Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

2º Trimestre 2022 nº 31

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- Luces y sombras del complemento de brecha de género (Complemento de maternidad de 1995 *versus* complemento de brecha de género de 2021)
  José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- La reforma de las pensiones en Europa. Una historia interminable. Un futuro incierto
  Carlos García de Cortázar y Nebreda
- Control y vigilancia de las personas trabajadoras en situación de incapacidad temporal. El informe de detectives privados
  José Javier Miranzo Díez

Estudios de Doctrina Judicial

- La incapacidad temporal derivada de COVID-19. Desbordamiento del concepto tradicional de incapacidad temporal y hermenéutica convencional (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 20 de enero de 2022)
  Juan Carlos Álvarez Cortés y Andrés Urbano Medina
- La prestación económica por cuidado de menores afectados por una enfermedad grave en los supuestos de separación o divorcio de los progenitores
  Manuela Durán Bernardino
- El Ingreso Mínimo Vital ante el Tribunal Constitucional: El problema de la delimitación competencial (A propósito de la Sentencia núm. 158/2021, de 16 de septiembre)
  Ángela Martín-Pozuelo López

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- El nuevo gobierno alemán planea sustituir el «hartz iv» por un «subsidio para el ciudadano». ¿cambio de paradigma en el derecho de la garantía existencial o adaptación legal inevitable?
  Maria Pannenberg
- Coordinación de las prestaciones familiares en la Unión Europea
  Verónica Lidia Martínez Martínez

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

María Nieves Moreno Vida

Crónica Administrativa en materia de Seguridad Social

- Doctrina Administrativa en materia de prestaciones de Seguridad Social en el cuarto trimestre de 2021
  Andrés Ramón Trillo García
- Novedades Normativas y de Gestión de la Tesorería General de la Seguridad Social
  Javier Aibar Bernad

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

- La transposición al ordenamiento español del artículo 1 de la directiva 2020/1057 (*lex specialis*) sobre desplazamientos en el sector del transporte internacional por carretera
  Manuel Velázquez Fernández

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

- Balance laboral de dos años de pandemia
  Santos M. Ruesga y Ana I. Viñas

Clásicos de la Seguridad Social

- MAXIMILIANO ARBOLEYA MARTÍNEZ (1870-1951): El catolicismo social avanzado: la política de reforma social desde la democracia cristiana
  José Luis Monereo Pérez

Ediciones Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

2º Trimestre 2022 Nº 31 Laborum

© Ediciones Laborum, S.L.

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

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

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

Impreso en España - Printed in Spain

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*
Inmaculada Ballester Pastor, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Jaume I de Castellón*
Paola Bozzao, *Profesora Titular -acreditada a Catedrática- de Derecho del Trabajo. Universidad La Sapienza de Roma. Italia*
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, *Catedrático (acreditado) 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*

CONSEJO ASESOR:
Belén Alonso-Olea García, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Miguel A. Almendros González, *Catedrático de Derecho de la empresa. Universidad de Granada*
Icíar Alzaga Ruíz, *Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia*
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*
Cristina Aragón Gómez, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*
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*
Susana Barcelón Cobedo, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*
Ángel Blasco Pellicer, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
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 de Madrid*
María Antonia Castro Argüelles, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*
Wolfgang Däubler, *Catedrático de Derecho Laboral Alemán y Europeo, Derecho Civil y Mercantil. Universidad de Bremen. Alemania*
Susana de la Casa Quesada, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
Luis Enrique de la Villa Gil, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Ángel Luis de Val Tena, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
Elena Desdentado Daroca, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*
María Teresa Díaz Aznarte, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Elisabet Errandonea Ulazia, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del País Vasco*
Gemma Fabregat Monfort, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
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*
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*
Alessandro Garilli, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho Universidad de Palermo*
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*
Esperanza Macarena Hernandez Bejarano, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
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*
Ana Murcia Clavería, *Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valladolid*
María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
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*
Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
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*
Carolina San Martin Mazzuconi, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*
Yolanda Sánchez-Urán Azaña, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*
Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
Elisa Sierra Hernaiz, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Navarra*
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*
Daniel Toscani Giménez, *Profesor Titular -acreditado a Catedrático- de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María Dolores Valdueza Blanco, *Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*
Raquel Vela Díaz, *Profesora ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Universidad de Jaén*
Raquel Vida Fernández, *Profesora Colaboradora del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Granada*
Francisco Vila Tierno, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:
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 de Castellón*
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:
Ediciones Laborum

RESPONSABLE DE INDEXACIÓN:
Alejandro Muros Polo

Destinatarios

Con esta orientación y enfoque metodológico que se busca los destinatarios de esta Revista son todas las personas, instituciones y organismos -públicos y privados- en el campo de la Seguridad Social sin excepción, como Abogados, Graduados Sociales, Profesorado Universitario y en general todo el personal del ámbito académico científico, Responsables de dirección de personal o de "recursos humanos", asesores sindicales o empresariales, trabajadores sociales, directores y empleados públicos, y sus respectivas asociaciones u organizaciones profesionales, entre otros.

Índice

EDITORIAL **11**

LUCES Y SOMBRAS DEL COMPLEMENTO DE BRECHA DE GÉNERO ..... 13 (COMPLEMENTO DE MATERNIDAD DE 1995 VERSUS COMPLEMENTO DE BRECHA DE GÉNERO DE 2021) 13
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

ESTUDIOS DOCTRINALES **31**

LA REFORMA DE LAS PENSIONES EN EUROPA. UNA HISTORIA INTERMINABLE. UN FUTURO INCIERTO 33
CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA

1. INTRODUCCIÓN 33
2. EL CONTEXTO DEMOGRAFICO Y PRODUCTIVO. DATOS ESTADÍSTICOS. CONSIDERACIONES SOCIOLÓGICAS 39
3. LAS REFORMAS DE LAS PENSIONES 45
4. LA AMPLIACIÓN DE LA EDAD MINIMA Y DE LA EDAD EFECTIVA DE ACCESO A LA JUBILACIÓN. EL EMPLEO DE TRABAJADORES MAYORES. 46
5. MODIFICACIONES EN LA BASE, SALARIO REGULADOR O PERIODO DE REFERENCIA. INDEXACION Y REVALORIZACIÓN DE LAS COTIZACIONES Y PENSIONES 51
6. SOSTENIBILIDAD Y ADECUACIÓN DE LAS PENSIONES 53
7. EL PROCESO DE PRIVATIZACION DE LAS PENSIONES. EL ESTE DE EUROPA. UN CORAZON CON FRENO Y MARCHA ATRÁS 56
8. EL MULTIVERSO MULTIPILAR 57
9. CONCLUSIONES 59
10. BIBLIOGRAFÍA 60

CONTROL Y VIGILANCIA DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL. EL INFORME DE DETECTIVES PRIVADOS 63
JOSÉ JAVIER MIRANZO DÍEZ

1. LA FACULTAD EMPRESARIAL DE VIGILANCIA Y CONTROL EN EL MARCO DEL PODER DE DIRECCIÓN 63
2. CONTROL EMPRESARIAL E INCAPACIDAD TEMPORAL. EL DEBER DE BUENA FE CONTRACTUAL 65
3. LA VIGILANCIA NO CONSENTIDA NI INFORMADA EN EL AMBITO DE LA VIDA PRIVADA DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN IT. LA INTERVENCIÓN DE LAS AGENCIAS PRIVADAS DE INVESTIGACIÓN 72
4. EL ACCESO AL PROCESO LABORAL DEL INFORME DEL DETECTIVE 77
5. BIBLIOGRAFÍA 83

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 85

LA INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE COVID-19. DESBORDAMIENTO DEL CONCEPTO TRADICIONAL DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y HERMENÉUTICA CONVENCIONAL (COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA CUARTA, DE 20 DE ENERO DE 2022) 87
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS
ANDRÉS URBANO MEDINA

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO 87
2. LA CONCEPCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO COMO ELEMENTO PARA ENTENDER EL FALLO DE LA SENTENCIA 88
3. LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: UNA APROXIMACIÓN 98
4. INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE COVID-19. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA PARA LA INCAPACIDAD TEMPORAL .. 102
5. LA POLÉMICA JUDICIAL EN TORNO A LA INTERPRETACIÓN CONVENCIONAL DE LAS MEJORAS DE INCAPACIDAD TEMPORAL 103
6. LAS REGLAS PARA LA INTERPRETACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 104

LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR UNA ENFERMEDAD GRAVE EN LOS SUPUESTOS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO DE LOS PROGENITORES 109
MANUELA DURÁN BERNARDINO

1. APROXIMACIÓN GENERAL A LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE. CONFIGURACIÓN JURÍDICA 109
2. REQUISITOS PARA SER BENEFICIARIO DE LA PRESTACIÓN 112
3. CONTENIDO 114
4. NACIMIENTO, DURACIÓN, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN 114
5. ESPECIAL REFERENCIA A LA STS 3148/2021, DE 20 DE JULIO 116
6. REFLEXIÓN FINAL 122
7. BIBLIOGRAFÍA 123

EL INGRESO MÍNIMO VITAL ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL PROBLEMA DE LA DELIMITACIÓN COMPETENCIAL (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA NÚM. 158/2021, DE 16 DE SEPTIEMBRE) 125
ÁNGELA MARTÍN-POZUELO LÓPEZ

1. INTRODUCCIÓN 125
2. BREVE REFERENCIA AL PROCESO DE "ASISTENCIALIZACIÓN" DE LA SEGURIDAD SOCIAL 127
3. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS 128
4. EL TÍTULO COMPETENCIAL DEL IMV Y SU EXAMEN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 132
5. LA TRANSFERENCIA DEL IMV A LOS TERRITORIOS FORALES Y SU PRÓXIMO EXAMEN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 139
6. CONCLUSIONES 141
7. BIBLIOGRAFÍA 142

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 145

EL NUEVO GOBIERNO ALEMÁN PLANEA SUSTITUIR EL «HARTZ IV» POR UN «SUBSIDIO PARA EL CIUDADANO». ¿CAMBIO DE PARADIGMA EN EL DERECHO DE LA GARANTÍA EXISTENCIAL O ADAPTACIÓN LEGAL INEVITABLE? 147
MARIA PANNENBERG

1. INTRODUCCIÓN 147
2. IMPLANTACIÓN DEL «HARTZ IV» - UNA MIRADA RETROSPECTIVA 148
3. «ATREVERSE A MÁS PROGRESO» - EL CONTRATO DE COALICIÓN 150
4. CONCLUSIÓN 155
5. BIBLIOGRAFÍA CITADA 156

COORDINACIÓN DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES EN LA UNIÓN EUROPEA 159
VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

1. INTRODUCCIÓN 159
2. EL SISTEMA DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA 160
3. EL REGLAMENTO 883/2004 Y SUS ÁMBITOS DE APLICACIÓN 161
4. LAS PRESTACIONES FAMILIARES EN EL SISTEMA DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL EUROPEO 163
5. PRINCIPIOS APLICABLES A LAS PRESTACIONES FAMILIARES 167
6. PROPUESTA DE REVISIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA AL SISTEMA DE COORDINACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL 168
7. PROPUESTA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA MODIFICACIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL 169
8. CONCLUSIÓN 170
9. BIBLIOGRAFÍA 171

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 173

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

1. CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS 175
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL 195
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 205
4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS 207

CRÓNICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL 209

DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL PRIMER TRIMESTRE DE 2022 211
ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA

1. CONTINGENCIA 211
2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES 212
3. NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR 215
4. INCAPACIDAD PERMANENTE 217
5. JUBILACIÓN 218

6. INGRESO MÍNIMO VITAL 224

NOVEDADES NORMATIVAS Y DE GESTIÓN DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 227
JAVIER AIBAR BERNAD

CRÓNICA DE ACTUALIDAD DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DE SEGURIDAD SOCIAL 241

LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DEL ARTÍCULO 1 DE LA DIRECTIVA 2020/1057 (LEX SPECIALIS) SOBRE DESPLAZAMIENTOS EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE INTERNACIONAL POR CARRETERA 243
MANUEL VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ

1. LAS RAZONES PARA ELABORAR UNA "LEX SPECIALIS" SOBRE EL DESPLAZAMIENTO EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE POR CARRETERA 243
2. EL ÁMBITO DE LA DIRECTIVA 2020/1057 247
3. LAS MODALIDADES DE TRANSPORTE Y SU TRATAMIENTO COMO DESPLAZAMIENTO EN LA DIRECTIVA Y LA LEY DE TRANSPOSICIÓN 248
4. LAS COMUNICACIONES DE DESPLAZAMIENTO DE LOS CONDUCTORES DE TRANSPORTE POR CARRETERA 250
5. LAS OBLIGACIONES DOCUMENTALES DE LOS TRANSPORTISTAS Y SU CONTROL POR LAS AUTORIDADES 255
6. NORMAS ESPECIALES SOBRE SALARIOS Y VACACIONES 256
7. NORMAS ESPECIALES PARA EL CÓMPUTO DE LA DURACIÓN DE LOS DESPLAZAMIENTOS 257
8. REGULACIÓN DE LOS SUPUESTOS EXCLUIDOS DE LA LEX SPECIALIS 257
9. NORMAS ESPECÍFICAS PARA PAÍSES TERCEROS 258
10. LA APLICACIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL PARA LOS CASOS DE FRAUDE EN EL DESPLAZAMIENTO 259
11. A MODO DE CONCLUSIÓN 259

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL 265

BALANCE LABORAL DE DOS AÑOS DE PANDEMIA 267
SANTOS M. RUESGA
ANA I. VIÑAS

1. IMPACTO DE LA PANDEMIA EN EL EMPLEO 268
2. BALANCE DEL EMPLEO TRAS DOS AÑOS DE PANDEMIA 271
3. INSTRUMENTOS DE SOSTENIMIENTO DEL EMPLEO EN LA PANDEMIA 276
4. LA OTRA CARA: EL DESEMPLEO 281
5. REFLEXIONES E IMPLICACIONES PARA LAS POLÍTICAS 283
6. REFERENCIAS 285

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 287

MAXIMILIANO ARBOLEYA MARTÍNEZ (1870-1951): EL CATOLICISMO SOCIAL AVANZADO: LA POLÍTICA DE REFORMA SOCIAL DESDE LA DEMOCRACIA CRISTIANA 289
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

1. ELEMENTOS DE UNA BIOGRAFÍA INTELECTUAL 289

2. CATOLICISMO SOCIAL, DEMOCRACIA CRISTIANA Y PROBLEMA SOCIAL. EL MARCO DE REFERENCIA IDEOLÓGICO 294
3. PENSAMIENTO SOCIAL CRISTIANO Y "SINDICALISTA" DE ARBOLEYA 302
4. BIBLIOGRAFÍA.....307

Editorial

Laborum

nº 31 (2º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 - ISSNe: 2387-0370

Luces y sombras del complemento de brecha de género (Complemento de maternidad de 1995 *versus* complemento de brecha de género de 2021)

Lights and shadows of the gender gap supplement (1995 Maternity Supplement versus 2021 Gender Gap Supplement)

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Director de la Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum
Director de la Revista Crítica de Relaciones Laborales Laborum
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

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

Cita sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. "Luces y sombras del complemento de brecha de género (Complemento de maternidad de 1995 versus complemento de brecha de género de 2021)". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 31 (2022):* 13-30.

¿De dónde vienes, amor, mi niño?
De la creta del duro frio.
¿Qué necesitas, amor, mi niño?
La tibia tela de tu vestido
...
Te diré, niño mío, que sí,
tronchada y rota soy para ti.
¡Cómo me duele esta cintura
donde tendrás primera cuna!
¿Cuándo mi niño, vas a venir

(Federico García Lorca)[1]

La abolición del derecho maternal fue la gran derrota histórica del sexo femenino en todo el mundo

(Federico Engels)[2]

La igualdad hacia la mujer es progreso para todos

(Ban Ki-moon, ex Secretario General de la ONU)

[1] GARCÍA LORCA, F.: *Yerma*, Alicante, Biblioteca Virtual Cervantes, 2017.
[2] ENGELS, F.: *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Colección clásicos del marxismo, Fundación Federico Engels, 1.ª edición, 2006, Madrid, p. 64.

Primera parte. El establecimiento de un complemento por maternidad

El 14 de mayo de 2015, el Gobierno de España aprobó el Plan Integral de Apoyo a la Familia para el período 2015-2017, recogiendo dentro de su línea estratégica número 3 "Apoyo a la maternidad y entorno favorable a la vida familiar" y como medida de apoyo a la maternidad, se proponía:

"80. Incrementar la cuantía inicial de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad de las madres que hayan tenido 2 o más hijos desde 1 enero 2016: Madres con 2 hijos: incremento del 5%.

Madres con 3 hijos: incremento del 10%.

Madres con 4 o más hijos: incremento del 15%.

En el caso de que la pensión inicial superase el límite máximo, el complemento se determinará aplicando el porcentaje correspondiente a dicho límite."

El Consejo de Ministros de 5 de junio de 2015 acordó trasladar a la Comisión del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados una propuesta *"... para reconocer la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que compatibilizan su carrera profesional con la maternidad. n concreto, se apuesta por introducir un complemento adicional a la cuantía de las altas de pensiones contributivas -de Jubilación, Viudedad e Incapacidad Permanente- de las mujeres que han tenido dos o más hijos…*"[3]

Dicho porcentaje adicional coincidía con lo indicado anteriormente en la medida 80. Y se razonaba sobre su funcionamiento en que operaba una vez calculada la nueva pensión, de acuerdo a las reglas de cálculo para cada prestación, se aplicaría el porcentaje correspondiente en función del número de hijos. Y el resultado será el importe de la pensión incrementado en esa cantidad. Expresamente se señalaba que se dirigía especialmente a las mujeres con carreras de cotización suficientes para generar una pensión, es decir a mujeres trabajadoras y con residencia continuada en España.

De igual forma se añadía que el efecto de la medida era acumulativo. Por tanto, en 2017 se beneficiarían las altas de pensionistas de 2016 que siguieran vivas más las altas propias del ejercicio; en 2018, las altas de pensionistas de 2016 y 2017 que siguen vivas más las producidas en el año, y así sucesivamente:

TIPO DE PRESTACIÓN	2016	2017	2018	2019
Jubilación	45.882	88.914	128.100	165.773
Incapacidad Permanente	18.618	38.047	54.278	70.613
Viudedad	58.857	114.990	168.447	219.119
TOTAL BENEFICIARIAS	**123.357**	**241.951**	**350.825**	**455.504**

De interés también es la indicación de que la propuesta respondía a una cotización demográfica que reconoce el esfuerzo de las mujeres trabajadoras con hijos en forma de un incentivo económico que contribuya a cerrar la brecha de género a la hora de generar pensiones.

Con esta medida, la Seguridad Social quería reconocer la aportación de las familias como elemento clave para la sostenibilidad futura del sistema de pensiones, que al ser un sistema de

[3] Véase la referencia del Consejo de Ministros de dicha fecha, accesible en https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2015/refc20150605.aspx. Ver también el Informe sobre el complemento de maternidad en las pensiones contributivas, elaborado por el Ministerio de la Presidencia de fecha 9 de junio de 2015.

reparto y de solidaridad intergeneracional depende obviamente, además del empleo de la evolución demográfica.

La previsión era que el complemento se financiará anualmente como una cuantía adicional de pensión con cargo al sistema contributivo y, por tanto, al Presupuesto de la Seguridad Social[4].

Por otro lado, se recordaba que el propio Pacto de Toledo, en su Recomendación 17ª de 2011, abogaba por reconocer el esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social[5]. En este sentido se recordaba que se orientan también las Recomendaciones de la Unión Europea que señalan el reconocimiento de la natalidad como eje de futuro del Sistema, de forma que se ayude a prevenir situaciones de desprotección de la mujer ante insuficiencias de pensiones futuras[6].

Se añadía además, que algunos países de nuestro entorno habían adoptado medidas que también incorporan para la valoración final de la pensión a recibir, no sólo la cotización económica, sino el concepto de "cotización demográfica", reconociendo el esfuerzo realizado por las mujeres en la tenencia y cuidado de hijos a costa de su actividad laboral. Se reconoce que actualmente existen medidas (como el reconocimiento de periodos como cotizados, a efectos de pensiones de jubilación e incapacidad) y prestaciones que tratan de compensar los efectos adversos en la carrera laboral producidos con la maternidad (como la propia prestación por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia, parto múltiple), si bien no suponen un incentivo real a la maternidad.

La pensión final incorpora el concepto de *"cotización demográfica"*: es decir, se tiene en cuenta el número de hijos que se aportan, clave para la sostenibilidad futura del sistema en la medida en que se trata de futuros cotizantes, y no sólo la cotización económica tradicional. Y por ello se considera que de este modo, el sistema reconocerá a las mujeres trabajadoras pensiones más altas, a mayor número de hijos.

Se considera que esta propuesta no modificaba en modo alguno la esencia de nuestro sistema de seguridad social y respetaba los requisitos exigidos por la normativa para el reconocimiento y cálculo de las pensiones contributivas. Lo que hace es utilizar un criterio de *"contributividad ampliada*" en la medida en que no tiene en cuenta sólo la cotización económica, sino que incorpora una nueva cotización, hasta ahora olvidada o cuando menos situada en un segundo plano. Considerando, que esta cotización demográfica reforzaba el principio de contributividad, ya que sólo se reconocerá cuando en la solicitante concurran los requisitos exigidos para generar derecho a la pensión y además sólo impacta sobre la cuantía final de la pensión de que se trate.

Finalmente, se aludía que suponía una fórmula para corregir la *"doble penalización"* sobre las mujeres trabajadoras como consecuencia de la maternidad: salarios más bajos o carreras de cotización más cortas o discontinuas; y b) mayor recurso al "tiempo parcial", en definitiva a pensiones más reducidas para las mujeres.

---

[4] El coste estimado se distribuiría así:
-Año 2016: 51.616.277,73 €
-Año 2017: 150.244.798,84 €
-Año 2018: 242.529.539,31 €
-Año 2019: 329.332.285,55 €

[5] Recomendación Decimoséptima del Pacto de Toledo:
"La Comisión entiende que el sistema debe valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en tanto en cuanto se ha constatado la existencia de retribuciones diferenciadas, de mayores periodos de interrupción por cuidados de hijos o familiares en situación de dependencia, o de mayores limitaciones en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, entre otras discriminaciones que gravan más intensamente a las mujeres que a los hombres".

[6] Se refiere al Libro Blanco Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles, Bruselas, 16-2-2012 (accesible en https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=7341&langId=es) y Libro Verde en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros, Bruselas 7-7-2010 (accesible en https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=5551&langId=es).

La disposición final 2.1 de la Ley 48/2015, de 29 octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2015 incorporó un art. 50 bis al texto refundido de la LGSS de 1994 que llevaba como rúbrica "*Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social",* que será aplicable a las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente que se causaran a partir de 1-1-2016 y cuyo titular sea una mujer, según establecía expresamente la disposición final tercera de la propia Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2015.

Su puesta en funcionamiento y desarrollo no fue muy controvertido a excepción de la cuestión relativa a si era discriminatorio para el hombre al quedar excluido de su acceso y también en relación a que la aportación demográfica solo era valorada a partir del segundo hijo[7].

Las controversias en el ámbito de la gestión quedaron limitadas a:

1) La procedencia o no de su reconocimiento en caso de que el nacido no llegará adquirir la personalidad civil.

En este caso la administración de la Seguridad Social entenderá que dado que el bien jurídico protegido por el complemento por maternidad previsto en el artículo 60 de la LGSS no es el hecho del parto en sí mismo, sino la necesidad de paliar las consecuencias negativas que las mujeres experimentan en su vida laboral -con el correspondiente reflejo en las prestaciones de la Seguridad Social- como consecuencia de tener hijos biológicos o adoptados; circunstancia que, por otra parte, constituye una aportación demográfica a la Seguridad Social fundamental para el sostenimiento del sistema de Seguridad Social cuya financiación está basada en el reparto[8].

2) Beneficiaria del complemento por maternidad en caso de hijo dado en adopción

Se tenía en cuenta que una vez constituida la adopción, la filiación del hijo -y la responsabilidad de su cuidado- es la madre adoptiva, será esta y no la biológica, la mujer trabajadora a la que el precepto dispensa la protección paliando los efectos negativos de la discriminación laboral consecuencia del cuidado de los hijos. Se considera que no hay ningún obstáculo para considerar que el cuidado de los hijos adoptados es, en un sentido amplio, aportación demográfica al sistema de la Seguridad Social. En definitiva, son hijos computables para determinar la cuantía del complemento por maternidad son aquellos cuya filiación esté determinada a favor de la beneficiaria de la pensión en el momento del hecho causante, independientemente de que se trate de filiación biológica o por adopción[9].

3) Hijo nacido o adoptado en el extranjero

La cuestión relativa a si cabe exigir o no que el hijo haya nacido o sea adoptado en España, es resuelta asumiendo la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia núm. 52, siempre que con anterioridad al hecho causante de la prestación sobre la que se calcule el complemento y de conformidad con lo previsto en el artículo 9.5 del Código Civil, la adopción constituida por autoridades extranjeras haya surtido efectos en España con arreglo a las disposiciones de la Ley 5/2016, de 14 de junio, de Adopción Internacional[10].

4) Determinación del hecho causante.

La posibilidad de que la beneficiaria pueda llegar a "elegir" la fecha del hecho causante fue también contemplada. Se trata del supuesto de mujeres cuyo cese en el trabajo se hubiera producido

[7] En este sentido puede verse SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "Complemento por maternidad y pensiones contributivas: las olvidadas madres del baby boom y las madres con hijos únicos", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 4, nº.1, págs. 1-2.

[8] Criterio de gestión 24/2017, de 30 de octubre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

[9] Criterio de gestión 1/2018, de 1 de febrero, de la Subdirección de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

[10] Criterio de gestión 27/2016, de 15 de diciembre, de la Subdirección de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

en el año 2015 reuniendo en ese momento los requisitos de edad y cotización para acceder a la pensión de jubilación, pero esperen a solicitar la prestación en 2016, fecha en la ya estaba en vigor el complemento y se pueda entender causado el derecho a dicha pensión en la fecha de la solicitud siempre que la trabajadora así lo solicite, accediendo a la prestación desde situación de no alta o, en su caso, de asimilada al alta, permitiendo de este modo lucrar el complemento por maternidad. El criterio del centro directivo es contrario ya que, causada la pensión de jubilación en el momento del cese en el trabajo en 2015, es decir, en la condición de alta, no existe motivo alguno para reconocer la pensión desde situación de no alta o asimilada a la de alta cuando la pensión se solicita posteriormente en 2016, pues habiéndose producido ya el hecho causante el mantenimiento del derecho a la misma es imprescriptible. Si bien entiende que si después de cesar en el trabajo en 2015, cumpliendo todos los requisitos de carencia y edad para obtener la edad de jubilación y fijado un hecho causante en ese momento, la trabajadora vuelve a trabajar en 2016, pues en ese caso sí que las circunstancias a tener en cuenta han cambiado y la situación a proteger es otra distinta, ya que tienen que computarse nuevas cotizaciones y debe tomarse en consideración una fecha de cese en el trabajo posterior, con lo que se conforma un nuevo hecho causante el cual determina la aplicación del régimen jurídico de la pensión de jubilación vigente en la fecha en que se produce[11].

5) Viabilidad de su renuncia

La cuestión planteada era es si cabía o no renunciar a dicho complemento, en tanto en cuanto puede ir ello en contra de lo previsto en el art. 3 LGSS[12] (El centro directivo recuerda que se viene admitiendo la renuncia a prestaciones de la Seguridad Social siempre que tenga por finalidad adquirir un derecho a otra prestación de Seguridad Social más favorable y que ello no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros (artículo 6.2 del Código Civil[13].

2.ª Parte. La Sentencia del TJUE de 12 diciembre de 2019 (asunto C-450/18)

Dicha sentencia partía de una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 Tratado Fundacional de la Unión Europea (TFUE), por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona, mediante auto de 21 de junio de 2018, en procedimiento entre "WA" y el INSS, teniendo como objeto la interpretación del artículo 157 TFUE y de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación[14]). Esta petición se había presentado en el contexto de un litigio entre WA, padre de dos hijas, y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), en relación con la negativa a concederle un complemento de pensión que perciben las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados. Lo que se le pedía al TJUE era que se pronunciara si la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que, debido a la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, establece el derecho a un complemento de pensión para aquellas que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema nacional de Seguridad Social, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión. Como ya es conocido el TJUE se pronunció en el sentido de considerar que había un trato discriminatorio y que la norma española se oponía a tal Directiva 79/7[15].

---

[11] Criterio de gestión 9/2016, de 30 de mayo, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

[12] El art. 3 de la LGSS dice así:
"Irrenunciabilidad de los derechos de la Seguridad Social:
Será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador renuncie a los derechos que le confiere la presente ley".

[13] Criterio de gestión 8/2017, de 18 abril de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica.

[14] DO 2006, L 204, p. 23

[15] Véase un análisis de urgencia en MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento de maternidad en las *(...)*

No parece que el INSS aceptara en toda su dimensión el fallo del TJUE, ya que argumentando que: a) La sentencia del TJUE se refería estrictamente a la incompatibilidad del artículo 60 del LGSS con la Directiva 79/7/CEE respecto de la pensión de incapacidad permanente -sic-; y b) El pronunciamiento del TJUE conllevaba la necesaria modificación, mediante una norma con rango de ley, de la regulación del complemento por maternidad contenida en el artículo 60 del LGSS, estableció las siguientes pautas de actuación:

> *"1. Hasta que se proceda a la modificación legislativa necesaria para adaptar el artículo 60 del TRLGSS al pronunciamiento del TJUE se establecen, de conformidad con el informe emitido por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) de fecha 27 de enero de 2020, las siguientes pautas de actuación de esta entidad gestora: El complemento establecido para las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad, regulado en el artículo 60 del TRLGSS, en tanto no se lleve a cabo la correspondiente modificación legal del citado artículo, se seguirá reconociendo únicamente a las mujeres que cumplan los requisitos exigidos en el mismo, tal como se viene haciendo hasta la fecha.*
>
> *2 Lo establecido en el apartado uno debe entenderse lógicamente sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconozcan el citado complemento de pensión a los hombres, y de la obligación de iniciar el pago de la prestación cuando exista sentencia de un juzgado de lo social o tribunal de justicia condenatoria y se interponga el correspondiente recurso, de conformidad con lo previsto en el artículo 230.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social".*

Obligando a pleitear absurdamente a todo hombre con derecho a tal complemento[16].

3.ª Parte. Un nuevo complemento de pensiones: Complemento de pensiones contributivas para reducir la brecha de género.

El art. 1 del RD-ley 3/2021, de 2 febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos social y económico, modifica la LGSS en los siguientes términos[17]:

a) Una nueva redacción al art. 60 LGSS que ahora pasa a denominarse "*Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género".*

b) Se añaden dos nuevas Disposiciones adicionales a la LGSS:

— Trigésima sexta, que lleva como rúbrica *"Financiación del complemento de pensiones contributivas parda la reducción de la brecha de género*".

---

pensiones no debe ser solo para las mujeres (a propósito del al STJUE de 12 de diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18. Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social", editorial Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum, n.º 22, 2020, págs. 13-24. Para la evolución del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género, véase la excelente obra de VIVERO SERRANO, J.B.: *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género,* Granada, Comares, 2021, *passim.*

[16] Y a favorecer ofertas de profesionales para la tramitación de peticiones de varones pensionistas, como: *"…Abogados lleva más de 400 casos de varones retirados de enero de 2016 a febrero de 2021 con dos o más hijos a lograr una subida de hasta el 15% de su pensión. El Supremo reconoce el efecto retroactivo"* (accesible en https://lomoabogados.com/blog/2022/02/se-incrementa-la-avalancha-de-jubilados-para-pedir-el-complemento-de-paternidad/. O noticias en los medios de comunicación como: "Avalancha de jubilados que van a juicio para pedir el complemento de maternidad en Vigo" (accesible en https://lavozdegalicia.es).

[17] Un análisis de urgencia puede verse en MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras en favor de determinados colectivos", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n.º 27, 2021, págs. 11-23.

— Trigésima séptima, que lleva como título "*Alcance temporal del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género".*

c) Y se añade una nueva disposición transitoria, la trigésima tercera a la LGSS, *denominada "Mantenimiento transitorio del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social".*

La exposición de motivos justificaba la reforma en los siguientes términos:

-Que la STJUE de 12-12-2019 había puesto de manifiesto la defectuosa configuración legal del citado complemento en tanto compensación por aportación demográfica. Y 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.

-Que la brecha de género constituye la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas. En este sentido, se constata que la maternidad afecta decisivamente a la trayectoria laboral de la mujer en su etapa en activo y es esta una, si no la más importante, causa de esa brecha: cuanto mayor es el número de hijos, menor es el número de años cotizados, menor es la proporción de contratos a tiempo completo o equivalente, y menor es, en última instancia, la pensión reconocida.

Y en cuanto al nuevo diseño se indica en la exposición de motivos que:

-El nuevo complemento va dirigido a la reducción de la brecha de género en el que el que el número de hijos es el criterio objetivo que se utiliza para articular la medida por cuanto su nacimiento y cuidado es la principal causa de la brecha de género.

-No obstante, se hace dejando la puerta abierta a que aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados tengan acceso al «complemento». Es decir, que se combina una acción positiva en favor de las mujeres (si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, el «complemento» lo percibe la mujer) con la previsión de una «puerta abierta» para aquellos hombres que puedan encontrarse en una situación comparable.

-En coherencia con este planteamiento, el nuevo complemento económico tendrá un carácter temporal temporal y se vincula a la consecución del objetivo de reducir la brecha de género en las pensiones contributivas de jubilación por debajo del 5 por ciento.

- Y que la reconfiguración del citado complemento había sido debatida por el Gobierno en el marco del diálogo social con los interlocutores sociales, cuyas aportaciones han servido para incorporar importantes mejoras en el diseño y regulación de este instrumento, reforzando así la legitimidad social de la reforma.

En las bondades del nuevo complemento y en su crítica al anterior elaborado se ha explayó el Gobierno[18] y también algunos interlocutores sociales. De entre estos últimos podría señalarse el

[18] Ver *Informe sobre el impacto de complemento para la reducción de la brecha de género (2021-2022),* de 8 de marzo de 2022, elaborado por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, por ejemplo:
-Diapositiva 1. El nuevo complemento para la reducción de brecha de género tiene su origen en corregir una situación discriminatoria 1) Necesidad de corregir la situación creada por la Sentencia del TJUE de 12/12/2019 que declara que el complemento de maternidad (en realidad por aportación demográfica) creado por el PP tiene una configuración discriminatoria, y por tanto ha de ser extendido a los hombres.
-Diapositiva 2. El complemento de maternidad tenía importantes problemas de diseño (y cita): Excluye a madres de un solo hijo, y la STJUE de 12/12/2019 impide que el complemento por aportación demográfica se limite a las mujeres. Su extensión a los hombres contribuirá a incrementar la brecha de género".
O diapositiva 11 que recoge las siguientes conclusiones:
1.El nuevo El nuevo complemento para la reducción de la brecha de género ya llega a más de 190.000 beneficiarias. 19 de cada 20 son mujeres

(...)

realizado por CC.OO. en su *"Estudio de impacto del nuevo Complemento de pensiones contributivas para reducir la brecha de género (art. 60 LGSS), regulado en el RD-Ley 3/2021, como resultado del proceso de debate y negociación en el ámbito del Diálogo Social"* de 3 de febrero de 2021. Las críticas al anterior complemento (ya se analizarán las supuestas bondades) se centran básicamente en[19]:

-La imposición del ejecutivo del Partido Popular que de forma unilateral estableció este complemento de maternidad con limitaciones técnico-jurídicas y con una errónea orientación centrada en disimular el verdadero objetivo de luchar contra la brecha de género en una pretendida "aportación demográfica".

-Que partía de una concepción tradicional de la familia, excluyendo a las madres con un solo hijo y a los hombres dedicados a su cuidado.

-Que excluía a las mujeres que se jubilaran de forma anticipada.

Con estas consideraciones de CC.OO. se podrá estar de acuerdo o no pero no son muy coherentes con la opinión que de dicho complemento por maternidad se tenía en marzo de 2018 en su informe *"La brecha de género en el sistema de protección social (desempleo y pensiones"* que se expresaba así[20]:

…

Desde CCOO criticamos en su día el diseño de la medida, no tanto por su objetivo ***(que compartimos)*** *sino porque no modula el nivel de ayuda en función de la necesidad de cada caso (se aplica por igual a quienes tienen pensión mínima y máxima, a quienes han visto interrumpida su carrera profesional o minorado su salario, y a quienes no se vieron afectadas en este sentido); así como también por el hecho de que excluyese nuevas formas de familia, a casos como las familias monomarentales con un único hijo y a todas las mujeres que habían causado prestaciones antes de la entrada en vigor de la norma. Finalmente, defendimos que esta medida fuera acompañada de financiación adicional a la Seguridad Social, desde el presupuesto del Estado, más aún en el entorno actual de desequilibrio entre ingresos y gastos del conjunto de la Seguridad Social.*

Más allá del esfuerzo que el Gobierno ha hecho por publicitar las virtudes de la medida, los datos que la Seguridad Social ha hecho públicos arrojan un saldo limitado. Si bien entre 2016 y 2017 se reconocieron este tipo de complementos a un total de 317.029 nuevas pensiones, lo que equivale al 55% de las reconocidas a mujeres, la cuantía media del complemento ha sido de 56,17 euros/mensuales. Un resultado relevante, aunque menos intenso del que consiguen otras medidas mucho más efectivas en la reducción de la brecha de género como, por ejemplo, los complementos a mínimos."

4.ª Parte. Novedades destacables del nuevo complemento de brecha de género

En esta secuencia de política jurídica, con arreglo al art. art. 60 LGSS (redactado por el apartado uno del art. 1 del RD-ley 3/2021, de 2 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) se establece *ex novo* un complemento en la pensión de jubilación para la reducción de la brecha de género. De este modo, las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, tendrán derecho a un complemento por cada

2. Cubre ya a más de 40.000 pensionistas con un solo hijo que no recibían complemento de maternidad.

3. Se distribuye equitativamente entre todos los tipos de pensiones, eliminando la fuerte regresividad del complemento de maternidad anterior.

4. El despliegue del complemento contribuye al progresivo cierre de la brecha de género en pensiones, que habría sufrido un retroceso con el mantenimiento del complemento de maternidad tras la sentencia del TJUE.

[19] Páginas 1-6.

[20] Página 22.

hijo/a, debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres. El derecho a este complemento se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor y si este otro es también mujer, se reconocerá a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía. Los hombres podrán tener también derecho al reconocimiento de este complemento siempre que concurra alguno de los requisitos previstos en el art. 60 LGSS. El importe del complemento se fijará cada año en la LPGE; así, para el año 2022 será de 28 euros mensuales y se reconocerá a las pensiones causadas a partir de la entrada en vigor del RD-ley 3/2021, de 2 de febrero (disp. adic. primera del RD-ley 3/2021).

Una lectura atenta del *Pacto de Toledo de 2020* (que constituye una Declaración de política del Derecho del propio Congreso de los Diputados, no simplemente ya un Informe de una Comisión, que también lo es[21]) mostró la preocupación por la brecha de género en las pensiones públicas[22]. El compromiso de defender el sistema de pensiones tiene que venir acompañado de medidas eficaces para corregir la brecha de género en las pensiones como factor sobre el que incidir de modo preferente. El compromiso político jurídico con el mantenimiento del sistema y de pensiones suficientes y adecuadas no debe antepone al compromiso con las mujeres y con su derecho a tener unos ingresos dignos en la etapa de mayor edad.

Como es sabido, la brecha entre las pensiones de jubilación de las mujeres y de los hombres dadas de alta en 2018 fue del 34,22%, con un importe medio de 915,33 € para las de las mujeres. Sin embargo si tenemos en cuenta todas las pensiones de jubilación en vigor para ese mismo año de referencia, la diferencia asciende al 54,66%, con un importe medio de pensión de 825,48 € para las mujeres. Los porcentajes de brecha son lo suficientemente escandalosos, y conocidos. Se echa en falta que las Recomendaciones del Pacto de Toledo hubiera realzado de manera más concreta ese deber del poder público de corregir la brecha de género en las pensiones como compromiso y principio de acción básico.

Es manifiesto que las mujeres sufren una discriminación en materia de pensiones y es obligación del Estado eliminarla con medidas que tiendan a la equiparación de las cuantías. De ahí que debería haberse establecido una *Recomendación específica del Pacto de Toledo* en el sentido de asumir el compromiso de reducir la brecha de las pensiones entre mujeres y hombres como objetivo transversal para todas las medidas que se adopten vinculadas a la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones en cumplimiento de los principios de solidaridad social y entre generaciones. Pero no sólo eso, sino también -más allá de declaraciones de intenciones- establecer un haz de medidas de acción y actuación positiva de los poderes públicos para eliminar o, al menos, tender a reducir dicha brecha discriminatoria en el sistema de pensiones públicas (lo que se impone deducir, entre otras disposiciones fundamentales, del grupo normativo formado por los artículos 14, 9.2, 10, apartados 1º y 2º, y evidentemente, en relación a ellos, los artículos 41 y 50 de nuestra Constitución, que consagran la garantía constitucional de pensiones suficientes y adecuadas para todos las personas en condiciones de igualdad tanto en sentido jurídico-sustancial como jurídico-

[21] El Pleno aprueba el informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo 19/11/2020. El Informe consiguió el respaldo de 262 diputados, con 2 votos en contra y 78 abstenciones. El Informe constató en relación a la brecha de género años 2013-2020, que "el complemento de maternidad contribuyó a la reducción de la brecha de género".

[22] Paradigmáticamente, la Recomendación 11 (*Contributividad*), conforme a la cual "En línea con contenidos anteriores del Pacto de Toledo y con experiencias del entorno europeo, la Comisión constata la necesidad de preservar y reforzar el principio de contributividad, entendido como la existencia de una relación equilibrada entre el importe de la prestación reconocida y el esfuerzo de cotización previamente realizado por cada trabajador.
Paralelamente, la consecución de este objetivo debe, primero, combinarse con el principio de solidaridad en su triple dimensión generacional, sectorial y territorial, permitiendo una mejora de las pensiones más bajas que no desincentive el deber de cotizar; y, segundo, debe evitar las consecuencias negativas sobre la brecha de género en materia de pensiones a través de las fórmulas recogidas en la *Recomendación «Mujer y Seguridad Social»*. Este tipo de medidas debe financiarse mediante la consignación presupuestaria correspondiente, con cargo a la tributación general y sin afectar, en modo alguno, a las cotizaciones propias de la Seguridad Social […]".

formal). El sistema público de pensiones tiene que garantizar efectivamente pensiones suficientes y socialmente adecuadas que corrijan la brecha de género (la cual, por otra parte, está vinculada causalmente a las precarias e inestables trayectorias laborales y las carreras de aseguramiento social de las mujeres y los problemas derivados de una cierta inefectividad práctica -por lo fines de igualdad perseguidos- de los derechos de conciliación formalmente reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico-social).

