php/CHCO/article/view/CHCO0707220025A. ARÓSTEGUI, J.: *Largo Caballero. El tesón y la quimera,* Barcelona, Debate/Penguin Random House Grupo Editorial, 2021, págs. 474 y sigs.

era Francisco Largo Caballero[130]. Al efecto, Largo Caballero estableció un Gobierno integrado por sindicalistas, socialistas, republicanos (por entonces, representantes potenciales de las clases medias) y comunistas. Largo Caballero en su condición de presidente diseñaría una política de "alianza de clases" y de organizaciones políticas frente al fascismo en acción. Se proyecta aquí el pragmatismo en una coyuntura de excepción como la existente en septiembre de 1936, con la sublevación enfrente. El proyecto de Caballero fue unir a burguesía y clase trabajadora en la defensa de la república democrática reformista formaliza en la Constitución como Norma Fundamental del orden político y jurídico. Por consiguiente, el radicalismo de Largo Caballero, que le caracterizó en los meses anteriores, llegaba aquí a su límite posibilista, pues estaba firmemente convencido de que la guerra no se podía ganar sin burguesía o, por lo menos, una capa importante de la burguesía, junto a la clase obrera. Ello suponía retomar con firmeza el Programa electoral del Frente Popular, y el abandono (o repliegue), ciertamente, de posiciones caballeristas previas –las de la primavera de 1936–, y la vieja idea de un socialismo gradualista que mantenía –como el mismo Caballero dijo en la campaña electoral del Frente Popular– que la República era una fase de la revolución burguesa, pero que tras ella había de venir la plasmación real por vía democrática de esta sociedad socialista. En un contexto de guerra, la posición de Largo Caballero sería la absoluta necesidad de forjar una firme *alianza de clases*, con partidos y de sindicatos, para poder dirigir la guerra contra el fascismo, porque con las divisiones que existían en este momento ese objetivo no era posible[131].

Se puede realizar un diagnóstico del ayer y de la defensa de la democracia constitucional, pluralista y *social* por Largo Caballero en un marco constitucional –como el consagrado en la Constitución de la IIª República Española–, que admite distintas opciones políticas no excluyentes. Pero a condición de respetar la forma política del Estado Social de Derecho y el estándar mundial de garantía de los derechos fundamentales. En la tradición del constitucionalismo democrático-social corporeizado en las constituciones democráticas del periodo de entre las dos guerras mundiales, se adopta la fórmula política indicada y se toma como referente el nuevo orden del Derecho Internacional (cfr. artículos 4 y 46 de la Constitución Republican de 1931, paradigmáticamente), que en lo social responda al modelo estándar en permanente construcción y renovación realizado por los instrumentos normativos de la OIT. Es en este contexto de legalidad/legitimidad constitucional en el que Largo Caballero impulsó decisivamente la construcción de un sistema democrático de relaciones laborales y una política de previsión social innovadora en su época (pero entroncando con las tendencias del constitucionalismo democrático social). Obedecía al desarrollo coherente del programa constitucional trazado imperativamente por la Constitución de la IIª República (especialmente por su art. 46, que constituye el centro neurálgico del bloque normativo regulador de la constitución social del trabajo en el Texto Constitucional de la República). Pretendía crear un "Código del Trabajo" de impronta constitucional situándolo en el nivel más elevado del configurado en las legislaciones europeas más avanzadas de la época. Es obvio que Largo Caballero

[130] Pese a que al propio Presidente de la República, Manuel Azaña, no le acabase de convencer la idea, y tampoco a otras figuras dentro del propio socialismo ni, como sabemos bien hoy, a los ya presentes asesores soviéticos del Partido Comunista, Azaña no tuvo otro remedio que aceptar que la Presidencia del Gobierno republicano se encomendara a Francisco Largo Caballero, con lo cual comienza lo que se ha considerado siempre la etapa no más larga, pero sí la más importante de la República en guerra. Cfr. ARÓSTEGUI, J.: "Largo Caballero y la herencia de Pablo Iglesias", en *Cuadernos De Historia Contemporánea*, 2007, págs. 25-33. Recuperado a partir de https://revistas.ucm.es/index.php/CHCO/article/view/CHCO0707220025A.