El nuevo complemento presenta varias novedades respecto al anterior por maternidad, a destacar:

a) Distintos requisitos de acceso en atención al sexo del solicitante.

b) Se abonará a partir del primer hijo o hija, y no del segundo;

c) No será tenido en cuenta en la aplicación del límite máximo de pensiones;

d) Su importe no tendrá la consideración de ingreso o rendimiento de trabajo en orden a determinar si concurren los requisitos para tener derecho al complemento por mínimos; e) Alcanza a beneficiarios de jubilaciones anticipadas voluntarias.

e) Este complemento será aplicable, según lo dispuesto en la disposición adicional primera, en relación con la disposición final tercera del Real Decreto-ley 3/2021, a las pensiones que se causen a partir del 4 de febrero de 2021[23].

f) Su carácter temporal.

g) Mantenimiento transitorio del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social

Las principales características tipológicas -como nuevo instituto jurídico- de este nuevo complemento atendiendo a su régimen son las siguientes:

A) Exigencia de requisitos distintos en atención al sexo del solicitante

a) Mujeres

Tendrán derecho al complemento de pensiones contributivas las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad, debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres.

[23] El art. 2.2 del RD-ley 3/2021, añade también una DT décima cuarta del siguiente tenor:
«Disposición transitoria décima cuarta. Mantenimiento transitorio del complemento por maternidad en las pensiones de Clases Pasivas.
Quienes, en la fecha de entrada en vigor del complemento para la reducción de la brecha de género prevista en la disposición adicional decimoctava, estuvieran percibiendo el complemento por maternidad mantendrán su percibo. La percepción de dicho complemento de maternidad será incompatible con el complemento 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 u otro.
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 para la reducción de la brecha de género y le corresponda, por aplicación de lo establecido en la disposición adicional decimoctava de esta norma o por aplicación de lo dispuesto en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, 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; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta.»

El derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor y si este otro es también mujer, se reconocerá a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía

b) Hombres

Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento debe de cumplirse alguno de los siguientes requisitos:

a) Causar una pensión de viudedad por el fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad.

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:

1.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31-12-1994, tener más de 120 días sin cotización entre los 9 meses anteriores al nacimiento y los 3 años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los 3 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.

2.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1-1-1995, que la suma de las bases de cotización de los 24 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 24 meses inmediatamente anteriores, 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.

3.ª Si los dos progenitores son hombres y se dan las condiciones anteriores en ambos, se reconocerá a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

4.ª El requisito, para causar derecho al complemento, de que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor, se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma.

B) Efectos del reconocimiento del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género al segundo progenitor

El reconocimiento del complemento al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor y producirá efectos económicos 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; pasado este plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes.

Antes de dictar la resolución reconociendo el derecho al segundo progenitor se dará audiencia al que viniera percibiendo el complemento.

C) Cuantía y abono del complemento

El complemento tiene a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva.

Su cuantía se fijará en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado y será satisfecho en catorce pagas, junto con la pensión que determine el derecho al mismo[24].

Estará limitada a cuatro veces el importe fijado por hijo o hija.

El complemento se abonará en tanto la persona beneficiaria perciba la pensión. Ello supone que su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión de jubilación, incapacidad permanente o viudedad 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 las señaladas), el abono del complemento se mantendrá, quedando vinculado al de esta última.

Los complementos que pudieran ser reconocidos en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social serán incompatibles entre sí, siendo abonado en el régimen en el que el causante de la pensión tenga más periodos de alta.

D) Exclusiones

No se tendrá derecho a este complemento en los casos de jubilación parcial, a la que se refiere el artículo 215 y el apartado sexto de la DT. 4.ª disposición de la LGSS. No obstante, se reconocerá el complemento que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda.

E) Financiación

La financiación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género se realizará mediante una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social (DA. Trigésima sexta LGSS).

F) Temporalidad

El derecho al reconocimiento del complemento se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5 por ciento. Entendiendo por brecha de género de las pensiones de jubilación, el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres.

Con el objetivo de garantizar la adecuación de la medida de corrección introducida para la reducción de la brecha de género en pensiones el Gobierno de España, en el marco del Diálogo Social, deberá realizar una evaluación periódica, cada cinco años, de sus efectos. Una vez que la brecha de género de un año sea inferior al 5 por ciento, se derogará el artículo 60 del LGSS[25]

G) Otros aspectos a reseñar

La percepción del complemento estará sujeta además a las siguientes reglas:

-Cada hijo o hija dará derecho únicamente al reconocimiento de un complemento. 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.

-No se reconocerá el derecho al complemento al padre o a la madre que haya sido privado de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

[24] La DA. Primera del RD-ley estableció su importe para 2021 en 27 euros. Para el año 2022 la DA. trigésima novena dos de la Ley 22/2021, de 28 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, ha dispuesto que su cuantía será de 28 euros mensuales.

[25] DA. trigésima sexta de la LGSS.

Tampoco se reconocerá el derecho al complemento al padre que haya sido condenado por violencia contra la mujer, en los términos que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, ejercida sobre la madre, ni al padre o a la madre que haya sido condenado o condenada por ejercer violencia contra los hijos o hijas.

-El importe del complemento no será tenido en cuenta en la aplicación del límite máximo de pensiones previsto en los artículos 57 y 58.7 del LGSS.

-El importe de este complemento no tendrá la consideración de ingreso o rendimiento de trabajo en orden a determinar si concurren los requisitos para tener derecho al complemento por mínimos previsto en el artículo 59 del LGSS. Cuando concurran dichos requisitos, se reconocerá la cuantía mínima de pensión según establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. A este importe se sumará el complemento para la reducción de la brecha de género.

Cuando la pensión contributiva que determina el derecho al complemento se cause por totalización de períodos de seguro a *prorrata temporis* en aplicación de normativa internacional, el importe real del complemento será el resultado de aplicar a la cuantía a la que se refiere el apartado anterior, que será considerada importe teórico, la prorrata aplicada a la pensión a la que acompaña.

Quinta parte: Una valoración sobre el nuevo complemento por brecha de género y su convivencia con el complemento de maternidad

La primera impresión que se obtiene de la lectura de su régimen jurídico es que resulta farragoso, complejo y que deja "muchos cabos sueltos".

El que resulta complejo y confuso lo avala el hecho de que la propia administración de la Seguridad Social (la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS) en poco más de un año, ha tenido que establecer o fijar diez criterios de gestión[26], para: 1) Interpretación de los requisitos que el artículo 60 del LGSS exige a los hombres para que puedan ser beneficiarios del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y sobre si es posible que se pueda reconocerse a ambos progenitores en razón de unos hijos comunes diferentes (criterio 12/2022, de 20 marzo).

2) Aplicación de la DT. 33.ª de la LGSS[27] (criterio 31/2021, de 23 noviembre).

3) Si procede reconocer el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género que conlleva el reconocimiento de una pensión de las establecidas en el artículo 60 de la LGSS, en aquellos casos en los que por la misma no se percibe importe alguno por concurrir con otra pensión reconocida (del sistema de la Seguridad Social o de Clases Pasivas) que está

[26] Para el complemento por maternidad que entró en vigor en 1-1-2016, se conocen cuatro criterios: 1) Requisitos a reunir por el hijo nacido (criterio 24/2017, de 30 octubre); 2 Hijos biológicos dados en adopción (criterio 1/2018, de 1 de febrero); 3) Hijo nacido o adoptado en el extranjero (criterio 27/2016, de 15 de diciembre); 4) Sobre determinación del hecho causante (criterio 9/2016, de 30 de mayo). Al que habría que añadir el criterio 35/2021, de 2 de diciembre, de revisión del criterio 1/2020 que se mostraba contrario a la posibilidad de reconocimiento al hombre del complemento por maternidad pese a la sentencia del TJUE de 12-12-2019.
Un análisis detenido de los mismos puede verse en los números 26 a 30 de esta Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum, sección Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social a cargo de AIBAR BERNAD, J. y TRILLO GARCÍA, A.

[27] El tercer párrafo de la DT 33ª del TRLGSS establece lo siguiente:
"*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 de esta ley o de la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo ..".*

topada con el límite máximo de pensiones y por la que no se puede generar el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género (criterio 27/2021, de 8 octubre).

4) Hijos computables a efectos de percibir el complemento en caso de beneficiarias de pensión de viudedad (criterio 23/2021, de 10 agosto).

5) Entidad responsable en el reconocimiento y pago del complemento a tenor de lo dispuesto en los arts. 45.1, 66 y 80.2 a) LGSS (criterio 22/2021, de 30 agosto);

6) Validez de los vacíos de cotización que figuren en la vida laboral del trabajador a causa del disfrute de periodos de excedencia voluntaria por cuidado de hijos, así como de los vacíos utilizados para la aplicación del beneficio por cuidado de hijos, o en situación de cotización a varios regímenes, a efectos de entender cumplido el requisito establecido en el artículo 60.1.b).1ª de LGSS (criterio 21/2021, de 13 agosto).

7) Vinculación del complemento para la reducción de la brecha de género regulado en el artículo 60 de LGSS, cuando la pensión a la que complementa es la de jubilación (activa o flexible) compatible con el trabajo y se percibe, además, otra pensión de las previstas en el apartado 1 del citado artículo sobre pensión de jubilación compatibles con el trabajo concurrente con otra pensión (criterio 17/2021, de 27 de mayo).

8) Si, en los casos en los que por aplicación de las normas sobre compatibilidad y trabajo se suspende el percibo de una parte de la pensión de jubilación (como ocurre en 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 (criterio 15/2021, de 17 de mayo).

9) Cómputo del complemento para la reducción de la brecha de género regulado en el artículo 60 LGSS, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos relativos a los ingresos y cargas familiares exigidos para determinar la cuantía que corresponde percibir de pensión de viudedad; y límite de la cuantía complemento para la reducción de la brecha de género a percibir en caso de concurrencia de beneficiarios de la pensión de viudedad (criterio 12/2021, de 14 de mayo).

10) Sobre exigencia de hijos nacidos con vida para causar derecho al complemento, sobre hijos que pueden dar derecho -en relación con los hombres- e hijos que no en atención al vacío de cotización que se pueda haber producido (criterio 11/2021, 4 de mayo).

La segunda observación es la relativa a incluir dentro de la pensión contributiva a mejorar la de viudedad. Si partimos del supuesto más habitual (que el causante sea el hombre) no parece que en tal pensión de supervivencia haya tenido incidencia en la brecha de género en relación con la beneficiaria. Adviértase que no se exige como al hombre que los hijos lucren pensión de orfandad.

La tercera observación va referida a las exigencias al hombre para poder ser beneficiario de tal complemento. Se parte de una presunción en favor de la mujer, ella solo tendrá que acreditar haber tenido hijos (o haberlos adoptado) y a partir de aquí el acceso al complemento lo tiene garantizado. No tiene que acreditar que hubo incidencia en el acceso o mantenimiento de su carrera de seguro. Solo puede se verá perturbado, en el caso de que el otro progenitor sea también mujer, que hubiere sido privada de la patria potestad o condena por ejercer violencia contra los hijos. Incluso no le afecta el hecho de que al otro progenitor (si es hombre) le hubiere sido reconocido antes que a ella una pensión de incapacidad permanente o jubilación, a tenor de lo normado en el apartado 2 del art. 60 LGSS.

Al hombre se le exigen una serie de requisitos en atención a la pensión a completar. Si esta fuera la pensión de viudedad, deberá haber beneficiarios de pensión de orfandad. Lo cual lleva consigo a qué, si los hijos han cumplido la edad máxima en su percibo y no estuvieren incapacitados para el trabajo, sea de imposible complemento, con independencia de que el hombre pudiera haber visto afectada o no su carrera de seguro.

Si la pensión a completar fuera las de incapacidad permanente o jubilación entonces se le exige acreditar que su carrera de seguro se ha visto interrumpida o afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o la adopción, en unas extrañas condiciones en atención a la fecha del nacimiento antes de 31 de diciembre de 1994 o desde 1 de enero de 1995. En el primer caso va referida acreditar vacíos de cotización durante más de 120 días y en el otro a una incidencia en las bases de cotización en un determinado porcentaje. La razón no se explica *¿es qué la TGSS no tiene datos sobre bases de cotización anteriores a 1-1-2015?* La exigencia de vacíos completos de cotización (el art. 60. 1.b.1.ª LGSS dice "días sin cotización") es claramente perjudicial para el hombre en este aspecto.

Y finalmente, como cuarta condición, la pensión a reconocer al hombre tiene que ser inferior a la que corresponda al otro progenitor.

No es difícil aventurar dos fuentes de controversias en la aplicación de estos condicionamientos para el hombre: la primera vendrá determinada por lo antes noticiados condicionantes y si el hombre es objeto o no de discriminación no justificada. La otra será por la convivencia entre el "viejo" complemento por maternidad sin condicionamientos para el hombre y el nuevo complemento de brecha de género cuando con posterioridad lo solicite una mujer, la solución dada por la nueva DT 33.ª LGSS está por ver si no será fuente con continuas disputas.

En realidad, el problema (quizás el más relevante) en torno a la idoneidad de un complemento por maternidad (el implantado a partir de 1-1-2016) o un complemento de brecha de género (a partir de 4-2-2021) viene de un enconado debate ideológico, de aquellos que miran a otro lado cuando se les habla de brecha de género y aquellos otros que lo convierten en un dogma del que no cabe plantearse nada. Hay mucho prejuicio y poco debate de ideas. Parafraseando a Concepción Arenal "*Si en vez del anatema se empleara el análisis, se distinguiría lo cierto de lo falso, los reformadores de los charlatanes o de los fanáticos mientras que, contra toda reprobación no razonada de un lado, reacciona el aplauso sin razón de oro, y viendo que se combate muchas cosas buena, se admiten como tales las que son combatidas …"*[28].

Partiendo de la obviedad de que hay una brecha de género en materia de pensiones y de la necesidad de diseñar una estrategia para prevenir y en su caso eliminarlas[29] y que esto sería inabordable en este lugar, lo cierto es que se pueden formular algunas consideraciones sobre el diseño actual del complemento de brecha de género y como ha sido abordado en la reforma del art. 60 LGSS llevada a cabo en el año 2021.

El diseño del nuevo artículo 60 LGSS parte de que el nacimiento y cuidado de hijos tiene una incidencia en la carrera de seguro de una mujer, bien en su incorporación al mundo del trabajo o bien durante el mismo (podrá tener otras repercusiones para la mujer, pero desde la óptica de la Seguridad Social, el tema clave es este), por ello. si no hay hijos (bien concebidos o adoptados) ningún complemento a la pensión procederá. Y eso pese a su denominación y que pueda contribuir a la reducción de la brecha de género.

Se trata de un complemento de pensiones contributivas, limitándose a las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad. Y aquí, algo que ya se ha adelantado *¿tiene sentido incluir a la pensión de viudedad, teniendo en cuenta que es una prestación derivada, la situación de necesidad que esta cubre y las generosas reglas de compatibilidades que presenta*?

Como antes también se ha comentado el establecer una presunción sin más de que en todo caso hay una afectación de la carrera de seguro de una mujer por el mero hecho de haber tenido o adoptado un hijo puede ser razonable para un gran número de supuestos. Pero no necesariamente

[28] ARENAL, C.: *La mujer de su casa*, Gras y Compañía Editores, 1883, Madrid, pág. 13.

[29] Véase el Informe sobre la necesidad de una estrategia de la Unión para eliminar y prevenir la brecha de género en materia de pensiones (2016/2061 (INI)), 12 de mayo de 2017, Texto A8-0197/2017 (accesible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0197_ES).

siempre tiene que haber sido afectada o perjudicada la misma cuando, pensemos en la jubilación, se acceder a ella en su cuantía y porcentaje máximo. Por el contrario, para un hombre se le va a exigir en la práctica que la progenitora no lo perciba y él pueda acreditar que su vida laboral se haya visto afectadas en unos casos con vacíos de cotización total y en otros casos de forma parcial (por afectación de bases), sin que se aclare a que se debe ello. En este punto cabría que hacer una reflexión sobre la llamada a la corresponsabilidad que se suele pedir al varón ¿la favorece? Y llevado a su extremo ¿qué diferencia hay o puede existir entre dos personas que individualmente adoptan a un niño? ¿es que no se verán ambos sea mujer u hombre afectados igualmente en su vida laboral?

Mientras que el complemento esté vinculado a tener hijos (de forma natural o vía adopción) y en función de su número se abone, las razones para estas diferencias no parecen que estén muy justificadas. Y ¡ojo! no se está hablando de una presunción en favor de la mujer.

Otro aspecto que no se entiende mucho es una cuantía fija a tanto alzado por hijo, a diferencia del complemento de maternidad que se fijaba en un porcentaje en atención al número de hijos sobre la pensión. Los defensores de este nuevo sistema invocan su carácter distributivo. Lo que se ha hecho no es otra cosa que igualar por debajo, olvidando que estamos hablando de pensiones contributivas a completar y que por tanto deberían de ir vinculadas al mayor o menor esfuerzo que haya hecho el causante de la pensión. La tarea redistributiva hay que buscarla por otros medios que ya están contemplados por el sistema. Es curioso pero el importe del complemento de la pensión se sitúa en una cantidad muy cercana a lo que antes era la asignación económica por hijo a cargo, prestación por cierto no contributiva.

Finalmente, no por deseable, la desaparición del complemento de brecha de género fija su carácter temporal (DA. 37.1 ª LGSS) "*El derecho al reconocimiento del complemento de pensiones contributivas, para la reducción de la brecha de género, previsto en el artículo 60 se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5 por ciento*", pero parece un brindis al sol.

No obstante, hay que reconocer también aspectos positivos de la reforma de 2021, como:

- Su extensión a la jubilación anticipada.
- Un mayor ámbito de beneficiarios al incorporar a las personas con un solo hijo.
- Una parcial extensión del complemento al régimen de clases pasivas.
- Se prevé una evaluación y seguimiento del nuevo complemento.
- Su financiación vía transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social
- Mantenimiento transitorio del anterior complemento por maternidad.

Sexta parte. Los complementos de maternidad y brecha de género en números

Los datos que se tiene de ambas son los siguientes[30]:

Las pensiones en vigor con complemento de brecha de género por sexo y su importe son los siguientes:

[30] Fuente INSS. Subdirección General de Gestión Económica-Presupuestaria y Estudios Económicos, datos de la nómina de mayo de 2022 (accesible en https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST24)

PENSIONES EN VIGOR CON COMPLEMENTO POR BRECHA DE GÉNERO Datos de la nómina del mes de mayo de 2022						
Sexo	Número beneficiarios	Importe medio (€/mes)	1 hijo (28€)	2 hijos (56€)	3 hijos (84€)	4 o más hijos 112 €)
HOMBRE	15.312	42,42	5.642	4.768	1.155	379
MUJER	223.217	63,04	27.768	108.597	46.766	26.694

El total de beneficiarios son 238.529, representando las mujeres el 97,35% del total.

Si comparamos los datos de ambos complementos podemos apreciar lo siguiente:

Datos de la nómina de mayo de 2022			
COMPLEMENTOS EN VIGOR	Ambos sexos (*)	Hombres	Mujeres
Por brecha de género	238.529	15.312	223.217
1 hijo	50.170	9.010	41.160
2 hijos	113.365	4.768	108.597
3 hijos	47.921	1.155	46.766
4 o más hijos	27.073	379	26.694
Por maternidad	833.822	9.160	824.662
2 hijos	465.424	6.490	458.934
3 hijos	226.667	2.064	224.603
4 o más hijos	141.730	605	141.125

Destaca además de la notable diferencia entre perceptores hombres y mujeres también en el complemento por maternidad, alcanzando al 98,90% de beneficiarias mujeres.

Importe medio del complemento	Ambos sexos (*)	Hombres	Mujeres
Por brecha de género	61,71	42,42	63,04
1 hijo	27,75	27,59	27,78
2 hijos	55,65	55,18	55,67
3 hijos	83,61	83,06	83,62
4 o más hijos	111,30	110,63	111,31
Por maternidad	64,37	109,34	63,87
Por 2 hijos	44,18	84,89	43,60
Por 3 hijos	79,22	157,22	78,50
Por 4 o más hijos	106,94	208,36	106,50

Se puede apreciar que en el importe del complemento de brecha de género apenas si hay diferencia entre el percibido por el hombre y la mujer. Sin embargo, en el caso del complemento de maternidad, el importe cuando lo perciben los hombres es notoriamente superior.

Variación en el último mes	Ambos sexos (*)	Hombres	Mujeres
En brecha de género			
Variación absoluta	22.429	1.771	20.658
En %	10,4%	13,1%	10,2%
En maternidad			
Variación absoluta	-2.105	561	-2.666
En %	-0,3%	6,5%	-0,3%
Variación en el último año	Ambos sexos (*)	Hombres	Mujeres
En brecha de género			
Variación absoluta	222.052	14.878	207.174
En %	1347,6%	3428,1%	1291,4%
En maternidad			
Variación absoluta	-9.403	8.756	-18.159
En %	-1,1%	2.167,3%	-2,2%
(*) Ambos sexos incluye, en su caso, los supuestos de "No consta sexo".			
Hay 1 prestación con complemento por maternidad para la que no ha sido posible determinar el número de hijos			

En el caso de estos dos últimos cuadros llama la atención la variación negativa del complemento por maternidad de las mujeres y el mantenimiento positivo de los hombres. Quizás esto último venga derivado del cambio de criterio operado por la administración de la Seguridad Social, así como por la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 17-2-2022 (rec. 3379/2021) de reconocer con efectos retroactivos el complemento a los hombres y no como pretendía el ente gestor desde la sentencia del TJUE, así como de la mayor facilidad para los hombres de acceder al complemento por maternidad que al de brecha de género.

Estudios Doctrinales

Laborum

nº 31 (2º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 - ISSNe: 2387-0370

La reforma de las pensiones en Europa. Una historia interminable. Un futuro incierto

Pension reform in Europe. An endless story. An uncertain future

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA *Vicepresidente de la AESSS*
https://orcid.org/0000-0001-8985-3891

Cita sugerida: GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C. "La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 31 (2022):* 33-61.

Resumen

El autor analiza el panorama de los regímenes de pensiones en Europa, incidiendo en una serie de reformas que destacan por su mimetismo. Quizás por eso, es posible hablar de una convergencia reformadora silente. De todos modos, se hace hincapié en que esta convergencia no significa, en absoluto, que haya surgido un nuevo modelo de pensión único europeo.

Se subraya que en todo el proceso reformista ha prevalecido la búsqueda de la sostenibilidad, sacrificándose, en gran medida, la adecuación o suficiencia.

Se recalca que, entre todos los elementos principales de las reformas, brilla con luz propia el aumento de la edad de acceso normal de jubilación que se presenta como la respuesta "casi natural" incremento de la esperanza de vida y, por tanto, a la prolongación del período de percepción de las pensiones. Asimismo, se pone de manifiesto como la tasa de sustitución, parámetro esencial de la adecuación de las pensiones, tiende a debilitarse, sobre todo en los países del Sur de Europa.

Se analizan en este trabajo, algunos aspectos de regímenes de pensiones de los Estados del Este de Europa. Por último, se reflexiona sobre el papel del segundo y tercer pilar en los sistemas europeos de Seguridad Social.

Palabras clave

reformas; sostenibilidad; adecuación; tasa de sustitución; pobreza

Abstract

The author analyses the landscape of pension systems in Europe, highlighting a number of reforms that are notable for their mimicry. Perhaps this is why it is possible to speak of a silent reforming convergence. However, it is emphasised that this convergence does not mean that a new single European pension model has emerged.

It is stressed that throughout the reform process, the quest for sustainability has prevailed, while adequacy or sufficiency has been sacrificed to a large extent.

It is worth noting that, among all the main elements of the reforms, the increase in the normal retirement age, which is presented as the "almost natural" response to the increase in life expectancy and, therefore, to the extension of the pension period, is the most striking one. It also shows that the replacement rate, an essential parameter of pension adequacy, is tending to weaken, especially in southern European countries.

In this paper, several aspects of pension systems in Eastern European countries are analysed. Finally, there is reflection on the role of the second and third pillars in European social security systems.

Keywords

reforms; sustainability; adequacy; substitution rate; poverty

1. INTRODUCCIÓN

En Europa, los regímenes de pensiones de los Estados Miembros han sido siempre considerados una de las joyas de la corona, calificándose cualquier acción en este campo proveniente de las Instituciones europeas, como una injerencia inaceptable en su política interna. De hecho, jactanciosamente, se ha exhibido la diversidad como una característica esencial del modelo social europeo que ha hecho de la pluralidad diferenciadora una cuestión de identidad. Sin embargo, el envejecimiento de la población y la consecuente problemática de la sostenibilidad de las pensiones ha generado en los distintos sistemas de Seguridad Social un proceso de convergencia automático a través de un sinfín de reformas normativas que abundan en el mimetismo y en la influencia recíproca en una especie de camino peripatético compartido que, arrancando de salidas dispares, logra alcanzar metas semejantes.

Fecha Recepción: 1/5/2022 - Fecha Revisión: 31/5/2022 - Fecha Aceptación: 1/6/2022
Pags. 33-61

Tal como se ha repetido en una especie de mantra, los regímenes de pensiones nacionales no son armonizables dada su múltiples diferencias y peculiaridades. Quizás por esa razón, los Estados Miembros se han opuesto, con uñas y dientes, a que la Seguridad Social en general y los regímenes de pensiones en particular sean objeto de una política común que pueda mermar sus competencias nacionales, reivindicando, en todo momento, el mantenimiento de su soberanía en este ámbito. Esta línea de actuación ha sido respaldada por la ciudadanía europea que en distintas encuestas promovidas por la Comisión, han colocado a las pensiones como la última materia, entre las varias posibles existentes, de las que se desea su europeización legislativa[1].

Tal como se señala por Ignacio Camós, Borja Suarez y Carlos García de Cortázar[2] "*Resulta primordial tener en cuenta no sólo las trascendentales connotaciones que las pensiones tienen en Europa tanto desde un punto de vista social como económico al ser fundamentales para el buen funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria, sino también el riesgo de un posible desbordamiento transfronterizo de las políticas nacionales en materia de pensiones: ello hace que las pensiones se estén convirtiendo, cada vez más, en una preocupación común de la UE"* .

Uno de los cambios más significativos introducidos por el Tratado de Lisboa es el de la institucionalización del método abierto de coordinación (MAC), con el reconocimiento de la competencia de la Comisión Europea para tomar iniciativas que fomenten la cooperación entre los Estados miembros en el ámbito social y facilitar, de esta manera, la coordinación de sus acciones. Estas iniciativas pueden adoptar la forma de estudios o dictámenes para establecer orientaciones e indicadores y organizar el intercambio de las mejores prácticas con la realización de una evaluación periódica (artículo 156 del Tratado de Funcionamiento de la UE[3]).

Aunque la armonización legislativa no se prevé en los Tratados de la Unión, el Método Abierto de Coordinación ha actuado como un catalizador que lima diferencias, acerca posiciones y genera coincidencias sobre todo a la hora de las reformas legislativas. De hecho, los distintos regímenes de pensiones nacionales son, a día de hoy, con las reformas adoptadas, mucho más equiparables que lo eran hace 20 años. Y es que ante problemas similares, las soluciones adoptadas,

[1] En el Eurobarómetro de 2013, solamente el 27 % de los ciudadanos europeos se pronunció en pro de que los regímenes de pensiones pudieran ser una competencia de la Unión Europea. Con respecto a los sistemas de Seguridad Social, esta cifra ascendía al 33%. A efectos comparativos, aparecen en los primeros lugares de posiciones favorables a desarrollar políticas comunes, la lucha contra el terrorismo o la investigación científica y técnica que superaron el 80%.

[2] CAMÓS VICTORIA, I., GARCÍA DE CORTÁZAR, C. y SUÁREZ CORUJO, B.: *La reforma de los sistemas de pensiones en Europa. Los sistemas de pensiones de Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania vistos desde España*. ISBN: 9788494659560. Ediciones Laborum: 2017.

[3] Artículo 156 TFUE
"*Con el fin de alcanzar los objetivos expuestos en el artículo 151, y sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados, la Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social tratados en el presente capítulo, particularmente en las materias relacionadas con:*
el empleo,
el derecho del trabajo y las condiciones de trabajo,
la formación y perfeccionamiento profesionales,
la seguridad social,
la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales,
la higiene del trabajo,
el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores.
A tal fin, la Comisión actuará en estrecho contacto con los Estados miembros, mediante estudios, dictámenes y la organización de consultas, tanto para los problemas que se planteen a nivel nacional como para aquellos que interesen a las organizaciones internacionales, en particular mediante iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos. Se informará cumplidamente al Parlamento Europeo.
Antes de emitir los dictámenes previstos en el presente artículo, la Comisión consultará al Comité Económico y Social".

aunque no idénticas, presentan una serie de coincidencias que permiten hablar de una "*armonización light*".

Con un método reduccionista, debe subrayarse que el gran reto, con distintas intensidades, al que tienen que enfrentarse todos los regímenes europeos de pensiones nacionales es el acusado envejecimiento de la población motivado por el aumento de la longevidad, la disminución de la fertilidad y la reducción de la tasa de dependencia activos/pasivos. No deberíamos olvidar que ha sido precisamente en los últimos 40 años cuando la esperanza de vida de los pensionistas europeos se ha disparado exponencialmente, lo que ha roto las costuras de unos regímenes de pensiones concebidos en base a unos parámetros de finales del siglo XIX y primera mitad del siglo XX. A título meramente ilustrativo, la edad de jubilación de la primera Ley de pensiones alemana de 1889 se estableció en 70 años cuando la expectativa de vida de los alemanes era entonces de 45 años. En consecuencia, el acceso a la pensión de vejez por parte de un trabajador era una excepción, nunca mejor dicho jubilosa, mientras que actualmente resulta totalmente normal que un trabajador alemán pueda disfrutar durante más de 20 años de su bien merecida pensión.

El efecto que el envejecimiento de la población puede tener sobre los sistemas de pensiones tanto por el incremento del número de pensionistas en relación con el tamaño de la población en edad de trabajar como por el aumento del número de años de percepción de la pensión, afecta, sin duda alguna, a la viabilidad/sostenibilidad de los sistemas de pensiones y a su adecuación.

El Libro Blanco, Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles[4] es el colofón del ejercicio continuado del Método Abierto de Coordinación. En este documento se establecen 5 líneas a seguir por los Estados que, en principio, tendrían que orientar sus reformas nacionales en las siguientes direcciones:

- vincular la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida;
- restringir el acceso a los planes de jubilación anticipada y a otras vías de salida temprana del mercado laboral;
- favorecer la prolongación de la vida laboral, facilitando el acceso al aprendizaje a lo largo de la vida, adaptando los lugares de trabajo a una mano de obra más diversificada, desarrollando oportunidades de empleo para los trabajadores de más edad y fomentando el envejecimiento activo y saludable;
- igualar la edad de jubilación de hombres y mujeres;
- fomentar la constitución de planes de ahorro privados complementarios para mejorar los ingresos de la jubilación.

Como se podrá advertir, la Comisión/Consejo está marcando una especie de hoja de ruta, con contenidos concretos para las reformas de los regímenes de pensiones.

Este proceso que podríamos llamar de "*acercamiento silente"* de los regímenes de pensiones, provocado por el mantra de la sostenibilidad financiera (primer y único mandamiento de los mercados), no es exclusivo de la Unión europea y se extiende a otros países de la OCDE[5].

En consecuencia, la aproximación universal de los regímenes de pensión, en una carrera vertiginosa, puede ya ser considerado como uno de los efectos de la globalización y una tendencia de presente que se reforzará en el futuro.

[4] LIBRO BLANCO Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles. {SWD(2012) 7 final} {SWD(2012) 8 final}COM (2012) 55 final.

[5] Ver OECD (2021), Pensions at Glance and G20Indicators, OECD Publishing. Paris https://doi.org/10.1787/ca401ebd-en

Por otra parte, una de las características más importantes de las reformas de pensiones en las últimas dos décadas ha sido la introducción de mecanismos destinados a ajustar automáticamente los parámetros clave de pensión (edad de pensión, beneficios, recursos financieros) para adaptarlos a la esperanza de vida. Desde mediados de la década de 1990, la mitad de los Estados miembros de la UE han adoptado bien instrumentos automáticos de equilibrio, bien factores de sostenibilidad *stricto sensu.*

De todos modos, aunque pueda pensarse, en relación con el factor de sostenibilidad, que solamente existe una fórmula posible, realmente las variaciones son múltiples. Así, en Suecia la indexación /revalorización de las cotizaciones pasadas o de las pensiones puede reducirse y hasta eliminarse temporalmente en caso de que el sistema de pensiones muestre un déficit a medio plazo. En Alemania, desde 2004, la tasa de cotización se ajusta automáticamente para que el régimen de pensiones público esté equilibrado. En otros países, la cuantía de la pensión puede depender directamente de los cambios demográficos. Finalmente, varios países han introducido un enlace automático entre las edades de jubilación y la esperanza de vida. Estos últimos países son, como era de esperar, los que proyectan los mayores aumentos en la edad de jubilación a largo plazo.

Desde una perspectiva algo distinta, creo que es conveniente recordar a Jaques Bichot[6] cuando señalaba: "*Los europeos se han comido su pan blanco. La mundialización de la economía les ha servido en un primer momento para explotar enormes yacimientos de mano de obra a buen precio lo que les ha permitido vivir confortablemente, trabajando cada vez menos. Reducción del tiempo de trabajo, prolongación de la formación inicial más allá de lo económicamente justificable y formidable incremento de las vacaciones al final de la vida son las señas de identidad de los pensionistas. Pero el segundo tiempo de la mundialización está sustituyendo al primero. En cuestión de pensiones hemos vivido en un sueño. Ahora se impone una vuelta a la realidad que no será ni simple, ni fácil ni rápida aunque se produzca un bing bang: La velocidad de la ejecución tiene como contrapartida la larga duración de la preparación".*

Aunque el proceso de envejecimiento de la población pueda ser considerado como el primer causante y probablemente el factor más condicionante de una serie de reformas de pensiones, no explicaría, por sí solo, la dureza y hasta crueldad de algunas de ellas. Los demógrafos desde hace más de 40 años han estado avisando de lo imparable de esta tendencia y, como contrapartida, la mayor parte los legisladores, con mayor o menor valentía, se han enfrentado a esta problemática con suerte dispar. Sin embargo, la evolución de casi todas las reformas, necesarias previsibles y esperadas aunque siempre agitadas y contestadas[7], se ha visto convulsionada por la crisis económica de 2008 que, de una manera apremiante y drástica, ha exigido la introducción en algunos Estados de unos recortes salvajes en los regímenes de pensiones que han sido mutilados y sacrificados en pro de la política de consolidación fiscal.

El Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles[8] analiza muy acertadamente los efectos en los regímenes de pensiones de la crisis del 2008, al señalar "*el lento crecimiento económico, los déficits presupuestarios y la carga de la deuda, la inestabilidad financiera y el bajo nivel de empleo han hecho que, en todos los sistemas de pensiones, resulte más complicado cumplir las promesas en materia de pensiones. Los planes de pensiones basados en un sistema de reparto se ven afectados por la caída del empleo y el consiguiente descenso de las cotizaciones. Los planes de capitalización se ven impactados por la caída del valor de los activos y la bajada del rendimiento".*

[6] Bichot Jacques. "*Amorcer les réformes de retraites"* Futuribles nº 363. Problèmes Economiques julio 2010.

[7] La Primera huelga general en España contra la reforma de las pensiones, que tuvo lugar el 20 de junio de 1985 (24 horas), fue convocada por CCOO. Se sumaron USO, CNT, ELA-STV e INTG. Supuso la dimisión del entonces ministro de economía Miguel Boyer.

[8] Ver nota 4.

De hecho, en la actualidad, se han adoptado en algunas legislaciones, medidas y ajustes correctores con el fin de suavizar y atemperar el descontento social y la desafección política que se ha producido con la crisis del 2008.

Quizás, el único resultado positivo de la crisis de 2008 y sus secuelas perversas en los regímenes de pensiones ha sido, precisamente, enfrentarse a la crisis del COVID con unos parámetros no solo distintos sino opuestos, para evitar, probablemente, la ruptura definitiva del inexistente pero siempre presente y maltrecho contrato social.

Es significativo lo que señala la OCDE[9] "*Los dos últimos años han estado marcados por la pandemia de COVID‑19, que ha cobrado un alto precio especialmente entre la población de mayor edad. Los ingresos de los actuales pensionados han sido bien protegidos. Dado que las políticas excepcionales apoyaron los ingresos y amortiguaron el impacto en los mercados laborales, no es probable que las pensiones futuras se vean excesivamente afectadas en la mayoría de los países de la OCDE. Estos se muestran preocupados por las finanzas públicas. La disminución de las cotizaciones se ha cubierto a través de transferencias de los presupuestos estatales. A largo plazo persiste la presión financiera del envejecimiento. Aunque el aumento de la esperanza de vida en la vejez se ha ralentizado algo desde 2010, el ritmo de envejecimiento será rápido durante las próximas dos décadas. Se prevé que la población en edad de trabajar disminuya en más de una cuarta parte para 2060 en la mayor parte de los países del Sur, Centro y Este de Europa"*

Otro elemento a tener en cuenta es lo que se denomina *baby boom*. En efecto, está accediendo a la jubilación, en estos años, la generación más numerosa de la historia como consecuencia de la explosión de la natalidad que tuvo lugar después de la Segunda Guerra Mundial y que se prolongó hasta los años 70. A este respecto, aquellos países que desarrollan una política familiar más ambiciosa (Francia, Suecia o Dinamarca) afrontan la jubilación de los baby boomers con cierto margen de maniobra al contar con una población joven más numerosa. En cambio, otros Estados con una tasa de fertilidad entre las más bajas del mundo (Rumanía, Grecia, Polonia, Hungría, Italia, Portugal y España) carecen de cohortes sustitutorias numéricamente similares a las salientes pensionadas.

El descenso progresivo de la natalidad no se ha visto compensado con un aumento comparable de una emigración que, aún importante cuantitativamente, no se está constituyendo como un elemento decisivo a la hora de reforzar la sostenibilidad de los regímenes de pensiones. De hecho, a 1 de enero del 2020, solamente el 8,3 % de todos los residentes de la Unión Europea habían nacido fuera del territorio de los 27 Estados Miembros. Estas cifras son inferiores a las de otros países del primer mundo con rentas similares a las europeas (Estados Unidos 15,3%, Reino Unido 13,8%, Suiza 28,8%). Más concretamente, Alemania, paradigma de tierra de inmigración y que ha estado en las primeras planas de los periódicos por la crisis humanitaria de refugiados sirios, ocupa el puesto 36 en el ranking mundial de porcentaje de población de inmigración.

Los ciudadanos de terceros Estados en Europa ocupan puestos de trabajo en Europa en sectores de escaso valor añadido (limpieza 11,9%, servicios personales 9%, construcción 5%) por lo que sus aportaciones a la Seguridad Social, aun siendo importantes, no pueden por sí solas, ser un elemento determinante a la hora de financiar los regímenes de pensiones y garantizar su sostenibilidad.

Un factor que está aminorando la problemática del envejecimiento y que está contribuyendo a paliar parcialmente la imperfecta financiación de los sistemas de Seguridad Social es el continuo aumento, en los últimos años, de la tasa de empleo y ocupación de la población entre 20 y 65 años de edad. Así, en el primer trimestre del 2021, y a pesar de la pandemia del COVID, se alcanzó el 71,9%[10], lo que supone un incremento de más de tres puntos porcentuales en relación con las cifras

[9] Ver nota a pie de página número 5
[10] Fuente Eurostat

de 2013. Asimismo, la tasa de empleo de las mujeres ha subido más de 6 puntos porcentuales en relación con 2008.

El empleo juvenil también ha avanzado considerablemente en la última década, alcanzando el 75% en los últimos años en el segmento de 25 a 29 años.

En cambio, a pesar de los esfuerzos que se están realizando, la tasa de empleo de los trabajadores mayores no termina por arrancar y aunque se manifiesta un incremento constatable, éste es todavía insuficiente.

El denominador y el objetivo común de las reformas han sido y siguen siendo reducir el incremento previsto del gasto en materia de pensiones, potenciando el equilibrio cotizaciones/pensiones para evitar que el erario público tenga que asumir obligaciones mayores en este ámbito.

Lo curioso del caso es que se hubieran podido buscar otras alternativas o barajado otras posibilidades o eventualidades (incremento de las cotizaciones, mejora de la productividad, aumento de la tasa de actividad, trasferencias del presupuesto público al de la seguridad social, búsqueda de fuentes alternativas de financiación, eliminación de las ventajas fiscales para los planes de pensiones privados, fiscalidad finalista etc.). Sin embargo, casi todas las reformas, con independencia de los partidos políticos gobernantes, (la diferencia entre los socialdemócratas y los conservadores es de simple matiz, intensidad, graduación o profundización de las reformas) han seguido, si no idéntica, al menos similar dirección, como si la "*mano invisible*" hubiera marcado una única senda de la que no se pueden salir los legisladores.

Como adelanto de los distintos apartados que se van a examinar a continuación, se recoge un resumen de las líneas maestras de las reformas emprendidas por los Estados Miembros:

- Aumento de la edad mínima legal para el acceso a la jubilación.
- Endurecimiento de las condiciones relativas a los períodos mínimos de cotización para acceder a la pensión.
- Incremento del período cotizado exigido para tener derecho a una pensión completa.
- Aprobación de algunas reformas sin contar con el consenso sindical ni con el acuerdo de los partidos no gubernamentales.
- Ampliación del período de referencia que se toma en cuenta para el cálculo de la base o salario regulador.
- Congelación de las pensiones o descuelgue de las revalorizaciones del IPC.
- Revalorización de las pensiones en base al incremento del IPC y no al incremento de los salarios.
- Actualización de las cotizaciones pasadas en base al incremento del IPC y no al incremento de los salarios.
- Introducción de factor de sostenibilidad y vinculación de las pensiones a la expectativa de vida.
- Potenciación del segundo y tercer pilar como fórmula para combatir el gasto público en los regímenes de pensiones.
- Privatizaciones de las pensiones con freno y marcha atrás en algunos casos.
- Disminución drástica de la tasa de reemplazo.
- Refuerzo de las pensiones mínimas no contributivas.