[131] La realidad vendría a demostrar que el proyecto de Caballero era difícil de realizar, y lo ocurrido en mayo de 1937 tiene, entre otras, esta significación: la del estallido y ruptura definitiva de este proyecto de unión sindical, política, obrera y burguesa frente al fascismo. De hecho, en los gobiernos siguientes de Juan Negrín el sindicalismo ya no tendrá un papel significativo. En el segundo Gobierno de Juan Negrín habría de nuevo un sindicalista, Segundo Blanco, pero aquella gran alianza con la CNT y con los grandes partidos, socialista, comunista, republicanos de izquierda, había estallado ya en el mes de mayo. A partir de entonces, el proyecto de gran alianza antifascista de Caballero experimentó una quiebra definitiva. ARÓSTEGUI, J.: "Largo Caballero y la herencia de Pablo Iglesias", en *Cuadernos De Historia Contemporánea*, 2007, págs. 25-33. Recuperado a partir de https://revistas.ucm.es/index.php/CHCO/article/view/CHCO0707220025A; GRAHAM, H: *The Spanish Republic at War)* 1936-1939) Cambridge UP, 2002, págs. 79 y sigs.

quería ir más allá de una simple recopilación, pues concedía a ese nuevo "Código del Trabajo" la función de garantizar los derechos constitucionales y establecer la base de un sistema democrático de relaciones laborales y de protección social. En este plan organizado de construcción de la política social, tendría un papel central la legislación estatal (en conexión con la legislación de Derecho internacional uniforme de la OIT), pero también contando con el protagonismo de las instrumentos convencionales (normas convencionales de trabajo) elaborados por las organizaciones profesionales. La construcción del sistema democrático de relaciones laborales y del sistema de previsión social exigía necesariamente de la concurrencia del garantismo legal y de la regulación colectiva de los conflictos tanto en el campo de laboral de la producción como en el más amplio de la redistribución de la riqueza y de las rentas.

Para la racionalización y garantías de cumplimiento del nuevo arsenal normativo era preciso reforzar la Administración del Trabajo, desde los servicios centrales a las nuevas delegaciones provinciales, y asimismo con la potenciación de los medios disponibles por la Inspección del Trabajo, lo cual era una condición estimada como indispensable para alcanzar ese objetivo principialista. Todo ello iba unido –se insiste– a una *política social integral*, que comprendía tales elementos sociolaborales (tanto las condiciones de trabajo como de previsión social pública) y que incluía reformas estructurales en el orden económica y muy especialmente en una reforma agraria modernizadora que erradicara la precariedad severa de los trabajadores –campesinos y jornaleros– y destruyera la "constitución real agraria" (denunciada ya por Joaquín Costa)[132], que no era obra que el régimen del caciquismo. Éste impedía el trabajo digno, la productividad de todos los recursos agrarios –modernización del sector de la agricultura– y una distribución más equitativa y eficiente de las tierras por entonces dominadas a título de propiedad por la oligarquía terrateniente. En realidad los empresarios trataron de impedir la aplicación de las leyes sociolaborales que habían sido dictadas en el primer bienio republicano-socialista y este boicot produciría una enorme frustración de las esperanzas reivindicativas de las clases trabajadores creadas por el advenimiento del régimen republicano del cual se esperaba una mejora sistemática de las condiciones de vida y trabajo de las clases desposeídas en la ciudad y en el campo. Esta frustración social y política estará en la base de la huelga general de 1934, que derivaría en un proceso insurreccional, precipitado y encaminado, desde el inicio, al fracaso[133].

En definitiva, el gran legado de Largo Caballero reside ante todo en haber construido en ciernes –"in fieri"– una constitución democrático-social del trabajo (que incorpora todo el campo de la política sociolaboral, en cuanto constitución jurídica pensada para la integración de las clases trabajadoras) de base típicamente constitucional, en desarrollo de las previsiones (mandatos imperativos) de la Constitución de la IIª República Española. La Constitución República de 1931 y su desarrollo ante todo a través del impuso de Ministerio de Largo Caballero, sentó las bases fundamentales de lo que mucho tarde en nuestro país sería un auténtico Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social, como también aconteció con las experiencias contemporáneas de las Repúblicas democráticas de Weimar y de Austria de la época de entreguerras y con las constituciones de la segunda postguerra mundial. En estas tres experiencias de constitucionalización de los principios y derechos sociales fundamentales, el Derecho Social era concebido como la plasmación más típica de la forma política del Estado Social de Derecho. En definitiva, el programa

[132] COSTA, J.: *Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla*, Madrid, Editorial Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, 1902, 752 páginas (Reeditada, con Estudio Introductorio de Alfonso Orti, 2 vols., Madrid, Ediciones de la Revista de Trabajo, 1975). Véase también COSTA, J.: *Oligarquía y caciquismo. Colectivismo agrario y otros escritos,* Madrid, Alianza editorial, 1984. Como es sabido, desde su propia peculiaridad, Costa estuvo vinculado al grupo Krausista y a la Institución Libre de Enseñanza Español. Fue uno de representantes del movimiento intelectual y político conocido como regeneracionismo en el ala progresista.