- Eliminación de algunas modalidades de jubilación anticipada o endurecimiento de las condiciones o requisitos para acceder a dichas pensiones.
- Introducción de medidas de jubilación flexible.
- Bonificaciones y estímulos para el aplazamiento de jubilación.
- Reversión de determinadas reformas ya aprobadas.
- Reconocimiento de períodos de seguro por nacimiento de hijos.
- Equiparación edad hombres y mujeres.
- Aparición del mercado financiero como interlocutor privilegiado en el ámbito de las pensiones

2. EL CONTEXTO DEMOGRAFICO Y PRODUCTIVO. DATOS ESTADÍSTICOS. CONSIDERACIONES SOCIOLÓGICAS[11].

El envejecimiento de la población incide, sin duda alguna, en la sostenibilidad de las pensiones y en la adecuación de las mismas.

Lógicamente, a la hora de iniciar un proceso de reformas, el legislador debe analizar cuáles son las perspectivas que se presentan para intentar adaptar las medidas a adoptar a la intensidad de los problemas a solucionar. Pues bien, el futuro demográfico de Europa y en consecuencia el de los regímenes de pensiones no es precisamente muy halagüeño aunque de ningún modo puede tacharse de desesperado como muchos interesados profetas de la catástrofe y apóstoles de la privatización pronostican. Vayamos a los datos.

Se supone que la tasa de fertilidad total aumentará de 1,52 en 2019 a 1,65 en 2070 para el conjunto de la UE. Esta tendencia se deriva de un supuesto proceso de convergencia entre los Estados miembros que cuentan con índices más bajos (Italia, España, Portugal y Grecia) con los Estados Miembros con la tasa más alta en 2019 (Suecia, Francia Irlanda).

Se predice que la esperanza de vida al nacer para los hombres crezca en 7,4 años durante el período de proyección, de 2019 a 2070 (de 78,7 en 2019 a 86,1 en 2070). Para las mujeres, el aumento será de 6,1 años (84,2 en 2019 a 90,3 en 2070). Los mayores incrementos se producirán en los Estados del Este de Europa que son los que tienen, a día de hoy, las expectativas de vida menos favorables.

Los flujos migratorios netos anuales a la UE pueden reducirse en el futuro, pasando de alrededor de 1,3 millones de personas en 2019 a 1,0 millones de personas para 2070, lo que representa un descenso de la contribución del 0,3% al 0,2% de la población total. No obstante, las diferencias son significativas entre los Estados miembros.

Las proyecciones demográficas revelan que la UE *"se estará volviendo cada vez más gris*" en las próximas décadas. La población total de la UE experimentará un cambio significativo en su estructura de edad en un futuro a medio y largo plazo.

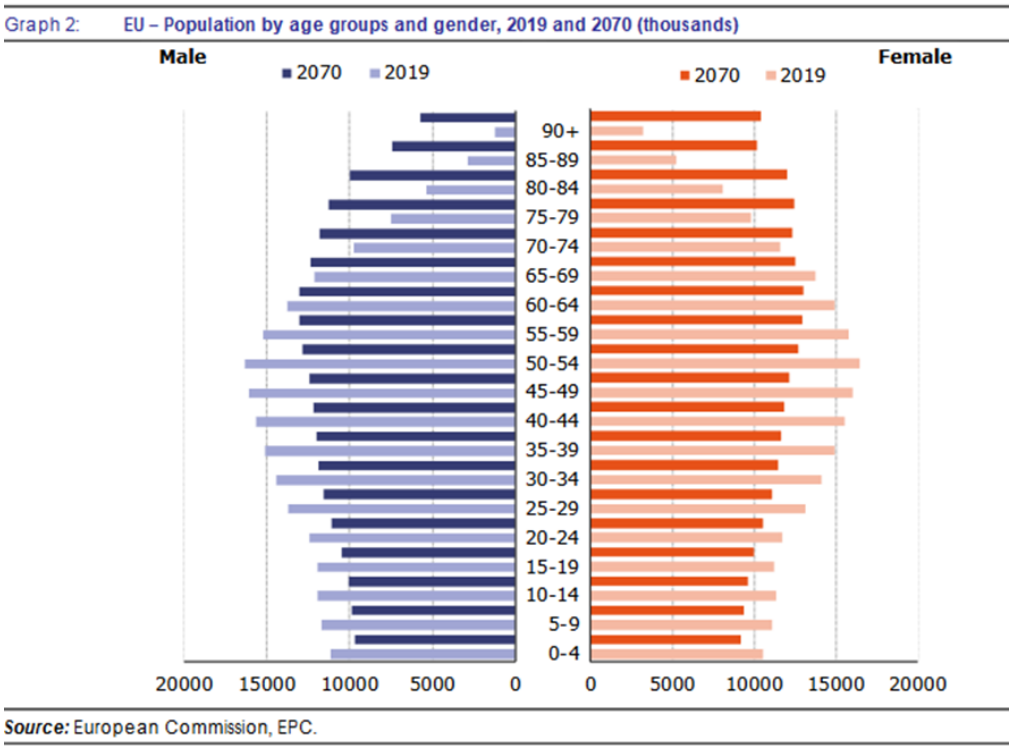
El envejecimiento de la población impactará tanto en hombres como en mujeres, con un aumento significativo de la edad media. La población prevista en todas las cohortes de edad entre 0 y 64 años (hombres) o 0 y 69 años (mujeres) en 2070 será similar a la población en 2019. Por el contrario, en todas las cohortes de edad de 65 años (69 para las mujeres) y más, la población proyectada en 2070 será mucho mayor que en 2019. Además, mientras que en 2019 la cohorte más

[11] Las informaciones y datos recogidos globalmente en este apartado provienen de *"The2021 Ageing Report Economic & Budgetary Projections for the EU Member States (2019-2070)".* INSTITUTIONAL PAPER, 148 MAY 2021. European: Publications Office of the European Union, 2021 PDF.

numerosa de hombres y mujeres tenía entre 50 y 54 años, en 2070 esta cohorte tendrá entre 60 y 64 años para las mujeres y entre 55 y 59 años para los hombres.

Las bajas tasas de natalidad y los aumentos continuos en la esperanza de vida darán como resultado una población mucho más anciana para 2060. La mayor parte de este aumento se debe al grupo de personas de 80 años que crece 15,8 puntos porcentuales (9,9% a 25,7%) con relación al segmento de 20 a 64 años.

El siguiente gráfico (población por cohorte de edad y género 2019/2070) es una predicción de lo que nos espera.



Por otra parte, el número total de europeos [12] disminuirá un 5% entre 2019 (447 millones) y 2070 (424 millones). Esta reducción será más acusada en relación con la población en edad de trabajar (20-64) que pasará de 265 millones en 2019 a 217 millones en 2070. Este será el resultado de la combinación de la tasa de fertilidad, del incremento de la esperanza de vida y de la dinámica de un flujo migratorio menor de lo esperado. De hecho, en 2070, se prevé que la participación de la UE en la población mundial total se reduzca al 3,7%, desde su valor actual del 5,7% (2020). Además, la proporción de personas mayores será la segunda más alta a nivel mundial entre las grandes economías[13].

[12] Fuente EUROSTAT

[13] Japón ocupará el primer lugar previsiblemente.

El siguiente cuadro[14] presenta, para todos los Estados Europeos, unas proyecciones demográficas de gran interés desde 2019 a 2070, así como el porcentaje de variación que, para el conjunto de la UE, será de -5,2%.

España casi no sufrirá variación, lo que puede considerarse una buena noticia, teniendo en cuenta que la disminución poblacional en algunos Estados superará el 30%.

Table I.1.2: **Total population projections, 2019-2070**

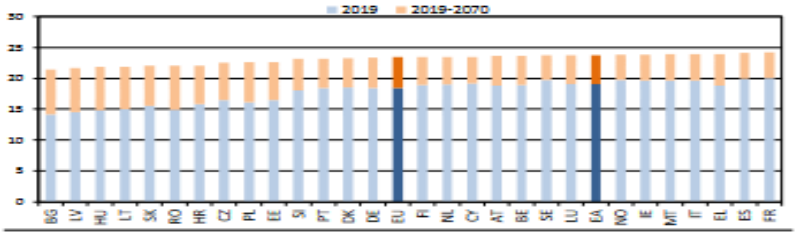
	Total population (annual average - millions)						% change
	2019	2030	2040	2050	2060	2070	2019-70
BE	11.5	11.8	11.9	11.9	11.9	11.8	3.1
BG	7.0	6.4	6.0	5.6	5.3	5.0	-27.8
CZ	10.7	10.8	10.6	10.5	10.4	10.2	-4.4
DK	5.8	6.0	6.1	6.1	6.1	6.2	6.0
DE	83.1	83.4	83.2	82.6	81.8	81.7	-1.6
EE	1.3	1.3	1.3	1.3	1.2	1.2	-10.2
IE	4.9	5.5	5.9	6.2	6.4	6.5	31.7
EL	10.7	10.3	9.9	9.5	9.0	8.6	-19.8
ES	47.1	48.8	49.4	49.3	48.3	47.0	-0.2
FR	67.1	68.8	69.8	70.0	69.7	69.4	3.5
HR	4.1	3.8	3.6	3.4	3.2	3.0	-25.5
IT	60.3	59.9	59.3	58.0	55.9	53.9	-10.7
CY	0.9	1.0	1.0	1.0	1.1	1.1	24.7
LV	1.9	1.7	1.5	1.4	1.3	1.2	-38.4
LT	2.8	2.6	2.3	2.1	2.0	1.8	-34.8
LU	0.6	0.7	0.7	0.8	0.8	0.8	27.0
HU	9.8	9.6	9.4	9.3	9.1	8.9	-8.7
MT	0.5	0.6	0.6	0.7	0.7	0.7	41.4
NL	17.3	18.0	18.2	18.1	18.0	18.0	3.7
AT	8.9	9.2	9.3	9.3	9.3	9.2	4.1
PL	38.0	37.0	35.6	34.0	32.4	30.8	-18.8
PT	10.3	10.1	9.8	9.4	8.9	8.5	-17.7
RO	19.3	17.7	16.5	15.5	14.5	13.7	-29.4
SI	2.1	2.1	2.1	2.0	2.0	1.9	-7.3
SK	5.5	5.4	5.3	5.1	4.9	4.7	-13.6
FI	5.5	5.5	5.4	5.3	5.1	5.0	-8.9
SE	10.3	11.1	11.7	12.3	12.7	13.1	27.3
NO	5.3	5.8	6.1	6.4	6.6	6.7	25.6
EA	342	347	347	344	338	333	-2.7
EU	447	449	447	441	432	424	-5.2

De especial importancia a la hora de proceder a la reforma de los regímenes de pensiones es la esperanza de vida al cumplimiento de los 65 años de edad. En efecto, la sostenibilidad de los distintos sistemas y la adecuación de las pensiones están siendo afectados en gran manera por este elemento, probablemente, con mucha más intensidad que la expectativa de vida al nacer. En conjunto, los incrementos previstos a partir de los 65 años pueden ascender a 5 años en el período 2019/2070, especialmente en la población de los Estados del Este de Europa. En cambio, los países mediterráneos tendrán aumentos menores.

Los dos gráficos siguientes, primer cuadro para los hombres, segundo para mujeres, en relación con la expectativa de vida al cumplimiento de 65 años 2019-2070 ayudarán a entender, que no a justificar, algunas de las medidas adoptadas. A este respecto, debe subrayarse que Francia y España lideran este ranking de longevidad actualmente y previsiblemente también lo harán en 2070.

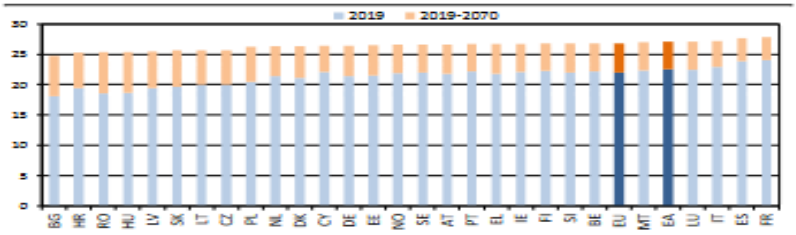
[14] Fuente EUROSTAT

Graph I.1.6: Projection of life expectancy at 65, males (in years), 2019-2070



Source: Eurostat, 2019-based population projections.

Graph I.1.7: Projection of life expectancy at 65, females (in years), 2019-2070



Source: Eurostat, 2019-based population projections.

Por otra parte, la relación activos/pasivos empeorará considerablemente a largo plazo. Se espera que la UE pase de tener, a día de hoy, tres personas en edad de trabajar (entre 15 y 64 años)[15] por cada persona mayor de 65 años, a una relación de sólo dos por una en 2070. Todo esto, a pesar de que las proyecciones muestran para el futuro, un incremento apreciable de la tasa de empleo en la UE de las personas de 20 a 64 años que se elevará del 73,1 % en 2019 al 76,2% % en 2070, motivado fundamentalmente por una mayor participación laboral femenina que aumentará 4,4 puntos porcentuales (hombres 0,5%). No obstante, la oferta laboral total (personas en edad de trabajar de 20 a 65 años) disminuirá en un 15,5% durante el período 2019-2070.

También se anuncia que la tasa de dependencia (personas de 65 años o más en relación con las de 15 a 64 años) aumente del 25% en 2001 a alrededor del 50% en 2060[16], lo que resulta ciertamente negativo para la sostenibilidad de los regímenes de pensiones.

Por otra parte, las proyecciones económicas indican que el desempleo puede disminuir ligeramente en la UE del 6,8 % en 2019 al 5,8 % en 2070.

En el siguiente cuadro[17] se muestra la evolución de la tasa de ocupación, de empleo y desempleo, por países, tanto para el segmento de edad de 20 y 64 años como, y esto es lo más importante, como para el grupo de 55 a 64 años.

[15] No se trata de cotizantes sino de posible población activa.

[16] The 2015 Ageing Report EUROPEAN ECONOMY 8|2014 Economic and Financial Affairs ISSN 1725-3217 (online) ISSN 0379-0991 (print) Underlying Assumptions and Projection Methodologies. http://europa.eu. KC-AR-14-008-EN-N (online) European Union, 2014

[17] Fuente: Comisión Europea. Comité de Protección social.

Table I.2.2: **Comparison of 2021 and 2018 long-term projections: labour force developments**

	Projection exercise 2021														
	Employment rate						Participation rate						Unemployment rate		
	(20-64y)			(55-64y)			(20-64y)			(55-64y)			(15-64y)		
	2019	2070	pps. change	2019	2070	pps. change	2019	2070	pps. change	2019	2070	pps. change	2019	2070	pps. change
BE	70.6	70.9	0.3	52.4	60.8	8.5	74.5	75.7	1.1	54.6	64.0	9.4	5.4	6.4	1.0
BG	75.2	73.5	-1.7	64.5	64.5	0.0	78.5	77.5	-0.9	67.1	67.7	0.6	4.3	5.4	1.1
CZ	80.4	78.5	-1.9	67.1	68.3	1.3	82.0	81.3	-0.7	68.4	70.7	2.3	2.1	3.7	1.6
DK	78.4	80.9	2.5	71.9	79.7	7.8	82.3	83.7	1.4	74.4	81.7	7.3	5.1	3.6	-1.6
DE	80.6	80.7	0.2	72.6	73.4	0.7	83.2	84.2	1.0	74.6	76.0	1.4	3.2	4.2	1.0
EE	80.2	82.5	2.3	72.7	82.7	10.0	83.8	88.0	4.1	75.7	87.6	11.9	4.6	6.6	2.0
IE	75.1	75.2	0.1	61.8	64.3	2.5	78.8	80.4	1.6	64.1	67.7	3.6	5.1	7.0	1.9
EL	60.9	76.5	15.6	43.7	76.4	32.7	73.8	82.2	8.4	50.4	80.8	30.4	17.6	7.0	-10.6
ES	68.1	76.2	8.2	53.9	73.5	19.6	79.0	81.8	2.8	61.7	78.3	16.6	14.2	7.0	-7.2
FR	71.6	74.5	2.9	53.0	63.3	10.2	78.0	80.0	1.9	56.9	67.0	10.1	8.6	7.0	-1.6
HR	66.8	69.6	2.8	44.3	52.5	8.2	71.4	74.6	3.2	45.8	54.5	8.6	6.7	7.0	0.3
IT	63.6	69.8	6.2	54.4	73.2	18.8	70.5	74.9	4.4	57.5	75.9	18.4	10.2	7.0	-3.2
CY	75.1	80.1	5.0	61.2	75.4	14.2	80.9	85.9	4.9	65.3	80.1	14.8	7.5	7.0	-0.5
LV	77.6	77.4	-0.2	67.7	64.7	-3.0	82.9	83.0	0.1	72.5	69.4	-3.1	6.6	7.0	0.4
LT	78.3	80.4	2.2	68.7	69.1	0.4	83.6	86.4	2.8	73.8	74.5	0.7	6.5	7.0	0.5
LU	72.7	74.1	1.4	43.3	43.6	0.3	76.8	77.5	0.8	45.2	45.2	0.0	5.7	4.9	-0.9
HU	75.4	81.9	6.5	56.9	81.4	24.5	77.9	85.3	7.3	58.2	83.7	25.5	3.5	4.2	0.7
MT	77.3	82.7	5.5	51.5	67.5	16.0	79.7	86.0	6.4	52.3	69.2	16.8	3.4	4.4	1.0
NL	80.2	80.7	0.6	69.7	74.7	4.9	82.6	84.6	1.9	72.0	78.5	6.5	3.4	5.0	1.7
AT	76.8	79.5	2.7	54.6	62.1	7.5	80.3	82.9	2.6	56.5	63.9	7.4	4.6	4.3	-0.3
PL	73.3	72.1	-1.2	49.9	53.1	3.2	75.7	75.9	0.2	51.1	55.1	4.0	3.3	5.2	1.8
PT	76.2	80.4	4.2	60.4	73.8	13.3	81.4	85.7	4.3	64.5	78.4	14.0	6.7	6.4	-0.2
RO	71.0	72.7	1.7	47.9	55.7	7.8	73.7	76.0	2.2	49.0	57.2	8.2	4.0	4.8	0.7
SI	76.4	78.3	1.9	48.0	60.7	12.8	79.9	83.0	3.1	50.3	64.6	14.3	4.5	5.8	1.3
SK	73.6	71.3	-2.3	57.7	56.4	-1.3	78.0	76.4	-1.6	60.5	59.6	-0.9	5.8	7.0	1.2
FI	77.1	79.7	2.6	66.8	76.0	9.2	82.2	85.0	2.8	71.5	81.4	9.9	6.9	6.9	0.0
SE	82.1	83.0	0.8	77.9	76.0	-1.9	87.3	87.1	-0.3	81.7	78.9	-2.8	7.0	5.6	-1.4
NO	79.4	78.7	-0.7	72.8	69.2	-3.6	82.1	81.2	-0.9	73.9	70.3	-3.6	3.8	3.6	-0.2
EA	72.6	76.3	3.7	60.0	70.2	10.2	78.4	81.0	2.5	63.7	73.7	10.0	7.7	6.0	-1.7
EU	73.1	76.2	3.1	59.1	68.7	9.6	78.2	80.7	2.5	62.3	71.9	9.6	6.8	5.8	-1.0

Desde otra perspectiva se debe hacer hincapié que, teniendo en cuenta la reducción de la población activa en Europa, es posible que el crecimiento económico potencial sea mucho más bajo que el experimentado en décadas anteriores. En la UE en su conjunto, se prevé que la tasa media anual de aumento del PIB se mantenga bastante estable durante largo plazo (media, del 1,3 % de 2019-2070).

Probablemente las fuentes del PIB cambiarán drásticamente en el futuro. El trabajo contribuirá en menor medida a pesar de que el anunciado supuesto aumento de la tasa de empleo puede tener un efecto positivo. Sin embargo, la disminución numérica y proporcional de la población en edad de trabajar incidirá negativamente en la situación económica.

Conviene subrayar que la participación del capital en los ingresos tributarios en el PIB no se ha incrementado como debiera en las últimas décadas, especialmente debido a su movilidad trasnacional y a la competencia fiscal entre países con el fin de atraer inversiones. En la actualidad, los impuestos sobre el capital representan algo más del 20 % de los ingresos fiscales totales, con una cierta tendencia al alza, frente al 50 % de impuestos sobre el trabajo.

Si proporcionalmente la importancia fiscal del capital, por disminución de los ingresos del trabajo, aumentara automáticamente, podría volverse más difícil financiar exclusivamente la seguridad social a través de las cotizaciones de trabajadores y empresarios por lo que se van a necesitar aportes de diferente naturaleza.

Por todo ello, se está abriendo un debate sobre la diversificación de ingresos en materia de seguridad social, en especial los gravámenes sobre el capital y el patrimonio.

Un buen ejemplo que puede estar marcando el camino del futuro es la contribución social generalizada francesa (CSG)[18].

Las políticas destinadas a gravar los ingresos del capital deberían ser un elemento financiador muy importante y contribuir asimismo a prevenir, como señala Piketti[19] "la *evasión de impuestos por parte de los particulares y empresas".*

La tributación ambiental, como por ejemplo el impuesto al carbono, podría tener un impacto significativo en la financiación de la Seguridad Social. Igualmente, se contempla, como fuente complementaria de financiación el Impuesto al Valor Añadido. Bélgica ha utilizado este camino de manera intensiva, ya que más del 90 % de la financiación de la seguridad social que no procede de cotizaciones, proviene del IVA[20].

De todos modos, la financiación de las pensiones a través del IVA tiende a ser regresiva, porque los hogares de menores ingresos gastan una mayor parte de sus ingresos en el consumo de sus necesidades diarias. Estas consideraciones deberían tenerse en cuenta a la hora del proyectar las futuras propuestas legislativas.

Más atractivos, teóricamente, a los efectos de financiación alternativa, pueden ser los impuestos ambientales. También esta fórmula de financiación puede plantear algunas preguntas sobre la equidad, dado que los hogares de ingresos más bajos deben soportar mayores cargas al no poder permitirse bienes de consumo e inversiones *"verdes",* como coches eléctricos, aislamiento de viviendas o paneles solares.

Por todo ello, con carácter general, la realidad es que pueden seguir siendo más efectivos los impuestos clásicos a la hora de financiar directamente la protección social en su conjunto o una rama concreta de ella. Los impuestos indirectos finalistas parece también una opción viable, especialmente porque están sujetos, en menor medida, a los vaivenes políticos.

Convine incidir, asimismo, que las reformas de pensiones en el futuro tendrán que enfrentarse a un problema adicional. En veinticinco años, se estima que la edad media de la población europea alcance los 52 años para los hombres y los 55 años para las mujeres Varios estudios han documentado que un contexto político caracterizado por el envejecimiento de los votantes puede dificultar una serie de reformas necesarias para la sostenibilidad y adecuación de las pensiones.

[18] La Contribución Social Generalizada (CSG) y la Contribución para el Reembolso de la Deuda Social (CRDS) se descuentan de los rendimientos del trabajo y de sustitución, de los rendimientos del patrimonio, de los productos financieros y de los juegos de azar. Las personas que tienen su domicilio fiscal en Francia y que están incluidas, por cualquier concepto, en un régimen francés obligatorio de Seguro de Enfermedad tienen la obligación de pagar la CRDS (0,5%) y la CSG con las tasas siguientes:
el 9,2 % para los rendimientos del trabajo;
el 6,2% para los rendimientos de sustitución (subsidios diarios de enfermedad, prestaciones por desempleo).
Las personas titulares de una pensión por parte de un régimen francés están exentas o sometidas a la CSG, la CRDS y/o la Contribución de solidaridad para la autonomía (CASA) según sus ingresos fiscales de referencia (RFR).

[19] *"El capital en el siglo XXI".*

[20] Bélgica destina el 23,5% de la totalidad de los recursos del IVA a financiar la Seguridad Social.

Las personas mayores participan más intensamente en los procesos electorales. Esto implica una presión creciente sobre el gobierno para que proporcione mejores servicios financiados por el Estado y prestaciones más generosas, lo que supone un mayor gasto público. Estos servicios y beneficios pueden implicar un incremento de los impuestos para los jóvenes y para la población en edad de trabajar por lo que puede reducirse, como consecuencia directa, el gasto en inversión al requerirse mayores transferencias intergeneracionales.

Estudios recientes han apuntado que la persona de edad media o de edad avanzada son más partidarios de los sistemas públicos de pensiones. En cambio, las generaciones más jóvenes se decantan en favor de las pensiones privadas ya que tiene más tiempo para acumular aportaciones. No debe menospreciarse el peligro de ruptura de la solidaridad intergeneracional**.**

Como apunta Aart-Jan Riekhof [21] *"la erosión de la solidaridad intergeneracional podría conducir a una polarización de las opciones políticas en un combate por sus propios intereses, amenazando el contrato social"*.

3. LAS REFORMAS DE LAS PENSIONES

La mayoría de los Estados miembros de la UE han llevado a cabo reformas sustanciales, en las últimas décadas, en sus regímenes de pensiones para mejorar su sostenibilidad, intentando mantener, al mismo tiempo, la adecuación de las mismas. La intensidad de las reformas de pensión ha sido particularmente fuerte desde el año 2000.

La gran recesión que golpeó a la Unión Europea en 2008-09 provocó en muchos países una aceleración de las reformas a través de la adopción de medidas duras con impactos a corto plazo.

Conviene recordar que cuando varios Estados europeos tuvieron que recurrir a la ayuda financiera de organismos supranacionales (Fondo Monetario Internacional o la propia Unión Europea) los llamados memorandos de entendimiento plantearon la exigencia de una reforma drástica de las pensiones con grandes recortes económicos. Portugal, Grecia, Rumanía y Letonia tuvieron que aprobar algunas disposiciones legislativas que fueron declaradas anticonstitucionales y, más tarde, revertidas.

Las reformas posteriores a 2008, especialmente en aquellos países de la UE más sacudidas por la crisis se aprobaron con el menor consenso posible en un proceso legislativo que introducía recortes trascendentales que fueron aplicados sin período de transición o con uno muy breve.

Los últimos años han demostrado que el movimiento sindical corre el riesgo de tener un papel marginal en la política de pensiones. En muchos países, las reformas se han aprobado sin concertación**.** Este nuevo patrón de reforma surgió de la presión ejercida por los mercados financieros y por los actores económicos internacionales (FMI, Comisión Europea) que instaron a los gobiernos a legislar incluso en contra de sus posibles votantes en aras de lograr ahorros a corto plazo en el gasto público.

En términos muy claros, la orientación general de las reformas de las pensiones en Europa ha sido contener el aumento exponencial de las pensiones públicas. En realidad, lo peor está por llegar porque las diversas medidas aún no han surtido pleno efecto aunque ya hayan perjudicado las expectativas de los futuros pensionistas. Además la potenciación de la contributividad de las pensiones, a través de una mayor vinculación de la relación cotización/pensión, afectará más severamente a las futuras generaciones de pensionistas con una carrera laboral atípica y/o precaria.

A pesar de los diversos intentos de desarrollar el segundo y tercer pilar, la mayor parte de los ingresos de pensión siguen estando basados en las cotizaciones (sistema de tipo bismarckiano) con una alta participación del sector público y con un papel relativamente limitado de las pensiones

[21] Riekhof Aart-Jan "*Pension reforms, the generational welfare contract and preferences for pro-old welfare policies in Europe*". Finnish Centre for Pensions, Helsinki, Finland.2020.

privadas. Las excepciones las constituyen, Dinamarca y los Países Bajos en cuyos regímenes de pensiones, los pilares complementarios, que no sustitutorios, juegan un papel esencial en los regímenes de pensiones.

Debe reconocerse que los legisladores han cogido gusto a las reformas de pensiones. Quizás es que el ciudadano sufre en silencio los recortes y se encomienda al destino para que el mal, menor, la reforma, permita evitar la catástrofe. Recuerdo las palabras de Igor Guardiancich y Mattia Guidi[22] "*Tanto los académicos como los profesionales asumieron durante mucho tiempo que las reformas de las pensiones equivalen a un suicidio político. A principios de la década de 1980, David Stockman, director de presupuesto del presidente Reagan, aclaró que "no iba a gastar mucho capital político resolviendo los problemas de otro tipo". Más de tres décadas después, elevar la edad de jubilación sigue siendo una de los movimientos políticamente más arriesgados, incluso en regímenes que no son conocidos por su gran respeto por la democracia, como la Rusia de Vladimir Putin"*

Es muy posible que los legisladores del pasado pagasen con la pérdida de las elecciones, sobre todo si eran de izquierda, las reformas de pensiones. Me temo que ya no es así y que la población se está habituando a esta situación. Si no fuera de este modo, no se entendería, por ejemplo que, entre 1989 y 2017, la población alemana haya visto pasar (¿sufrido?) once leyes de reforma de pensiones, con un impacto significativo y que, no obstante, los dos partidos mayoritarios (CDU y SPD) continúen alternándose o compartiendo el poder.

Resulta bastante obvio que un proceso perenne de reformas, como se ha producido en muchos Estados (entre ellos España) no puede ser adecuado para mantener la confianza de la sociedad.

Como resumen de las reformas europeas, nada mejor que reproducir las afirmaciones de la OCDE[23] : "*Las reformas de pensiones realizadas durante las dos pasadas décadas han reducido las expectativas de pensión para los trabajadores que se incorporan al mercado de trabajo. Trabajar más puede ayudar a compensar parte de esta reducción, pero cada año de cotización de cara a las pensiones futuras, darán generalmente como resultado una prestación menor que la de antes de las reformas." "Las recientes reformas han tenido como objetivo mantener o restaurar la sostenibilidad financiera, reduciendo los gastos de las futuras pensiones. La sostenibilidad de los regímenes de pensiones y la adecuación de los ingresos de las pensiones se ha convertido en el mayor reto para los legisladores" "La tasa de sustitución después de las reformas es generalmente más baja que en el escenario de 1990. Los pobres están siendo protegidos pero todos recibirán menos en el futuro*".

Comprenderemos, después de leer este comentario, que el 70 %[24] de los ciudadanos de la UE mostraron su desacuerdo cuando se les preguntó acerca de elevar la edad de jubilación como un instrumento necesario para garantizar la sostenibilidad de los regímenes de pensiones.

4. LA AMPLIACIÓN DE LA EDAD MINIMA Y DE LA EDAD EFECTIVA DE ACCESO A LA JUBILACIÓN. EL EMPLEO DE TRABAJADORES MAYORES

Tal como señala Karl Hinrichs[25] "*el aumento de la edad legal de jubilación es obviamente la solución "casi natural" al incremento de la esperanza de vida y, por tanto, de la ampliación del período de percepción de las pensiones*".

[22] Guardiancich Igor y Guidi Mattia " *The political economy of pension reforms in Europe under financial stress"* Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, Italy and Universita` degli Studi di Siena, Siena, Italy* Correspondence: mattia.guidi@unisi.it Socio-Economic Review, 2020, Vol. 0, No. 0, 1-24 doi: 10.1093/ser/mwaa012

[23] "Pensions at glance 2013" OECD.

[24] (Eurostat, 2019).

[25] Hinrichs Karl "*Recent pension reforms in Europe: More challenges, new directions. An overview*". University of Bremen, SOCIUM—Research Center on Inequality and Social Policy, Bremen, Germany. WILEY.

La principal respuesta ofrecida por los sistemas de pensiones al desafío que supone el envejecimiento de la población y, en particular, el alargamiento de la esperanza de vida ha sido y es la elevación de la edad de jubilación. Se trata de una medida de gran impacto que se proyecta con (¿sorprendente?) uniformidad en la mayor parte de las legislaciones.

Puede afirmarse que si hasta hace muy poco la edad ordinaria de jubilación más común era 65 años (había importantes excepciones), la mayor parte de los países de la UE han introducido nuevas regulaciones que retrasan el momento de acceso a la pensión.

Actualmente, la cifra mágica es los 67 años, edad ésta que previsiblemente seguirá elevándose, en algunos casos, por aplicación del factor de sostenibilidad (Dinamarca, Italia, Países Bajos) o por decisión legal ya adoptada (Reino Unido). En todo caso, es importante añadir que la nueva '*centralidad'* de la edad de 67 años - ¿por qué 67 y no 66 o 68?, ¿simple influencia alemana?, se enmarca en no pocos casos en un planteamiento algo más complejo.

Otras fórmulas parecen posibles. Así, en países como Suecia y Francia se establece una franja de edad de referencia (61-67 años en el caso sueco, 62-67 años en el caso francés) que permite el acceso a la pensión antes de esos 67 años cuando se ha cotizado un determinado período (por supuesto largo). Es una fórmula coherente con la línea de reforzamiento de la contributividad y, a la vez, puede servir para mitigar el impacto de una medida restrictiva (la ampliación de la edad) que resulta muy perjudicial, en particular, para algunos sectores laborales.

En paralelo, también se produce un endurecimiento de las condiciones de acceso a la jubilación anticipada, un asunto sobre el que las Recomendaciones del Consejo Europeo insisten de forma tan recurrente que han centrado los debates europeos más recientes, poniendo el énfasis en la necesidad de acompañar esta medida con importantes reformas en las políticas del aprendizaje para adultos.

Los legisladores de 26 Estados de la Unión Europea (Luxemburgo es la excepción) han optado por el incremento de la edad de jubilación, introduciendo, en la mayoría de los casos, un período transitorio y escalonado para alcanzar la edad establecida que suele ser de 65 años para algunos países (sobre todo del Este de Europa) y de 67 años para otros.

Este aumento no afecta realmente a todos por igual. En efecto, los trabajadores altamente cualificados tienen una mayor probabilidad de continuar en su actividad laboral, mientras que los trabajadores poco cualificados salen prematuramente del mercado económico y laboral por razones de idoneidad o de salud. Muchos de ellos, por tanto, llegan a la jubilación desde el desempleo o tienen que acogerse a jubilaciones anticipadas, con las consiguientes reducciones de las cuantías en su pensión.

Como señalan Kati Kuitto y Jan Helmdag[26] "*las posibilidades de que las personas mayores continúen trabajando en la vejez dependen tanto de las oportunidades que ofrezca el mercado de trabajo como de sus propias capacidades individuales*".

En línea parecida se manifiesta[27] Karl Hinrichs "*Muchas personas que desarrollan actividades pesadas o que realizan labores peligrosas no pueden continuar trabajando hasta el edad de acceso a la jubilación y mucho menos en edades posteriores. Cada vez más, muchos trabajadores pueden ser expulsados del mercado de trabajo y convertirse en desempleados*".

Hay un tema que me parece muy curioso: La ampliación de la edad de la jubilación, con carácter general, ha suscitado rechazos violentos y protestas enconadas. Ha hecho caer a algún

[26] KUITTO KATI y HELMDAG JAN. *"Extending working lives: How policies shape retirement and labour market participation of older workers"*. Social Policy & Administration published by John Wiley & Sons Ltd. wileyonlinelibrary.com/journal/spol . 2021

[27] Hinrichs Karl "*Recent pension reforms in Europe: More challenges, new directions. An overview".* Social Policy & Administration published by John Wiley & Sons Ltd. wileyonlinelibrary.com/journal/spol . 2021

Gobierno y minado la credibilidad de los políticos, sobre todo de izquierdas. Sin embargo, en paralelo se ha producido una reforma silente que ha afectado, en algunos Estados, a la mitad de la población, sin que se haya generado repulsa social masiva.

En efecto, a comienzos del siglo XXI, la mayor parte de los Estados que forman actualmente parte de la Unión (España es, con otros pocos Estados, la excepción), contemplaban edades distintas, en razón del sexo, para el acceso a la pensión de jubilación. Actualmente, se ha invertido la tendencia y solamente algunos ordenamientos residuales contemplan las diferencias de edad, eventualidad ésta que, probablemente desaparezca en un futuro más o menos próximo.

Quizás la explicación que pueda darse a las diferentes reacciones de este fenómeno es que el incremento general de la edad de jubilación es considerado como reaccionario mientras que la equiparación de las edades entre hombres y mujeres tiene una connotación progresista, o por lo menos, así se ha vendido[28].

A mayor abundamiento, el aumento de la edad en el caso de las mujeres se ha realizado apresuradamente con períodos transitorios relativamente cortos.

No debería pasarse por alto las mayores dificultades que encuentran en general las mujeres para acceder a los mercados laborales o mantenerse en él, máxime cuando reúnen, frecuentemente, tres elementos disuasorios para los empresarios: mujeres, mayores y baja cualificación profesional.

En algunos foros se ha defendido que la equiparación de las edades es consecuencia de la Directiva de igualdad de trato en materia de seguridad social[29]. No es cierto y hay que decirlo alto y claro. En efecto, su Artículo 7 establece textualmente:

"La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación, y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones".

Resulta muy interesante el siguiente cuadro (hombres y mujeres) que incluye la edad de acceso a la jubilación ordinaria en 2020 y en 2060, así como también las edades de la jubilación anticipada (en paréntesis).

Como podrá claramente apreciarse en el referido cuadro, en 2008 la edad media legal de acceso a la jubilación en el conjunto de la UE era, para los hombres de 64 años, aumentando a 65 en 2020 y a 67, previsiblemente en 2040.

En relación con las mujeres se ha pasado de 62 años en 2008 a 64 en 2020 y será de 66 en 2040. Una evolución progresiva que probablemente alcance la equiparación total en el año 2060.

[28] Resulta impactante desde el, punto de vista político que en Agosto de 2011, los presidentes entrante y saliente del Banco Central Europeo, Draghi y Trichet, remitiesen una carta a Silvio Berlusconi, primer ministro italiano, invitándole a igualar la edad entre hombres y mujeres en el ordenamiento jurídico trasalpino.
Esta misiva podía ser entendida como una intromisión en la soberanía nacional. No fue interpretada de este modo y en lo que se denomina la reforma Fornero en 2012 se introdujo esta medida para el sector privado que ya se había aprobado años antes para el sector público.

[29] Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. *Diario Oficial n° L 006 de 10/01/1979 p. 0024-0025.*

able 2. **Statutory and early retirement ages (in bracket)**

	MEN					WOMEN				
	2008	2013	2020	2040	2060	2008	2013	2020	2040	2060
BE	65	65 (60.5)	65 (63)	67 (63)	67 (63)	64	65 (60.5)	65 (63)	67 (63)	67 (63)
BG	63	63.7 (63.7)	65 (65)	65 (65)	65 (65)	59.5	60.7 (60.7)	62.7 (62.7)	63 (63)	63 (63)
CZ*	61.8	62.7 (59.7)	63.7 (60)	66.5 (61.5)	69.3 (64.3)	56-60	59.7 (56.7)	61.7 (58.7)	66.5 (61.5)	69.3 (64.3)
DK*	65	65 (60)	66 (63)	70 (67)	72.5 (69.5)	65	65 (60)	66 (63)	70 (67)	72.5 (69.5)
DE	65	65.3 (63)	65.8 (63)	67 (63)	67 (63)	65	65.3 (63)	65.8 (63)	67 (63)	67 (63)
EE	63	63 (60)	63.8 (60.8)	65 (62)	65 (62)	60.5	62 (59)	63.8 (60.8)	65 (62)	65 (62)
IE	65	65 (65)	66 (66)	68 (68)	68 (68)	65	65 (65)	66 (66)	68 (68)	68 (68)
EL*	65	67 (62)	67 (62)	69.9 (64.9)	71.9 (66.9)	60	67 (62)	67 (62)	69.9 (64.9)	71.9 (66.9)
ES	65	65 (63)	65.8 (63)	67 (63)	67 (63)	65	65 (63)	65.8 (63)	67 (63)	67 (63)
FR	65	65.8 (60.8)	67 (62)	67 (62)	67 (62)	65	65.8 (60.8)	67 (62)	67 (62)	67 (62)
HR	-	65 (60)	65 (60)	67 (62)	67 (62)	-	60.8 (55.8)	62.5 (57.5)	67 (62)	67 (62)
IT*	65	66.3	66.8	68.4 (65.4)	70 (67)	60	62.3	66.8	68.4 (65.4)	70 (67)
CY*	65	65 (63)	65 (63)	67 (65)	69 (67)	65	65 (63)	65 (63)	67 (65)	69 (67)
LV	62	62 (60)	63.8 (61.8)	65 (63)	65 (63)	62	62 (60)	63.8 (61.8)	65 (63)	65 (63)
LT	62.5	62.8 (57.8)	64 (59)	65 (60)	65 (60)	60	60.7 (55.7)	63 (58)	65 (60)	65 (60)
LU	65	65 (57)	65 (57)	65 (57)	65 (57)	65	65 (57)	65 (57)	65 (57)	65 (57)
HU	62	62 (62)	64.5 (64.5)	65 (65)	65 (65)	62	62 (62)	64.5 (64.5)	65 (65)	65 (65)
MT	61	62 (61)	63 (61)	65 (61)	65 (61)	60	62 (61)	63 (61)	65 (61)	65 (61)
NL*	65	65.1 (65.1)	66.3 (66.3)	69.3 (69.3)	71.5 (71.5)	65	65.1 (65.1)	66.3 (66.3)	69.3 (69.3)	71.5 (71.5)
AT	65	65 (62)	65 (62)	65 (62)	65 (62)	60	60 (58.8)	60 (60)	65 (62)	65 (62)
PL	65	65.3 (65.3)	67 (67)	67 (67)	67 (67)	60	60.3 (60.3)	62 (62)	67 (67)	67 (67)
PT*	65	65 (55)	66.4 (55)	67.7 (55)	68.8 (55)	65	65 (55)	66.4 (55)	67.7 (55)	68.8 (55)
RO	63	64.7 (59.7)	65 (60)	65 (60)	65 (60)	58	59.7 (54.7)	61.4 (56.4)	63 (58)	63 (58)
SI	63	65 (58.3)	65 (60)	65 (60)	65 (60)	61	63.5 (58)	65 (60)	65 (60)	65 (60)
SK*	62	62 (60)	62.8 (60.8)	65.4 (63.4)	67.8 (65.8)	55-59	58.3 (56.3)	62.8 (60.8)	65.4 (63.4)	67.8 (65.8)
FI	62-68	68 (62)	68 (63)	68 (63)	68 (63)	62-68	68 (62)	68 (63)	68 (63)	68 (63)
SE	61-67	67 (61)	67 (61)	67 (61)	67 (61)	61-67	67 (61)	67 (61)	67 (61)	67 (61)
UK	65	65 (65)	66 (66)	66.7 (66.7)	68 (68)	60	61 (61)	66 (66)	66.7 (66.7)	68 (68)
EU	64	65 (61)	65 (62)	67 (63)	67 (64)	62	63 (60)	64 (61)	66 (63)	67 (64)
EA	64	65 (61)	66 (62)	67 (63)	67 (63)	63	64 (60)	66 (61)	67 (63)	67 (63)

ource: Ageing Report (2009, 2015), updated for Belgium (November 2015)

Fuente Ageing report (2015)

Por otra parte, el incremento de la edad mínima para tener acceso a la edad de jubilación ha tenido efectos directos en la edad efectiva de salida del mercado laboral. No obstante, subsiste una brecha importante entre las dos edades.