[133] Véase DE BLAS, A.: *El socialismo radical en la II República,* Madrid, Túcar, 1977, págs. 20 y sigs.; ARÓSTEGUI, J.: *Largo Caballero. El tesón y la quimera,* Barcelona, Debate/Penguin Random House Grupo Editorial, 2021, págs. 301 y sigs.

constitucional y el desarrollo de las previsiones constitucionales no iba más allá de –y no era poco– de instaurar una forma avanzada del constitucionalismo democrático-social con Estado Social, con la esperanza de caminar hacia un socialismo democrático a través de un "lento camino de las reformas" sin abandonar la democracia parlamentaria[134]. Se puede comparar la Constitución Española de 1978 con la Constitución de la IIª República y las Constituciones democrático-sociales más avanzadas de la segunda post-guerra mundial y su desarrollo por la legislación infraconstitucional; y así se podrá comprobar las coincidencias sustanciales en el "espíritu" y en la lógica interna del garantías sociales, pues, ciertamente, todas ellas se insertan en la tradición del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho.

[134] MONEREO PÉREZ, J.: *La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca,* estudio preliminar a BAUER,O.: *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021, págs. IX-XCV; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009; MONEREO PÉREZ, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*", Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2020; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La democracia en crisis. Harold.J. Laski*", Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2005. En nuestro país desde el socialismo democrático, 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 *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 24 (2020), págs. 295-330; LAMO DE ESPINOSA, E. y CONTRERAS, M.: *Política y filosofía en Julián Besteiro,* 2ª ed., corregida y aumentada, Madrid, Sistema, 1990; ZAPATERO, V.: *Fernando de los Ríos. Biografía intelectual,* Valencia, Editorial Pre-Textos-Diputación de Granada, 2000; MONEREO PÉREZ, J.: "El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos y su generación", en CÁMARA VILLAR, G. (ed.): *Fernando de los Ríos y su tiempo,* Universidad de Granada, Granada, 2000, págs. 85-136., y las excelentes aportaciones recogidas en esta obra colectiva; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *La Constitución de la Democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: "Los derechos individuales como garantía de libertad", en *Revista de Derecho Público,* 15 de febrero de 1934, págs. 33 y sigs.; FABRA RIBAS, A.: *Origen y carácter del movimiento laborista,* Madrid, Calpe, 1924.; FABRA RIBAS, A.: *La Organización Internacional del trabajo,* Prólogo de Albert Thomas, Director de la Oficina Internacional del Trabajo, Madrid, Javier Morata Pedreño, Editor, 1929 (¿?). No puede olvidarse la aportación desde el liberalismo social krausista (por tanto, un punto de vista social-liberal próximo, pero diverso al socialismo democrático, o al llamado "socialismo liberal") de la figura más importante del Derecho público en nuestro país, Adolfo Posada, sobre su apuesta por el constitucionalismo democrático-social republicano con el Estado Social de Derecho, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., pags. 477 y sigs. ("El Derecho como técnica específica de integración social: los derechos sociales de ciudadanía en el pensamiento de Adolfo Posada y su función en la Constitución Social").

5. BIBLIOGRAFÍA DE FRANCISCO LARGO CABALLERO Y SU ÉPOCA (SELECCIÓN)

5.1. Obras de Francisco Largo Caballero (Selección)

LARGO CABALLERO, F.: *Obras Completas* de Largo Caballero, edición a cargo de Aurelio MARTÍN NÁJERA y Agustín GARRIGÓS FERNÁNDEZ, Madrid, Fundación de Largo Caballero –Instituto Monsa de Ediciones, 2003-2009, 16 volúmenes.

LARGO CABALLERO, F.: *Intervención,* en *Anales del INP,* núm. 90, marzo-abril, Vol. I, (1931), págs. 278-279.

LARGO CABALLERO, F.: "Vamos a la conquista del poder", Discurso publicado en *El Socialista*, 25 de julio de 1933.

LARGO CABALLERO, F.: *Posibilismo socialista en la democracia,* Madrid, Gráfica Socialista, 1933.

LARGO CABALLERO, F.: *Discursos a los trabajadores: una crítica de la República, una doctrina socialista, un programa de acción,* Prólogo de Luis Araquistáin, Madrid, Gráfica Socialista, 1934.

LARGO CABALLERO, F.: *La UGT y la guerra,* Valencia, Editorial Meabe, 1937.

LARGO CABALLERO, F.: *Correspondencia secreta,* Prólogo y Notas de Mauricio Carlavilla, Madrid, Editorial Nos, 1961.

LARGO CABALLERO, F.: *Mis recuerdos. Cartas a un amigo,* Prólogo y notas de Enrique de Francisco, México D.F., Ediciones Unidas, 1954 (2ª ed., 1976).

LARGO CABALLERO, F.: *Del capitalismo al socialismo. Proyecto de gobierno para España,* Madrid, 1946.