Aunque la edad mínima legal se amplíe, no tiene por qué incrementarse, en la misma proporción, la edad real de acceso a la jubilación ya que se están utilizando vías alternativas e indirectas para la salida del mercado de trabajo como la invalidez (la prevalencia de esta contingencia es muy elevada en edades muy altas) o la jubilación anticipada a pesar de las restricciones que se están introduciendo. Todo esto aunque esté claramente demostrado que trabajar dos años después de la edad de jubilación puede implicar mejoras sustanciales en la pensión. No obstante, muchos trabajadores manuales poco cualificados no pueden acogerse a esta posibilidad, aunque cuenten con larguísimas carreras de seguro, por falta de opciones laborales reales.

En el siguiente cuadro[30] se presenta la edad media efectiva de salida del mercado de trabajo, para hombres y mujeres, en 2019 así como las proyecciones en 2030, 2050 y 2070.

[30] The 2021 Ageing Report Economic & Budgetary Projections for the EU Member States (2019-2070). INSTITUTIONAL PAPER 148 | MAY 2021. European Economy Institutional https://ec.europa.eu/info/publications/economic-and-financial-affairs-publications_en. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021PDF.

Table II.1.4: Average effective labour market exit age, by gender.

	MALE				FEMALE			
	2019(1)	2030	2050	2070	2019(1)	2030	2050	2070
BE	63.3	64.3	64.3	64.3	63.5	64.3	64.3	64.3
BG	64.7	64.7	64.7	64.7	63.2	63.6	64.1	64.1
CZ	63.5	64.2	64.2	64.2	61.4	63.4	63.4	63.4
DK*	65.0	66.1	68.0	69.5	64.1	65.5	67.6	69.2
DE	64.7	65.7	65.7	65.7	64.5	65.3	65.3	65.3
EE*	65.2	66.1	67.9	69.4	65.0	65.9	67.6	69.3
IE	65.5	65.5	65.5	65.5	63.9	64.0	64.0	64.0
EL*	63.0	64.8	66.6	67.6	62.9	64.8	66.6	67.6
ES	63.9	65.3	66.4	66.1	64.6	65.4	66.5	66.2
FR	62.3	63.6	64.7	64.7	62.2	63.3	64.3	64.3
HR	62.7	62.9	63.2	63.2	61.4	62.4	62.7	62.7
IT*	65.2	66.0	67.0	68.5	65.8	66.9	68.2	69.3
CY*	64.4	65.3	66.7	67.7	63.4	64.2	65.8	66.8
LV	63.2	64.3	64.3	64.3	63.8	64.6	64.6	64.6
LT	63.4	64.4	64.4	64.4	62.1	63.8	63.8	63.8
LU	60.4	60.4	60.4	60.4	60.1	60.1	60.1	60.1
HU	63.2	65.3	65.3	65.3	62.4	64.8	64.8	64.8
MT	62.8	63.9	63.9	63.9	61.9	62.7	62.7	62.7
NL*	65.8	66.6	67.6	68.5	64.0	65.0	65.9	67.0
AT	63.2	63.2	63.2	63.2	61.4	62.6	63.2	63.2
PL	64.5	64.5	64.5	64.5	61.3	61.3	61.3	61.3
PT*	64.6	65.1	65.8	66.6	64.1	64.6	65.4	66.2
RO	64.1	64.1	64.1	64.1	62.7	62.6	62.6	62.6
SI	62.1	63.0	63.0	63.0	62.0	62.8	62.8	62.8
SK	62.0	62.7	62.7	62.7	61.4	61.7	61.7	61.7
FI*	63.9	64.7	66.1	67.4	63.5	64.1	65.5	66.8
SE	65.6	65.6	65.6	65.6	64.5	64.6	64.6	64.6
NO	66.0	66.0	66.0	66.0	64.7	64.7	64.7	64.7
EA	63.6	64.5	65.1	65.5	63.2	64.0	64.6	65.1
EU	63.8	64.5	65.0	65.4	63.0	63.9	64.4	64.8

Quizás, para entender el cambio cualitativo que se ha producido en los últimos años, debemos tener en cuenta que la tasa de actividad del grupo de edad de 55 a 64 años era del 38% en 2008 y alcanzó en 2019 el 63,7%.

Las proyecciones de la mayoría de los Estados miembros de la UE en relación con la participación en el mercado laboral de estos trabajadores apuntan a una mejora muy sensible, si bien las diferencias de Estado a Estado van a ser muy profundas en función de la celeridad e intensidad de las medidas adoptadas. Así en el conjunto de la Unión Europea la tasa de actividad de los trabajadores mayores de 55 a 64 años pasará de 63,7% en 2019 a 73,7, % en 2070[31] .

Todavía más significativa es el proyectado incremento de la tasa de empleo, fijada en 2019 en 60% y que alcanzará el 70,2% en 2070. La buena noticia es que los países que más elevarán esta tasa van a ser por este orden, Grecia, Hungría España, Italia y Portugal.

Sigamos con las buenas noticias. Los aumentos esperados en las tasas de participación entre 55-64 años son muchos mayores para las mujeres (alrededor de 13,5 puntos por 6,5 puntos para los hombres), reflejando la convergencia progresiva de tasas de participación entre hombres y mujeres en varios países. Y nuevamente van a ser los países mediterráneos los más favorecidos en estas positivas estimaciones estadísticas.

Por otra parte, la ola equiparadora que tan bien ha funcionado en el caso de la mujer, también ha tenido algunos efectos en los regímenes de empleados públicos. No obstante los

[31] Fuente, Servicios de la Comisión Europea. Comité de Protección Social.

resultados, por su intensidad moderada, han sido distintos. Todavía se mantienen ventajas en muchos Estados (España por ejemplo) a la hora de acceder a la pensión de jubilación a edades tempranas (60 años) sin aplicación de coeficientes reductores. El corporativismo funcionarial es universal.

Otra vía utilizada indirectamente para retrasar el acceso a la jubilación ha sido el incremento del número de años de cotización exigidos para poder recibir una pensión completa. En efecto, el período promedio requerido en la UE, a tal efecto, es, actualmente, de alrededor de 35 años, previéndose que aumente en 4 años en 2060.

Conviene resaltar que, a día de hoy, a nivel del conjunto de la UE, el número de años en los que los pensionistas pueden disfrutar de su jubilación ha disminuido ligeramente durante la última década, dado que las edades de salida del mercado laboral han ido aumentando, en un número importante de Estados miembros[32],más rápido que la esperanza de vida.

Casi todos los países de la Unión europea han introducido, en sus legislaciones, incentivos, estímulos, premios o bonificaciones para las personas que se retiren después de la edad legal de jubilación. Alternativamente, y como experimento de gran interés, Suecia y en menor medida Reino Unido y Francia han abolido, *de facto*, la noción de edad legal de jubilación *stricto sensu*, flexibilizando la misma, primando a aquellos que se retiren más tardíamente y sancionando indirectamente, como contrapartida, a los que lo hagan de manera más temprana.

Al cambiar los criterios de acceso a la jubilación y teniendo en cuenta los incentivos para posponer la jubilación, las reformas introducidas en los regímenes de pensiones afectarán positivamente, esperemos que en gran manera, a la participación de los trabajadores mayores en el mercado laboral en los próximos décadas.

Ahora bien, para conseguir tasas de empleabilidad elevadas se necesitan disposiciones favorecedoras de la flexibilidad en el trabajo que permitan a las personas seguir trabajando más allá de la edad de jubilación y que posibiliten "*dar un paso gradual de tiempo completo a tiempo parcial y, posteriormente a tiempo muy parcial*."[33] Además resulta imprescindible, y así lo han entendido muchos legisladores, compatibilizar ingresos de pensión y de trabajo.

5. MODIFICACIONES EN LA BASE, SALARIO REGULADOR O PERIODO DE REFERENCIA. INDEXACION Y REVALORIZACIÓN DE LAS COTIZACIONES Y PENSIONES

Una de las fórmulas empleadas por la mayoría de los Estados Miembros para contribuir a la sostenibilidad de los regímenes de pensiones ha sido potenciar una mejor relación cotización / pensión a través del incremento del número de años tomados en cuenta para el cálculo de la base o salario regulador. De hecho, se ha producido una convergencia, propiciada por la Comisión Europea pero bien deseada por los legisladores, consistente en tomar en cuenta todos los años de cotización de la vida laboral a la hora de calcular la base reguladora de la pensión.

Con independencia de aquellos países que tienen implantado el sistema Beveridge (Dinamarca y Países Bajos) y que toman en consideración años de residencia, solamente se salen de la regla general del cómputo de toda la vida laboral, España, Francia, Lituania, Malta y Eslovenia. La Comisión Europea, en este sentido, ha condicionado a España la obtención de determinados fondos de nueva generación al incremento del período de referencia por encima de los 25 años.

[32] The 2021 Pension Adequacy Report: current and future income adequacy in old age in the EU Volume I Joint Report prepared by the Social Protection Committee (SPC) and the European Commission (DG EMPL

[33] Pension Reforms in the EU since the Early 2000's: Achievements and Challenges Ahead. DISCUSSION PAPER 042 | DECEMBER 2016. http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/.
Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

Sin embargo, no es esta la única medida que han adoptado los Estados Miembros para favorecer la sostenibilidad de sus pensiones a través de la reducción de sus cuantías.

Pues bien, en la mayor parte de los países de la Unión Europea, las cotizaciones, en el pasado, se actualizaban en base al crecimiento de los salarios (primera opción) que suele ser superior a las variaciones del IPC (Índice de precios al consumo, segunda opción) Actualmente, en cambio, se ha potenciado la tendencia a la segunda opción.

Asimismo, en relación con las revalorizaciones de las pensiones, se ha seguido el mismo criterio, pasándose, en muchos Estados, de la indexación de las pensiones en base a los incrementos de los salarios a una fórmula mixta (salarios y precios al consumo).

No obstante, resulta interesante comprobar que, por ejemplo Alemania, ha creado un método que mezcla los incrementos salariales con el factor de sostenibilidad que probablemente pueda ser seguido por otros Estados.

La indexación sobre aumento de precios se considera la opción más económica[34] pero encierra el peligro de que puede ampliar la brecha entre las pensiones y los salarios durante el normalmente largo período de percepción de la jubilación.

Por todo ello, y teniendo en cuenta que los salarios tienden a crecer, normalmente, más rápido que los precios, la revalorización de las pensiones en base al incremento salarial conduce, generalmente, a resultados más consistentes y apropiados, permitiendo que los jubilados participen en el crecimiento de la productividad de la comunidad de la que forman parte.

No es baladí ni ausente de repercusión la opción de revalorización entre salarios brutos y netos, tal como señala a Eva Maria Hohnerlein[35] "*La indexación sobre los salarios brutos se considera la más costosa y también la menos justa en términos de equidad intergeneracional, ya que los trabajadores activos tienen que soportar un mayor gasto en pensiones y se enfrentarán tasas de cotización cada vez mayores. Por el contrario, pasar de salarios brutos a netos implica que los aumentos en las cotizaciones implicarán automáticamente menores beneficios de pensión, lo que resultará en una mayor distribución de la carga entre los pensionistas y los trabajadores activos*".

Aunque la revalorización sobre salarios es más costosa normalmente para el erario de la Seguridad Social o del Estado, a veces se producen situaciones excepcionales, especialmente en tiempos de recesión económica, en los que existen amplios sectores de trabajadores con subidas salariales promedio por debajo de la inflación. Actualmente, por tanto, con una inflación disparada que no se está reflejando, por el momento, en los salarios reales, puede discutirse la bondad de la indexación sobre salarios. No obstante, esto es una anomalía, esperemos que transitoria, que se va a corregir seguramente en un futuro próximo.

Como resumen de este apartado, nada mejor que trascribir un cuadro de los servicios de la Comisión Europea que recoge, para todos los Estados Miembros[36], tanto los períodos de referencia para el cálculo de las pensiones, como las actualizaciones de las cotizaciones y los distintos sistemas de revalorización de las pensiones:

[34] La revalorización basada en el Índice de Precios al Consumidor (IPC), es la forma de ajuste elegida con mayor frecuencia a nivel internacional en el marco de la OCDE (Australia, Nueva Zelanda, Canadá, Estados Unidos, Israel, Corea, Brasil, Chile, Colombia). No obstante, en la zona Euro no es una elección unánime.

[35] Hohnerlein Eva Maria *"Pension indexation for retirees revisited - Normative patterns and legal standards"* First Published April 17, 2019 Research Article. https://doi.org/10.1177/1468018119842028.

[36] La información sobre España está desactualizada y no es precisa.

.

Table A.2. **Key parameters of pension systems in EU countries**

	Pensionable earnings reference	General valorisation variable(s)	General indexation variable(s)
BE	Full career	Prices	Prices and living standard
BG	Full career	Wages	Prices and wages
CZ	Full career	Wages	Prices and wages
DK	Years of residence	Not applicable	Wages
DE	Full career	Wages	Wages plus sustainability factor
EE	Full career	Social taxes	Prices and social taxes
IE	Flat rate	Not applicable	No fixed rule
EL	Full career	Price and wages	Prices and GDP (max 100% prices)
ES	Last 25 years	Wages	Index for pension revaluation
FR	25 best years (CNAVTS)	Prices	Prices
HR	Full career	Price and wages	Price and wages
IT	Full career	GDP	Prices
CY	Full career	Wages	Prices and wages
LV	Full career	Contribution wage sum index	Prices and wages
LT	25 best years	Yearly discretionary decision	Yearly discretionary decision
LU	Full career	Wages	Prices and wages
HU	Full career	Wages	Prices
MT	10 best of last 40 years	Cost of living	Prices and wages
NL	Years of residence	Not applicable	Wages
AT	40 best years	Wages	Prices
PL	Full career	NDC 1st: Wages, NDC 2nd: GDP	Prices and wages
PT	Full career up to a limit of 40 years	Prices	Prices and GDP
RO	Full career	Prices and wages until 2030	Prices and wages until 2030
SI	Best consecutive 24 years	Wages	Prices and wages
SK	Full career	Wages	Prices and wages
FI	Full career	Prices and wages	Prices and wages
SE	Full career	Wages	Wages
UK	Years of insurance contributions	Wages	Wages

Source: Commission services.

6. SOSTENIBILIDAD Y ADECUACIÓN DE LAS PENSIONES

Durante los últimos 30 años, y como consecuencia del envejecimiento de su población, todos los Estados Miembros de la Unión Europea se han esforzado en contener en primer lugar y reducir, en su caso, el gasto de las pensiones. A día de hoy esta tendencia a la baja es constatable con un simple dato: En 2013 el gasto público en pensiones estuvo por encima del 11 % del PIB en la UE[37] mientras que ya en 2019 el gasto suponía más de un punto menos. De hecho, en varios Estados miembros ya se prevé una disminución del gasto en pensiones como resultado de las reformas aprobadas.

Por todo ello, a pesar de los agoreros que anuncian la bancarrota de los sistemas públicos de reparto, el futuro, limitándonos a la sostenibilidad, parece esperanzador, tal como se puede colegir del siguiente cuadro[38] elaborado por los Servicios de la Comisión Europea, en el que figura la evolución de los gastos de pensiones sobre el PIB en todos los Estados Miembros[39].

[37] Informe de envejecimiento 2015.
[38] Fuente: Comisión Europea. Comité de Protección Social.
[39] Para España, estos datos no recogen los efectos de Ley 21/2021, de 28 de Diciembre.

Annex Table 2.1. Pension Expenditures based on Ageing Report 2021
(Percent of GDP)

	1970	1980	1990	2000	2010	2020	2030	2040	2050	2060	2070	2080	2090	2100
AUT	.	.	12.6	13.5	13.9	13.5	15.1	15.1	14.7	14.6	14.3	14.0	14.4	15.0
BGR	.	.	.	.	9.9	8.4	8.5	8.6	9.3	9.8	9.7	9.8	10.5	10.4
CYP	.	.	.	5.6	7.2	9.0	10.0	10.2	10.1	10.7	10.9	10.9	11.1	11.3
CZE	.	.	6.5	8.0	8.6	8.1	8.8	9.8	11.4	11.8	10.9	11.1	11.5	11.5
DEU	.	10.9	10.0	10.9	10.6	10.4	11.5	12.0	12.2	12.5	12.4	12.2	12.6	13.1
ESP	.	6.3	8.0	8.8	10.1	12.4	12.3	12.8	13.0	11.7	10.3	10.6	10.9	10.9
EST	.	.	.	6.5	9.0	7.6	6.9	6.5	6.1	5.8	5.4	5.8	6.1	6.0
FIN	.	7.4	9.7	9.8	12.1	13.1	13.7	12.8	12.7	13.5	14.4	15.1	15.9	16.5
FRA	.	10.6	11.9	12.6	14.3	14.9	15.6	15.2	14.3	13.4	12.6	13.4	14.0	14.7
GRC	.	5.1	9.4	10.4	14.6	15.5	13.8	14.0	13.6	12.0	11.9	12.5	12.2	12.0
HRV	.	.	.	.	10.7	10.3	11.0	10.4	9.9	9.7	9.5	9.9	10.0	10.0
HUN	.	.	.	9.1	12.0	8.4	8.3	9.7	11.2	11.9	12.4	12.4	12.9	13.1
IRL	.	4.1	3.9	3.7	6.8	4.7	5.9	6.9	7.5	7.5	7.6	8.6	9.0	9.2
ITA	.	8.9	11.8	13.8	15.0	15.5	17.3	17.8	16.2	14.1	13.6	13.7	13.8	14.1
LTU	.	.	.	8.1	8.5	7.2	7.9	8.4	8.2	8.1	7.5	7.4	8.0	8.2
LUX	.	11.4	10.3	9.4	8.8	9.4	11.4	13.0	14.8	16.7	18.0	18.6	20.0	21.5
LVA	.	.	.	10.4	9.8	7.1	6.9	6.6	6.3	6.2	5.9	6.1	6.5	6.5
MLT	.	.	.	6.4	10.2	7.1	6.6	6.6	8.1	10.1	10.9	10.3	10.1	10.8
NLD	.	8.6	9.0	6.7	6.8	6.9	8.1	9.1	8.9	8.9	9.1	9.4	9.8	10.2
NOR	.	.	9.8	8.8	8.1	11.1	12.3	12.6	12.7	13.2	13.6	14.1	15.0	15.9
POL	.	.	6.1	12.7	11.6	10.8	11.0	10.5	10.7	10.8	10.5	10.7	10.8	10.4
PRT	.	4.4	5.8	9.3	12.7	12.8	14.2	14.4	12.6	10.5	9.5	9.8	9.7	9.7
ROU	.	.	.	6.4	9.5	8.9	12.9	14.2	14.8	13.6	11.9	12.6	12.8	12.8
SVK	.	.	.	7.1	8.3	8.6	10.2	11.6	13.4	14.5	14.2	13.9	14.7	14.8
SVN	.	.	.	11.1	11.4	10.0	10.8	13.6	15.7	16.1	16.0	16.2	16.9	16.9
SWE	.	9.2	10.1	9.4	8.4	7.7	7.4	7.0	7.0	7.4	7.5	7.9	8.5	8.9

Sources: Ageing Report vintages; Eurostat; and OECD.

Por otra parte, conviene destacar que continúa siendo una característica significativa para la mayor parte de los Estados Miembros la fuerte participación del sector público. Todo ello, a pesar o quizás como consecuencia de más de dos décadas de reformas en las que se ha predicado el mantra del Banco Mundial de las bondades de un sistema multipilar como alternativa a un primer pilar fuerte.

La gran recesión que golpeó a la Unión Europea en 2008-09 provocó en muchos países una aceleración de reformas de pensiones para mejorar la sostenibilidad, a través de la adopción de medidas radicales con impactos exitosos a corto plazo.

Sin embargo, la otra cara de la moneda, la adecuación o suficiencia de las prestaciones sufrió una merma importante. En efecto , las proyecciones apuntan a que la pensión media en relación con el salario medio (tasa de sustitución) disminuya en casi todos los Estados miembros lo que conllevará ,tal como señalan Giuseppe Carone, Per Eckefeldt, Luigi,Giamboni, Veli Laine y Stéphanie Pamies Sumner[40] *"a que las pensiones públicas disminuyan, hasta 2060, en todos los Estados miembros (excepto Luxemburgo), una media de 9 puntos en el conjunto de la Unión Europea ,y hasta 20 puntos en algunos países (Portugal , España , y Chipre)".*

El siguiente cuadro proyecta la evolución futura de la tasa de sustitución. Su lectura puede provocar daños irreparables al lector sensible, sobre todo si es joven, de nacionalidad española y aspira a recibir una pensión en el futuro.

[40] Pension Reforms in the EU since the Early 2000's: Achievements and Challenges Ahead. DISCUSSION PAPER 042 | DECEMBER 2016. http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/.
Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016

TASA DE SUSTITUCIÓN 2019/2070(Fuente Comisión Europea)

Table II.1.18: **Replacement rate: 2019 and 2070 (%)**

	Public pensions: earnings-related			All pensions (public & private)		
	2019	2070	change (pps)	2019	2070	change (pps)
BE	35.1	33.2	-1.9			
BG	36.2	29.5	-6.7			
CZ	45.1	42.9	-2.2			
DK	35.6	28.0	-7.6	56.7	57.9	1.2
DE	39.8	37.2	-2.6			
EE	39.8	25.8	-13.9	41.4	43.7	2.3
IE	36.7	36.0	-0.7			
EL	69.0	56.2	-12.8			
ES	77.0	41.3	-35.7			
FR	54.4	34.7	-19.7			
HR	32.5	22.8	-9.7	30.8	22.2	-8.6
IT	66.9	51.5	-15.4			
CY	35.7	44.4	8.7			
LV	54.8	20.0	-34.7	55.5	30.5	-25.1
LT	31.7	21.2	-10.4	31.7	27.9	-3.8
LU	67.1	60.1	-7.0			
HU	44.8	48.2	3.3			
MT	48.4	57.1	8.7			
NL	30.9	29.2	-1.6	54.1	50.3	-3.8
AT	55.4	52.1	-3.3			
PL	54.1	25.1	-28.9			
PT	74.0	41.4	-32.7	72.2	39.9	-32.2
RO	27.1	27.6	0.5	32.0	35.6	3.6
SI	33.2	37.5	4.3			
SK	41.6	43.2	1.6	41.6	42.2	0.6
FI	45.9	37.3	-8.5			
SE	34.2	29.9	-4.4	41.3	36.0	-5.3
NO						
EA	49.3	40.0	-9.4			
EU	46.2	37.5	-8.7			

En la mayoría de los Estados miembros, las personas que se jubilen en 2070 o en años anteriores, recibirán unos ingresos menores que los jubilados con similar trayectoria en 2019 por lo que, como subrayan algunos organismos internacionales, los futuros pensionistas tendrán que enfrentarse a mayores riesgos de pobreza en la vejez.

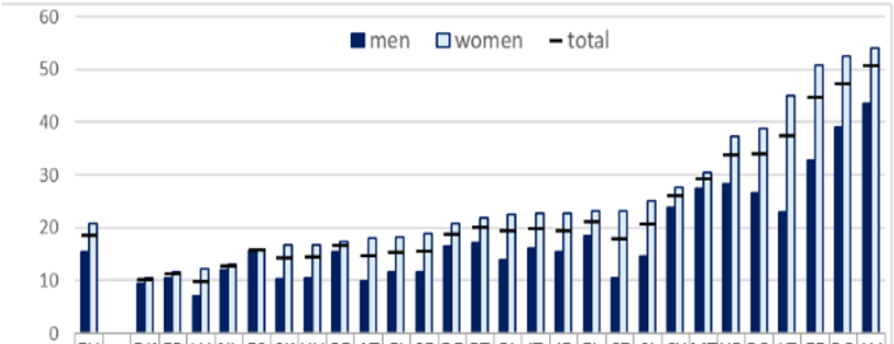
Por todo ello, una de las consecuencias directas e indirectas de las medidas adoptadas en Europa (aumento de la edad de jubilación, disminución de la tasa de sustitución, endurecimiento de las condiciones para acceder a la pensión de jubilación o precarización de los empleos) ha sido el desarrollo de las pensiones no contributivas en los sistemas de los Estados Miembros. En este sentido, muchos países han pretendido modernizar los regímenes de jubilación intentando conciliar sostenibilidad financiera y adecuación social. Así, se han generado dos procesos paralelos: reducción de las prestaciones medias de vejez e incremento de las prestaciones más bajas, a través de una garantía de ingresos mínimos contributivos o no contributivos.

La pobreza en la vejez o la exclusión social en la población mayor de 65 años ha aumentado ligeramente desde 2016, aunque sigue siendo notablemente inferior a la de 2008. En la UE, en 2019, casi el 18,5 % (16,1 millones) de las personas de edad 65 y más estaban en riesgo de pobreza o exclusión social, mientras que en algunos países el porcentaje alcanza el 50 %. Además, la brecha de género se manifiesta mucho más crudamente con la edad. Así, el riesgo de pobreza en la vejez para las mujeres aumenta considerablemente después de los 75 años, tal como muestra el siguiente cuadro[41].

[41] FUENTE EUROSTAT.

2: Those at risk of poverty or social exclusion (AROPE) in old age (65+), 2019, by sex, %

Large diversity in the risk of poverty among older persons across Member States



	EU	DK	FR	LU	NL	ES	SK	HU	BE	AT	FI	SE	DE	PT	PL	IT	IE	EL	CZ	SI	CY	MT	HR	RO	LT	EE	BG	LV
men	16	9	11	7	12	16	10	11	15	10	12	12	17	17	14	16	16	18	11	15	24	27	28	27	23	33	39	44
women	21	11	12	12	13	16	17	17	17	18	18	19	21	22	23	23	23	23	23	25	28	31	37	39	45	51	53	54
total	19	10	11	10	13	16	14	14	17	15	15	15	19	20	19	20	19	21	18	21	26	29	34	34	37	45	47	51

Probablemente, la generación madura actual se enfrente a menores riesgos de ser pobres que las generaciones venideras más jóvenes. Los efectos de tres décadas de los recortes aún no se han materializado totalmente por lo que lamentablemente, los futuros pensionistas pueden correr un riesgo mayor de encontrarse a lo largo de su vida, en situación de pobreza. A tal efecto, las prestaciones sobre garantías de ingresos van a estar presentes, cada vez más, en las próximas reformas de pensiones.

7. EL PROCESO DE PRIVATIZACION DE LAS PENSIONES. EL ESTE DE EUROPA. UN CORAZON CON FRENO Y MARCHA ATRÁS

Con la caída del telón de acero, el liberalismo económico, en su versión más ultra, utilizó a los países del Este de Europa como laboratorio, en materia de Seguridad Social, para experimentar sobre la privatización de las pensiones con el fin de, en caso de éxito, iniciar un proceso de acoso y recibo de los sistemas públicos de pensiones de los Estados de Europa Occidental. El conejillo de Indias fue Polonia. Luego, todos los demás.

Debe recordarse que el modelo socialista en materia de pensiones (reparto, pay as you go) se caracterizaba por su generosidad: la tasa de sustitución era muy alta y el reconocimiento de elevadas jubilaciones anticipadas estaban a la orden del día. Pronto se demostró que, lamentablemente era económicamente insostenible.

La reforma de los planes públicos de pensiones de los Estados del Este de Europa fue iniciado por el Banco Mundial en 1994[42] que apuntaba la necesidad de introducir, para combatir el reto del envejecimiento de la población, sistemas multipilares, con una gran participación de planes obligatorios de capitalización. A este respecto, debe subrayarse que los planes privados del Este de Europa se constituyeron como sustitutivos y no como complementarios del pilar público.

[42] Informe *"Averting the Old Age Crisis"* (Banco Mundial, 1994).

El ejemplo promovido por el Banco Mundial fue el modelo chileno. Se argumentaba que el sistema privado crearía grandes capitales que ayudaría a la consolidación del nuevo sistema económico.

El proceso, iniciado en Polonia, tuvo la siguiente trayectoria.

- Trasferencia de las cotizaciones del sistema público al privado.
- Régimen de capitalización.
- Ventajas fiscales para tercer pilar.

Las reformas fueron introducidas durante 1998 - 2008 en ocho países (Hungría, Polonia, Letonia, Estonia, Bulgaria, Lituania, Eslovaquia y Rumanía), miembros todos ellos, más tarde, de la UE.

En principio todo apuntaba a un gran éxito. Muchos trabajadores abrazaron el nuevo sistema que era el reverso del sistema público socialista. Rápidamente aparecieron los primeros problemas. Los productos ofrecidos no eran transparentes para un gran número de trabajadores financieramente analfabetos; los rendimientos de la inversión fueron inferiores a lo esperado; los gastos administrativos resultaron muy elevados.

Además, las cotizaciones dirigidas al segundo pilar fueron detraídas, en su mayor parte, de las correspondientes del primer pilar público (de reparto) que rápidamente entró en números rojos. Los déficits tuvieron que ser compensados con el presupuesto estatal, lo que en última instancia condujo a un aumento de la deuda pública.

La crisis financiera y económica de 2008 desencadenó la segunda ola de reformas. En los años 2008-2011, se realizaron cambios en el funcionamiento de los fondos de pensión obligatorios, disminuyéndose el monto de las contribuciones transferidas o cambiando las reglas de participación en los mismos. Estas acciones se integraron como parte de la consolidación fiscal emprendida por los países de región debido a la necesidad de eliminar el déficit excesivo y de aminorar el crecimiento de la deuda estatal. Todo esto implicó la reducción, temporal o permanente del desarrollo de los planes de pensiones de capitalización.

En este difícil contexto económico, los países de Europa del Este introdujeron reformas paramétricas, como aumentos en la edad de jubilación en Estonia y Hungría. También hubo reversiones de las reformas sistémicas. En Estonia, por ejemplo, hubo un desvío temporal de aportaciones de cuentas individuales hacia el pilar público. En Polonia, la reversión fue parcial: aproximadamente la mitad de las contribuciones provenientes de cuentas individuales se devolvieron al primer pilar. Hungría trasfirió en 2012 todas las reservas de los fondos privados al sistema público y obligó a la mayor parte de los trabajadores a retornar a él. En 2015, el parlamento checo aprobó la abolición[43] del segundo pilar de pensiones.

Como señala Dominic Clark[44]"*La experiencia de los países del Este de Europa ha puesto de manifiesto algunos de los peligros cuando se adoptan reformas paramétricas de pensiones con demasiado entusiasmo, excesivo optimismo, imprevisión económica y errores en la prospección demográfica*".

8. EL MULTIVERSO MULTIPILAR

Las dos últimas décadas han estado marcadas, doctrinalmente, por el paradigma del reforzamiento del segundo y tercer pilar en detrimento del primer pilar. Este nuevo modelo bebe de

[43] A través la Ley No. 376/2015 Coll.

[44] Clark Dominic "*Pension reforms in Central and Eastern Europe: Public to private, and back to public"*. Febrero 2019 Milliman.

las fuentes de un movimiento que critica el papel del Estado en el ámbito de la protección social y revindica la iniciativa privada en los regímenes de pensiones.

Sin embargo, al menos en Europa, esta tendencia no se ha consolidado y, en casi todos los Estados miembros, la mayor parte de los ingresos de pensión siguen basados en el primer pilar público, normalmente contributivo y de reparto con un papel relativamente limitado del segundo y tercer pilar. Las excepciones lo constituyen Dinamarca y los Países Bajos.

Históricamente las pensiones del segundo y tercer pilar nacieron en su día como fórmula para mejorar los ingresos de la jubilación. No obstante, esta función complementaria pasó a ser sustitutoria en una serie de países del Este de Europa. De todos modos, a pesar de que se muchos economistas presenten esta fórmula como la solución perfecta a la problemática del envejecimiento de la población y a la necesidad de sostenibilidad de los regímenes de pensiones, no termina de arrancar o acelerar aunque, eso sí, probablemente su importancia pueda aumentar en el futuro.

De hecho, a pesar de su creciente prevalencia, el segundo y tercer pilar solo representan una fracción pequeña de los beneficios totales de pensión en la mayoría de los países. Únicamente en los casos de los Países Bajos (43% del total gasto en pensiones), Dinamarca (34 %) y Suecia (34%), las pensiones privadas constituyen una parte sustancial de las pensiones totales en 2019. El siguiente cuadro[45] resulta demostrativo de la relativa actual importancia, pero creciente, del gasto sobre el PIB en la mayor parte de los Estados tanto a día de hoy como en el futuro. Conviene destacar que muchos países no han aportado datos económicos al respecto, lo que ya de por sí resulta significativo.

Table A.9. **Private (occupational and individual) pension schemes expenditure in 2013 and 2060**

	% GDP		% total pension expenditure	
Country	**2013**	**2060**	**2013**	**2060**
DK	4.6	5.8	30.8	44.7
EE	0.0	2.2	0.2	25.9
ES	0.7	0.8	5.3	6.9
HR	0.0	1.6	0.0	19.0
LV	0.0	2.2	0.0	32.2
LT	0.0	1.1	0.0	12.8
NL	5.2	6.5	43.2	45.5
PT	0.3	0.2	2.0	1.5
RO	0.0	0.8	0.0	9.3
SE	2.5	3.9	21.7	34.2

La teórica excelencia del segundo y tercer pilar se ha visto confrontada con algunos riesgos en el pasado que se mantienen en el presente. En efecto, en 2008, 2009 y en años posteriores, los fondos de pensiones complementarios, fueron duramente golpeados por la crisis. De hecho los trabajadores mayores próximos a la jubilación han sido particularmente afectados por las pérdidas de inversión, poniéndose en pregunta si la privatización total o parcial es totalmente compatible con el modelo o modelos europeos de pensiones. La reversión legislativa en los países del Este de Europa que se ha analizado en la letra G de este artículo no debe ser tomada a la ligera.

Quizás uno de los problemas para el desarrollo del tercer pilar sea lo que se señala en el Informe of High-level group of experts on pensions[46] *"Facilitar información de alta calidad por sí solo puede no ser suficiente para garantizar que los consumidores puedan adquirir productos de pensiones individuales adecuados que se ajusten a sus circunstancias y necesidades personales.*

[45] Fuente: Ageing report 2015.

[46] FINAL REPORT OF THE HIGH-LEVEL GROUP OF EXPERTS ON PENSIONS. Diciembre 2019.Comisión Europea.

Incluso si la información facilitada es clara, concisa y comprensible, los consumidores aún no pueden elegir los productos que más les convienen".

Un dato adicional. En Suecia, donde los tres pilares de pensión conviven amigablemente, los planes individuales de pensión desde 2016 han sufrido un frenazo en seco que podría ser extendido a otros países. La razón: La eliminación de los incentivos y desgravaciones fiscales.

Quizás debamos aprender, cuando se habla de la privatización como la solución definitiva, que cualquier modelo tiene que adecuarse al perfil de cada país, de cada economía, de cada gobierno y de cada población, debiéndose considerar tanto la situación actual como la previsiblemente futura. El ejemplo de los países del Este de Europa ha demostrado que es vital asegurar que las reformas sean robustas, consensuadas, aceptadas y reconocidas. Por todo ello deberíamos reflexionar y dudar sobre la traslación total, mimética y automática en los existentes regímenes de pensiones europeos del modelo de tres pilares del Banco Mundial que, a pesar de haber sido ampliamente reconocido y aplaudido, no puede ser utilizado como paradigma universal indiscutible. Quizás un conjunto de soluciones parciales o más graduadas puede resultar más sostenible y sobre todos más asumibles por la ciudadanía.

9. CONCLUSIONES

La tan ensalzada diversidad de los regímenes de pensiones es menos diversidad después del colosal proceso de reformas que, separadamente, pero en una especie de todos a una, han emprendido los Estados de la Unión. De hecho ha existido una interrelación invisible que, auspiciada por la Comisión Europea , ha producido una convergencia espontánea en el que las justificaciones esgrimidas en los distintos parlamentos son intercambiables y en el que la sostenibilidad aparece, genial hallazgo, como un componente esencial adherido a la adecuación, en una especie de síndrome de Estocolmo que se enuncia, como un ejercicio de confusión, del siguiente modo*: La sostenibilidad no es un fin en sí misma sino que se hace dependiente y se subordina a la adecuación que es el verdadero motor de las reformas. La motivación por tanto de estas reformas y recortes es, en último extremo, garantizar la adecuación futura*, *lo que cuando menos resulta paradójico y contradictorio.*

De todos modos, debe hacerse hincapié que de ningún modo esta convergencia silente significa que haya surgido un nuevo modelo de pensión único europeo. No, en absoluto. La pluralidad y diversidad subsiste, si bien, en menor grado.

Sin embargo, con independencia de todos los argumentos que se desgranen, la posverdad no puede ocultar que probablemente, los jubilados del futuro recibirán, en condiciones equivalentes, pensiones más bajas que sus homólogos del presente.

Si se analizan los elementos principales de las reformas, brilla con luz propia el aumento de la edad de acceso normal de jubilación que se presenta como la respuesta *"casi natural"* al aumento de la esperanza de vida y, por tanto, a la prolongación en el tiempo de la percepción de las pensiones. Todo ello, a pesar de que como como señala Karl Hinrichs[47] "*esta fórmula es la que más rechazo produce*".

Por otra parte, debe subrayarse que las reformas posteriores a 2008 en los países de la UE más sacudidos por la crisis, se han caracterizado por la urgencia precipitada de aprobación de medidas que se han ejecutado sin un período de transición o con uno muy breve. Este nuevo patrón de reforma surgió de la presión ejercida por los mercados financieros y los actores internacionales (Banco Mundial, FMI, Comisión Europea). Además, debe recordarse que las medidas adoptadas son todavía relativamente recientes, y, por tanto, todo su impacto potencial no es claramente visible a día de hoy. De hecho, la dureza de las mismas está todavía por venir.

[47] Hinrichs Karl "*Recent pension reforms in Europe: More challenges, new directions. An overview".* University of Bremen, SOCIUM—Research Center on Inequality and Social Policy, Bremen Germany. WILEY.

Un elemento esencial de las reformas emprendidas, especialmente en los países del Sur de Europa, ha sido la falta de consenso necesario y la ausencia de compromisos que propicien la aceptación por parte de una mayoría social**.** Por eso, se ha generado un rechazo y una desconfianza que está poniendo en peligro los pilares democráticos.

Como señala David Natali[48] "*El enorme impacto de la contención de los derechos sociales y la dramática experiencia de recortes rápidos han contribuido, aún más, a la oposición contra la austeridad fiscal con una creciente demanda de un programa de post austeridad*."

Quizás por ello, aunque parezca una paradoja, algunos gobiernos han respondido al descontento generalizado instituyendo nuevas salidas para la jubilación anticipada (Alemania, Italia) o bien, aplazando los incrementos de la edad de jubilación programados o hasta revirtiendo total o parcialmente la legislación reformada anterior[49].

En el panorama europeo ha aparecido un nuevo actor, el mercado, que reclama su espacio en el ámbito de la Seguridad Social. Lo hace directa o indirectamente por medio de sus exigencias encubiertas en materia de deuda fiscal y con lo que denominaríamos "*financiarización"* o lo que es lo mismo con el nuevo papel que los fondos de pensiones están atribuyéndose en los mercados financieros. En efecto, si en el pasado, estos fondos eran vistos como un vehículo para la democratización de las economías capitalistas, en los últimos años han sido percibidos como un *"caballo de Troya"* del escenario bursátil. Su lógica es cada vez más consistente con la búsqueda de altos costos a corto plazo, primando la rentabilidad de su inversión, sean cuales sean los riesgos que conlleve y las victimas que produzca.

A partir de ahora, los Gobiernos, las Organizaciones empresariales, los Sindicatos (con una marcada influencia decreciente) y los mercados financieros serán los protagonistas de las reformas de las pensiones. Ser conscientes de este hecho resulta primordial a la hora de comprender el nuevo escenario de los sistemas de la Seguridad Social.

Para finalizar y como resumen, puede reconocerse que los procesos de reformas han mejorado claramente la sostenibilidad económica de los sistemas de seguridad social a costa de sacrificar la adecuación o suficiencia de las pensiones. Todo ello conlleva el triunfo de la desigualdad en sus múltiples dimensiones. Y al final del túnel, un peligro: *La pobreza que repunta.*

10. BIBLIOGRAFÍA

RIEKHOF AART-JAN. "*Pension reforms, the generational welfare contract and preferences for pro-old welfare policies in Europe"*. Finnish Centre for Pensions, Helsinki, Finland. (2020).

BANCO MUNDIAL. Inform *"Averting the Old Age Crisis"* (1994).

BICHOT JAQUES. "*Amorcer les réformes de retraites"*. Futuribles nº 363. Problèmes Economiques (2010).

[48] Natali David *"Debate Recasting Pensions in Europe: Policy Challenges and Political Strategies to Pass Reforms*" Swiss Political Science Review 24(1): 53-59 doi:10.1111/spsr.122.

[49] A título de ejemplo, la reforma holandesa de 2013, destinada a aumentar la pensión edad de 65 a 67 años entre 2013 y 2020, se renegoció con los interlocutores sociales, con un nuevo acuerdo en 2019. Este último cambia el final del período de introducción gradual de 2020 a 2024. Del mismo modo, en 2019 el gobierno eslovaco interrumpió el aumento en curso de la edad de jubilación, con un tope de 64 años para los hombres; también ha permitido a las mujeres jubilarse 6 meses antes por niño (con una reducción máxima de 18 meses). En Portugal, el régimen de jubilación anticipada se revisó en 2019 para proteger a los trabajadores que comenzaron su carrera muy tempranamente y aquellos con una larga vida laboral. En Austria, a partir de 2020, ya no se aplicarán sanciones a varios planes de jubilación anticipada cuando los trabajadores acrediten con un período de cotización de 45 años.

CAMOS VICTORIA IGNACIO "*La puesta en marcha del semestre europeo: estrategia europea y previsiones de crecimiento y empleo"*. Revista Cuadernos del Mercadode Trabajo, núm., 7. Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal. Dirección Provincial de Zaragoza (2011).