LARGO CABALLERO, F.: *Escritos de la República. Notas históricas de guerra en España (1917-1940),* Madrid, 1997.

LARGO CABALLERO, F.: *La UGT y la guerra. Discurso en el Teatro Pardiñas de Madrid*, Valencia, Editorial Meabe, 1937.

LARGO CABALLERO, F.: *¿Qué se puede hacer?,* México, 1940.

LARGO CABALLERO, F.: *Presente y futuro de la Unión General de Trabajadores,* Madrid, Javier Morata Pedreño editor, 1925 (reedición facsímil, Madrid, Fundación Largo Caballero, 1983).

LARGO CABALLERO, F.: *Escritos de la República,* Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1985.

5.2. Sobre Francisco Largo Caballero y su época (Selección)

ALCALÁ ZAMORA, N.: *Los defectos de la Constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional,* Madrid, 1936 (Reeditada: ALCALÁ ZAMORA, N.: *Los defectos de la Constitución de 1931 seguido de Tres años de experiencia constitucional y un apéndice con el texto de la Constitución de 1931,* advertencia y notas de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Madrid, Civitas, 1981).

ANDRÉS-GALLEGO, J.: *El socialismo durante la Dictadura 1923-1930,* Madrid, Tebas, 1977.

ARAQUISTÁIN, L.: *Sobre la guerra civil y en la emigración,* edición y estudio preliminar de Javier Tussell, Barcelona, Espasa-Calpe, 1983.

ARAQUISTÁIN, L.: *Marxismo y socialismo en España,* Madrid, Fontamara, 1980, extraídas de la Revista *Leviatán* (1934-1936).

ARÓSTEGUI, J.: *Francisco Largo Caballero. La última etapa de un líder,* Madrid, Fundación Largo Caballero, 1990.

ARÓSTEGUI, J.: *Largo Caballero. El tesón y la quimera,* Barcelona, Debate/Penguin Random House Grupo Editorial, 2021, 966 páginas. Es la biografía de referencia y no sólo por su extensión.

AUNÓS PÉREZ, E.: *La organización Corporativa del Trabajo,* Madrid, Publicaciones del Consejo Superior del Trabajo, Comercio e Industria, 1928.

AUNÓS PÉREZ, E.: *Las Corporaciones del Trabajo en el Estado moderno,* Madrid, Biblioteca Marvá, Juan Ortiz, 1928.

AUNÓS PÉREZ, E.: "La economía social del Ministerio de Trabajo", en *Revista de Acción Social,* núm. 5 (octubre de 1928).

AUNÓS PÉREZ, E.: *Principios de derecho corporativo,* Barcelona, Industrias del Papel, 1929.

AUNÓS PÉREZ, E.: *Estudios de derecho corporativo,* Madrid, Editorial Reus, 1930.

AUNÓS PÉREZ, E.: "Hacia una España corporativa", en *AE* VI-31 (1933).

AUNÓS PÉREZ, E.: *La reforma corporativa del Estado,* Madrid, M. Aguilar, 1935.

AUNÓS PÉREZ, E.: *Política social de la Dictadura y colaboración socialista*, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas,* XVI, Madrid, 1964.

AYALA, F.: *El Derecho social en la Constitución de la República española*, Madrid, M. Minuesa de los Ríos, publicaciones de la Sociedad para el Progreso Social, 1932.

BAUER, O.: *El camino hacia el socialismo,* trad. A. Révész, Madrid, Ed. América, 1934 (¿?).

BERNSTEIN, E.: *El socialismo evolucionista,* versión castellana de E. Díaz-Retg, revisión técnica, edición y estudio preliminar, "Fundamentos doctrinales del socialismo reformista: Eduard Bernstein" (pp. IX-XC), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2011.

BELLOTEN, B.: *La guerra civil española. Revolución y contrarrevolución,* Madrid, Alianza editorial, 1989.

BIGLIO, P.: *El socialismo español y la cuestión agraria (1890-1936),* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986.

BIZCARRONDO, M.: *Araquistáin y la crisis socialista en la II República Leviatán (1934-1936),* Madrid, Siglo veintiuno de España editores, 1975. La obra de referencia sobre Luis Araquistáin.

BORRAJO DACRUZ, E.: *Estudios jurídicos de Previsión Social,* Madrid, Aguilar, 1962.

CABRERA, M. y DEL REY, F.: *El poder de los empresarios. Política y economía en la España contemporánea (1875-2010),* Barcelona, RBA Libros, 2011.

CARRIÓN, P.: *Los latifundios en España* (1932)*,* Barcelona, Ariel, 1972.

CASANOVA, J.: *República y guerra civil,* Vol.8 de *Histórica de España,* FONTANA, J. y VILLARES, R. (Dirs.), Madrid, Crítica/Marcial Pons, 2007, y la amplia bibliografía allí citada (págs.419-431).