CAMÓS VICTORIA, IGNACIO. GARCÍA DE CORTÁZAR, CARLOS. SUÁREZ CORUJO, BORJA. *"La reforma de los sistemas de pensiones en Europa".* Los sistemas de pensiones de Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania vistos desde España. *ISBN:* 9788494659560. Ediciones Laborum*:* (2017).

CLARK DOMINIC *"Pension reforms in Central and Eastern Europe: Public to private, and back to public"*. Milliman . (2019).

EUROPEAN COMMISSION LIBRO. BLANCO Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles. {SWD (2012) 7 final} {SWD (2012) 8 final}.COM (2012).

EUROPEAN COMMISSION The 2015 Ageing Report. (2015).

EUROPEAN COMMISSION Pension Reforms in the EU since the Early 2000's: Achievements and Challenges Ahead. DISCUSSION PAPER 042 | DECEMBER 2016. http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/. Luxembourg: Publications Office of the European Union, (2016).

EUROPEAN COMMISSION): The 2018 Ageing Report. (2018).

EUROPEAN COMMISSION FINAL REPORT OF THE HIGH-LEVEL GROUP OF EXPERTS ON PENSIONS. (2019).

EUROPEAN COMMISSION: The 2021 Ageing Report (2021).

EUROPEAN COMMISSION The 2021 Pension Adequacy Report: current and future income adequacy in old age in the EU Volume I Joint Report prepared by the Social Protection Committee (SPC) and the European Commission (DG EMPL. 2021).

EUROPEAN COMMISSION : MISSOC TABLES. (2021).

GUARDIANCICH IGOR y MATTIA GUIDI " *The political economy of pension reforms in Europe under financial stress"* Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, Italy and Universita degli Studi di Siena, Siena, Italy* Socio-Economic Review, 2020, Vol. 0, No. 0, 1-24doi: 10.1093/ser/mwaa012.(2020).

HINRICHS KARL *"Recent pension reforms in Europe: More challenges, new directions. An overview"*. University of Bremen, SOCIUM-Research Center on Inequality and Social Policy, Bremen Germany. WILEY. (2021).

HOHNERLEIN EVA MARIA "Pension indexation for retirees revisited - Normative patterns and legal standards". First Published April 17, 2019 Research Article. https://doi.org/10.1177/1468018119842028.(2019).

KUITTO KATI y HELMDAG JAN "Extending working lives: How policies shape retirement and labour market participation of older workers". Social Policy & Administration published by John Wiley & Sons Ltd. wileyonlinelibrary.com/journal/spol . (2021).

NATALI, DAVID *"La reforma de las pensiones en la Unión Europea: Cambios en las políticas nacionales y coordinación de la Unión Europea"* en FRADES, J (coord.) en "EL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES DE JUBILACIÓN. Desafíos y respuestas". Fundación Francisco Largo Caballero pp 473-505. (2011).

OECD (2013, 2015, 2017, 2019): OECD Pensions at a Glance (2013, 2015,2017, 2019).

OECD (2021): OECD Pensions at a Glance (2021).

nº 31 (2º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 - ISSNe: 2387-0370

Control y vigilancia de las personas trabajadoras en situación de incapacidad temporal. El informe de detectives privados

Control and surveillance of workers on temporary leave. Private detectives' report

JOSÉ JAVIER MIRANZO DÍEZ *Profesor Titular*
Universidad de Castilla-La Mancha
https://orcid.org/0000-0001-8665-4416

Cita sugerida: MIRANZO DÍEZ, J.J. "Control y vigilancia de las personas trabajadoras en situación de incapacidad temporal. El informe de detectives privados". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 31 (2022):* 63-84.

Resumen

Las singularidades que presenta el control empresarial en el caso de personas trabajadoras que se encuentran en situación incapacidad temporal consisten, esencialmente, en que dicho control ha de realizarse fuera de la empresa y de su horario de trabajo, y recae, no sobre la prestación de trabajo, que se encuentra suspendida, sino sobre la esfera privada del trabajador. El control sobre la actividad desarrollada por el trabajador en situación de incapacidad temporal ha de realizarse además sin el conocimiento y autorización del trabajador, debiendo recurrir la empresa en la mayoría de los casos a la contratación de detectives privados, cuya actuación pone de manifiesto la posición de enorme debilidad que tiene el trabajador frente a la investigación oculta del detective. Al análisis de la participación de las agencias de detectives en la facultad de control empresarial durante situaciones de incapacidad temporal, de su régimen jurídico y de sus límites, así como de las garantías que frente al ejercicio de este control se ofrecen al trabajador se dedica en presente estudio.

Palabras clave

Control empresarial; Incapacidad temporal; Detectives; Proceso laboral; Prueba ilícita

Abstract

The peculiarities of company monitoring in the case of workers who are temporarily unable to work consist, essentially, in the fact that this must be carried out outside the company and outside their working hours, not affecting the provision of work, which is suspended, but rather the worker's private sphere. Monitoring of workers' activity in a temporary leave situation must also be carried out without the worker's knowledge and authorisation. In most cases, the company has to resort to hiring private detectives, whose actions highlight the enormous weakness of the worker when faced with the detective's hidden investigation. This study is concerned with analysing the participation of detective agencies in the power of company control during situations of temporary leave, its legal regime, and its limits, as well as the guarantees that are offered to the worker against the exercise of such control.

Keywords

Business Control; Temporary Leave; Detectives; Employment Process; Unlawful Evidence

1. LA FACULTAD EMPRESARIAL DE VIGILANCIA Y CONTROL EN EL MARCO DEL PODER DE DIRECCIÓN

El poder de dirección entendido en un sentido amplio[1], como elemento de organización empresarial, está integrado por un amplio conjunto de potestades, entre la que se encuentra desde

[1] Sobre una configuración amplia y unitaria del poder de dirección, vid., por ejemplo, MARTIN VALVERDE, A. RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*, Técnos, 2017, págs. 255-257, para quienes el poder de dirección *"es de contenido complejo, constituido en realidad por distintas facultades relacionadas entre sí"*. En el mismo sentido, ya hace tiempo, VALDÉS DAL-RÉ, F. "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1990, pág. 280, para quien el poder de dirección no es sino el conjunto de facultades que definen en último término la posición del empresario en la relación laboral. También, recientemente, en este mismo sentido, integrando la facultad de vigilancia dentro de un concepto amplio del poder de dirección MONTOYA MELGAR, A., "Poder de dirección y videovigilancia laboral ", *(...)*

Fecha Recepción: 17/1/2022 - Fecha Revisión: 13/2/2022 - Fecha Aceptación: 15/2/2022
Pags. 63-84

luego la facultad de ordenar y especificar la prestación debida[2], pero también la facultad de vigilancia y control por parte del empresario del cumplimiento de las obligaciones laborales de sus trabajadores (art. 20.3 ET). De ambas facultades derivaría, a su vez, el correlativo poder disciplinario, sin el cual es evidente que las facultades organizativas y de control reconocidas en el art. 20 ET a la empresa carecerían de efectividad alguna.

La vigilancia y control por la empresa de la actividad del trabajador durante el desarrollo de la prestación laboral encuentra su fundamento en la posición subordinada del trabajador y en la nota de dependencia que caracteriza y preside el trabajo asalariado[3]. El contrato de trabajo, como se sabe, es un contrato de tracto sucesivo, lo que implica que las obligaciones no se agotan en un acto, sino que deben actualizarse y especificarse día a día, a lo largo del tiempo. Al empresario en virtud del derecho constitucional a la libertad de empresa, el ordenamiento jurídico le reconoce la capacidad de decidir sobre la forma más conveniente de gestionar su organización empresarial, pudiendo dictar órdenes o instrucciones generales y particulares sobre el tiempo, modo y lugar del trabajo, recayendo, por su parte, sobre el trabajador, en cumplimiento del compromiso asumido en el contrato (art. 20.2 en relación con art. 5 c. ET), la obligación de cumplir esas decisiones empresariales.

La facultad de control de la actividad del trabajador es, pues, inherente a la relación laboral. De esta forma, si se admite que por la propia naturaleza de la relación laboral el empresario tiene la potestad de gestionar y organizar la actividad de sus trabajadores, habrá que convenir que está igualmente legitimado para activar aquellas medidas de control que permitan confirmar el cumplimiento de la deuda laboral por sus trabajadores, y en su caso, sancionar eventuales incumplimientos. Así lo expresa con claridad el art. 20.3 ET al afirmar que el empresario podrá adoptar las medidas de vigilancia y control que *"estime más oportunas*" con la finalidad de verificar el cumplimiento de sus deberes laborales por el trabajador, y así también se ha admitido por nuestros tribunales desde hace tiempo en relación con implementación por las empresas de nuevas tecnologías en el control de la actividad del trabajador[4].

Pero el carácter abierto de la formulación de la facultad de control por el empresario que hace el art. 20.3 ET no está, claro está, exenta de límites. El primero de ellos lo constituye, sin duda, el respeto de los derechos fundamentales y particularmente el respeto a la intimidad y a la dignidad del trabajador en el uso de esos medios de control. Es este un campo en el que entra en juego inevitablemente el delicado equilibrio que ha de guardarse entre la facultad de vigilancia y control y el límite infranqueable del respeto a la intimidad y a la privacidad de los trabajadores. Por ello, no está de más en este contexto recordar que el ámbito laboral, como ha señalado el Tribunal Constitucional, no es un espacio estanco y segregado del resto de la sociedad en el que el trabajador pueda ser privado de los derechos fundamentales que le corresponden como ciudadano, de forma que esté obligado a *"soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales"* (STC 88/1985, 19 de junio[5]). Buscar este equilibrio y modular, en una valoración individualizada de las circunstancias concurrentes en cada caso, el correcto ejercicio de esta facultad empresarial es una misión que compete hacer a los tribunales bajo la exigencia de los ya clásicos

Derecho del Trabajo y Nuevas Tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco de los Cobos Orihuel, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 191.

[2] El poder de dirección es la facultad "dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo", en la ya clásica definición de ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, Mª. E., *Derecho del Trabajo*, Civitas, 21ª edic., 2003, pág. 382. Un completo análisis y sistematización de las distintas facultades empresariales en ROMÁN, M.D. *Poder de dirección y contrato de trabajo,* Grapheus, Valladolid, 1992, pág. 96.

[3] CRUZ VILLALÓN, J. "Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos tecnológicos", *Temas Laborales*, núm. 50, 2019, pág. 17.

[4] Como pueden ser los dispositivos de grabaciones de voz (STC 98/2000, de 10 de abril), de video-vigilancia (STC 186/2000, de 10 de julio), o los sistemas de geolocalización (SAN de 6 de febrero de 2019, rec. 318/2018).

[5] STC 88/1995, 19 de junio, rec. amparo 788/1984, BOE núm. 194, 14 de agosto.

parámetros de necesidad, idoneidad, y proporcionalidad de la medida adoptada sentados por nuestra doctrina constitucional. Su casuística es abundante y sobre ello se volverá a lo largo de este trabajo.

El segundo, se refiere a los límites que impone ahora expresamente la Ley 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD)[6] respecto al tratamiento por la empresa de las imágenes obtenidas de sus trabajadores a través de sistemas de videovigilancia o geolocalización (arts. 89 y 90 LOPD) y los derechos de acceso, rectificación o supresión de los datos a instancia de los trabajadores afectados. En síntesis, los presupuestos que desde esta perspectiva exige la vigente normativa sobre el tratamiento por el empleador de las imágenes obtenidas a través de sistemas de videovigilancia afectarían a la obligación de informar con carácter previo, y de forma expresa a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, acerca de la medida que se pretende adoptar, y a la prohibición de instalar sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores.

Con estos límites, esto es, dentro del marco legal estatutario y del tratamiento en la protección de datos, y con máximo respeto a los derechos fundamentales, es posible admitir la vigilancia y control del trabajador. A veces, este control se efectuará a través de la instalación de sistemas de videovigilancia de los trabajadores en los centros de trabajo. Otras, para aquellos supuestos de trabajadores cuya prestación laboral requiera el desplazamiento fuera del centro de trabajo, será preciso acudir a modernos sistemas tecnológicos de control, como la geolocalización[7]. Y en otras ocasiones, como sucede en los supuestos objeto de nuestro análisis, cuando el trabajador se encuentre en situación de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal y en consecuencia esté exento de acudir a su puesto de trabajo, el control se realizará normalmente acudiendo al seguimiento del trabajador por parte de un detective. Todo ello con la exclusiva finalidad de que la empresa pueda verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales y el resto de las obligaciones derivadas del principio de buena fe contractual.

2. CONTROL EMPRESARIAL E INCAPACIDAD TEMPORAL. EL DEBER DE BUENA FE CONTRACTUAL

2.1. La incapacidad temporal como causa de suspensión del contrato de trabajo

De acuerdo con el art. 169 LGSS, la incapacidad temporal se identifica con la alteración transitoria de la salud del trabajador, debida *"a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo*", que requiere recibir asistencia sanitaria del servicio público de salud y que le impide desempeñar su trabajo, de acuerdo con los oportunos partes de baja, hasta el tiempo máximo previsto en la ley para esta situación.

La inhabilitación temporal para prestar los servicios que habitualmente venía desarrollando el trabajador junto con la necesidad de recibir asistencia sanitaria mientras dure esa imposibilidad de trabajar son, en consecuencia, dos requisitos o presupuestos que van indisolublemente unidos a la situación de IT[8]. De ahí que se descarte esta situación y el reconocimiento de la prestación por incapacidad temporal cuando el trabajador precise de algún tipo de asistencia sanitaria pero esa

[6] Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (BOE 6.12.2018).

[7] Se trata de la instalación de tecnologías en vehículos de circulación o en dispositivos móviles (teléfonos móviles, ordenadores, relojes…) que través de la utilización de redes de satélites o de telefonía móvil permiten conocer la posición del trabajador. Sobre el tema, ALEGRE NUENO, M. "La utilización de sistemas de geolocalización para controlar la actividad laboral" en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Wolters Kluwer 2020, págs. 175-195.

[8] Como recuerda la doctrina judicial, STSJ Galicia de 16 de marzo de 2009, rec. 1867/2006: "*Las premisas relativas a la definición de la situación de IT son las siguientes: 1) la IT se define por la concurrencia de tres requisitos, que son la necesidad de asistencia sanitaria («baja médica»), el impedimento o incapacidad para el trabajo, y la duración limitada de tal situación de incapacitación con baja médica…".*

circunstancia no le impida trabajar, o cuando "pese a estar sometido a tratamiento rehabilitador en observación pueda continuar prestando servicios laborales"[9]. Es el caso enjuiciado, por ejemplo, en la STS de 12 de febrero de 2012, rec. 769\2011, donde se afirma que la cirugía meramente estética, "asumida de forma voluntaria y que no guarde relación con accidente, enfermedad o malformación", al estar excluida del sistema de la sanidad pública por no encontrarse en cartera de servicios del Sistema Nacional de salud, sin recibir asistencia sanitaria, "tampoco genera, en principio, el reconocimiento del derecho a obtener un subsidio que cubra el defecto de ingresos producido por la baja temporal en el trabajo"[10]. Al margen de que, como se afirma por el propio Tribunal, concurran otras circunstancias especiales que puedan valorarse en cada caso como las "complicaciones o patologías que aparezcan como efectos secundarios de la propia intervención libremente asumida"[11].

El otro elemento configurador de la IT es su duración limitada. Su duración máxima inicial, como se sabe, es de doce meses, con posibilidad, previa evaluación por el EVI, de una prórroga de seis meses cuando exista un pronóstico razonable de que en el transcurso de dicho período de prórroga el trabajador puede ser dado de alta médica por curación (art. 169.1.a LGSS). No obstante, como excepción, una vez agotada la duración máxima de la IT, cabe demorar la declaración o calificación del grado de IP que en su caso corresponda cuando continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador con vistas a su reincorporación laboral lo hiciere aconsejable, sin que en ningún caso se puedan rebasar los 730 días naturales sumados los de IT y los de prolongación de sus efectos (art. 174.2 LGSS).

La emisión del parte médico de baja laboral por el facultativo del servicio público de salud, o de la empresa colaboradora o de la mutua, cuando el origen de la baja médica sea un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y el trabajador preste servicios en una empresa que tenga suscrita la cobertura por tales contingencias con una mutua[12], es lo que marca el inicio de la incapacidad temporal. La baja laboral ha de expedirse previo reconocimiento médico del trabajador, a quien el médico podrá requerir los datos necesarios que contribuyan a precisar la patología objeto de diagnóstico y su posible incapacidad para realizar su trabajo. En la actualidad, los subsiguientes trámites procedimentales de gestión de la prestación y control sanitarios de la baja (sucesivos partes de confirmación, determinación del origen de la contingencia, ….), donde se contemplan hasta cuatro procesos distintos en función de la duración estimada del proceso, se encuentran en el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, y en la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, que lo desarrolla[13].

También, aunque no constituya el objeto de nuestro análisis, es importante destacar en este punto que el acceso a los datos clínicos de trabajador se reserva para los facultativos del INSS, o en su caso de las mutuas, Inspección médica, e Intervención General de la Seguridad Social, permitiendo dicho acceso exclusivamente para que realicen *"aquellas actividades que tengan por*

[9] LAFUENTE SUÁREZ, J.L., *La contingencia de incapacidad temporal: tramitación administrativa y proceso judicial*, Bomarzo, Albacete, 2018, pág. 40.

[10] STS 21 de febrero de 2012, núm. rec. 769\2011. Si procese, en cambio, si se trata de cirugía estética realizada en clínica privada, por presentar malformación congénita consistente en mamas tuberosas (STSJ Madrid de 7 de diciembre de 2017, rec. 911/2017).

[11] Un ejemplo, STSJ Baleares 27 de junio 2017, rec. 231/2017, habida cuenta que la intervención (lipoaspiración) no tenía una finalidad meramente estética, sino que perseguía la mejora de su salud con la eliminación o reducción del dolor y el incremento de la movilidad para el desarrollo de su trabajo.

[12] Art. 2.1 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, *por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.* Vid, FERNANDEZ ORRICO, F.J., "Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio", *REDT*, núm. 168, 2014, Aranzadi, BIB 2014\3564, pág. 4.

[13] Un comentario de ambas normas en LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R., *Gestión y control de la incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días*, Bomarzo, Albacete, 2016.

objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio"[14], teniendo además los datos en el ámbito de la salud la consideración de datos personales de especial tratamiento y protección[15] a tenor del Reglamento UE 2016/679 (art. 9.1) y de la vigente Ley de 3/2018, de Protección de datos (art. 9.2)[16]. El empresario, en consecuencia, no tiene por qué tener conocimiento de la enfermedad, dolencia o patología concreta que afecta al trabajador en IT, dado que no existe obligación de comunicar a la empresa tal circunstancia[17], y tan solo estará informado sobre el tiempo que estiman los facultativos que el trabajador estará impedido para el trabajo, conservando el trabajador, por su parte, el derecho a guardar silencio sobre la causa de su baja médica[18]. La propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en relación con el control de la salud de los trabajadores, limita igualmente el acceso a la información médica de carácter personal al personal médico y a las autoridades sanitarias que intervengan, *"sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador"* (art. 22.4 LPRL).

Por lo que se refiere a sus efectos laborales, la incapacidad temporal del trabajador constituye una causa de suspensión del contrato de trabajo (art. 45.1.c.ET) con derecho a la reserva del puesto de trabajo (art. 48.1.ET).

La suspensión del contrato de trabajo supone la exención temporal para las partes de cumplir las obligaciones esenciales o fundamentales derivadas del contrato de trabajo, esto es, la obligación de trabajar por parte del trabajador y la de abonar el salario por parte del empresario. Pero, aunque se interrumpen temporalmente esas prestaciones recíprocas (trabajo-salario), la esencia de la suspensión del contrato consiste en que el vínculo laboral existente entre las partes no se ve afectado y se mantiene vivo, permaneciendo intactas el resto de las obligaciones laborales asumidas por las partes en virtud del contrato de trabajo. La suspensión afecta así, ciertamente, a la ejecución de algunos de los efectos más importantes del contrato, pero el contrato permanece en vigor. De este modo, por ejemplo, durante la suspensión del contrato se mantienen por parte del trabajador, entre otras obligaciones contractuales accidentales, las obligaciones de no concurrencia desleal, el deber de confidencialidad, o el pacto de plena dedicación en el caso de que se ha suscrito[19].

Pero de todas ellas, sin lugar a duda, la principal obligación que se mantiene en el supuesto de suspensión del contrato de trabajo, que es de general aplicación a los períodos de suspensión, pero que tiene especial incidencia en los supuestos de incapacidad temporal, es la derivada del deber de buena fe contractual recogido en los arts. 5 y 20.2 ET, exigencia que incumbe a ambas partes de la relación laboral[20].

---

[14] Art. 8.1 RD 625/2014.

[15] Sobre la confidencialidad de los datos, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., "Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 20 de julio", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num. 168, 2014, págs. 23-25, BIB 2014\3564.

[16] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos por el que deroga la Directiva 95/46/CE. El art. 9.2 L 3/2018 ampara tratamiento de datos en el ámbito de la salud cuando así lo exija la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, pública y privada.

[17] LÓPEZ BALAGUER, M. y TALENS VISCONTI. E., "El seguimiento de las bajas por IT y por IP en el ámbito privado en la doctrina de los tribunales" en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral…*, cit., pág. 33.

[18] Si bien, el consentimiento previo del trabajador puede ceder en supuestos especiales. Vid., al respecto, las consideraciones realizadas en el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos en relación con la situación de emergencia sanitaria en https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf. Sobre el tema MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, "De la incapacidad temporal, su flexibilización y desfiguración en tiempos de coronavirus", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, Revista de Estudios sobre Ciencias del trabajo y protección social, núm. 1, 2020, Universidad de Sevilla, págs. 157-180.

[19] Un ejemplo, en STSJ Islas Canarias 26 de diciembre de 2019, rec. 607/2019, donde el trabajador que se encontraba en situación de incapacidad temporal realizó una descarga masiva de documentos de la empresa.

[20] MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2017, pág. 767.

2.2. Buena fe e incapacidad temporal. Actividades compatibles

Como acabamos de señalar, el art. 5 ET, entre los deberes básicos, impone al trabajador el deber de *"cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia"*, mientras que el art. 20.2 ET, además de señalar el deber del trabajador de prestar la debida "diligencia y la colaboración en el trabajo", subraya que *"en cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe"*. Preceptos ambos que obviamente resultan de aplicación a los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, hasta el punto de que la transgresión de la buena fe contractual en situaciones de IT por parte del trabajador puede activar el ejercicio de las facultades disciplinarias del empresario, pudiendo llegar incluso a la extinción del contrato cuando la infracción revista la suficiente gravedad.

Delimitar los contornos y los límites de la exigencia de la buena fe en situaciones de IT, esto es, conocer que actividades o comportamientos del trabajador son compatibles con dichas situaciones, no es fácil. Para empezar, hay que asumir que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado[21], y en consecuencia ante una exigencia de carácter genérica, de difícil aprehensión jurídica, y desde luego muy esquiva a su objetivación.

Atender a las "reglas de la buena fe" constituye un deber laboral de las partes, o un principio integrador de la relación de trabajo si se prefiere, que en último término está haciendo referencia a patrones de conductas o comportamientos que en cada momento son tenidos por correctos y aceptados por la sociedad y que por esta misma razón también pueden ser variables y evolucionar. Esa indeterminación hace que, a veces, en la valoración se introduzcan también componentes éticos[22]. Si a ello se suma que en el ámbito de la incapacidad temporal son decisivas las patologías y las demás circunstancias concurrentes en cada caso, se comprende la dificultad que existe en la práctica para obtener y aplicar criterios unívocos.

Adviértase, por otra parte, que esta necesidad de prestar especial atención a las circunstancias concurrentes en cada caso explica que las resoluciones judiciales de suplicación en esta materia tengan difícil el acceso a la unificación de doctrina al no superar el filtro de la contradicción. Circunstancia, sin embargo, que no impide reconocer a grandes rasgos ciertas pautas, más o menos comunes, que son utilizadas por nuestros tribunales para delimitar las actividades que pueden ser compatibles con las situaciones de IT.

Como punto de partida, habría que subrayar que la situación de baja por incapacidad laboral no impide al trabajador hacer su vida normal ni tampoco el desarrollo de actividades no propiamente laborales, lúdicas, de mera distracción[23] o de ocio que resulten compatibles con el tratamiento médico (STSJ Extremadura de 28 de septiembre de 2006)[24]. O dicho en otros términos,

[21] STS de 19 de julio de 2010, rec. 2643/2009: "El principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato…".

[22] El principio de la buena fe, como señala la STSJ Galicia de 25 de junio de 2019, rec. 937/2019, es un criterio de valoración de conductas al que debe de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones, es decir, un principio general del Derecho que impone un comportamiento adecuado a valoraciones éticas. En el mismo sentido, STSJ Andalucía de 27 de febrero de 2019, rec. 2171/2018. Críticamente GOLERLICH PESET, J.M., y NORES TORRES, L.E., "El fraude a la incapacidad temporal como causa de despido", *Información Laboral*, núm 11, Aranzadi, 2017, pág. 26.

[23] Auto TS de 21 de noviembre 2020, rec. 4385/2001.

[24] Como declara también la STSJ Andalucía 13 noviembre 2019, rec. 1130/2019: "Y aunque la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado también que no toda actividad en período de incapacidad laboral es causa de despido, se refiere a aquellas actividades no laborales ocasionales, no retribuidas y de carácter lúdico que no sean incompatibles con la enfermedad padecida por el trabajador".

la situación de IT no es sinónimo de reposo o inactividad del trabajador[25]. En realidad, lo que es exigible desde la buena fe, y se convierte en el primer criterio determinante para la valoración de la posible existencia de transgresión de la buena fe contractual en situaciones de IT, es que la actividad desarrollada por el trabajador sea incompatible con las dolencias[26] o suponga una agravación de la enfermedad o un retraso en su proceso de curación (STSJ Galicia de 25 de junio de 2019, rec. 937/2019), dado que si efectivamente se dan estas circunstancias es evidente que estarían resultando lesionados los intereses tanto del empresario como de la Administración.

En segundo término, habrá que tener en cuenta que en esta valoración evidentemente resulta decisivo el contenido de los informes médicos que justifican la baja laboral (STSJ Islas Canarias de 5 de noviembre de 2019, rec. 535/2019)[27]. De hecho, los términos en los aquéllos que se pronuncien en relación con la patología sufrida por el trabajador y su recuperación será lo que servirá de elemento interpretativo central[28] para poder determinar si las actividades realizadas por el trabajador son incompatibles con dicho proceso patológico, lo que podría poner en evidencia la simulación del mismo[29], o si la actividad es contraria a las recomendaciones, observaciones y tratamientos médicos prescritos[30], o, en fin, si la actividad demora o pone en peligro el proceso de recuperación[31].

Esa simulación a la que se hace referencia, expresiva de la transgresión de la buena fe contractual, aparece cuando por la actividad desarrollada por el trabajador durante la IT se hace evidente su aptitud laboral para el desempeño de los cometidos propios de su profesión[32]. Así se ha estimado que sucede, ejemplo, en situaciones tales como la de actuar en un concierto e intervenir en su preparación colocando instrumentos si se tiene un "diagnóstico de cervialgia y lumbalgia" (STSJ Islas Baleares de 30 de diciembre de 2019, rec. 274/2019)[33]; o la de realizar, siendo conductor-repartidor, importantes labores agrícolas en una finca de su esposa (STSJ Extremadura de 24 de septiembre de 2019, rec. 399/2019), o más recientemente, la de cantar y bailar en público (con anuncio en facebook) de forma altruista durante hora y medida acompañada de un guitarrista, pese a

[25] Un análisis detallado de la evolución experimentada en la materia por la jurisprudencia partiendo desde planteamientos muy rígidos ha transitado hacia posicionamientos más flexibles en GOERLICH PESET, J.M., y NORES TORRES, L.E., "El fraude a la incapacidad temporal como causa de despido", cit., págs. 11 y ss.

[26] STSJ Andalucía de 29 de octubre de 2019, rec. 2723/2014.

[27] STSJ Islas Canarias de 5 de noviembre de 2019, rec. 535/2019, relativa a una trabajadora que se desplaza a isla vecina con una asociación musical existiendo informe médico que reconoce la compatibilidad de su situación de IT con el desplazamiento; Entre otras, STSJ Andalucía de 14 de junio de 2018 rec. 1931/2017, sobre un trabajador que acudió al campeonato de España de videojuegos lo hizo siguiendo las recomendaciones del médico.; STSJ de Cantabria nº 624/2007, de 29 de junio, rec. 609/2007, en relación con un trabajador que realiza un viaje de turismo al extranjero en IT de acuerdo con la expresa prescripción médica; JS Badajoz 16 de diciembre de 2019, trabajador que acude atendiendo a clientes en baja al taller que regenta.

[28] En el mismo sentido, SSTS 24-7-1990.

[29] LÓPEZ BALAGUER, M. y TALENS VISCONTI. E., "El seguimiento de las bajas por IT y por IP en el ámbito privado en la doctrina de los tribunales" en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, cit., pág. 33.

[30] STSJ Castilla y León de 18 de enero de 2012, rec. 840/2011, cuando se incumple la recomendación del uso moderado de alcohol.

[31] STSJ Cataluña d 13 de mayo de 2016, rec. 797/2015.

[32] Por ejemplo, trabajador con dolor de espalda (espasmo o contractura muscular) que participa en carrera de San Silvestre (STSJ País Vasco 9 de julio de 2019, rec. 1174/2019), con aplicación de teoría gradualista.

[33] STSJ Galicia de 25 de junio de 2019, rec. 937/2019. Vid también, por ejemplo, STSJ Andalucía 2 de octubre de 2019, rec. 837/2019, relativa a una trabajadora que, encontrándose en situación de incapacidad temporal, actuó de forma altruista cantando y bailando durante hora y media: "es notorio que los movimientos realizados por la actora, especialmente con brazos, hombros y cuello, durante una actuación de aproximadamente una hora y media (con un descanso intermedio), no son adecuados para una válida recuperación de una dolencia en los hombros, no observándose limitación física alguna y revelando además una aptitud para el trabajo". En el mismo sentido, STSJ Cataluña de 27 de noviembre de 2012, rec. 2778/2012; STSJ Canarias de 18 de julio de 2011, rec. 61/2011. Recientemente, SJS de Murcia de 25 septiembre de 2019 (JUR\2020\70426), llegando a la conclusión de que, si el trabajador no podía realizar esfuerzo físico, tampoco "podía cambiar la rueda de un vehículo con el importante esfuerzo físico que ello supone".

estar de baja por "dolencia de hombros", sin observarse limitación física alguna (STSJ Andalucía 2 de octubre de 2019, rec. 837/2019)

Más allá de estas pautas generales, la línea divisoria entre las actividades compatibles o no con las situaciones de IT se difumina y ofrece ya pocas certezas. Las decisiones de los tribunales suelen tomar en consideración en su valoración otras circunstancias tales como la escasa transcendencia, la frecuencia, o la intensidad de la actividad realizada por el trabajador en situación de IT (gestión de empresa familiar "sin la frecuencia necesaria"; "escasa transcendencia" de arbitrar un partido de futbol; tareas de poda "durante menos de tres horas"; "cortar viñas "durante dos horas"; "participar en pasacalles" tocando un instrumento musical; colaborar con una ONG;…..)[34], criterios que, por otra parte, parece lógico considerar para ponderar más adecuadamente las particularidades de cada caso concreto. De forma que, si las actividades del trabajador pueden considerarse marginales "de carácter puntual, de escasa entidad y de poco tiempo de duración" (STSJ de Extremadura de 21 de enero de 2020, rec. 629/2019), diferentes a las que exige su prestación laboral, se suele aceptar su compatibilidad con la situación de IT.

En otras ocasiones, con independencia de otros factores, resultará absolutamente determinante en la valoración de la actividad desarrollada en IT el tipo de dolencia sufrida por el trabajador. Quiere decirse con ello que si trata de procesos traumatológicos normalmente las actividades realizadas por el trabajador que requieran esfuerzo físico, más allá de las actividades propias de recuperación, podrán ser declaradas incompatibles con las dolencias, mientras que si, en cambio, se trata de cuadros depresivos o de ansiedad, la realización de una actividad por el trabajador generalmente no solo no estará prohibida sino que a veces resultará necesaria o recomendable para el restablecimiento de su salud[35].

Y aunque sea precisamente en ese ámbito, el de las patologías de cuadros depresivos o trastornos de ansiedad, donde puede observarse una mayor relajación en los criterios aplicados por los tribunales, también en estos casos será preciso tener presentes las exigencias derivadas de la buena fe, me atrevería a decir incluso de la prudencia, que debe presidir las actividades del trabajador en situaciones de baja por enfermedad, no siendo aceptables bajo el sencillo prisma del sentido común actividades, actitudes o comportamientos incompatibles con tales dolencias[36].

Tratándose de actividades profesionales retribuidas, y dejando al margen los supuestos de competencia desleal, la regla general sigue siendo, como afirma la STSJ Castilla-La Mancha de 19

[34] Expresiones y criterios que pueden verse en STSJ Cataluña de 25 de julio de 2007 rec. 1697/2007; STSJ Cataluña de 11 de enero de 2005, rec. 7302/2004; STSJ Castilla-La Mancha de 12 de febrero de 2008, rec. 816/2006; STSJ Comunidad Valenciana de 22 de julio de 2008, rec. 1826/2008; STSJ Cantabria de 31 de diciembre, rec. 1345/1999. Recientemente, JS Cartagena de 22 octubre de 2020, proc. 743/2019, que habla actividad muy esporádica no retribuida.

[35] A título de ejemplo, participar en un espectáculo de cante flamenco estando de baja por enfermedad común (STSJ Cataluña 20 de enero de 2020, rec. 5921/2019); participar en un campeonato de culturismo (STSJ Extremadura 30 de julio de 2009, rec. 418/2019); en las fiestas de la localidad (STSJ Madrid 5 de octubre de 2012, rec. 3956/2012); hacer de pinchadiscos en una discoteca como "distracción" (STSJ Asturias 24 de julio de 2009, rec. 217/2009).

[36] Tal sucede, por ejemplo, cuando se publican fotos y comentarios en el muro de Facebook que muestran actividades o comportamientos incompatibles (varios viajes en familia) con el cuadro clínico (STSJ Andalucía de 29 de octubre de 2015, rec. 2723/2014); se practica deporte de alto nivel (STSJ País vasco 23 de octubre de 2008, rec. 1921/2008); se realizan prácticas formativas en horario nocturno (STSJ Cataluña de 14 de octubre de 2013, rec. 3490/2013; se acude a playa y se participa en un proceso de selección, superando las pruebas teóricas y psicotécnicas (STSJ Andalucía de 5 de junio de 2014, rec. 605/2014); o se participa, de baja por estado depresivo y ansiedad, en un concurso de televisión de amplia audiencia destinado al descubrimiento de artistas noveles (STSJ Baleares 26 noviembre de 2008, rec. 505/2008).

de diciembre de 2019, la de la incompatibilidad de la baja por enfermedad con el trabajo, sea por cuenta propia o ajena (STSJ Galicia de 9 de octubre de 2019, 2672/2019)[37].

Desde luego, por imperativo del art. 175 LGSS, la actividad profesional retribuida comporta la pérdida del subsidio. Otra cosa es que, a efectos disciplinarios, y en consideración a que se traten de actividades que supongan meras colaboraciones puntuales, labores esporádicas no retribuidas, o actividades de escasa intensidad, y siempre que no evidencien la aptitud laboral del trabajador para desarrollar los cometidos de su puesto du trabajo o impidan o retrasasen la recuperación del trabajador, circunstancia ésta que se ha convertido en un elemento determinante en la interpretación jurisprudencial, el órgano judicial pueda llegar puntualmente a otra conclusión[38]. Aunque en rigor hay que decir que en la mayoría de las ocasiones en las que se apreciado su compatibilidad, estas actividades no constituían propiamente "un trabajo por cuenta propia o ajena en sentido estricto" sino que se trataban de supuestos que se situaban extramuros de la relación laboral, más cercanos a las prestaciones familiares o a los trabajos realizados a mero título de amistad o buena vecindad.

En los casos de pluriactividad, en cambio, cuando nos encontramos ante el ejercicio por el trabajador "de dos actividades completamente diferentes, -una de las cuales exige esfuerzo físico y otra es totalmente sedentaria-, es lógicamente posible y congruente con el propio concepto de incapacidad temporal (art. 128.1 LGSS) que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolla en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional, objeto del otro" (STS de 19 de febrero de 2002, rec. 2127/2001).

En fin, también habrá que tener en cuenta una cuestión que no por ser bien conocida y obvia debe dejar de ser subrayada en este lugar. Nos referimos al hecho de la proporcionalidad que necesariamente ha de guardarse entre el hecho de que el trabajador pueda desarrollar una actividad considerada incompatible con su situación de IT y la sanción impuesta por el empresario. Y es que como se ha afirmado reiteradamente por el TS, la sanción de despido, por su trascendencia, es la última entre las que pueden imponerse en el ámbito del derecho del trabajo y debe reservarse para los casos de evidente gravedad[39], de forma que las sanciones que en su caso se impongan habrán de adecuarse al hecho imputado y al comportamiento del trabajador. Teoría gradualista que es aplicada sin fisuras por la doctrina judicial[40] y que lleva a descartar la automaticidad de la sanción de despido por el hecho de realizar actividades incompatibles con las situaciones de IT, obligando en consecuencia a adecuar en cada caso la sanción a las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes.

El abultado número de resoluciones judiciales que dan respuesta a los conflictos sobre la transgresión de la buena fe contractual en situaciones de IT no es sino el reflejo de los intereses que

[37] STSJ Castilla-La Mancha de 19 de diciembre de 2019, rec. 2018/2109; STSJ Galicia de 9 de octubre de 2019, rec. 2672/2019; STSJ Andalucía 13 noviembre 2019, rec. 1130/2019; SSTJS de Cantabria de 7 diciembre de 2000, rec. 1075/2000; STSJ Cataluña 29 enero de 2001, rec. 6617/2000; o STSJ Asturias 21 de junio de 2016 rec. 1358/2016. Tal y como afirma el mismo Tribunal Supremo en sus sentencias de 3 de febrero de 1987 (RJ 1987, 769) y 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9805), entre otras: "si el trabajador está impedido para consumar la prestación laboral a que contractualmente viene obligado, tiene vedado cualquier tipo de quehacer sea de interés ajeno o propio máxime cuando su forzosa inactividad para la empresa le es compensada económicamente por la misma y por la Seguridad Social".

[38] Por ejemplo, STSJ Andalucía de 27 de febrero de 2019, rec. 2171/2018, o STSJ Cataluña 19 de junio 2020, rec. 5614/2019 (atender unas horas el bar de club deportivo amateur con otros miembros de la junta directiva). Vid. LÓPEZ BALAGUER, M. y TALENS VISCONTI. E., "El seguimiento de las bajas por IT y por IP en el ámbito privado en la doctrina de los tribunales" en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, cit., pág. 33: "En consecuencia habrá que valorarse en cada supuesto concreto si la dolencia puede agravarse o no con el trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena realizado".

[39] Por todas, STS 19 de julio de 2010 rec. 2643/2009.

[40] Sobre la teoría gradualista vid. entre otras STSJ Castilla-La Mancha de 6 de febrero 2020, rec. 1958/2018 y TSJ Andalucía 5 de marzo 2020, rec. 1798/2019, y jurisprudencia allí citada.

en esto casos se encuentran en juego. Y es que cuando el trabajador desarrolla actividades no compatibles con su situación de incapacidad temporal está lesionando directamente el interés del empresario no solo debido a su obligación de mantener la cotización del trabajador a la Seguridad Social sin recibir la contraprestación, sino también porque es él el que asume parte de la prestación[41] y porque probablemente la ausencia del trabajador en IT le obligará a adoptar medidas organizativas en la empresa, llegando a requerir, en su caso, la contratación de trabajadores para que sustituyan en sus funciones al trabajador en IT. Pero también estas conductas irregulares de los trabajadores están defraudando al propio sistema público de Seguridad Social en tanto el trabajador se encuentra percibiendo una prestación que en derecho no debería poder disfrutar, e incluso, desde otra óptica, a los propios compañeros de trabajo que pueden sufrir las consecuencias organizativas de su ausencia al trabajo[42]. De ahí la importancia que adquieren para la empresa el control de las situaciones de IT de sus trabajadores.

3. LA VIGILANCIA NO CONSENTIDA NI INFORMADA EN EL AMBITO DE LA VIDA PRIVADA DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN IT. LA INTERVENCIÓN DE LAS AGENCIAS PRIVADAS DE INVESTIGACIÓN

3.1. Control empresarial durante la IT y afectación de la esfera privada del trabajador

El ejercicio por el empresario de la facultad de vigilancia y control del trabajador en las situaciones de IT tiene unas connotaciones o singularidades que no se dan, al menos en los mismos términos, cuando lo que se trata de verificar es el debido cumplimiento de la prestación laboral de sus trabajadores. El art. 20.3 ET, como se ha dicho, autoriza al empresario a adoptar las medidas que *"estime más oportunas*" con la finalidad de verificar el cumplimiento de sus deberes laborales por el trabajador. Entre estas medidas se encuentran, destacadamente, la instalación por las empresas de videocámaras en los centros de trabajos o la utilización de sistemas de la geolocalización. Pero también, cada vez con más frecuencia, es posible observar la incorporación por las empresas de nuevos dispositivos tecnológicos de control de la actividad de sus trabajadores (técnicas de reconocimiento facial, software, drones…).

Frente a estas actividades de vigilancia y control que se realizan para verificar el cumplimiento por el trabajador de su prestación laboral en la jornada de trabajo, se desarrolle ésta o no dentro del espacio físico de la empresa, lo singular del control empresarial en las situaciones de IT es que dicho control ha de realizarse sobre las actividades privadas del trabajador, fuera de lo que constituye el espacio de la empresa y su horario de trabajo, pues con dicho control se trata de verificar "en tiempos de no trabajo"[43] los posibles incumplimientos del trabajador del deber de buena fe contractual que preside la relación laboral. En estos supuestos, por tanto, la actividad de control no recae sobre la prestación básica del trabajador, que se encuentra suspendida, sino sobre hechos o comportamientos que se desarrollan fuera del centro de trabajo y pertenecen a la esfera de la privacidad del trabajador, pero que pueden tener incidencia en la propia continuidad del contrato de trabajo.

Tal actividad de control ha de realizarse, obviamente, sin conocimiento y autorización del trabajador que es objeto de vigilancia[44], pues de otro modo quedaría frustrada la finalidad a la que sirven el control y la vigilancia de los trabajadores en las situaciones de IT. Se justifica así que cuando existan sospechas fundadas del incumplimiento por el trabajador de sus deberes laborales en

[41] El subsidio por incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral que corresponde al empresario de los días cuarto a decimoquinto ambos inclusive (173.1 RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre Texto Refundido Ley General de la Seguridad Social).

[42] Vid. las consideraciones sobre el particular de GOLERLICH PESET, J.M., y NORES TORRES, L.E., "El fraude a la incapacidad temporal…", cit., págs. 9-10.

[43] GARRIDO PÉREZ, E., "La actividad de los detectives privados como instrumento de control empresarial", en *Temas Laborales*, núm. 50, 2019, pág. 237.

[44] GARRIDO PÉREZ, E., "La actividad de los detectives privados… cit., pág. 233.

situaciones de IT, las empresas, que tienen vedado realizar por sí mismas indagaciones sobre la vida privada de sus trabajadores[45], deban recurrir en la práctica a la contratación de detectives privados para sean estos profesionales específicamente habilitados al efecto los que realicen el seguimiento externo del trabajador y verifiquen esas posibles irregularidades. Negar esta posibilidad, como ha afirmado el TC[46], simplemente vaciaría de contenido de la facultad de vigilancia y control en situaciones de IT, pues solo a estos profesionales les está autorizado realizar una investigación no informada en la esfera privada del trabajador a través de seguimientos, toma de fotografías, captación de imágenes, u otros medios.

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que el consentimiento del trabajador en el tratamiento de sus datos personales "se entiende implícito en la propia aceptación del contrato de trabajo que implica el reconocimiento del poder de dirección" (STC 39/2016, de 3 de marzo de 2016[47]). Así lo establece también el Reglamento (UE) 2016/679 UE[48] que autoriza el tratamiento de datos sin el consentimiento expreso del trabajador cuando sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte (art. 6.1.b. del RGPD) o por la existencia de un interés legítimo empresarial (art. 6.1 f. RGPD), aunque en todo caso deberá justificarse.

La contratación de los servicios de detectives privados cuando la empresa carece de otra alternativa para comprobar el incumplimiento contractual del trabajador permite pues quebrar la regla general que obliga al empresario a informar con carácter previo a los trabajadores y en su caso a sus representantes, de la medida de vigilancia que se pretenda adoptar[49], como se establece expresamente en el art. 89.1 LOPD en relación con los dispositivos de videovigilancia en los centros de trabajo[50]. Una vigilancia oculta o secreta cuya restricción, por cierto, ha sido flexibilizada por el TEDH en su sentencia de 17 de octubre de 2019, caso López Ribalda II, en un supuesto de videovigilancia desarrollada con carácter temporal en el interior de un centro de trabajo, al considerar la Sala que en el supuesto concreto aunque se omitió el deber de información precisa (solo se colocó un distintivo informativo en el escaparate del establecimiento) existían sospechas razonables de que se estaban cometiendo irregularidades graves[51].

Nuestra jurisprudencia y doctrina judicial, en relación con la vigilancia realizada por detectives, no ha dudado tampoco en admitir la contratación de los servicios de detectives para la vigilancia del trabajador en situaciones de IT, pues la investigación por parte de detective, como afirma la STSJ Canarias de 17 de enero de 2018[52], es un medio legalmente admitido para comprobar los incumplimientos laborales, "y en su caso obtener medios de prueba admisibles en derecho a efectos de ejercitar la empresa su potestad disciplinaria y defenderla en juicio"[53]. Es más, dadas las

[45] DIAZ RODRIGUEZ, J. M., "El informe de detective privado en el proceso laboral", *Trabajo y Derecho* núm. 34, 2017, Wolters Kluwer, Smarteca, pág. 4. En el mismo sentido, GIL PLANA, J. "Las vicisitudes probatorias del informe de detectives" en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados…,* cit., pág. 320. Vid., entre otras, STSJ Madrid 27 junio 2007, rec 2233/2007.

[46] STC 99/91 de 21 de marzo.

[47] STC 39/2016, de 3 de marzo de 2016, rec. amparo 7222/2013. Por el contrario, añade el TC, el consentimiento de los trabajadores afectados sí será necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato.

[48] Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos.

[49] CRUZ VILLALÓN, J. "Las facultades de control del empleador ante…", cit. pág., pág. 31.

[50] Un análisis de la jurisprudencia en relación con la videovigilancia en TALENTS VISCONTI, E. "Video-vigilancia en el ámbito laboral: aspectos sustantivos y procesales, en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral…*, cit., págs. 201-214.

[50] STC 88/1995, 19 de junio, rec. amparo 788/1984, BOE núm. 194, 14 de agosto.

[51] Vid. en aplicación de esta nueva doctrina STSJ Andalucía 20 de mayo 2020, rec. 2038/2019.

[52] STSJ Canarias de 17 de enero de 2018 rec. 584/2017.

[53] En el mismo sentido, entre muchas otras, STSJ Castilla y León de 24 de julio de 2020, rec. 235/2020; STSJ Cataluña, 22 de diciembre de 2017, rec. 5625/2017; ATS, Social, 13 de mayo de 2014, rec. 1685/2013; STSJ Cataluña 27 febrero 2013, rec. 6343/2012.

características de la suspensión del contrato de trabajo, el seguimiento externo mediante detective es prácticamente la única opción que tiene la empresa para verificar el incumplimiento por el trabajador en situación IT de los deberes inherentes a la buena fe contractual[54].

Ahora bien, se trata de un método de control de la actividad extralaboral del trabajador al que pueden recurrir efectivamente las empresas para someter a vigilancia a un trabajador en IT pero que resulta ciertamente uno de los instrumentos más invasivos para la esfera de la privacidad del trabajador, con posible incidencia en su derecho a la intimidad. De ahí la necesidad de contar con un claro marco regulador que establezca el campo de actuación de estas agencias de investigación, el ámbito espacial en el que se desenvuelve su actividad, y, por supuesto, sus límites.

3.2. La intervención de detectives privados en la vigilancia del trabajador. Régimen jurídico

La ley 5/2014, de 4 abril, de Seguridad Privada[55], que deroga la Ley 23/1992, viene a dar carta de naturaleza y reconocimiento legal a la intervención de los despachos de detectives privados en las actividades de vigilancia e investigación sobre las personas trabajadoras, salvando así las carencias que en este punto contenía la anterior normativa de seguridad que obviaba toda referencia a estos servicios de investigación privada. Circunstancia que, por otra parte, no había sido impedimento para que en el ámbito laboral y procesal se vinieran aceptando por la doctrina judicial la participación de los detectives privados en el ejercicio de las facultades de control y vigilancia que pertenecen al empresario[56].

En lo que ahora atañe, la norma ofrece un marco de seguridad jurídica tanto para las empresas de seguridad como para los particulares afectados por sus actividades. Así, el art. 5.2 LSP atribuye expresamente la exclusividad a los despachos de detectives para la investigación privada en relación a personas, hechos, o delitos solo perseguibles a instancia de parte, impidiendo que esta actividad pueda ser realizada por sujetos o entidades no habilitadas legalmente. Actividad investigadora que, conforme al art. 48.1.a. LSP, irá dirigida a realizar "*las averiguaciones que resulten necesarias para la obtención y aportación, por cuenta de terceros legitimados, de información y pruebas sobre conductas o hechos privados"* relativos, entre otros aspectos, al ámbito laboral, pero también, y en general, a la vida personal, familiar o social de la persona investigada. Si bien, como no podría ser otra forma, con la limitación de que tal investigación debe quedar limitada a los espacios públicos, no pudiendo nunca desarrollarse en los domicilios de las personas o en lo que la ley denomina "lugares reservados".

Para que la empresa, en uso de la facultad reconocida en el art. 20.3 ET, pueda contratar los servicios de un detective privado debe justificar y acreditar su "interés legitimo", que, por lo se refiere al ámbito de la IT que se analiza, podemos identificar en principio con la acreditación por la empresa de la existencia de sospechas fundadas de que el trabajador que se encuentra de baja laboral puede estar realizando actividades incompatibles con su situación, lo cual evitaría de entrada, como parece ser la finalidad de la norma, la realización de investigaciones acordadas de forma arbitraria, aleatoria, o de mera vigilancia preventiva[57]. Y es que lo que en otros supuestos, como puede ser el caso de la vigilancia singular por detectives de los representantes de los trabajadores en el uso del

[54] STSJ Madrid 28 de mayo de 2018, rec. 1521/2017; y STSJ País Vasco 10 mayo 2011, rec. 644/2011, entre otras.

[55] La ley 5/2014, de 4 abril, de Seguridad Privada (BOE 5 de abril).

[56] Vid., al respecto, GIL PLANA, J., "Las vicisitudes probatorias del informe de detectives", en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, cit., pág. 312.

[57] LÓPEZ BALAGUER, M. y TALENS VISCONTI. E., "El seguimiento de las bajas por IT…", cit., pág. 27. No perece seguir este criterio la STSJ Canarias 17 de enero de 2018, rec. 584/2017 que diferencia entre el "interés legítimo" para contratar los servicios del detective que *"es simplemente la finalidad lícita perseguida por quien contrata al detective y que guarda relación directa con derechos de los que se es titular*", y la exigencia de sospechas o indicios fundados de incumplimiento laborales.

crédito horario, puede requerir una mucha más exigente justificación precisamente por su condición representativa[58], en los casos de trabajadores en situación de IT, la necesidad de la investigación, existiendo sospechas serias y razonables de incumplimientos laborales, parece que queda justificada en sí misma por tratarse de una investigación de carácter individual y no existir normalmente otro método de control empresarial más idóneo para acreditar esos incumplimientos, dado el lugar en el que se desarrolla la investigación (fuera del centro de trabajo) y su objeto (actividades extralaborales).

El resultado es que en los casos de IT, por tanto, la aportación por parte de la empresa de datos objetivos o elementos indiciaros concretos que sustenten la existencia de sospechas de incumplimientos laborales que motiven el seguimiento del trabajador[59], no la mera alegación de intereses genéricos, se convierte en la clave de la justificación del interés legítimo exigido por la norma[60].

Se impone en la norma, como presupuesto de legalidad y garantía para las partes y para las propias personas afectadas por la investigación, que la contratación del servicio de vigilancia se formalice por escrito y se comunique su celebración, con los datos identificativos de las partes, al Ministerio de Interior o en su caso al órgano autonómico que resulte competente (art. 9 LSP). Según parece deducirse del precepto, cada encargo debiera dar lugar a la formalización de un contrato. Aunque lo cierto es que el texto no deja totalmente cerrada la posibilidad de que los detectives puedan celebrar un único contrato genérico con el cliente para la vigilancia de varios trabajadores[61].Tal posibilidad, sin embargo, parece que en principio se compadece mal con la exigencia de acreditar "interés legitimo" de la investigación encomendada, pues erigiéndose éste en garantía y en presupuesto primario de la investigación, hay que presuponer que su acreditación ha de hacerse, por lógica, de forma individualizada para cada servicio contratado y para cada trabajador investigado, formalizando tantos contratos como servicios o investigaciones sean contratadas. Así parece desprenderse también del art. 25 LSP, que obliga a formalizar un contrato por cada servicio contratado, y del 49.1 LSP que vincula el servicio contratado con la elaboración de un único informe. Con todo, como quiera que este tipo de fórmulas genéricas de contratos de servicios se han venido formalizando en la práctica[62], subsisten las dudas sobre la admisibilidad de que se haga un encargo genérico por la empresa que luego pueda ir concretándose para cada investigación en la medida que se requiera.

Al concluir la investigación, el detective deber elaborar un informe escrito, que es entregado a la empresa, en el que se reflejará el número de registro asignado al servicio, los datos de la persona que ha encargado y contratado el servicio, el objeto de la contratación, los medios utilizados en la investigación, los resultados, los detectives intervinientes y las actuaciones realizadas (art. 49.1 LSP). En este documento, que recoge las conclusiones alcanzadas por el detective y los medios utilizados para ello (seguimiento, fotografías, archivos de video…) únicamente se podrá hacer constar aquella información directamente relacionada con el objeto y finalidad de la investigación contratada, sin que sea posible incluir informaciones o datos, en particular los de carácter personal especialmente protegidos, que habiéndose descubierto durante la investigación no resulten necesarios o que no guarden directa relación con dicho objeto y finalidad ni con el interés legítimo alegado para la contratación, esto es, en nuestro caso, el supuesto quebrantamiento de la buena fe

[58] Vid. por todas, STS 15 de octubre de 2014, rec. 1654/2013.

[59] Entre otras, STSJ País Vasco 26 enero 2010, rec. 2607/2009.

[60] Si bien, como afirma, la STHED, Gran Sala, 17 de octubre de 2019, 116, en relación con la videovigilancia: "*Cuanto más intrusiva sea la vigilancia, más peso tendrá la justificación que se requiera*."

[61] Como ponen de manifiesto, SEMPERE NAVARRO, A.V., y SAN MARTIN MAZZUCONI, C., "El contenido de la nueva Ley de Seguridad Privada", *Capital Humano,* núm. 288, 2014, Wolters kluwer, Smarteca, pág. 109.

[62] MORELLA ORTÍN, O., "El informe del detective privado" en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, cit., pág. 367.

contractual por el trabajador en situación de IT. A este informe se acompañará como complemento el material fotográfico y las grabaciones obtenidas durante la investigación.

La finalidad y legitimidad de la investigación contratada, que se ha debido hacer constar en el contrato, se convierten así en los primeros límites de la actuación del detective. Pero no son los únicos. La Ley 5/2014 de Seguridad privada se cuida también de marcar otros límites a la actividad investigadora desarrollada por el detective que entroncan directamente con la protección de datos de la persona investigada. Así, el art. 49.4 LSP dispone expresamente que en el tratamiento de las imágenes y los sonidos obtenidos durante las investigaciones se deberá observar lo establecido en la normativa sobre protección de datos de carácter personal. Lo que se traduce en la práctica en la obligación de respetar el carácter reservado y secreto de los datos obtenidos, que solo podrán ponerse a disposición del cliente o de los órganos judiciales y policiales que lo requieran, y en la necesidad de dar cumplimiento al conjunto de previsiones de carácter formal y material sobre el tratamiento de datos personales que establecen tanto la actual Ley 3/2018, de Protección de datos (identificar al responsable del tratamiento (art. 33 LOPD), llevar un registro de actividades (art. 31 LOPD), elaborar un documento de seguridad, ofrecer información sobre los derechos de acceso, rectificación o supresión (arts. 13-15 LOPD), como el Reglamento UE 2016/679 .

Como consecuencia de ello, el trabajador que haya sido objeto de vigilancia por detectives tiene la facultad de oponerse a que sus datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención y a ejercitar frente a la agencia de detectives que se encuentra en posesión de estos cuantos derechos le son reconocidos por la Ley 3/2018 de Protección de datos.

Norma que hay que entender que resulta igualmente de aplicación para el empresario que ha recurrido a la contratación del servicio de detectives como medida de control de un trabajador en situación IT, que a la postre acabará disponiendo esos mismos datos personales del trabajador (incluidos reportajes fotográficos o archivos de audio y video…) en base a los cuales puede actuar su poder disciplinario y que han sido obtenidos, como excepción a la regla general, sin necesidad del cumplimiento del deber de información previa, y, por tanto, sin su conocimiento. De este modo, el trabajador podrá oponerse a que sus datos no puedan ser utilizados posteriormente por la empresa con fines ajenos a los inicialmente previstos cuando se contrató el servicio, y a ejercer los demás derechos que pueda reconocerle Ley 3/2018, si bien teniendo presente que siempre que exista un interés legítimo y que los datos sean adecuados y utilizados con la finalidad prevista, su tratamiento estará autorizado como soporte de las facultades disciplinarias.

El problema, sin embargo, es que el trabajador, en el mejor de lo casos, solo tendrá conocimiento de que se ha recabado esa información sobre su actividad privada a través de un detective cuando se le comunique la sanción disciplinaria o el despido, si la empresa decide concretar en la comunicación de la sanción las pruebas de las que dispone, o más propiamente y con todo su alcance, en sede judicial[63], cuando decida impugnar la medida disciplinaria empresarial. Únicamente entonces tendrá pleno acceso al tratamiento que se ha realizado de sus datos personales y podrá combatir la licitud de la prueba obtenida, así como la necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados, o si el contenido de la investigación y la naturaleza de los datos recabados se ajustan o no estrictamente al objetivo pretendido. Circunstancia que ponen de manifiesto la posición de debilidad que hasta este momento tiene el trabajador en relación con la protección de sus datos personales[64].

Pero al margen del interés legítimo y de la concreción en el contrato de la finalidad de las investigaciones, como presupuesto central de legalidad y licitud de la actuación del detective, se impone también, como es lógico, la obligación (art. 48.3 LSP) de que en ningún caso los medios

[63] Es lo que DIAZ RODRIGUEZ, J. M., "El informe de detective privado…", *Trabajo y Derecho,* cit., pág. 4, sitúa en la táctica empresarial y que pretende producir un "efecto sorpresa".

[64] Lo que supone, como afirma GARRIDO PÉREZ, E., "La actividad de los detectives privados como instrumento…", cit., pág. 242, una "amplia fisura en las normas sobre protección de datos personales".

materiales o técnicos utilizados en la investigación supongan un atentado al derecho al honor del trabajador, a la intimidad, a la propia imagen o a la protección de datos. Y de que la investigación se lleve a cabo dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador y demás derechos fundamentales[65] con especial sujeción, como ordena el art. 48.6 LSP, a los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

De este modo la limitación o afectación de los derechos fundamentales que puede sufrir el trabajador por la investigación del detective privado debe también superar en sede judicial el conocido filtro o test de proporcionalidad, siendo en último término a los órganos judiciales a quienes corresponde también pronunciarse en el curso del proceso sobre la posible ilicitud de la prueba obtenida a través de estos medios privados de investigación, valorando las circunstancias concurrentes en cada caso.

4. EL ACCESO AL PROCESO LABORAL DEL INFORME DEL DETECTIVE

4.1. Sobre la naturaleza jurídico-procesal del informe del detective privado

En el proceso laboral, como regla general, las partes deben comparecer a juicio con las pruebas con las que intenten valerse, sin que en el art. 90 la ley de la Jurisdicción Social (LJS) se establezca limitación alguna en relación con los medios de prueba que pueden utilizarse ("*cuantos medios de prueba se encuentre regulados en la Ley"*), más allá de las que se derivan de las reglas de admisibilidad y pertinencia. Ciertamente, la Ley de la Jurisdicción Social contempla reglas específicas sobre algunas de estas pruebas (interrogatorios de las partes, testifical, pericial, documental y medios de reproducción de la imagen y sonido…) con el fin fundamentalmente de adaptar su práctica a los principios de oralidad y unidad de acto que rige el procedimiento. Pero ninguna mención se hace, en cambio, al informe del detective privado como medio de prueba, a pesar de su habitual utilización en el juicio laboral. Ello obliga a buscar su regulación en las disposiciones de la LEC que a estos efectos actúa, como sucede con el resto de los medios de prueba, como norma supletoria de la LJS.

Las referencias de la norma procesal civil a la prueba de detectives se contienen, de un lado, en el art. 265.5 LEC que se refiere a los informes de investigación como uno de los posibles documentos a aportar con la demanda, cuyas previsiones, sin embargo, no resultan de aplicación al ámbito laboral dado que en el proceso laboral con la demanda no es necesario aportar ningún documento de tipo material, esto es, documentos *"en los que la parte funde su derecho*" ni tampoco ningún otro documento relativo al fondo del asunto, sino en todo caso, cuando proceda, documentos de tipo adjetivo (copia de acta de conciliación, poderes de representación…..). Como regla general el momento procesal oportuno para aportar la prueba documental en el proceso laboral será el acto del juicio oral y más concretamente, su aportación se realizará durante la fase de práctica de la prueba, todo ello sin perjuicio de que si se trata de pruebas que requieran diligencias de citación o requerimiento se puedan solicitar con al menos cinco o tres días de antelación a la fecha del juicio (art. 90.3 LJS). La segunda referencia al informe de detectives se ubica en el art. 380 LEC que contiene el régimen jurídico específico para la práctica de dicha prueba, cuyas reglas, al contrario de lo que ocurre con el art. 265.5 LEC, resultan de plena aplicación al ámbito del proceso laboral.

A la hora de abordar la prueba de informes de detectives en el ámbito del proceso laboral parece claro que la primera cuestión que irremediablemente surge es la de determinar la naturaleza procesal de este peculiar medio probatorio pues no en vano guarda semejanza en su desarrollo con otros medios de prueba y aparentemente comparte rasgos propios de la prueba testifical, de la documental, e incluso, en algunos aspectos, de la pericial[66]. La cuestión no carece de trascendencia

[65] STC 292/1993, de 18 de octubre: "*Las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos".*

[66] Sus diferencias y analogías son desatacadas por VIGUER SOLER, P. L., "Los informes de detectives privados en el proceso civil (1)", *Práctica de Tribunales*, núm. 66, 2009, Wolters Kluwer, Smarteca, pág. 5 y ss.

porque de la calificación procesal que reciba este medio de prueba se hace depender, entre otros aspectos, la posibilidad de acceder a la revisión de los hechos probados en suplicación, o su propio valor probatorio.

En este punto la verdad es que la jurisprudencia ha sido prácticamente unánime en afirmar la naturaleza de prueba testifical de los informes de detectives. De hecho, es clásica ya la doctrina del TS, seguida sin fisuras por el resto de los órganos judiciales del orden social[67], que sostiene que aunque los informes de los detectives privados se presenten por escrito no pueden considerarse como "auténticos documentos" en el sentido procesal del término, sino como *"meras manifestaciones testimoniales formuladas por escrito que por ello no pierden su verdadero carácter de prueba testifical o de una denominada prueba testifical impropia, que solo habría adquirido todo su valor procesal como tal prueba testifical de haber sido ratificada en juicio por sus firmantes"* [68].

En realidad, atendiendo a la actividad que desarrolla el detective la conclusión no puede ser otra. El detective, en efecto, realiza una actividad de investigación que consiste en el seguimiento de la persona investigada, proceso de investigación que culmina con un informe en el que se detallan los hechos que este profesional ha percibido directamente, con apoyo normalmente de medios de grabación de la imagen o del sonido. Pero si bien se mira, este informe no es en realidad un documento privado que refleje un acto o negocio jurídico, sino un escrito que incorpora el relato de las indagaciones realizadas, de los hechos observados por el investigador, y de los resultados obtenidos en su encargo profesional, sin valoración de ningún tipo. Un documento, en suma, que refleja las manifestaciones de un tercero. De esta forma, el investigador accede al proceso exclusivamente para dar cuenta de lo presenciado, y como testigo que es de unos hechos, ha de hacerlo a través de la prueba testifical. En este sentido, el informe del detective, como ha subrayado la jurisprudencia, no será sino un "testimonio documentado", es decir, la expresión escrita de la declaración de una persona que ha sido testigo directo de los hechos (TSJ Madrid 16 enero 2020, rec. 659/2019). Y ello con independencia de que a esta declaración testifical impropia, dentro de la libertad de apreciación que tiene el juzgador, se le suela reconocer en la práctica judicial un valor añadido por la garantía de profesionalidad que ofrece el detective (STSJ Castilla y León 24 de julio de 2020, rec. 235/2020).

A la misma conclusión conduce art. 265.1 LEC cuando dispone que para que el informe del detective adquiera valor probatorio, en el caso de que los hechos recogidos en el informe no sean reconocidos por las partes, deberá ser ratificado en el acto del juicio por el detective, ratificación que introduce el informe en el debate procesal y abre la posibilidad al interrogatorio de las partes sobre su contenido. Distinto es el caso, ciertamente anómalo, en cuanto se aparta del cometido del investigador privado[69], de que el informe del detective pudiera contener además valoraciones técnicas fundadas en conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos (art. 380.2 LEC) que el juez no posee, supuesto en el que entonces resultarían de aplicación las reglas previstas en la norma procesal civil para el denominado "testigo-perito" (art. 370.4 LEC).

De este modo, afirmada por la jurisprudencia la naturaleza de prueba testifical del informe de detectives, la consecuencia inmediata es que dicha prueba es inhábil a los efectos de la revisión de los hechos declarados probados en el recurso de suplicación, pues esta modificación de los hechos probados ha de fundamentarse exclusivamente, como se sabe, en las pruebas documentales y periciales practicadas en la instancia.

[67] STSJ Madrid 16 de enero de 2020, rec. 659/2019; y SSTSJ de Cataluña 10 enero de 2020, rec. 5519/2019 y 19 de junio de 2020.

[68] STS 15 de octubre de 2014 rec. 1654/2013.

[69] Como pone de manifiesto GIL PLANA, J., "Las vicisitudes probatorias del informe de detectives", en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados…*, cit., pág. 319.

4.2. El trámite de admisión. La prueba ilícita

Las reglas generales sobre admisión y práctica de la prueba en el proceso laboral están muy mediatizadas por los principios de celeridad, de unidad de acto y de concentración que presiden el proceso. En el proceso laboral, en efecto, tras el recibimiento del pleito a prueba por el juez, las partes deberán proponer en el acto del juicio oral las pruebas de las que intenten valerse, advirtiendo el art. 87.1. LJS que, como regla general, tan solo se van a admitir aquellas pruebas que se formulen y puedan practicarse en el acto, con la excepción de las que resultando imprescindibles requieran la traslación del juez o tribunal fuera del local de la audiencia.

Comunicadas y precisadas por las partes al órgano judicial las pruebas que desean practicar, el juez o tribunal deberá decidir en ese momento sobre su admisión, determinando en caso afirmativo la naturaleza de cada prueba propuesta, y resolviendo sobre las posibles diligencias complementarias o de adveración de las pruebas admitidas. Contra la resolución denegatoria de una prueba, a la parte que la ha propuesto no le cabe otra opción que formular la pertinente protesta, lo que se consignará en el acta del juicio a efectos del correspondiente recurso.

Nada impide en el proceso laboral, sin embargo, que el trabajador pueda solicitar en su demanda al órgano judicial el recibimiento del pleito a prueba y proponer los medios de prueba de que intenten valerse. Posibilidad de uso muy frecuente que va a permitir a la empresa conocer de forma anticipada los medios de prueba propuestos por el trabajador en su demanda, pero no a la inversa, por cuanto en el proceso laboral la contestación del demandado y su proposición de prueba se produce de forma oral en el acto del juicio. Una circunstancia que en los casos de despidos o sanciones disciplinarias sustentadas en la prueba de informe del detective reviste particular importancia en tanto el trabajador en situación de IT (demandante) normalmente solo conocerá de la existencia de dicho informe en el acto del juicio, por lo que difícilmente podrá salir del trabajador la propuesta de dicha prueba testifical.

Recuérdese al respecto, como ya se ha indicado, que la empresa no está obligada a desvelar en la carta de despido las fuentes por la que haya tenido conocimiento del incumplimiento del trabajador[70], y que en los procesos de despido (art. 105.1 LJS) y sanciones (art. 114.3 LJS) se altera el orden de las intervenciones de las partes, tanto en la fase de alegaciones como en la fase de práctica de la prueba y conclusiones, de forma que corresponde a la empresa intervenir en primer lugar en la fase de práctica de la prueba para proponer sus medios de prueba y solicitar su admisión al órgano judicial, por lo que en la mayoría de los casos, probablemente, ese será momento en el que el trabajador tendrá por primera vez conocimiento de la existencia del informe del detective.

No obstante, si por cualquier motivo el trabajador tuviera conocimiento de la existencia de este informe antes del juicio oral, algo como decimos bastante inusual[71], podrá entonces hacer uso no solo de esta facultad sino también de la posibilidad, como ya se ha comentado, que le reconoce el art. 90.3 LJS de proponer la prueba testifical con cinco o tres días de antelación al juicio[72], y de solicitar al órgano judicial, al amparo de los dispuesto en el art. 94.2 LJS, que se obligue a la empresa a aportar al juzgado el informe del detective. Pero, como decimos, este no será el supuesto

[70] Tampoco en la contestación a la demanda está obligada a comunicar los medios de prueba, tan solo los motivos de oposición (art. 105.2 LJS). En este sentido, recientemente, STSJ Cataluña 18 de julio de 2019, rec. 3879/2019, y STSJ Comunidad Valenciana de 26 de mayo de 2020, rec. 130/2020. Vid. los comentarios sobre el particular de MOLINA NAVARRETE, C. "Control tecnológico del empleador y derecho probatorio: efectos de la prueba digital lesiva de derechos fundamentales", *Temas Laborales*, núm. 50, 2019, pág. 338-339.

[71] DIAZ RODRIGUEZ, J. M., "El informe de detective privado en el proceso laboral", *Trabajo y Derecho,* cit., pág. 4.

[72] Puesto que de una proposición de medio de prueba se trata, y no de un supuesto de práctica anticipada de prueba. Vid. en este sentido los precisos comentarios al respecto de GIL PLANA, J. "Las vicisitudes probatorias del informe…" en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados…*, cit., pág. 323-325.

más habitual, de forma que normalmente será el empresario el que proponga en el acto del juicio oral la práctica de la prueba testifical del detective.

Siendo ello así, una de las alegaciones, como se muestra en la práctica de los tribunales, que a buen seguro se hará en el juicio por la defensa del trabajador investigado en contra de la admisión de dicha prueba, será la alegación de la posible vulneración en la obtención de la prueba de su derecho a la intimidad o de cualquier otro derecho fundamental. Limitación para la admisión de una prueba que se contempla expresamente en el art. 90.2 LJS, convirtiéndose así la posible ilicitud de la prueba en muchas ocasiones en uno de los puntos nucleares de la resolución del litigio. Una cuestión que se suscitará por la defensa del trabajador en el trámite de admisión de la prueba propuesta por la parte demandada (STS Canarias 5 de marzo de 2020, rec. 907/2019[73]), pero que normalmente se pondrá de manifiesto no de tanto en esta fase de admisión, momento en el que difícilmente se podrá valorar su ilicitud, como en la fase de práctica de la prueba, en cuyo desarrollo podrá el juez valorar y apreciar esa posible existencia de una lesión en los derechos fundamentales del trabajador. De modo que hay que concluir que, si el órgano judicial acordara la admisión de la declaración testifical del detective (téngase en cuenta, en todo caso, como ha quedado dicho, que en los procesos de despidos y sanciones la prueba de la parte demandada se práctica en primer lugar), y tras la práctica de la prueba se pusiera de manifiesto su posible ilicitud, la defensa podría alegar entonces esta circunstancia ante el órgano judicial.

Para estos casos, la norma procesal laboral introduce un trámite de audiencia a las partes, de forma que, suscitada la cuestión, el juez oirá a las partes y acordará las diligencias que se puedan practicar en el acto sobre este concreto extremo, pudiéndose recurrir a diligencias finales solamente cuando sea estrictamente imprescindible y la cuestión aparezca suficientemente fundada. Contra la resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba, la parte contraria a su admisión deberá interponer recurso de reposición, que se resolverá oralmente, previo traslado a las demás partes, en el mismo acto del juicio, sin perjuicio del derecho a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia (art. 90.2 LJS)[74]. No parece, sin embargo, que sea de aplicación a la prueba de detectives, dado su naturaleza de prueba testifical, la autorización judicial que para el acceso a archivos y documentos contempla el precepto (art. 90.4LJS)[75].

La ilicitud de la prueba de informe de detective, como ocurre con el resto de los instrumentos de control utilizados por la empresa, se hace depender de la superación del test de proporcionalidad. A saber, la necesidad, idoneidad, y proporcionalidad de la medida adoptada. Como se desprende el análisis jurisprudencial que anteriormente se ha realizado, en los casos de trabajadores en IT el presupuesto de "idoneidad" (si la medida es susceptible de conseguir el resultado propuesto[76]) suele girar en torno a o la existencia de sospechas fundadas de incumplimiento del deber de buena fe contractual, de forma que en principio la prueba podría declararse ilícita si el seguimiento por el detective respondiera a una mera finalidad de vigilancia genérica, no sustentada en datos o hechos concretos. El requisito de que en el contrato se tenga que

[73] STS Canarias 5 de marzo de 2020, 907/2019: "la juzgadora ya en el acto del juicio en trámite de conclusiones había resuelto que no era el momento apropiado para dicha alegación que debió haber planteado en el momento previo a la admisión".

[74] Sobre este procedimiento, entre otros, ALFONSO MELLADO, C. L., "Proceso ordinario", en AA.VV. *La nueva Ley de la Jurisdicción Social. Texto adaptado a las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero*, Bomarzo, Albacete, 2012, págs. 142-143; y ESTEVE SEGARRA, A. "El proceso ordinario", en AA.VV (Dir. BLACO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M., *La reforma del proceso laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 252-259.

[75] En este sentido, ESTEVE SEGARRA, A. "El proceso ordinario", en AA.VV (Dir. BLACO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M., *La reforma del proceso…* cit., págs. 252-259.

[76] Tempranamente, por todas, SSTC 66/1995, de 8 de mayo 1995; 55/1996, de 28 de marzo; 20/2002, de 28 de enero; y 213/2002, de 11 de noviembre.

justificar por la empresa el "interés legitimo" de la investigación, aporta un elemento más de seguridad en el cumplimiento de esta exigencia.

En el ámbito que nos movemos, el requisito de "necesidad" se identifica en la doctrina judicial con la inexistencia de otras medidas más adecuadas (menos gravosos) y eficaces de control. Un presupuesto que, a pesar de la enorme casuística existente en la materia, no ha dudado la jurisprudencia en reconocer que normalmente se produce en el control de las actividades de los trabajadores en situación de IT. En este sentido, es frecuente encontrar en las resoluciones judiciales afirmaciones tales como que "no se aprecia qué otra medida podía adoptar la empresa para conocer los hechos" (STJ Canarias 5 de marzo de 2020, rec. 907/2019) o "no existe otro medio de control admisible que el seguimiento externo del trabajador" (STSJ Comunidad Valenciana de 26 de mayo de 2020, rec. 130/2020)[77], ….., que subrayan la ausencia en estos supuestos de otros medios más moderados para hacer eficaz la facultad de control empresarial.

Y, en fin, como tercer presupuesto, la proporcionalidad, que hace referencia a la necesidad de que la medida adoptada por la empresa sea ponderada o equilibrada, en el sentido de que se deriven de ella mayores beneficios que perjuicios para los valores en conflicto, y que en nuestro caso se suele asociar, en general, con el hecho de que el seguimiento con captación de imágenes por el detective se realice en la vía pública, sin invadir espacios reservados[78], con objetivos concretos, por tiempo más o menos limitado, y con pleno respeto a las prescripciones de la Ley de Seguridad privada.

Al margen de ello, también habrá de reputarse ilícita la prueba obtenida mediante engaño, simulando el detective ser un cliente, para que el trabajador acabe cometiendo el ilícito laboral que pretendía sancionar el empresario (STS 19 de febrero de 2020, 3943/2017). La prueba, en este caso, se considera ilícita por cuanto la promoción de una consulta simulada, intentada una y otra vez por el detective ante la resistencia del trabajador, para probar que el trabajador ejercía la abogacía por cuenta propia en horas de trabajo supuso *"la utilización de procedimientos ilícitos o éticamente reprobables*", vulneradores del derecho a la dignidad del trabajador.

El resultado de que la prueba sea declarara ilícita en el trámite de admisión o práctica de la prueba es que no surtirá efecto alguno en el proceso, arrastrando al resto de las pruebas que tengan su origen o deriven de ella (doctrina del fruto del árbol envenenado). Lo que no impide, sin embargo, que los hechos puedan estimarse probados en base a otras pruebas practicadas en el juicio[79], y por tanto el hecho de haberse declarado ilícita la prueba tampoco comporta automáticamente la nulidad de la sanción o del despido, ello dependerá de que la decisión empresarial sea en sí misma lesiva de un derecho fundamental[80]. Así, al menos, se ha entendido mayoritariamente en suplicación[81], aunque el criterio dista de ser pacífico.

---

[77] STSJ Comunidad Valenciana de 26 de mayo de 2020, rec. 130/2020, referida a la actividad laboral que se desarrolla fuera del centro de trabajo. También STSJ 24 de septiembre de 2019 rec. 399/2019: *"si no pudieran seguir a una persona por la calle, e incluso fotografiarla o filmarla, no se ve cómo podrían desarrollar su actividad (los detectives) para "obtener y aportar información y pruebas" sobre su conducta".*

[78] Por ejemplo, en el jardín de la casa. Si bien la STSJ Castilla y León 24 de julio de 2020, rec. 325/2020, no da valor probatorio a las imágenes grabadas y fotografías puesto que fueron tomadas estando el trabajador en el jardín de su casa, pero acepta el valor probatorio a los hechos constatados por la percepción sensorial del detective al no existir elementos de privacidad tales como setos, vallas, muros o cualquier otro.

[79] Recientemente, STSJ Canarias de 24 de enero de 2020, 899/2019. Aunque también existen resoluciones que han sostenido lo contrario. Por ejemplo, STSJ Galicia de 3 de marzo de 2008, rec. 6219/2007, y más recientemente la STSJ de Cataluña de 4 de junio de 2019, 969/2019.

[80] La total ausencia de prueba, tras la declaración de la ilicitud de la prueba de detectives, podría provocar, en su caso, la declaración de la improcedencia del despido, pero no la nulidad, salvo que lesione cualquier derecho fundamental. En este sentido, RODRIGUEZ CARDO," La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal", *Trabajo y Derecho*, núm. 34, 2017, Smarteca, pág. 4. Sobre este particular, y en este mismo sentido, negando que la declaración de ilicitud comporte la nulidad del despido, vid., *in extenso*, GIL PLANA, J. "Las

(...)

Recientemente, el TC, en la STC de 15 de marzo de 2021[82], para un caso de monitorización por la empresa del ordenador de la trabajadora en el que la prueba obtenida por este medio se declara ilícita por vulneración de derechos fundamentales, aunque no se pronuncia específicamente sobre la calificación que ha de recibir en estos casos el despido, por tratarse de una cuestión, según se afirma, de interpretación de la legalidad ordinaria, otorga, sin embargo, parcialmente el amparo a la trabajadora, y reconoce su derecho a obtener del órgano de suplicación un pronunciamiento sobre la indemnización que proceda por haberse producido la lesión de sus derechos fundamentales (en este caso derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones), con independencia de cual sea la calificación del despido. Solución indemnizatoria que seguramente ha intentado conjugar los divergentes criterios mantenidos por nuestros tribunales, pero que no cierra la cuestión fundamental suscitada en relación con la interpretación del art. 55.5 ET sobre si en estos casos, en los que la vulneración de derechos fundamentales se produce en la obtención de la prueba, el despido ha de considerarse como improcedente o nulo.

Por lo demás, tras la tramitación de este incidente y declarada, en su caso, la pertinencia de la prueba de informe del detective, ante la ausencia de previsión alguna en la LJS en relación con la práctica y desarrollo de la misma, habrá que remitirse sin más a lo dispuesto en el art. 380 LEC (que exige que el investigador acredite su habilitación profesional, reconozca como propio el informe presentado, y ratifique su contenido, tras lo cual se someterá al interrogatorio de las partes, que ha de limitarse "a los hechos consignados en los informes"), así como a las reglas generales previstas para la práctica de la prueba testifical (arts. 87.3 y 92 LJS; y arts. 360 y ss. LEC).

4.3. Una breve referencia al valor probatorio de la prueba de detectives

Partiendo de la afirmación de que nos encontramos en presencia de una prueba testifical y de que en el proceso laboral para este tipo de pruebas[83] rige el principio general de libre apreciación de la prueba por el juzgador, la consecuencia inmediata, como no puede ser otra forma, es que el informe y la declaración del detective está sometida a la regla general de su valoración de acuerdo con las reglas de la sana crítica[84]. El órgano judicial de instancia, en virtud del principio de inmediación, tiene por tanto libertad para apreciar y valorar la prueba en su conjunto y dar prevalencia en su valoración a unas u otras de las pruebas testificales practicadas, siempre que exprese en los fundamentos de derecho de la sentencia los razonamientos que le llevan a su convicción (art. 97.2 LJS). Una amplitud de apreciación que no se identifica, sin embargo, con la arbitrariedad, ni ampara razonamientos irracionales o absurdos, sino que se fundamenta en la aplicación de criterios lógicos y razonables que deben explicitarse.

Dicho lo cual, y a pesar de ello, no se oculta que en el contenido de algunas resoluciones judiciales se percibe claramente la consideración del detective como una especie de testigo de singular valor, y su declaración en el juicio como la declaración de un profesional que, aunque contratado por la empresa, no tiene interés en el pleito ni está contaminado por el conflicto, sin que se vea afectado por las limitaciones a las declaraciones testificales "de personas vinculadas al empresario" que impone el 92.3 LJS. Tal es el criterio, como ya se ha mencionado, de la STSJ Castilla y León 24 de julio de 2020, rec. 235/2020, pero se trata de una sensación que también es perceptible en otras muchas resoluciones judiciales de suplicación que hablan de su "valor especial", por la garantía de profesionalidad del detective y por "la continuada dedicación al objeto del ulterior testimonio a emitir", lo que en la práctica acaba traduciéndose con frecuencia en el

vicisitudes probatorias del informe…" en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados…*, cit., págs. 338-341.

[81] Además de la STSJ Canarias de 24 de enero de 2020, citada, vid. también, en este mismo sentido, la STSJ Baleares de 12 de junio de 2020, 286/2019, y la STSJ Castilla-La Mancha de 12 de enero de 2018, 1416/2017.

[82] STC 61/2021, de 15 de marzo, recurso de amparo 6838-2019 (BOE 23 de abril de 2021).

[83] Son pruebas tasadas el interrogatorio de parte (LEC art. 316); la documental pública (arts. 319-323 LEC)

[84] ALBIOL ORTUÑO, M, ALFONSO MELLADO, C. L., BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M., *Derecho Procesal Laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 207-208.

hecho de otorgar preferencia en la valoración judicial a esta prueba frente a otras que se hayan podido practicar en el juicio[85]. Una particular relevancia que se ve incrementada, además, como es natural, por la circunstancia de que a la declaración testifical del profesional que ha presenciado los hechos suela acompañarse, de forma accesoria, la captación de imágenes de esos mismos hechos sobre los que declara.