CASTILLO, S.: "Antecedentes, creación y primero pasos del Ministerio de Trabajo en España, 1920-1923", y ESPUNY TOMÁS, M.J.: "El Ministerio de Trabajo durante la Dictadura de Primo de Rivera, 1923-1931: intervencionismo orgánico, legislación social y ordenación corporativa", en VV.AA.: *Cien años del Ministerio de Trabajo en España,* CASTILLO, S. (Dir.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 17 y sigs., y 57 y sigs., respectivamente.

CORCUERA ATIENZA, J.: "El constitucionalismo de entreguerras y la Constitución española de 1931", en *Historia Contemporánea,* núm. 6 (1991), págs. 15-45.

COSTA, J.: *Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla,* Información en el Ateneo de Madrid, 1901, 2 vols., Estudio Introductorio de Alfonso Orti, Madrid, Ediciones de la Revista de Trabajo, 1975.

CUESTA BUSTILLO, J.: "El Ministerio de Trabajo, IIª República y Guerra Civil, 1931-1939: Tiempos de reformas y conflictos. Eclipse del ministerio en la España sublevada", en VV.AA.: *Cien años del Ministerio de Trabajo en España,* CASTILLO, S. (Dir.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs.99 y sigs.

CUESTA BUSTILLO, J.: *Francisco Largo Caballero. Su compromiso internacional,* Madrid, Fundación Largo Caballero, 1997.

CUESTA BUSTILLO, J.: *Una esperanza para los trabajadores. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1939). Vol. I,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1994.

DE FRANCISCO GIMÉNEZ, E.: *Francisco Largo Caballero y la República futura,* México, 1956.

ESTEVE PARDO, J.: *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa,* Madrid, Marcial Pons, 2020.

FABRA RIBAS, A.: *Origen y carácter del movimiento laborista,* Madrid, Calpe, 1924.

FABRA RIBAS, A.: *La Organización Internacional del trabajo,* Prólogo de Albert Thomas, Director de la Oficina Internacional del Trabajo, Madrid, Javier Morata Pedreño, Editor, 1929 (¿?).

GALLART FOLCH, A.: *Derecho Español del Trabajo,* Prólogo de Pedro Sangro y Ros de Olano, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1936. Obra fundamental y de gran rigor técnico-jurídico en la sistematización del Derecho del Trabajo y de la Previsión Social.

GONZÁLEZ-ROTHWOSS, M.: *La política laboral de los ministros españoles de Trabajo,* Salamanca, Escuela Social, 1968.

GORDILLO, L., MARTÍN,S., VÍCTOR VÁZQUEZ, V. (DIRS.): *Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

GRAHAM, H.: *Socialism and War The Spanisch Socialist Party in Prowerand Crisis, 1936-1939,* Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

GRAHAM, H.: *The Spanish Republic at War, 1936-1939,* Cambridge, Cambridge Universtiy Press, 2002.

HEPPLE, B. (Comp.): *La formación del Derecho del Trabajo en Europa. Análisis comparativo de la evolución de nueve países hasta el año 1945,* Madrid, Ministerio de Trabajo, 1994.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Proceso histórico de la Constitución española*, Madrid, Reus, 1932; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *La Constitución política de la democracia española*, Santiago de Chile, Ediciones Ercilla, 1942.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Losada, 1946.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Anécdotas de las constituyentes*, Buenos Aires, Cuadernos de Cultura Phac, 1942.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Un proceso histórico. Largo Caballero ante la Justicia*, Madrid, Gráfica Socialista, 1936.

JULIÁ,S.: *Historia del socialismo Español. Volumen 3 (1931-1939),* de la *Historia del Socialismo Español,* dirigida por Manuel Tuñón de Lara, Barcelona, Conjunto editorial, 1989.

KIRCHHEIMER, O. (2001): *El empleo de procedimientos legales para fines políticos,* edición y estudio preliminar, "Estado y democracia en Otto Kirchheimer" (pp. 17-185), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001.

MAURÍN, J.: *Los hombres de la Dictadura: Sánchez Guerra, Cambó, Iglesias, Largo Caballero, Lerroux, Melquiades Álvarez,* Madrid, 1930. Reeditada: MAURÍN, J.: *Los hombres de la Dictadura,* Prólogo de Luis Portela, Barcelona, Anagrama, 1977.

ESPUNY TOMÁS, M.J.: "El Ministerio de Trabajo durante la Dictadura de Primo de Rivera, 1923-1931: intervencionismo orgánico, legislación social y ordenación corporativa", en VV.AA.: *Cien años del Ministerio de Trabajo en España,* CASTILLO, S. (Dir.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 57 y sigs.

RODRÍGUEZ SALVANÉS, J.: *Francisco Largo Caballero 1869-1946,* Madrid, 1996.