Todo ello sea dicho sin perjuicio y en el buen entendimiento de que el juez, claro está, es libre para considerar y ponderar en cada caso, en virtud de esa facultad de libre apreciación que ostenta, factores tales como la calidad del informe, la experiencia profesional del detective, la coherencia de su relato, la seguridad y claridad en su exposición…, y en general, cuantas circunstancias se derivan de la inmediación de la prueba. Y con independencia de que, considerando que no está admitida la tacha del detective ni por la ley procesal laboral ni por la civil (art. 92.2 LJS y 380.1 LEC), pueden las partes en la fase de conclusiones trasladar al órgano judicial para su valoración cuantas observaciones estimen oportunas sobre las circunstancias que permiten poner en duda la imparcialidad o la credibilidad del detective.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALBIOL ORTUÑO, M, ALFONSO MELLADO, C. L., BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M., *Derecho Procesal Laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

ALEGRE NUENO, M. "La utilización de sistemas de geolocalización para controlar la actividad laboral" en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Wolters Kluwer, 2020.

ALFONSO MELLADO, C. L., "Proceso ordinario", en AA.VV. *La nueva Ley de la Jurisdicción Social. Texto adaptado a las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero*, Bomarzo, Albacete, 2012.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, Mª. E., *Derecho del Trabajo*, Civitas, 21ª edic., 2003.

CRUZ VILLALÓN, J. "Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos tecnológicos", *Temas Laborales*, núm. 50, 2019.

DIAZ RODRIGUEZ, J. M., "El informe de detective privado en el proceso laboral", *Trabajo y Derecho* núm. 34, 2017.

ESTEVE SEGARRA, A. "El proceso ordinario", en AA.VV (Dir. BLACO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M., *La reforma del proceso laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

FERNANDEZ ORRICO, F.J., "Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio", *REDT*, núm. 168, 2014.

GARRIDO PÉREZ, E., "La actividad de los detectives privados como instrumento de control empresarial", *Temas Laborales*, núm. 50, 2019.

GIL PLANA, J., "Las vicisitudes probatorias del informe de detectives", en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*. *Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Wolters Kluwer, 2020.

GOLERLICH PESET, J.M., y NORES TORRES, L.E., "El fraude a la incapacidad temporal como causa de despido", *Información Laboral*, núm11, Aranzadi, 2017.

[85] Así, por todas, la STSJ Madrid 4 de julio 2014, rec. 329/2014 y STSJ Andalucía 14 de junio de 2012, rec. 2535/2011. En la doctrina, de esta opinión, RODRIGUEZ CARDO, I. A., "Pruebas obtenidas a través de detectives privados y derecho a la intimidad del trabajador", *Actualidad Laboral*, núm. 12, 2014, smarteca, pág. 4, que le atribuye la condición de "prueba testifical cualificada"; y GIL PLANA, J. "Las vicisitudes probatorias del informe…" en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados…*, cit., págs. 356-357.

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

LÓPEZ BALAGUER, M. y TALENS VISCONTI. E., "El seguimiento de las bajas por IT y por IP en el ámbito privado en la doctrina de los tribunales" en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Wolters Kluwer, 2020.

LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R., *Gestión y control de la incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días*, Bomarzo, Albacete, 2016.

MARTIN VALVERDE, A. RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*, Técnos, 2017.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. "De la incapacidad temporal, su flexibilización y desfiguración en tiempos de coronavirus", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 2020.

MOLINA NAVARRETE, C. "Control tecnológico del empleador y derecho probatorio: efectos de la prueba digital lesiva de derechos fundamentales", *Temas Laborales*, núm. 50, 2019.

MONTOYA MELGAR, A., "Poder de dirección y videovigilancia laboral ", en AA.VV., *Derecho del Trabajo y Nuevas Tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco de los Cobos Orihuel*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

MORELLA ORTÍN, O., "El informe del detective privado" en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

RODRIGUEZ CARDO, I. A., "Pruebas obtenidas a través de detectives privados y derecho a la intimidad del trabajador", *Actualidad Laboral*, núm. 12, 2014.

RODRIGUEZ CARDO," La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal", *Trabajo y Derecho*, núm. 34, 2017.

ROMÁN, M.D. *Poder de dirección y contrato de trabajo,* Grapheus, Valladolid, 1992.

SEMPERE NAVARRO, A.V., y SAN MARTIN MAZZUCONI, C., "El contenido de la nueva Ley de Seguridad Privada", *Capital Humano,* núm. 288, 2014, Wolters kluwer.

TALENTS VISCONTI, E. "Video-vigilancia en el ámbito laboral: aspectos sustantivos y procesales, en AA.VV. (Dir. TALENTS VISCONTI y VALLS GENOVARD) *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral. Aspectos sustantivos y procesales de la obtención de la prueba*, Wolters Kluwer, 2020.

VALDÉS DAL-RÉ, F. "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1990.

VIGUER SOLER, P. L., "Los informes de detectives privados en el proceso civil (1)", *Práctica de Tribunales*, núm. 66, 2009, Wolters Kluwer.

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

nº 31 (2º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 - ISSNe: 2387-0370

La incapacidad temporal derivada de COVID-19. Desbordamiento del concepto tradicional de incapacidad temporal y hermenéutica convencional (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 20 de enero de 2022)

Temporary leave arising from COVID-19. Overflowing of the traditional concept of temporary leave and conventional hermeneutics (Commentary on the Judgment of the Supreme Court, Fourth Chamber, of 20 January 2022)

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-8082-6114

ANDRÉS URBANO MEDINA
Graduado Social
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-9484-2115

Cita sugerida: ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y URBANO MEDINA, A. "La incapacidad temporal derivada de COVID-19. Desbordamiento del concepto tradicional de incapacidad temporal y hermenéutica convencional". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 31 (2022):* 87-107.

Resumen

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo señala que no procede reconocer el complemento de la prestación por IT derivada de accidente de trabajo establecida en el convenio colectivo de aplicación en los períodos de aislamiento o contagio a consecuencia del COVID-19. El convenio interpretado no podía prever la situación provocada por la pandemia, por lo que interpretarlo en un sentido positivo a la aplicación del complemento supondría una interpretación extensiva inadmisible. Por otra parte, el artículo 5 del Real Decreto-Ley 6/2020 asimila el aislamiento o contagio por COVID-19 a accidente de trabajo, pero únicamente a efectos de la prestación económica de IT.

Palabras clave

incapacidad temporal; mejoras voluntarias; contingencias profesionales; COVID-19; pandemia

Abstract

The Fourth Chamber of the Supreme Court states that it is not appropriate to recognise the supplement to the TL benefit derived from an accident at work established in the applicable collective agreement for periods of isolation or contagion as a result of COVID-19. The agreement as interpreted could not foresee the situation caused by the pandemic, therefore interpreting it in a positive sense for the application of the supplement would be an inadmissible extensive interpretation. Moreover, Article 5 of Royal Decree-Law 6/2020 assimilates isolation or contagion by COVID-19 to an accident at work, but only for the purposes of the TL benefit.

Keywords

temporary leave; voluntary improvements; occupational contingencies; COVID-19; pandemic

1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

La sentencia 57/2022 del Tribunal Supremo (sala cuarta) de 20 de enero de 2022 viene a resolver un recurso de casación ordinario contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de mayo de 2021 dictada en procedimiento de conflicto colectivo, que declaraba la inaplicación de la mejora de incapacidad temporal establecida en el convenio colectivo en los casos en los que el proceso de incapacidad temporal estuviera provocado por la aplicación del RD-ley 5/2020 sobre protección a causa del COVID-19.

Fecha Recepción: 29/5/2022 - Fecha Revisión: 30/5/2022 - Fecha Aceptación: 1/6/2022
Pags. 87-107

El Convenio Colectivo de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial (BOE 4 de julio de 2013) recoge en su artículo 96, referido a la incapacidad temporal, que los trabajadores tendrán derecho, por enfermedad común o accidente no laboral, a cobrar desde el cuarto al vigésimo primer día de la baja el 75 % de la base reguladora del mes anterior a su baja y además, en el caso de enfermedad profesional, accidente laboral o ingreso hospitalario " los trabajadores tendrán derecho a cobrar, a partir del día siguiente a la baja y durante el tiempo que dure la misma, el 100% de su base reguladora correspondiente al mes anterior a su baja".

Como es conocido, dicho precepto complementa a cargo del empresario o empleador las cuantías de las prestaciones de incapacidad temporal previstas en la legislación de Seguridad Social vigente, y en las que posteriormente nos detendremos.

La situación de la pandemia, que ha afectado con virulencia a todo el mundo, trajo consigo la necesidad de establecer medidas especiales o excepcionales para la protección de los trabajadores (tanto contagiados por el COVID-19 como para evitar su contagio y también la difusión del virus, para con ello proteger la salud pública). Como una de las primeras medidas de las que posteriormente sería llamado por el Gobierno el "escudo social", el Real Decreto 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, en su artículo quinto estableció la consideración excepcional como situación asimilada accidente de trabajo que los periodos de aislamiento, contagio o restricción de las salidas del municipio donde tengan el domicilio o su centro de trabajo las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19.

Siendo ello así, los trabajadores de esta entidad, Fundación Diagrama, que habían sido dados de baja como consecuencia de períodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio en la que tenían su domicilio vinieron recibiendo la prestación de incapacidad temporal (en forma de pago delegado de la empresa), pero no se les abonaba el complemento previsto en el párrafo segundo del art. 96 del Convenio Colectivo. De hecho, y a pesar de las diferentes reclamaciones planteadas por los trabajadores afectados por esta situación de incapacidad temporal, la empresa ha venido declinando sistemáticamente la aplicación del convenio colectivo y, por tanto, el abono de la mejora voluntaria prevista en el artículo 96 del mismo.

Esta inaplicación del artículo 96 fue la causa que detonó el inicio de un procedimiento de conflicto colectivo por parte de la Federación Estatal de enseñanza del sindicato Comisiones Obreras, demandada a la que se adhirió la Unión General de los Trabajadores, contra la empresa.

2. LA CONCEPCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO COMO ELEMENTO PARA ENTENDER EL FALLO DE LA SENTENCIA

2.1. El riesgo como origen del aseguramiento

Dentro del catálogo de prestaciones del sistema español de Seguridad Social, el art. 42 c) de la LGSS recoge como la primera de las prestaciones que relaciona la de incapacidad temporal.

Aunque con distinto nombre a lo largo de su historia, la incapacidad temporal es hoy una de las contingencias tradicionales cubiertas por la acción protectora de la Seguridad Social, que ha ido sobreviviendo, aumentando y definiéndose a lo largo del tiempo, con diversas normas: la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, la Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad de 1942 y la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963. Este desarrollo viene igualmente de la mano de otras normas supranacionales que indican que la incapacidad temporal es una institución protectora robusta en nuestro entorno, apareciendo así, entre otros, en el Convenio OIT núm. 102 de 1952 y en el Código Europeo de Seguridad Social de 1964.

El riesgo y su aseguramiento constituyen la pieza angular del fundamento de la protección de la incapacidad temporal. Para DURAND, el riesgo será el estado potencial de sufrir un evento,

futuro e incierto, que escapa a la voluntad del asegurado[1]. Cuando este riesgo se materializa, el que lo sufre, en este caso la persona trabajadora, genera una situación de necesidad de doble naturaleza, de un lado, la insuficiencia o carencia de rentas que suponen el peligro de su sustento y el de aquellos que dependen de él, y de otro, la pérdida temporal de la salud y, con ella, de la capacidad para el trabajo.

He aquí, en la insuficiencia de renta, la contingencia, que es definida por la más reputada doctrina como la actualización concreta del estado potencial del riesgo social[2], de la cual derivará, como no puede ser de otra manera, la situación de necesidad[3] que la entidad gestora de que se trate, mediante el aseguramiento de la persona trabajadora enferma o accidentada a través de la empresa asociada, tendrá encargado paliar, siendo esta situación de necesidad, y no el riesgo, el objeto de protección, ya que el riesgo, como hemos aducido anteriormente, es imprevisible y escapa de la voluntad del asegurado[4].

En base a la delimitación expuesta *ut supra*, debemos entender por contingencia aquel acontecimiento probable pero incierto en su actualización en el sujeto concreto que, al materializarse, produce un estado de necesidad susceptible de ser protegido mediante la correspondiente prestación. Esta actualización a la que aludimos es la que provoca el nacimiento de la situación protegida en la que debe concretarse la idea de daño, dependiente este de la relación de interés económico entre el sujeto protegido y un bien determinado.

Así las cosas, a modo de resumen, la acción protectora se articulará jurídicamente en torno a tres elementos esenciales "a) la *contingencia determinante* de una b) *situación de necesidad* protegida -actualización de la contingencia- que precisa el establecimiento, para ser cubierta, de una c) medida de atención, esto es, una *prestación*[5]" (las cursivas son del autor). Debemos entender la situación de necesidad no en un tenor tajante, de riesgo para la vida por falta de medios materiales, sino que hace referencia, cuando hablamos de una prestación contributiva, a la necesidad de sustituir la renta perdida (el lucro cesante) o la compensación de un gasto, que para la incapacidad temporal podría ser la alteración de la salud y la necesaria protección sanitaria (daño emergente)[6], aunque sobre ello volveremos luego.

2.2. El concepto legal de incapacidad temporal

El artículo 169 LGSS, en su apartado 1, hace uso de un criterio de causas finales, cuasi teleológico, al no definir de manera clara y conceptual la incapacidad temporal, sino al contrario, habla de *situaciones determinantes* de la meritada incapacidad. En este sentido, la configuración de este precepto ha permitido, como ha hecho la más reputada doctrina (por todos, LOZANO LARES[7]), percibir en el texto de la norma tres elementos básicos del supuesto tipo que configura la incapacidad temporal, como son,

[1] DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, traducción de VIDA SORIA, MTSS, Madrid, 1991, pp. 58-64.

[2] ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 114 y 115.

[3] ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 20 y 21.

[4] ALMANSA PASTOR, J.M.: "Del riesgo social a la protección de la necesidad*", Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 6, 1971.

[5] MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., MALDONADO MOLINA, J.A., *Manual de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 2021, pp. 205 y 206.

[6] MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., … *op. cit*. pág. 207.

[7] LOZANO LARES, F. Apuntes de Seguridad Social. Inédito. Facilitados por el propio autor. Campus Virtual de la Universidad de Málaga, 2021.

— Un elemento patológico implícito, que subyace de la lectura del precepto, que da por hecho la existencia de una alteración de la salud que impida temporalmente la prestación de servicios de la persona trabajadora y requiera de asistencia sanitaria.

— Un elemento disfuncional, es decir, que exista un impedimento real para la realización de la actividad laboral por parte de la persona trabajadora afectada por la patología.

— Un elemento temporal, pues debe tratarse de una incapacitación para la realización de la actividad laboral de carácter transitorio que justifique la suspensión de la prestación de servicios.

Todo esto queda matizado por el apartado b) del 169.1 LGSS, para el caso de los *períodos de observación por enfermedad profesional.*

En fin, no aportamos nada nuevo cuando, continuando con esta introducción, recordamos que el art. 169 LGSS establece dos tipos de incapacidad temporal. Dos situaciones que determinan el acceso a la prestación económica de incapacidad temporal y las dos tienen una relación directa con la protección de la salud del trabajador. De un lado, la situación "común u ordinaria", supone un padecimiento o sufrimiento de enfermedad o accidente que conlleva un impedimento para el trabajo y la necesidad de recibir asistencia sanitaria. De otro lado, la de "observación de enfermedad profesional" que supone directamente un período de estudio y diagnóstico para observar si los síntomas que ofrece el trabajador están causados por alguna de las enfermedades profesionales tipificadas.

Además, ha de recordarse que no todo deterioro o menoscabo de la salud lleva consigo el acceso a las prestaciones de incapacidad temporal: sola aquellas alteraciones de la salud que comporten una pérdida de aptitud transitoria para el trabajo. Y es que, para que pueda obtenerse la prestación correspondiente de incapacidad temporal por parte de un trabajador es necesario que la alteración, deterioro o menoscabo de salud que padezca conlleve una limitación, imposibilidad, falta de aptitud o, en definitiva, como se refiere la norma, incapacidad para poder desarrollar la actividad laboral que venía desempeñando[8].

El control médico es el que determina si existe en realidad una alteración de la salud en el trabajador para lo cual se le realizará un reconocimiento médico con el que se pretende realizar una determinación objetiva de la enfermedad o lesión que se alega. Confirmada la existencia de dicha alteración de la salud, nos encontramos con la cuestión más complicada: saber si la intensidad de la patología o lesión que se padece afecta a la capacidad para trabajar. Si ello es así, se dará el correspondiente parte de baja médica que iniciará el proceso de incapacidad temporal y, también, todo el sistema de control de la situación. Deberá, pues, para emitirse el correspondiente parte de baja, existir una correlación entre la alteración de la salud y la incapacidad que sufre el trabajador. Es decir, el empleado ha de "estar impedido para el trabajo" o, dicho con otras palabras, la alteración de la salud deberá de revestir tal intensidad como para mermar la "capacidad laboral" de la persona del trabajador[9].

[8] Se exige como requisito de la IT un proceso patológico que provoque la alteración de la salud y se trate de una alteración de la salud que "menoscabe su capacidad física y/o psíquica, sea causa de imposibilidad o incapacidad sobrevenida para trabajar. Dicho proceso maligno exige, por tanto que las mermas fisiológicas que padeciera el trabajador afectado necesiten de tratamiento médico y, además, que no permitan la ejecución de las tareas profesionales… de tal manera que no bastaría con la (simple) necesidad de requerir asistencia sanitaria -pues cabe la asistencia ambulatoria compatible con la actividad profesional-, ni tampoco sería suficiente que la incapacidad no requiriera asistencia sanitaria, sino que han de concurrir ambas circunstancias obstativas…" como indica GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., *La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social,* Bomarzo, Albacete, 2005, p. 15.

[9] Vid. LÓPEZ INSUA, B.M., *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social,* Ed. Comares, Granada, 2014, p. 85.

Para poder valorar esta incapacidad, los médicos han de conocer los motivos que la han causado; los déficits funcionales u orgánicos que han resultado fruto de la enfermedad o accidente, y finalmente, valorar medicamente la incapacidad en relación con las actividades realizadas por trabajador tanto en el esfera personal, como profesional-laboral[10]. Por lo que para determinar la capacidad laboral habrán de valorarse dos grupos de circunstancias: la valoración del puesto de trabajo y la valoración de la capacidad física y/o psíquica del trabajador[11].

Para terminar, ha de recordarse que este proceso que supone una alteración de la salud incapacitante tiene como herramienta fundamental para su finalización una protección mediante la asistencia sanitaria oportuna, que no es otra cosa que poner a disposición del trabajador los medios técnicos necesarios para la recuperación de la salud alterada, pero al mismo tiempo es también es un medio de control de las lesiones o enfermedades padecidas[12].

2.3. La clasificación de las contingencias protegidas

La protección de incapacidad temporal, en su diseño y orígenes, está conectada con la realización o, mejor dicho, con la imposibilidad de realizar un trabajo por lo que es una de las genuinas prestaciones de carácter contributivo que tratan de sustituir las rentas dejadas de percibir por el trabajador por no poder acudir, por dicho motivo, a su puesto de trabajo.

Si bien la acción protectora prestacional se describe en el art. 42 LGSS, el alcance de esta (en el Régimen General, pero puede decirse que extensible al resto de los regímenes) se describe en los arts. 155 y ss LGSS (aspectos comunes de la acción protectora y normas generales en materia de prestaciones). Puede colegirse, sin temor a equivocarnos, una distinción de la protección dispensada según el origen de la contingencia y de la lectura de la norma se hace patente la existencia de una cobertura superior y privilegiada de aquellas contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional (arts. 156 y 157 LGSS) sobre las que son producidas por enfermedad común (arts. 158 y 159 LGSS) y una mayor facilidad para el acceso a las mismas (art. 165.4 LGSS).

El hecho de calificar una lesión o enfermedad como de trabajo o profesional es una cuestión, aún hoy, importante. El tema se vio con claridad en la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963 en la que se indicaba que la ordenación de la Seguridad Social quedaría articulada sobre una conjunta consideración de las contingencias y situaciones objeto de la cobertura (Base Primera, 1). En la Exposición de Motivos de esa misma norma, al explicar el objeto y alcance de la propia Ley de Bases respecto de la acción protectora (II.2) se apuntaba con claridad meridiana que "la Ley evita deliberadamente la noción de riesgo, que sustituye por las situaciones o contingencias delimitadas en sus bases. De este modo, no sólo se marca una línea muy visible entre la Seguridad Social -a la que se trata de llegar- y los seguros sociales -de donde se parte-, basados en la idea de riesgo, sino que además se favorece la conjunta consideración de las situaciones o contingencias protegidas para conseguir en la medida de lo posible la uniformidad de las prestaciones ante un mismo evento". Como decían DE LA VILLA GIL y DESDENTADO BONETE, la especialidad es una consecuencia de la propia evolución histórica de la previsión social, dentro de la cual la protección social de los llamados riesgos profesionales se apoyó en la noción de responsabilidad, "sin embargo, este tratamiento especial de los riesgos profesionales puede considerarse actualmente en regresión

[10] Como indica, OJEDA GIL, J.A *Valoración de la incapacidad laboral,* Ed. Diaz de Santos, Madrid, 2005, p. XIX.

[11] Así lo propone en propio INSS, en AAVV *Guía de valoración de incapacidad laboral para médicos de atención primaria*, Ministerio de Ciencia e Innovación, Instituto Salud Carlos III, INSS, Madrid, 2010, "De una forma simple, la valoración de la capacidad, dependería de las consecuencias anatómicas, fisiológicas, psicológicas o de otro tipo que provoque el proceso patológico y de la compatibilidad o no con los requerimientos anatómicos, fisiológicos, psicológicos o de otro tipo que necesite el puesto de trabajo en concreto", pp. 24 y 25.

[12] Sobre el tema vid, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. "El control médico de las situaciones de incapacidad temporal para el trabajo", en AAVV*, Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, 2016, pp. 449 y ss. Y "Alteración de la salud, asistencia sanitaria y control médico de las situaciones de incapacidad temporal", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, nº 12, 2017.

ante el avance de las modernas técnicas basadas en el principio de la conjunta consideración de las contingencias, aunque se mantenga la necesidad de ciertas especialidades en cuanto a la utilización de las medidas preventivas"[13].

El problema proviene del hecho de que el Texto Articulado de 1966, en claro *ultra vires*, hizo caso omiso a la base citada. De hecho, en este texto, como en los refundidos de 1974, 1994 o 2015, se continúa en la misma línea sólo atenuada por la Ley de financiación y perfeccionamiento del sistema de Seguridad Social de 1972 en la que se produce un acercamiento entre una de las contingencias comunes (el accidente no laboral) y las contingencias profesionales. Por lo demás, en la actualidad se mantienen diferencias importantes en la gestión y financiación, así como en el régimen prestacional de las derivadas de una enfermedad común o de una profesional: salvo que el trabajador haya venido prestando sus servicios de manera continuada en la misma empresa y grupo profesional y sin alteraciones de salario, la prestación de accidente de trabajo será sustancialmente mayor que la derivada de enfermedad común, en la que, además, se exige una aportación previa o período de carencia.

Pero, sin duda, la interpretación "in extenso" o "pro beneficiario" hecha por la jurisprudencia ha sido determinante para comprender el verdadero alcance de la definición realizada por el legislador del accidente de trabajo. También desde muy temprano el Tribunal Supremo asimiló a los accidentes de trabajo las enfermedades contraídas con ocasión o por consecuencia del trabajo prestado por cuenta ajena[14].

Quizás el accidente de trabajo sea uno de los conceptos jurídicos en los que la elaboración de la doctrina jurisprudencial haya tenido más influencia, de tal modo que el legislador ha visto marcadas las pautas de regulación en las resoluciones judiciales. Con mucho, los Tribunales sociales han ido históricamente por delante del legislador en esta materia; o, dicho de otro modo, una vez que el legislador ha definido la contingencia, las posibles "zonas de penumbra" han sido aclaradas por el orden jurisdiccional. Así, el encuadramiento de la casuística de siniestros relacionados con el trabajo ha correspondido a los tribunales, los que, con buen criterio habitualmente, han analizado de forma exhaustiva los distintos supuestos estableciendo unas pautas interpretativas sólidas que han ido cristalizando en el tiempo e incluso influyendo en las distintas reformas establecidas por el legislador. Por otro lado, el accidente de trabajo ha sido una de las materias en las que los tribunales sociales han mantenido una doctrina más uniforme y sin ningún tipo de retrocesos o giros[15].

[13] En su *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1979, p. 333.

[14] Sentencia de 17 de junio de 1903 declarando que "si bien no es dable confundir en modo alguno lo que es un accidente de trabajo con lo que constituye una enfermedad contraída en el ejercicio de una profesión determinada, cuando esta enfermedad no tiene una relación absoluta e inmediata con aquella profesión, sino que depende del agotamiento o desgaste natural de fuerzas empleadas en los trabajos a que el individuo se dedique, es, por el contrario, evidente que, siempre que la lesión a que se refiere el art. 1 de la ley de Enero de 1900 sobrevenga de una manera directa e inmediata por consecuencia indudable del manejo de sustancias tóxicas, se encuentra de lleno comprendida en dicha ley, ya porque ésta no define el accidente con referencia a un suceso repentino más o menos imprevisto, sino al hecho mismo constitutivo de la lesión, ya porque, dada la naturaleza de esta clase de accidentes en los establecimientos en que se emplean materias tóxicas o insalubres, sería por demás insólito que acaecieran repentinamente, como acontece en otras fábricas o talleres, o en los demás lugares donde los obreros ejecutan un trabajo manual por cuenta del patrono" y precisamente para incluir una enfermedad profesional (por aquel entonces no protegida específicamente) en el concepto de accidente de trabajo (Boletín de Jurisprudencia Civil 1903).

[15] Esa interpretación amplia, favorable a la consideración de accidentes de trabajo a otro tipo de patologías, se debe, especialmente, a la aparición en los procesos judiciales de una realidad productiva muy cambiante y en la que se observan riesgos y lesiones que simplemente no se detectaban anteriormente. Asistimos a innovaciones técnicas, organizativas y productivas de las que no se calibra el alcance respecto de la salud de los trabajadores. Ese ambiente de trabajo provoca lesiones que, si desde el plano médico no son considerados accidentes en el plano laboral y sobre la base de la presunción del art. 156 LGSS, se consideran accidentes de trabajo. Junto a ello no puede negarse que buena parte de culpa de la aparente ampliación de tales artículos vía jurisprudencial la tienen los avances cualitativos y cuantitativos de la medicina ya que la ciencia en la actualidad es capaz, y en el futuro

(...)

Es importante que nos entretengamos en esta cuestión porque el conflicto colectivo que da origen a la sentencia que se comenta se refiere a la interpretación de un precepto de un convenio que, según los trabajadores demandantes, ha de conceder una mejora voluntaria en caso de incapacidad temporal por contingencia profesional en un especial supuesto durante la pandemia.

2.3.1. El accidente de trabajo

Así, en el estado actual de las cosas, la protección de las contingencias profesionales se produce a través de dos figuras: el accidente de trabajo y la enfermedad profesional. El concepto de accidente de trabajo, que se define en el art. 156 LGSS como "toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena", se ha desbordado al establecerse una serie de situaciones en las que los accidentes sufridos, difícilmente encuadrables en tal concepto, se consideran como de trabajo y, lo que es más importante, una serie de enfermedades que, contraídas con ocasión o por consecuencia del trabajo realizado, han de considerarse también como accidentes de trabajo. Se trata de algunos supuestos que podrían haber sido excluidos y, no obstante, no se ha hecho porque es voluntad del legislador social considerarlos como accidentes de trabajo (art. 156.2 LGSS). Desde esta perspectiva no puede decirse que el concepto de accidente de trabajo se contenga, exclusivamente, en el primer apartado de artículo 156, pues es el artículo 156 LGSS en su totalidad el que nos da el concepto completo de accidente de trabajo, el precepto además establece una serie de reglas sobre la prueba, la más importante la presunción que establece el art. 156.3 LGSS[16].

La doctrina mayoritariamente ha indicado que dentro del concepto de accidente de trabajo se observan tres elementos que necesariamente han de concurrir para tal calificación: lesión corporal, trabajo por cuenta ajena y conexión trabajo-lesión[17].

Desde un sentido estricto, lesión y enfermedad son dos conceptos distintos y el legislador los distingue. Pues bien, respecto de la cuestión que se analiza, el legislador en el art. 156.2 LGSS ha incluido dentro del concepto de accidente de trabajo, asimilándolas a éste, tres tipos de enfermedades del trabajo:

a) Las enfermedades intercurrentes, esto es, las contraídas a causa del proceso patológico determinado por el accidente mismo o que tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en el que se haya situado el paciente para su curación.

b) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.

c) Y, por último, las más propias enfermedades del trabajo, esto es, las enfermedades que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.

La doctrina las llama enfermedades del trabajo para distinguirlas de las enfermedades profesionales. Si bien las enfermedades profesionales son un tipo específico de los accidentes de

mucho más, de demostrar o probar los efectos sobre la salud de determinados procesos productivos que hace algún tiempo ni se imaginaban.

[16] Sólo el apartado cuarto del artículo 156 LGSS establece dos excepciones o delimitaciones negativas al indicar que no podrán entenderse como accidentes de trabajo ni los debidos a dolo o imprudencia temeraria de los trabajadores y los causados por fuerza mayor extraña al trabajo (excluyendo a la insolación, rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza). Sobre la primera de las causas, sentencias muy antiguas del TS estimaron que la única posibilidad se refería a los producidos a consecuencia de una guerra.

[17] Por todos, véase ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., en sus *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 2001, en las págs 37 y ss.

trabajo, el legislador ha establecido un régimen específico respecto de la determinación de las mismas[18].

Respecto del establecimiento del nexo causal entre el trabajo y la lesión, como se ha dicho, el accidente de trabajo ha de producirse "con ocasión o por consecuencia" del trabajo ejecutado. Como señalan ESCUDERO RODRÍGUEZ y NOGUEIRA GUSTAVINO, "para estimar que se ha producido un accidente de trabajo no se exige que el trabajo sea la causa determinante del accidente, sino que basta con que exista una relación casual directa o indirecta (queda excluida la ocasionalidad pura) de la lesión con la exposición del sujeto a los riesgos inherentes al trabajo"[19]. Es por ello por lo que se incluyen dentro del concepto de accidente de trabajo los producidos *in itinere*, esto es, en el camino de ida o vuelta al trabajo.

Junto a los elementos que componen el concepto de accidente de trabajo (trabajo por cuenta ajena, lesión corporal y conexión trabajo lesión) se encuentra una presunción de laboralidad de los accidentes causados durante el tiempo y lugar de trabajo, recogida en el apartado tercero del art. 156 LGSS. Parece que esta presunción responde al deber de seguridad que compete al empresario como consecuencia de las previsiones derivadas de los artículos 4.2.d y 19 del ET, entre otros preceptos o, si se quiere decir de otro modo, en el derecho que le asiste a cada trabajador de regresar a casa sano del trabajo. El artículo 19 ET atribuye a la empresa la prestación del deber de seguridad (deuda de seguridad, en terminología al uso) para con sus trabajadores en el desarrollo de la actividad laboral, reconociéndoles el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud y en el artículo 4.2 d) del propio ET se les reconoce como derecho básico "a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene", con lo que la empleadora queda constituida en garante de la seguridad de los trabajadores a su servicio cuando se encuentren en el desempeño del mismo, por lo que como creadora del riesgo le es objetivamente imputable todo daño o lesión que pueda sobrevenirles en sus puestos de trabajo. No debe olvidarse que, en su configuración actual, el accidente de trabajo es un riesgo del que responde el empresario y que el empresario asegura. Cuestión distinta es que, junto con ello, al empresario, en caso de que deje de observar las medidas de seguridad legales, podrá imponérsele la responsabilidad de abono al trabajador de un recargo de la cuantía de la prestación concedida (art. 164 LGSS), a modo de sanción por la infracción cometida.

2.3.2. En especial, las enfermedades del trabajo: el mejor encuadre para el COVID-19

Pues bien, las enfermedades del trabajo, como se ha dicho, son patologías directamente relacionadas con el trabajo de origen común que se suceden, manifiestan o contraen en el medio donde se ejerce el trabajo, y que no pueden ser consideradas como enfermedades profesionales al no encontrarse listadas, pero que el legislador ha decidido asimilarlas en su protección al accidente de trabajo.

Por otro lado, debe recordarse que existe una diferencia fundamental entre el régimen jurídico de las enfermedades profesionales y las enfermedades del trabajo: mientras que el art. 157 LGSS exige para la calificación de una enfermedad como profesional que sea consecuencia del trabajo por cuenta ajena en actividad que figure en el cuadro aprobado al efecto y que esté provocada (no se dice directamente) por la acción de los elementos o sustancias que figuren en el

[18] Así la STS de 12 de marzo de 1986 (RA 1309) indicó: "A) Es incuestionable, como señala la doctrina científica más autorizada, la vigencia actual de una noción amplia del accidente de trabajo y de la lesión como uno de sus elementos definidores y por consiguiente de la integración, en principio, de la enfermedad profesional dentro de aquel concepto amplio. B) La enfermedad profesional es realmente un accidente de trabajo o si se quiere una variedad del accidente". En similar sentido, la STS 19 de mayo de 1986 (RA 2578) indica que "según notoria doctrina científica y jurisprudencia la enfermedad profesional esencialmente es un accidente de trabajo, habiéndose iniciado su protección a partir de la Sentencia de 17 de junio de 1903 que las venía a considerar como accidente de trabajo no traumático extendiendo el concepto de lesión".

[19] En AAVV, *Derecho de la Seguridad Social,* (Dir. DE LA VILLA), Tirant lo Blanch, pág. 273.

referido cuadro para cada enfermedad profesional. Es posible, por tanto, una relación indirecta entre actividad y enfermedad y, además, es posible la concurrencia de causas para tal enfermedad. Sin embargo, el art. 156.2.e) LGSS exige que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del trabajo; se observa no sólo la necesidad de una ausencia de otras causas, sino también una distribución concreta de la prueba y además de especial dificultad.

Por tanto, del propio tenor literal de la norma podríamos concluir que el art. 156.2.e) LGSS es mucho más estricto que el 157 LGSS, puesto que incluida la enfermedad en el cuadro o listado de enfermedades profesionales (Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad) la carga de la prueba se alivia; mientras que si tal enfermedad no se encuentra listada entonces deberemos probar no sólo que se contrae con motivo de la realización del trabajo, sino que además se exige que se pruebe la exclusividad de la causa. Es necesario, pues, para las enfermedades del trabajo demostrar de forma clara la existencia del nexo causal entre la enfermedad y el trabajo. No obstante, dicha afirmación debe de matizarse, así señala la STS 27 de diciembre de 1995 (RA 9846) que "son numerosas las sentencias que han afirmado la aplicación de la presunción de laboralidad … no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos"[20].

Es esa aparición en el trabajo, la que hace de aplicación la presunción del art. 156.3 LGSS. Para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad de trabajo surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúan dicho nexo causal[21]. Por ello, una correcta comprensión del art. 156 LGSS requiere el tener presente el interés protegido: el deber de seguridad del empresario respecto del trabajador que presta servicios para él. Desde esa posición no parece ilógico que, respecto de las lesiones o enfermedades que ocurran o se manifiesten durante el trabajo, deba probar su no laboralidad aquel que sostenga tal posición. Ese es el problema que nos ocupa; estamos ante un tema que implica distintos grados de dificultad de prueba.

Dicho esto, hay que aclarar seguidamente que debemos distinguir, en el supuesto de enfermedades del trabajo, dos supuestos perfectamente diferenciados y que han sido elaborados por la jurisprudencia:

A) La carga de la prueba operará con toda su crudeza cuando la enfermedad no se manifieste en el trabajo.

Si la enfermedad no se manifiesta en el trabajo entonces el 156.2.e) LGSS adquiere todo su sentido y debe probarse la causa exclusiva que llevaría a la protección de la enfermedad contraída con motivo de la realización de su trabajo, y ello aunque el diagnóstico lo fuera en un momento posterior, aplicándose la presunción pues desencadena la lesión del trabajador en lugar y tiempo de trabajo, lo que supondría que se da el supuesto de hecho necesario para su existencia, que releva de la carga de la prueba al trabajador, para retribuir la demostración de la inexistencia de relación con el trabajo a quien la opone.

B) Operará la presunción del art. 156.3 LGSS cuando la enfermedad se manifieste durante el trabajo, entonces se exige que quien pretenda excluir la laboralidad demuestre la ruptura del nexo[22].

[20] En este sentido se han pronunciado, entre otras, las Sentencias de 22 marzo 1985 (RA 1374); 25 septiembre 1986 (RA 5175); 29 septiembre 1986 (RA 5202); 4 noviembre 1988 (RA 8529) y STS de 27 octubre 1992 (RA 784).

[21] STS 27 de diciembre de1995 (RA 9846).

[22] Las presunciones establecidas por la ley producen el efecto de desplazar la carga de la prueba hacia la parte a quien perjudican, que deberá demostrar lo contrario de lo presumido (art. 1251 del Código Civil). Nuestro *(...)*

Que ello es así nos lo señala el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de marzo de 1997 (RA 2590) que recoge su doctrina anterior indicando que "la presunción de laboralidad del accidente o dolencia de trabajo establecida en [la LGSS] … sólo alcanza a los acaecidos en el tiempo y lugar de trabajo"; en el mismo sentido la STS 14 de julio de 1997, (RA 6260), que desplaza la exigencia de exclusividad del apartado 2.e) del art. 115 (actual 156 LGSS)[23].

En resumidas cuentas, tras un análisis jurisprudencial, la conexión o finalidad causal laboral va a depender de la situación particular y del magistrado que la examine.

Pues bien, se presume *iuris tantum* que las enfermedades del trabajo sufridas durante el trabajo (tiempo y lugar) se reputan como accidentes de trabajo. Por ello, siguiendo al TS, una vez establecida la presunción la misma sólo puede ceder ante prueba cierta y convincente de la causa del suceso excluyente de su relación con el trabajo, con relevancia para el trabajador de la carga de la prueba. Esto es, tal presunción sólo queda anulada cuando incidan eventos de tal relieve que evidencien la falta de relación entre el trabajo que el operarario realizaba, con todos los matices psíquicos o físicos que lo rodean, y el siniestro, lo que tratándose se enfermedades requiere que éstas, por su propia naturaleza, no sean susceptibles de una etiología laboral o que dicha etiología pueda ser excluida mediante prueba en contrario.

El problema, pues, reside en cuando puede entenderse que hay nexo causal suficiente para romper la presunción de laboralidad. Y en eso es donde los tribunales tienen mayor problema de uniformidad en sus decisiones. Si se sigue la tradicional doctrina del Tribunal Supremo han de aplicarse criterios amplios y flexibles (SSTS de 11 de septiembre de 1985; de 29 de septiembre de 1985; de 22 de noviembre de 1988; de 2 de junio de 1989; de 20 de junio de 1990; de 8 de noviembre de 1994; de 19 de noviembre de 1996, etc) se observa, la presunción de laboralidad de los accidentes acaecidos en tiempo y lugar de trabajo lleva consigo la inversión de la carga de la prueba siendo quien se oponga a la presunción quien debe demostrar lo contrario.

La calificación se complica en los supuestos en los que los trabajadores se encontraban previamente aquejados de síntomas de la enfermedad, en tales casos, los pronunciamientos judiciales permiten la ruptura de la presunción de la laboralidad de la enfermedad. El problema es que, desde nuestro punto de vista, las consecuencias de las contingencias profesionales no tienen porqué producirse inmediatamente en el momento en que ocurrieron, sino que pueden manifestarse posteriormente. La calificación de accidente de trabajo de unas determinadas lesiones o enfermedades acompañan a tales patologías en todo momento y para la apertura de los derechos de que las mismas se puedan desprender. De otro modo la interpretación extensiva que el propio art. 156 LGSS pretende quedaría en papel mojado.

Así, pues, la baja por contagio de COVID-19 puede encuadrarse, como hemos visto, en las enfermedades del trabajo del art. 156.2 e) LGSS, el problema será que ha de probarse que el contagio de la enfermedad se ha producido con causa exclusiva en la realización del trabajo. Lo

Tribunal Supremo (entre otras, en su Sentencia de 29 marzo 1993 RA 2218) otorga validez a la prueba de presunciones cuando entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir hay "un enlace preciso y directo conforme a las reglas del criterio humano" (según lo dispuesto en el art. 1253 del Código Civil).

[23] Como señala la STS 15 de febrero de1996 (RA 1022), en el mismo sentido las SSTS 18 de octubre de 1996 (RA 7774); de 27 de febrero de 1997 (RA 1605), entre otras "la más reciente jurisprudencia de la Sala … ha establecido que la presunción contenida en … la Ley General de la Seguridad Social, por virtud de la que se estimará, salvo prueba en contrario, que son accidente laboral las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en lugar del trabajo, alcanza no sólo a los accidentes en sentido estricto, sino también a las enfermedades; y que tal presunción sólo queda desvirtuada cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de relación entre el trabajo que el operario realizaba, con todos los matices psíquicos y físicos que lo rodean, y el siniestro (Sentencia de 22 marzo 1985, RA 1374); lo que tratándose de enfermedades requiere que éstas por su propia naturaleza no sean susceptibles de una etiología laboral o que dicha etiología pueda ser excluida mediante prueba en contrario (Sentencia de 30 septiembre 1986, RA 5219). Y en el mismo sentido se ha pronunciado la reciente Sentencia de esta Sala de 20 diciembre 1995 RA 9846".

cual, en una situación de pandemia, es extremadamente complicado, pero, aun así existe dicha posibilidad de ser calificado como accidente de trabajo (esto fue un añadido al art. 5 del RD-Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el RD-Ley 13/2020, de 7 de abril). Por lo señalado anteriormente, y la dificultad de prueba, se conoce que durante la pandemia la mayoría de estas situaciones no han sido calificadas como de accidentes de trabajo.

De forma específica, para el personal que presta sus servicios en centros sanitarios o sociosanitarios, el artículo 9 del Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, califica como accidente de trabajo, a todos los efectos, el contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma en relación con la Seguridad Social para todos ellos, como presunción *iuris et de iure*[24].

2.3.3. Consideración excepcional de situación asimilada accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal durante la pandemia[25]

El art. 5 de RD-Ley 6/2020, de 10 de marzo, establece una situación de incapacidad temporal de carácter excepcional[26] no solo para trabajadores sino también para funcionarios[27]:

a) Aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocado por el virus COVID-19.

Es decir, tanto el aislamiento como el contagio se entienden como situación de incapacidad temporal. Se trataba de un aislamiento sintomático, dictado por el facultativo del Servicio Público de Salud, aunque no se hubiera realizado la correspondiente prueba que efectivamente determinara la certeza del contagio. Y tenía que ser el Servicio Público Salud, no la Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social, porque se trataba en puridad de una enfermedad común y ello aunque la protección sea a cargo de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social.