LAMO DE ESPINOSA, E. y CONTRERAS, M.: *Política y filosofía en Julián Besteiro,* 2ª ed., corregida y aumentada, Madrid, Sistema, 1990.

LÓPEZ LÓPEZ, A.: *El boicot de la derecha a las reformas de la Segunda República. La minoría agraria, el rechazo constitucional y la cuestión de la tierra,* Madrid, Instituto de Estudios Agrarios, Pesqueros y Alimentarios,1984.

MALEFAKIS, E.: *Reforma agraria y revolución campesina en la España del siglo XX,* Barcelona, Ariel, 3ª ed., 1976.

MINISTERO DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL: *Labor realizada desde la proclamación de la República hasta el 8 de septiembre de 1932,* Madrid, Ribadeneyra, s.f. (1932).

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996.

MONEREO PÉREZ, J.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2003.

MONEREO PÉREZ, J.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho. Sección Derecho Vivo), 2007.

MONEREO PÉREZ, J.: *Reformismo Social y Socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España,* estudio preliminar a MENGER,A.: *El Derecho civil y los pobres,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998, páginas 7 a 112.

MONEREO PÉREZ, J.: *El catolicismo social conservador. Eduardo Sanz y Escartin,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho. Sección Derecho Vivo), 2010, 288 páginas.

MONEREO PÉREZ, J.: *La crisis de la Socialdemocracia Europea. Eduard Bernstein y las premisa del socialismo reformista,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012.

MONEREO PÉREZ, J.: *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España,* Madrid, Trotta, 1999.

MONEREO PÉREZ, J.: *El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada,* estudio preliminar a POSADA, A.: *Tratado de Derecho Política,* edición crítica íntegra en un solo volumen, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003, págs. VII a CLXIII.

MONEREO PÉREZ, J.: *La democracia en crisis. Harold.J. Laski*", Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2005.

MONEREO PÉREZ, J.: *El Instituto Nacional de Previsión: ubicación histórica, social y político-jurídica,* en VV.AA.: *Cien años de protección social en España. Libro Conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión,* TORTUERO PLAZA, J.L. (Dir.-Coord.), Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/Instituto Nacional de la Seguridad Social, 2007, páginas 43-154. .

MONEREO PÉREZ, J.: *Los (pre)supuestos histórico institucionales de la Seguridad social en la Constitución social del trabajo*, en ROJAS RIVERO, G. (Coord.): *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Bormarzo, 2012.

MONEREO PÉREZ, J.: *La tradición del marxismo crítico,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho. Sección Derecho Vivo), 2011.

MONEREO PÉREZ, J.: *La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca,* estudio preliminar a BAUER,O.: *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización,* Granada, Comares, 2021, págs. IX-XCV.

MONEREO PÉREZ, J.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

MONEREO PÉREZ, J.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La teoría política de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

MONEREO PÉREZ, J.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009.

MONEREO PÉREZ, J.: *Democracia pluralista y Derecho social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.

MONEREO PÉREZ, J.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*", Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2020.

MONEREO PÉREZ, J.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales",* Murcia, Laborum, 2019.

MONEREO PÉREZ, J.: *Harold J. Kaski y las trayectorias del socialismo democrático en el mundo anglosajón,* estudio preliminar a LASKI, H.J.: *La libertad en el Estado Moderno,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021, págs. IX-XCVII.

MONEREO PÉREZ, J.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996.

MONEREO PÉREZ, J.: "*Derechos sociales y Estado democrático social en Antón Menger",* estudio preliminar a MENGER*, A.: El derecho al producto íntegro del trabajo&El Estado Democrático del Trabajo (El Estado Socialista),* edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004, págs. XI-LXXVIII.

MONEREO PÉREZ, J.: "Los fundamentos del 'liberalismo social' y sus límites: L.T. Hobhouse", en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 136, Octubre-Diciembre, 2007.

MONEREO PÉREZ, J.: "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.

MONEREO PÉREZ, J.: "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.: "El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos y su generación", en Gregorio Cámara Villar (ed.): *Fernando de los Ríos y su tiempo,* Universidad de Granada, Granada, 2000, págs. 85-136.

MONEREO PÉREZ, J.: *Fundamentos doctrinales del socialismo reformista: Eduard Bernstein, estudio preliminar a BERNSTEIN, E.: Socialismo evolucionista, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2011.*

MONEREO PÉREZ, J.: *Marxismo y racionalidad crítica en la larga duración,* estudio preliminar a MARX,K-ENGELS, F.: *Obras escogidas,* edición en un solo volumen (904 pp.), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2012.

MONEREO PÉREZ, J.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer,* estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo de procedimiento legal para fines políticos,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII a CLXXXV.

MONEREO PÉREZ, J.: *"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).

MONEREO PÉREZ, J.: "Carlos González Posada (1890-1948): La teoría del seguro social y su institucionalización en España", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 13 (2017).

MONEREO PÉREZ, J.: "García Ormaechea, R. (1876-1938): Del reformismo democrático iussocialista al reformismo social conservador en la política de Seguridad Social", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 14 (2018).

MONEREO PÉREZ, J.: "Inocencio Jiménez Vicente (9 de noviembre de 1876-27 de abril de 1941): Artífice del desarrollo del Instituto Nacional de Previsión y de la Previsión Social durante la Dictadura de Primo de Rivera y la Segunda República"*,* en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 20 (2019).

MONEREO PÉREZ, J.: "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 *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 24 (2020).

MONEREO PÉREZ, J.: "Práxedes Zancada y Ruata (1880-1936): La defensa de los seguros sociales obligatorios desde el reformismo político y jurídico y en la derivad del partido reformista, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 26 (2021).

MONEREO PÉREZ, J.: "Eduardo Aunós Pérez (1894-1967): Corporativismo y regeneracionismo autoritario en la política de protección y aseguramiento social", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 27 (2021).

MONEREO PÉREZ, J.: *Democracia social y económica en la metamorfosis del estado moderno: Harold J. Laski*, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *11*(1)*, 298*–377. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426.

MONEREO PÉREZ, J.: *El 'Socialismo de cátedra' de Gustav Schmoller en la construcción de la Política social moderna,* en Revista Europea de Historia de las Ideas Políticas y de las Instituciones Públicas, 2017, issue 11. https://econpapers.repec.org/article/ervrehipi/y_3a2017_3ai_3a11_3a03.htm

MONEREO PÉREZ, J.: "Inocencio Jiménez Vicente (9 de noviembre de 1876-27 de abril de 1941): Artífice del desarrollo del Instituto Nacional de Previsión y de la previsión social durante la Dictadura de Primo de Rivera y la Segunda República", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum,* núm. 20 (2019), 267-301, y la bibliografía allí citada.

MONEREO PÉREZ, J.(Dir.): *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*, Autores: Álvarez Gimeno, R., De Val Tena, Á. L., Maldonado Molina, J.A., Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N. y Muñoz de Busillo Llorente, R., Madrid, Consejo Económico y Social de España/Premio de Investigación del Consejo Económico y Social de España, 2015.

MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009),* Cizur Menor (Navarra), 2009.

MORADIELLOS, E.: *Don Juan Negrín. Una biografía de la figura más difamada de la España del siglo XX,* Barcelona, Península, 2006.(2ª ed., 2016).

PAYNE, S.G.: *La primera democracia española. La Segunda República, 1931-1936,* Barcelona, Paidós, 1995.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873-1923),* Madrid, Tecnos, 7ª ed, 2011.

PÉREZ SERRANO, N.: *La Constitución Española. Antecedentes, texto, comentarios,* Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1932.

PESO Y CALVO, C.DEL.: *De la protección gremial al vigente sistema de seguridad social. Apuntes históricos comentados,* Madrid, Facultad de Derecho, 1967.

POSADA, A.: *Tratado de Derecho Política,* edición crítica íntegra en un solo volumen, y estudio preliminar, "*El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada"* (pp. VII a CLXIII.)*,* a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003.

PRESTON, P.: *La destrucción de la democracia en España. Reformas, reacción y revolución en la Segund República,* nueva edición revisada y ampliada, Barcelona, Grijalbo, 2001.

PRIETO, I.: "Posiciones socialistas" (mayo de 1935), reproducidas en *Discursos fundamentales*, prólogo de Edward MALEFAKIS, Madrid, Ediciones Turner, 1975.

FUENTES, J. F.: *Largo Caballero, el Lenin español,* Madrid, Editorial Síntesis, 2005.

RAMÍREZ JIMÉNEZ, M.: *Los grupos de presión en la Segunda República Española,* Prólogo de Francisco Murillo Ferrol, Madrid, Tecnos, 1969.

RAMÍREZ JIMÉNEZ, M.: "Cesión y reacción en las Cortes de la Segunda República Española", en *Historia Social de España. Siglo XX,* Madrid, 1976.

RAMSAY MACDONALD, J.: *Socialismo,* trad. Manuel Sánchez Sarto, 1ª ed., 1925, 2ª ed., 1928, reimpresión 1931, Barcelona-Buenos Aires, Labor, reimpresión de la 2ª ed., 1931.

RITTER, G.A.: *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

ROLDÁN CAÑIZARES, E.: *Luis Jiménez de Asúa: Un jurista en el exilio,* Sevilla, Universidad de Sevilla, Curso 2017/2018. https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/81273/TESIS%20DOCTORAL%20ENRIQUE%20ROLD%c3%81N%20CA%c3%91IZARES.%20LUIS%20JIM%c3%89NEZ%20DE%20AS%c3%9aA.%20UN%20JURISTA%20EN%20EL%20EXILIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Esta investigación sería objeto de publicación, ROLDÁN CAÑIZARES, E.: *Luis Jiménez de Asúa: Derecho penal, República, Exilio,* Madrid, Dykinson, 2019.

SAMANIEGO BONEU, M.: *La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988.

TERMES, J. y ALQUÉZAR, R.: *Historia del socialismo Español. Volumen 2 (1909-1931),* de la *Historia del Socialismo Español,* dirigida por Manuel Tuñón de Lara, Barcelona, Conjunto editorial, 1989.

THOMAS, H.: *La guerra civil española,* 2 vols., Barcelona, Grijalbo, 1976.

THOMAS, H.: *La guerra civil española,* trad. de la edición inglesa de 1990, Barcelona, Random House-Mondadori, 2003.

TUÑON DE LARA, M.: *La Segunda República,* 2 vols., Madrid, Siglo XXI, 1976.

TUSELL GÓMEZ, J.: *La crisis del caciquismo andaluz (1923-1931),* 2 vols., Madrid, Cupsa, 1977.

UCELAY REPOLLES, M.: *Previsión y seguros sociales,* Madrid, Gráficas González, 1955.

VALDÉS DAL-RE, F.: "El Derecho del Trabajo en la II República", en AROSTEGUIE, J. (ed.): *La República de los trabajadores. La Segunda República y el mundo del trabajo,* Madrid, Fundación Largo Caballero, 2006*,* págs. 177 y sigs.

VILLANUEVA, F.: *El momento constitucional,* Madrid, Javier Morata editor, 1929.

VILLA GIL, L.E. DE LA: "El Derecho del Trabajo en España durante la Segunda República", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid,* núms. 34-35-36 (1969).

VILLA GIL, L.E. DE LA: *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003.

VILLA GIL, L.E. DE LA y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Introducción a la economía del trabajo,* Madrid, Debate, 1978, Parte II.6 y 7 ("Hechos y Leyes obreras. 6. La II República. 7. La Guerra Civil y el Estado nacionalsindicalista. La transición política y la Monarquía constitucional"), págs. 269 y sigs.

VIÑAS, A.: *La Alemania nazi y el 18 de julio,* Madrid, Alianza, 2ª ed., 1977 (ediciones ulteriores, de 1977 y 2001).

VIÑAS, A.: *La soledad de la República. El abandono de las democracias y el viraje hacia la Unión Soviética,* Barcelona, Crítica, 2006.

VIÑAS, A.: *El honor de la República. Entre el acaso fascista, la hostilidad británica y la política de Stalin,* Barcelona, Crítica, 2009.

VIÑAS, A.: *La conspiración del general Franco y otras revelaciones acerca de una guerra civil desfigurada,* Barcelona, Crítica, 2011.

VIÑAS, A.: *¿Quién quiso la Guerra Civil? Historia de una conspiración,* Barcelona, Crítica/Planeta, 2019.

VIÑAS, A.: *El gran error de la República. Entre el ruido de sables y la ineficacia del gobierno,* Barcelona, Crítica/Planeta, 2021.

VIÑAS, A.y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, F.: *El desplome de la República,* Barcelona, Crítica, 2009.

VV.AA.: *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Estudio preliminar, "La formación del Derecho del Trabajo en España", por ANTONIO MARTÍN VALVERDE, Autores de la recopilación: A. Martín Valverde, M.C. Palomeque López, F. Pérez Espinosa, F. Valdés Dal-ré, M.E. Casas Baamonde, J. García Murcia, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.

VV.AA.: *Cien años del Ministerio de Trabajo en España,* CASTILLO, S. (Dir.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020.

VV.AA.: *Cien años de protección social en España. Libro Conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión,* TORTUERO PLAZA, J.L. (Dir.-Coord.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/Instituto Nacional de la Seguridad Social, 2007.

VV.AA.: *Solidaridad, seguridad, bienestar. Cien años de protección social en España,* CASTILLO, S. (Dir.), Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.

WEBB, S. Y B.: *La democracia industrial,* trad. M. Á. Simón, edición y estudio preliminar de J.J. Castillo y S. Castillo, Madrid, Biblioteca Nueva-Fundación Francisco Largo Caballero, 2004.

WEBB, S. Y B.: *A constitution for the socialist Commonwealth of Great Britain* (1920)*,* Introducción de S. H. Beer, Londres, London School of Economics and Political Science-Cambridge University Press, 1975.

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
- Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social
- Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social
- Clásicos de la Seguridad Social