---

[24] Aquí la cuestión en el futuro será determinar los recargos por faltas de medidas de seguridad porque se ha visto que se ha producido una importante falta de medidas de seguridad y salud (ya que ni siquiera estaban disponibles en el mercado nacional o internacional los equipos de protección individual) tanto en el Servicio Público de Salud como en entidades sanitarias privadas y en centros o residencias de mayores. Aunque no nos consta que haya habido una campaña específica de la ITSS al respecto.

[25] Vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. "La protección por incapacidad temporal, desempleo de los trabajadores por cuenta ajena y cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia durante la pandemia: nuevas formas de protección social", AAVV *Pandemia y Derecho: Una visión multidisciplinar*, Laborum 2020.

[26] Precepto que ha sido modificado en dos ocasiones, con un doble objeto: incrementar las situaciones protegidas y aclarar la extensión de la protección. Este precepto ha sido modificado, por la DA 21 del RD-Ley 11/2020, de 29 de marzo, veinte días más tarde, por la evolución de la situación de la pandemia, aumentando esta protección de incapacidad temporal a los que no pudieran acudir a sus puestos de trabajo por haberse decretado la restricción de movilidad fueran del municipio por parte de la Autoridad competente. Norma que ha sido derogada por la DD Única del RD-Ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, a la vez que su DF 1ª del RD-Ley 13/2020 le daba la redacción de su versión actual (al menos en el momento en que se escriben estas páginas).

[27] Por su parte, de forma paralela a lo establecido en el art. 5 del RD-Ley 6/2020, el art. 11 del RD-Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID19, considera de forma excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo los periodos de aislamiento o contagio del personal encuadrado en los Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos como consecuencia del virus COVID-19, exclusivamente para el subsidio de incapacidad temporal que reconoce el mutualismo administrativo. Los requisitos, duración y fecha del hecho causante son iguales que para los trabajadores incluidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social.
La DA 5ª del RD-L 13/2020 por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario establece reglas para la concesión de licencia y abono de retribuciones de los mutualistas de MUFACE y MUGEJU en situación de incapacidad temporal, distinguiendo si la incapacidad temporal se inició o no con anterioridad al Estado de Alarma. Se refieren sobre todo al procedimiento de gestión de los partes y la concesión de licencias por enfermedad. Pudiendo concederse licencia, aún si obtener los partes de baja acreditativos, pudiendo recabarlos posteriormente cuando puedan ser expedidos por el facultativo correspondiente. Los órganos de personal de las distintas Administraciones tendrán que continuar comunicando a MUFACE, vía aplicación informática usual, la emisión de licencias y los periodos temporales a las que corresponden.

La particularidad va a ser que va a pagarse como si se tratase de una contingencia profesional (75% de la base reguladora diaria desde el día siguiente al de la baja) y no hará falta de período de carencia.

b) La denegación expresa por la autoridad competente de la posibilidad de desplazarse a otro municipio para prestar servicios en actividades no afectadas por el estado de alarma y no pudieran realizar su actividad de forma telemática por causas no imputables a la empresa o al propio trabajador y no tuvieran derecho a percibir otra prestación pública (añadida, también con carácter excepcional, por el RD-Ley 13/2020).

La fecha de efectos de esta prestación, que exige del correspondiente parte de baja, es desde el inicio de la restricción de la salida del municipio donde tengan su domicilio. Será el Ayuntamiento quien tendrá que certificar ante el Servicio de Salud el acuerdo de restricción y la denegación de la posibilidad de desplazamiento. De igual forma, la imposibilidad de realización del trabajo de forma telemática se acreditará mediante una certificación de la empresa o una declaración responsable en el caso de los trabajadores por cuenta propia ante el mismo órgano del servicio público de salud.

La fecha del hecho causante será la fecha en la que se acuerde el aislamiento o enfermedad del trabajador (o fecha en que se decrete la restricción de la salida del municipio, en mi opinión), sin perjuicio, dice la norma, que el parte de baja se expida con posterioridad a dicha fecha.

Es precisamente este precepto el interpretado en la STS 57/2022, que se comenta, a efectos de determinar si ha de abonarse o no una mejora voluntaria de la prestación de incapacidad temporal por contingencia profesional.

3. LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: UNA APROXIMACIÓN

El medio a través del que se materializa la protección de la Seguridad Social son las prestaciones. Tales prestaciones comportan, una atribución patrimonial individualizada y económicamente evaluable -al conceder prestaciones económicas o en especie-, lo que supone que la relación de Seguridad Social es, asimismo, una relación patrimonial.

La concesión de prestaciones "suficientes" a los sujetos integrados en su campo de aplicación ha sido uno de los objetos y fines de los sistemas de Seguridad Social. Dicha "suficiencia" se predica en el artículo 41 de la CE (el artículo 50 para las prestaciones de jubilación las califica de "adecuadas").

El problema reside en que la suficiencia es un concepto jurídico indeterminado, siendo el legislador el que tenga que apreciar dicha situación a través de una formulación positiva, y evidentemente, la situación económica del país será la que determinará en gran medida el contenido de la actuación en favor de la suficiencia[28]. El Tribunal Constitucional en la STC 103/1983 indicó que, al acoger el artículo 41 de la CE "el estado o situación de necesidad como objeto y fundamento de la protección implica una tendencia a garantizar a los ciudadanos un mínimo de rentas, estableciendo una línea por debajo de la cual comienza a actuar la protección" (FJ 4º). No obstante, el Tribunal Constitucional ha establecido que dicho concepto "no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tenerse en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y

[28] Pero lo que, en todo caso, debe quedar claro es que no sería constitucionalmente aceptable que "una vez alcanzadas la universalidad subjetiva y la generalidad objetiva del sistema de Seguridad Social, sus prestaciones fueran tan deficientes o raquíticas que, en la práctica, obligaran a los ciudadanos a pagarse -los que pudieran hacerlo- unos medios de aseguramiento complementario de carácter privado", ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social,* 4ª Ed, Tecnos, Madrid, 1991, p. 50.

sin que quepa olvidar de que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales" (SSTC 134/1987 y 97/1990).

Pues bien, junto a ello, y en la medida en que la Seguridad Social no pueda llevar a cabo correctamente su función de sustitución en el nivel contributivo van a proliferar sistemas paralelos a la Seguridad Social, llamados "Seguridad Social complementaria" que, a veces, van a confundirse con la misma puesto que, en ocasiones, van a ser considerados como verdadera Seguridad Social[29], y que pretenden llenar ese vacío que no se cubre con las prestaciones públicas, intentando conservar el nivel de vida, ya que las instituciones públicas no pueden garantizarlo. Estos sistemas van a nacer de la mano de la iniciativa privada bien a nivel individual, bien a nivel colectivo, esto es, al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes que integran las relaciones laborales.

Así pues, en base al inciso final del artículo 41 de la CE, "las prestaciones complementarias serán libres", la iniciativa privada se va a encargar en la mayoría de los casos de completar las prestaciones de los sistemas de Seguridad Social. Se trata, como se dijo en la STC 208/1988, de una "necesaria separación entre el régimen público de la Seguridad Social y las prestaciones complementarias 'libres' basadas en una lógica contractual privada y, en consecuencia, financiables en principio con fondos privados y a cargo de los asegurados"[30]. No obstante, se observa una estrecha comunicabilidad e interdependencia entre la zona ocupada por los regímenes complementarios voluntarios y la extensión, alcance e intensidad de la acción protectora del sistema básico de Seguridad Social"[31]. En otras palabras: "...el espacio de que dispone la iniciativa privada en materia de pensiones es inversamente proporcional a la extensión e intensidad de la acción protectora"[32]. Y, efectivamente, estas medidas crecen cada día más porque, desgraciadamente, se viene ya observando desde hace varias décadas que se está produciendo un "retroceso" del sistema público de Seguridad Social, bien por la reducción del nivel de sustitución de las prestaciones, o bien por el endurecimiento de los requisitos de acceso a las prestaciones del sistema [33].

---

[29] Como dice GONZALO GONZALEZ, B. "una como otra son partes inseparables de un único entramado institucional destinado al cumplimiento del fin público de la liberación de las necesidades sociales", en "Las funciones de la iniciativa privada...", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 50, 1991, p. 868.

[30] Sobre competencias en materia de planes y fondos de pensiones véase la STC 206/1997, y los comentarios que a la misma hace LÓPEZ CUMBRE, L., en "Pensiones privadas y Seguridad Social: una controvertida relación", en AAVV *Pensiones sociales: problemas y alternativas,* MTAS, Madrid, 1999, (vol II), pp. 219 y sigs.

[31] Así lo indica CASAS BAHAMONDE, M.E. en "Los regímenes públicos de pensiones y su incidencia sobre la empresa", en II Congreso Hispano-Latinoamericano de Seguridad Social, edición multicopiada, Sevilla, 1992, p. 16. También recoge esta idea en "Autonomía colectiva y Seguridad Social", IEF, Madrid 1977, p. 210.

[32] Cfr. SALVADOR PÉREZ, F., en "Las modalidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social", REDT nº 43, 1990, p. 531. En el mismo sentido, ALONSO SAURA, J.L., "Podría formularse, en fin, sin temor a equívoco una regla sociológica en el sentido de que el desarrollo de la Seguridad Social complementaria guarda una relación inversa con el de la Seguridad Social pública; esto significa que en la medida en que aumente el ámbito y extensión de protección de la Seguridad Social pública se reducirá el de la complementaria" en "Las mejoras voluntarias y prestaciones complementarias de la Seguridad Social en los Convenios Colectivos", Documentación Laboral, ACARL, nº 32, 1990 p. 83.

[33] El problema es que, en el momento actual, se está produciendo una reactivación del debate sobre el futuro de los sistemas de Seguridad Social, pero en el fondo lo que está en juego es la propia capacidad del sistema como técnica de protección social, para cumplir sus objetivos. Un debate interesado que, en consecuencia, pone en cuestión este modelo de asignación de recursos lo que "llevaría a un tendencial retorno a la propiedad privada y a la relegitimación del mercado como mecanismos adecuados para la asignación y distribución de recursos [...] Por tanto, los derechos de la ciudadanía social, que por su propia conformación como prestaciones positivas eran considerados como no mercantilizables, son devueltos a la lógica de la maximización de la riqueza y el intercambio: extensión de *la propiedad como principio organizativo del entero sistema y defensa del principio de mercantilización universal*", como indican OLARTE ENCABO, S. y MOLINA NAVARRETE, C., en "La política y el Derecho de la Seguridad Social en el horizonte de 2001: ¿el 'adiós al 'modelo progresivo' o el arte de lo posible?. Reflexiones a propósito de la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social", en RTSS-CEF nº 175, 1997, p. 48. Esa apertura a la iniciativa privada conlleva, como puede observarse en las recientes reformas, la regresión de los sistemas públicos de Seguridad Social entendiendo, equivocadamente a mi juicio, que los mismos han de cubrir los mínimos vitales de existencia y dejando, a los "pudientes" (los que puedan

(...)

Según las tesis dominantes, este tipo de prestaciones se refiere a los diferentes modos a través de los cuales los trabajadores consiguen que la protección correspondiente a la Seguridad Social se acerque a las rentas de actividad a las cuales sustituyen. Son modos voluntarios de protección creados por la iniciativa privada y tutelados en la mayoría de los casos por el propio ordenamiento.

En la negociación colectiva actual, las mejoras directas de prestaciones son las únicas que subsisten y siendo, además, operativas en la mayoría de los convenios colectivos[34] y ello porque la modalidad de establecimiento de tipos de cotización adicional (detallada en los arts. 238 y 239 LGSS), debido a las dificultades que imponen los requisitos necesarios para su utilización, salvo error, nunca se ha utilizado[35].

De conformidad con los arts. 43, 238 y 239 LGSS no parece dudoso establecer que las mejoras voluntarias establecidas en la negociación colectiva se conectan con la acción protectora de la Seguridad Social y, como consecuencia de ello, les serían predicables algunos de los caracteres de las prestaciones del sistema, siendo de efectiva obligación, de tal manera que cuando se tiene derecho a la prestación obligatoria, automáticamente se tiene derecho a la prestación complementaria[36].

El art. 239 LGSS establece, como mejoras voluntarias, las mejoras directas realizadas por las empresas de las prestaciones de la Seguridad Social "costeándolas a su exclusivo cargo". Este es el tipo de mejora el que se analiza en la sentencia que se comenta: la mejora de las prestaciones de incapacidad temporal y, dicho sea de paso, la más común de las mejoras directas. Obtenida la misma por el trabajador para la mejora de una prestación periódica, tal derecho no podrá ser anulado o disminuido si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento. Su carácter "directo" viene dado por la existencia de una conexión estrecha e inmediata entre la protección dispensada en estos sistemas complementarios y la dispensada dentro del marco de la acción protectora de la Seguridad Social.

Son, pues, mejoras directas aquellas prestaciones otorgadas por los empresarios para completar directamente la acción protectora del sistema de Seguridad Social cuando concurran conjuntamente dos elementos:

a) Que se concedan en orden a la protección de contingencias comprendidas en el ámbito del sistema básico de Seguridad Social[37], existiendo una coincidencia en el ámbito objetivo de ambas prestaciones.

económicamente hablando) la mejora de las prestaciones a través de mecanismos basados en el ahorro o seguro privado; siendo precisamente tales sujetos los que más difícilmente se encontrarán en situaciones de necesidad dignas de proteger.

[34] Al suprimir la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de 1972 las mejoras por aumento de las bases de cotización, además de enseñarnos la práctica jurídica que las mejoras por establecimiento de tipos de cotización adicionales han quedado en vía muerta por el desuso, quizá por la dificultad de su implantación.

[35] Como así lo dice ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L."Instituciones...", op. cit., p. 503; También en este sentido VARELA DE LA ESCALERA, S. "...de las mejoras por establecimiento de tipos de cotización adicionales no se tiene conocimiento de que se hubiera dictado resolución judicial alguna, es más, tampoco existe constancia de que, en la práctica y a causa de su complejidad, se hubieren concertado entre empresa y los trabajadores..." en "Las mejoras voluntarias en el sistema de la Seguridad Social", *Documentación Laboral,* ACARL, 1987, p. 360.

[36] La STS de 7 de julio de 2009 (RJ 2009, 4290) pone de relieve la naturaleza de las mejoras voluntarias y su diferencia con las prestaciones de la Seguridad Social, indica que la mejora directa es un "mero complemento voluntario a cargo exclusivo de la empresa y amparado en el Convenio Colectivo que, por más que incida en una prestación de Seguridad Social, no puede merecer la catalogación de tal y si, en cambio, la de una contraprestación empresarial que mejora el verdadero subsidio o prestación previstos legalmente…".

[37] Como dice ALONSO RIESCO, J.L. en "La Seguridad Social complementaria libre en la negociación colectiva en 1984 y tendencias en 1985", *Revista de Seguridad Social* nº 27, 1985, p. 114 "Ello permite afirmar que el ámbito objetivo en que se concretan las mejoras directas es prácticamente coincidente con el del respectivo Régimen de la Seguridad *(...)*

b) Que protejan mediante la concesión de prestaciones estructuralmente conectadas con las establecidas en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social, compartiendo su estructura[38], aunque no necesariamente hayan de compartir su apariencia o su morfología. Es decir, en materia de "prestaciones", parece que la idea básica habrá de ser la conexión estructural entre éstas y las que dispensa el sistema de Seguridad Social, y no tanto de identidad plena con las dispensadas por la Seguridad Social en un determinado momento[39]. No se trata de otorgar prestaciones idénticas en su forma a las del sistema de Seguridad Social, solo se trata de que las prestaciones voluntarias para ser otorgadas sigan el mismo iter en los requisitos y en la estructura que tienen las del sistema de Seguridad Social, y de hecho sean dispensadas para proteger las mismas contingencias y situaciones.

Evidentemente, habrá que estar a la redacción de la norma convencional que crea la mejora voluntaria directa de la prestación de incapacidad temporal para determinar el alcance y la extensión del complemento del que es deudor el empresario por haberse actualizado la contingencia, en este caso de incapacidad temporal.

En los casos, de la consideración de las enfermedades como accidentes de trabajo puede tener al mismo tiempo una importante incidencia en la llamada Seguridad Social complementaria. Y ello porque el concepto de accidente en el ámbito del derecho de seguros es muy distinto al concepto de accidente en el ámbito laboral. Siguiendo la jurisprudencia del TS, respecto de la interpretación de lo que en las pólizas de seguro establecidas mediante convenio colectivo debe considerarse como accidente, han de entenderse como accidentes los que se interpreten como tal en el mundo del trabajo y ello porque:

a) las pólizas de seguros constituidas por las empresas, para dar una protección suplementaria en las contingencias protegidas en el sistema de Seguridad Social, tienen carácter de mejoras voluntarias de carácter complementario de esta última, por lo que siendo en el marco en que se encuadran, el de la Seguridad Social, dentro del espíritu de esta legislación han de ser interpretados;

b) porque el concepto de accidente “como lesión corporal debida a la acción directa de un acontecimiento súbito exterior y ajeno a la voluntad del asegurado” u otros similares, definen el accidente genérico, del que es una especie la enfermedad del trabajo, y por ello la especie ha de ser comprendida dentro del género;

c) porque la naturaleza del contrato de seguros, como contrato de adhesión, obliga en caso de duda a interpretarlo de modo más favorable al asegurado, máxime cuando es el accidente de trabajo el que en el ámbito laboral merece más protección y resultaría absurdo que una mejora voluntaria se interpretara en favor de la contingencia menos protegida del Derecho del Trabajo.

No obstante, debe de apuntarse que sería posible pactar en la póliza particular (o en el convenio colectivo) la definición de accidente a efectos de la mejora voluntaria en el mismo modo que lo hace el orden social de la jurisdicción o de otro distinto modo.

Social, bien que en ocasiones coexisten con otras no previstas en aquél, que, por tanto ya no cabría calificar como de Seguridad Social complementaria".

[38] Prestaciones económicamente valorables; de alcance individualizado; frente a situaciones de necesidad predeterminadas e igualmente de concreción individual.

[39] Por ello compartimos con GALLARDO MOYA, R. que quedarían "fuera aquellas medidas que implican una protección alternativa o sustitutiva, ya sea al ampliar situaciones no protegidas o incluir sujetos excluidos del ámbito de aplicación del sistema de Seguridad Social", en "Las mejoras complementarias del sistema de Seguridad Social en la negociación colectiva", *Relaciones Laborales,* nº 23, diciembre, 1991, p. 10.

4. INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE COVID-19. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA PARA LA INCAPACIDAD TEMPORAL

La pandemia provocada por el coronavirus COVID-19 ha supuesto, desde el punto de vista de la normativa sociolaboral, una prueba de estrés de las instituciones tradicionales, entre las que se encuentra la incapacidad temporal, que han tenido que adaptarse a gran velocidad, a menudo de manera improvisada, a la situación de emergencia para dar respuesta a las necesidades de las personas trabajadoras.

En este punto, la incapacidad temporal ha sido utilizada como una herramienta en manos del legislador de emergencia que ha tenidos dos objetivos principales, uno clásico o puro, y otro con un carácter más de uso por desbordamiento del concepto que guarda relación con la propia naturaleza de la enfermedad y de los medios que se han estimado adecuados para erradicarla.

La función primordial de la protección por incapacidad temporal en la coyuntura de la pandemia ha sido cubrir la carencia de recursos de los trabajadores por la suspensión del contrato de trabajo producido por la causa excepcional que supone la situación de la pandemia. Con ello, además, de un lado, se cubre la enfermedad más o menos temporal o transitoria de la persona trabajadora durante su convalecencia en el caso de ser infectada por el COVID-19[40]. De otro lado, se configura como el método elegido para cubrir la situación de aislamiento ante la sospecha de haber estado en contacto con una persona que estuviera enferma. Este último supuesto sí es más novedoso, ya que, en este caso, los mecanismos de protección de la incapacidad temporal no actúan sobre la persona enferma, sino que el incapacitado temporalmente no necesariamente va a manifestar la enfermedad que le incapacita para el desarrollo de su trabajo, aunque va a estar cubierto por la prestación económica, siendo en este caso la incapacidad temporal un recurso preventivo más para la protección de la salud de las personas trabajadoras.

Esta doble naturaleza de la incapacidad temporal en tiempos de coronavirus tiene su origen, como ya se ha comentado, en el Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública[41]. El Capítulo II de la que tendría el dudoso honor de ser la primera norma de emergencia llevaba por título "Medidas para la protección de la salud pública", y, dentro de él, su artículo quinto, que es el que nos interesa, fue nombrado "Consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los períodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tenga el domicilio o su centro de trabajo las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19".

De una primera exégesis podemos apuntar ya los puntos clave del uso que de la incapacidad temporal se hará de ese momento en adelante. La institución servirá así para cubrir no sólo a la persona trabajadora enferma, sino a todas aquellas que deban aislarse por contactos con positivos.

Esto tiene unas consecuencias en el control y gestión de la incapacidad temporal dignas de mención. En primer lugar, estas nuevas incapacidades temporales por causa del COVID-19 escapan al control de las Mutuas colaboradoras pese a que están asimiladas a accidente de trabajo. Será el Servicio Público de Salud el encargado de la concesión y control de las bajas, puesto que esta asimilación será, tal como dispone el apartado 1 del artículo 5 que estamos desgranando,

[40] Los casos más graves han tenido una, a veces larguísima recuperación, cuando han podido esquivar la muerte por dicha patología.

[41] Para el personal encuadrado en los Regímenes Especiales de los funcionarios públicos la asimilación a efectos de prestación a accidente de trabajo de la incapacidad temporal no llegaría hasta dos días después, con el Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, en su artículo 11.

"exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del Sistema de Seguridad Social".

Esta precisión tiene palpables consecuencias jurídicas, ya que lo que aquí se produce no es una presunción *iuris et de iure* de etiología laboral, que adelantamos aquí será de capital importancia para lo que estudiaremos más adelante.

Es más, como podemos comprobar en el ulterior Real Decreto-ley 13/2020 establece, en su disposición final primera, una presunción *iuris tantum* de naturaleza común del COVID-19, al añadir al apartado 1 del artículo 5 del RD-ley 6/2020 anteriormente comentado "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 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en cuyo caso será calificada como accidente de trabajo".

La disposición adicional vigesimoprimera del 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 certifica el desbordamiento de la institución clásica de la incapacidad temporal como herramienta de respuesta ante la situación de emergencia.

Establece un procedimiento excepcional por el cual el Servicio Público de Salud puede conceder la incapacidad temporal a aquellas personas trabajadoras cuya actividad sea esencial pero que la autoridad competente les prohíba desplazarse y acrediten que no pueden realizar teletrabajo puedan acceder, a través del servicio público de salud, a una incapacidad temporal, aun encontrándose totalmente sanos.

De esta manera, la incapacidad temporal se ha configurado como un elemento clave de la legislación de emergencia, una poderosa herramienta de gestión de las consecuencias que la pandemia de COVID-19 ha supuesto para empresas y personas trabajadoras, tanto por cuenta ajena como autónomas.

5. LA POLÉMICA JUDICIAL EN TORNO A LA INTERPRETACIÓN CONVENCIONAL DE LAS MEJORAS DE INCAPACIDAD TEMPORAL A RAÍZ DEL COVID-19

La sentencia que aquí comentamos supone el último hito de un viaje que se inició a la par que se aprobaba la legislación de emergencia al calor de las actividades jurisdiccionales de las organizaciones sindicales. En torno a la obligación de las empresas de abonar a las personas trabajadoras en los casos de aislamiento o contagio a causa del COVID-19 los complementos de incapacidad temporal recogidos en convenio colectivo se han traducido en el planteamiento de conflictos colectivos que han sido resueltos en primer lugar por tribunales inferiores. De éstas, las más significativas son las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León nº 65/2021, de 10 de marzo, rec. 17/2020; y la sentencia de la Audiencia Nacional nº 106/2021, de 13 de mayo, rec. 406/2020, esta última de la que parte la sentencia recurrida en casación que da lugar al pronunciamiento de la Sala Cuarta.

Esta sentencia de la Audiencia Nacional que hemos mencionado como antesala del pronunciamiento del Tribunal Supremo, girando en torno a si el contenido que los convenios colectivos recogen acerca de las mejoras voluntarias de incapacidad temporal es de aplicación en el caso de aquellas prestaciones que se aprueben por contagio, aislamiento o cierre de localidades por causa del COVID-19, en relación con 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.

La otra sentencia, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León opta por un enfoque distinto, analizando la problemática a la luz de lo que dispone el Código Civil, ya que, conforme a

lo dispuesto en su artículo 4.2 "Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicará a supuestos momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas". En relación con el meritado precepto, dice el tribunal "(…) si la norma excepcional hubiera querido extender a las mejoras voluntarias la asimilación lo hubiera tenido que hacer expresamente, cosa que no hizo, dado al carácter excepcional de la normativa y por tanto el carácter restringido en la interpretación de esta sólo a los supuestos expresamente contemplados en ella".

Así, el Tribunal utiliza hermenéutica del precepto de emergencia para interpretar de manera restringida el alcance de la norma al calor de la "seguridad jurídica" que provee el Código Civil. Abundando en esto, el juzgador asimila el convenio colectivo a un contrato al que se le puede aplicar el 1283 CC: "Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar." Quizá ello suponga un menoscabo del rango de norma que ostenta el convenio colectivo en la legislación laboral, pero lo cierto es que refuerza el hecho de que la norma de emergencia únicamente señala que se asimilará la situación COVID a accidente de trabajo únicamente a efectos de la prestación de incapacidad temporal, por lo que no puede aplicarse la mejora voluntaria al ser la contingencia, a todas luces, de naturaleza común.

En el caso de la sentencia de la Audiencia Nacional, que juzga idéntico asunto, es dable destacar que, junto a este criterio hermenéutico que comparte con el pronunciamiento anterior aparece una interesante visión teleológica de la norma de emergencia.

Para definir esta prestación de incapacidad temporal derivada de COVID-19 como una "prestación pseudo segregada", debido a la naturaleza mixta de esta, común y laboral. Es decir, que pese a ser el origen de la contingencia común, su cálculo y requisitos corresponde al ámbito de protección reservado a las contingencias profesionales. En el presente caso hay además otra cuestión interesante, y es que, al parecer, se negocia un nuevo convenio colectivo que entra en vigor en el 2021, en el cual no se incluye ninguna previsión específica respecto del complemento de incapacidad temporal en los casos anteriormente señalados, lo cual es interpretado de manera restrictiva por parte de la Audiencia Nacional.

En el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia, el Tribunal hace una interpretación del Derecho teniendo en cuenta la realidad social con el argumento teleológico que expone y que anteriormente anunciamos. A este respecto, la Audiencia Nacional señala respecto de la asimilación a accidente de trabajo de las situaciones COVID:

> "Es importante destacar que esta norma solo se aplicará a las bajas que se produzcan a partir de la entrada en vigor del RDL, esto es, el 12 de marzo de 2020 y supone una mejora de la prestación para las personas trabajadoras afectadas y un alivio para las empresas puesto que la Administración se hace cargo de la prestación desde el día siguiente de la baja".

Destaca pues aquí el doble beneficio que supone la presente medida para las partes social y empresarial.

Por tanto, en la opinión de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, las mejoras voluntarias de Seguridad Social establecidas en convenios colectivos respecto a los complementos de incapacidad temporal no se aplican en las bajas COVID, debido a que el precepto de emergencia no hace referencia a ello. Todo ello sin perjuicio de que pueda un convenio colectivo determinar lo contrario.

6. LAS REGLAS PARA LA INTERPRETACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU INCIDENCIA EN LOS COMPLEMENTOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL

El convenio colectivo es un actor esencial en nuestro ordenamiento jurídico-laboral, al configurarse como fuente del Derecho del Trabajo y base de la regulación autónoma del Derecho

colectivo del Trabajo, siendo la expresión máxima del diálogo y la participación social en las relaciones laborales.

Como es conocido, su carácter híbrido al ser una norma pactada entre los agentes sociales ha llevado a los Juzgados y Tribunales, en el campo de la interpretación de estos textos, a acudir tanto a los criterios interpretativos de los contratos como a los criterios de interpretación de la ley.

Así, los artículos 1281 y ss. del Código Civil establecen que los contratos deben interpretarse de acuerdo con el tenor literal de las cláusulas que contienen, la intención evidente o la voluntad palpable de las partes conforme al contexto y a un razonamiento lógico simple y al alcance global que puedan tener las estipulaciones contenidas en el documento. Por su parte, en cuanto norma jurídica, y con atención a los criterios establecidos en el artículo 3.1 del Código Civil, la norma jurídica debe interpretarse conforme al sentido propio de las palabras, a su contexto, a sus antecedentes históricos y legislativos y a la realidad social del tiempo en el que se aplica.

Las reglas para la interpretación de convenios colectivos fijadas en la abundantísima jurisprudencia emanada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo suponen un punto importante para tener en cuenta acerca de la sentencia comentada aquí[42].

La sentencia de 29 de junio de 1999, rec. 10/1999, señala que el objetivo último de la interpretación del convenio colectivo debe ser necesariamente "descubrir la voluntad real de las partes para fijar el alcance y contenido de lo pactado y determinar las obligaciones asumidas por cada una de ellas". Además, cuando se de el caso de que la interpretación literal sea posible por la claridad del texto convencional, debe estarse al sentido literal de las palabras[43].

El Tribunal Supremo fija la naturaleza de los convenios colectivos como la de un contrato con efectos normativos y una norma de origen contractual[44], definiéndola entonces como mixta. Esta naturaleza empuja necesariamente, en opinión de la Sala Cuarta, a interpretar los convenios colectivos en el tenor literal de las cláusulas que contienen, con respeto a lo dispuesto en los artículos 3.1 y 1281 del Código Civil. Cuando esto no sea posible, deberá entonces acudirse a la interpretación sistemática ofrecida por el artículo 1285 CC, que supone la atribución a aquellos preceptos convencionales dudosos el sentido que dimane del conjunto de los demás artículos del convenio colectivo. En el siguiente escalón se hallaría la interpretación de carácter histórico del 1282 CC deducida de los antecedentes fijados en convenios pretéritos y en los actos y pronunciamientos de las partes negociadoras.

En este sentido, la interpretación analógica para la cobertura de lagunas del convenio colectivo se encuentra proscrita por la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desde hace más de veinte años, verbigracia, la sentencia de 9 de abril de 2002, rec. 1234/2001.

Con base a todo ello, interpreta el art. 96 del Convenio Colectivo de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial, que establece la obligación del empresario de abonar o completar hasta el 100% de la base reguladora, la mejora directa de las prestaciones de incapacidad temporal en caso de enfermedad profesional, accidente laboral o ingreso hospitalario, a partir del día siguiente a la baja y durante el tiempo que dure la misma.

Y lo hace en el sentido de que, al ser el art. 5 del RD-ley 6/2020 una norma excepcional para "proteger la salud pública" (independientemente de que haya habido o no un resultado real de contagio o de padecimiento de la enfermedad) que entiende como "situación asimilada a accidente de trabajo", las situaciones de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio, a las que esta norma también "asimila" a situaciones de incapacidad temporal. Como dijimos anteriormente, se desborda el concepto típico de esta prestación con un objetivo específico de evitar la propagación del virus, en definitiva, para reducir los contagios.

[42] STS de 15 de octubre de 2019, Rec. 195/2018; STS 13 octubre 2004, Rec. 185/2003, entre otras.
[43] STS de 3 de febrero de 200, Rec. 2229/1999.
[44] STS 22 de octubre de 2019 (rec. 78/2018, Pleno).

Dicha "asimilación" a accidente de trabajo de estos procesos de incapacidad temporal lo es de forma única y exclusiva para el acceso y contenido de la prestación de incapacidad temporal. Por lo que, al tratarse de una mejora voluntaria, no cabe hacer "una interpretación extensiva del precepto que alcance a supuestos no contemplados específicamente por las partes", por lo que, al no haberse contemplado las situaciones de incapacidad temporal por aislamiento, contagio o restricción de salidas del municipio, "no procede ampliar la mejora voluntaria a dichos supuestos".

Cosa distinta, como ya avanzamos, es que se pruebe (con la dificultad que ello supone) que el contagio de la enfermedad se ha producido como causa exclusiva de la realización del trabajo (enfermedad del trabajo) ex art. 156. 2 e). LGSS, en tal caso, entraría en juego la previsión de dicha norma, pero también del art. 5.1 RD-ley 6/2020 que dispone que en este caso la situación será calificada como accidente de trabajo.

Lo que se comparte plenamente.

7. BIBLIOGRAFÍA

AAVV *Guía de valoración de incapacidad laboral para médicos de atención primaria*, Ministerio de Ciencia e Innovación, Instituto Salud Carlos III, INSS, Madrid, 2010.

AAVV, *Derecho de la Seguridad Social,* (Dir. De la Villa), Tirant lo Blanch.

ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social,* 4ª Ed, Tecnos, Madrid, 1991.

ALMANSA PASTOR, J.M.: "Del riesgo social a la protección de la necesidad"*, Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 6, 1971.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., en sus *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 2001.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Ed. Civitas, Madrid, 1998.

ALONSO RIESCO, J.L. en "La Seguridad Social complementaria libre en la negociación colectiva en 1984 y tendencias en 1985", *Revista de Seguridad Social* nº 27, 1985.

ALONSO SAURA, J.L.: "Las mejoras voluntarias y prestaciones complementarias de la Seguridad Social en los Convenios Colectivos", Documentación Laboral, ACARL, nº 32, 1990.

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. "El control médico de las situaciones de incapacidad temporal para el trabajo", en AAVV*, Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, 2016.

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. "La protección por incapacidad temporal, desempleo de los trabajadores por cuenta ajena y cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia durante la pandemia: nuevas formas de protección social", AAVV *Pandemia y Derecho: Una visión multidisciplinar*, Laborum 2020.

CASAS BAHAMONDE, M.E. en "Los regímenes públicos de pensiones y su incidencia sobre la empresa", en II Congreso Hispano-Latinoamericano de Seguridad Social, edición multicopiada, Sevilla, 1992.

DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, traducción de VIDA SORIA, MTSS, Madrid, 1991.

GALLARDO MOYA, R.: "Las mejoras complementarias del sistema de Seguridad Social en la negociación colectiva", *Relaciones Laborales,* nº 23, diciembre, 1991.

GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., *La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social,* Bomarzo, Albacete, 2005.

GONZALO GONZALEZ, B.: “Las funciones de la iniciativa privada...”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 50, 1991.

LÓPEZ CUMBRE, L., en “Pensiones privadas y Seguridad Social: una controvertida relación”, en AAVV *Pensiones sociales: problemas y alternativas,* MTAS, Madrid, 1999, (vol II).

LÓPEZ INSUA, BM, *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social,* Ed. Comares, Granada, 2014.

LOZANO LARES, F. *Apuntes de Seguridad Social. Inédito.* Facilitados por el propio autor. Campus Virtual de la Universidad de Málaga, 2021.

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., MALDONADO MOLINA, J.A., *Manual de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 2021.

OJEDA GIL, J.A *Valoración de la incapacidad laboral,* Ed. Diaz de Santos, Madrid, 2005.

OLARTE ENCABO, S. y MOLINA NAVARRETE, C., en “La política y el Derecho de la Seguridad Social en el horizonte de 2001: ¿el ‘adiós al ‘modelo progresivo’ o el arte de lo posible?. Reflexiones a propósito de la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social”, en *RTSS-CEF* nº 175, 1997.

SALVADOR PÉREZ, F., en “Las modalidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social”, *REDT* nº 43, 1990.

VARELA DE LA ESCALERA, S: "Las mejoras voluntarias en el sistema de la Seguridad Social", *Documentación Laboral,* ACARL, 1987.

nº 31 (2º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 - ISSNe: 2387-0370

La prestación económica por cuidado de menores afectados por una enfermedad grave en los supuestos de separación o divorcio de los progenitores

Financial assistance for the care of children affected by a serious illness in cases of separation or divorce of the parents

MANUELA DURÁN BERNARDINO *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0003-2711-5644

Cita sugerida: DURÁN BERNARDINO, M. "La prestación económica por cuidado de menores afectados por una enfermedad grave en los supuestos de separación o divorcio de los progenitores". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 31 (2022):* 109-124.

Resumen

El presente artículo analiza el fallo de la STS 3148/2021, de 20 de julio. El debate se centra en determinar si la prestación por cuidado de menor afectado por una enfermedad grave, percibida por la madre divorciada, que tiene concedida la guarda y custodia de su hija afectada por una enfermedad grave se extingue cuando el otro progenitor cesa en su actividad laboral. Es destacable que la exigencia de que los dos progenitores se encuentren afiliados y en situación de alta en algún régimen público de la Seguridad Social, incluso en caso separación o divorcio cuando solo uno de ellos tiene la custodia del menor, es una situación que ha sido utilizada con frecuencia, en especial por las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, tanto para denegar el acceso al subsidio como para extinguir la prestación ya causada. Resulta por ello de interés revisar la jurisprudencia existente al respecto, siendo el objetivo de este artículo analizar esta cuestión prestando especial atención al último pronunciamiento del Tribunal Supremo al respecto.

Palabras clave

prestación económica; cuidado de menores enfermos graves; divorcio; cese de actividad laboral

Abstract

This article analyses the ruling of STS 3148/2021, of 20 July. The debate focuses on whether the care allowance for a seriously ill child received by a divorced mother who has custody of her daughter with a serious illness ceases when the other parent is no longer in employment. It is noteworthy that the requirement for both parents to be affiliated and registered with a public social security scheme, even in the case of separation or divorce when only one of them has custody of the child, is a situation that has been used frequently, especially by the Mutual Companies Collaborating with Social Security, both to deny access to the allowance and to terminate the allowance already paid. It is therefore of interest to review the existing case law on the matter, the aim of this article being to analyse this issue, paying special attention to the latest pronouncement of the Supreme Court on the matter.

Keywords

financial assistance; care of seriously ill children; divorce; termination of employment

1. APROXIMACIÓN GENERAL A LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE. CONFIGURACIÓN JURÍDICA

En España, la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave no se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico hasta el año 2011, de la mano de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, que, a través de sus disposiciones finales 21, 22 y 23 acomodó su regulación al texto de la Ley general de

Fecha Recepción: 13/12/2021 - Fecha Revisión: 3/1/2022 - Fecha Aceptación: 4/1/2022
Pags. 109-124

la Seguridad Social[1], el Estatuto de los Trabajadores y el Estatuto Básico del Empleado Público, respectivamente. Concretamente, modificó el artículo 38.1 c) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, incluyéndose como nueva acción protectora del sistema de la Seguridad Social, el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave[2]. Por lo que aquí interesa, en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, añadió el párrafo tercero al apartado 5 del artículo 37, reconociéndose un nuevo supuesto de reducción de jornada a favor del progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, para el cuidado del menor durante el tiempo que dure el tratamiento continuado de la enfermedad.

En su momento, representó una novedad en la legislación española, dándose respuesta a la necesidad de dar cobertura a una realidad social que hasta el momento se encontraba desatendida[3]. Ante el elevado número de casos de niños y adolescentes (0-18 años) con cáncer y el grado de afectación a la vida del niño y de su entorno familiar, se hacía preciso el reconocimiento a los progenitores del derecho a disponer de una reducción de jornada que contara con la protección de una prestación económica de la Seguridad Social, ya que esta situación provocaba a las familias afectadas importantes problemas a la hora de compaginar las responsabilidades familiares con las laborales, especialmente en situaciones de cáncer o enfermedad grave de un hijo[4]. Con este cambio normativo se contribuía a la plasmación real de la igualdad de trato y oportunidades en el ámbito laboral al promover la conciliación de la vida personal, familiar y laboral[5], favoreciéndose un enfoque de igualdad de género[6]. Téngase en cuenta que, aunque se ha producido un importante avance social, las mujeres siguen asumiendo la mayor parte de las responsabilidades familiares, lo cual se ve reflejado igualmente en esta prestación, siendo las mujeres quienes, con carácter general, suelen solicitar la reducción de jornada para el cuidado de un hijo con una enfermedad grave.

En la actualidad, la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave encuentra su marco regulador en la normativa laboral (artículo 37.6 del Estatuto de los trabajadores) y en la normativa de Seguridad Social (artículos 190, 191 y 192 de la Ley General de la Seguridad Social), quedando su desarrollo reglamentario en manos del RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo en el Sistema de Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. En lo que respecta a la interpretación de la regulación de la prestación para cuidado de menor afectado por una enfermedad grave, debe igualmente prestarse atención a la doctrina jurisprudencial, que ha venido resolviendo los aspectos controvertidos de la misma[7].

[1] Véase, PANIZO ROBLES, J.: "La Seguridad Social al inicio de 2011 (Comentarios a la Ley 39/2010, de presupuestos generales del Estado para 2011 y otras disposiciones legales de reciente promulgación)", *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, núm. 335, 2011, págs. 5-128.

[2] En este sentido, se entiende por acción protectora la forma en que se organizan los mecanismos específicos de cobertura y se definen las necesidades sociales protegidas en el sistema de Seguridad Social. Véase DE LA VILLA GIL, L. y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1971, págs. 308-347.

[3] FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "La prestación económica por cuidado de menores afectado por cáncer u otra enfermedad grave", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social,* núm. 344, 2011, págs. 128-130.

[4] GALVEZ CALLEJÓN, J.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: interconexión ente la acreditación de la necesidad de cuidado directo continuo y permanente y la escolarización del menor como motivo de extinción del subsidio", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 246, 2021.

[5] KAHALE CARRILLO, D. T.: "La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave*", Temas Laborales*, núm. 112, 2011, pág. 366.

[6] MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURIDA, R.: Manual de Seguridad Social, Tecnos, Madrid, 2021, pág. 309.

[7] En este sentido, véase, NOGUEIRA FERREIRO, L.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: una valoración de las primeras decisiones judiciales", en VV.AA. MELLA *(...)*

El artículo 37.6 del Estatuto de los trabajadores en su párrafo tercero reconoce el derecho del progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente, a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años. Se trata de un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, el precepto establece que, si dos o más trabajadores de la misma empresa generan el derecho por el mismo sujeto causante, será el empresario quien podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

En lo que respecta a la normativa sobre Seguridad Social, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, dedica el capítulo X del título II (arts. 190-192) al cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. La situación protegida a efectos de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave es la reducción de jornada de trabajo de al menos un cincuenta por ciento, por parte de los progenitores cuando ambos trabajen para el cuidado directo, continuo y permanente del menor a su cargo afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad (art. 190 TRLGSS). En lo que respecta a los sujetos beneficiarios, se exige para tener acceso a la prestación los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación de maternidad, precisando que si ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cumplen los requisitos para ser beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos (art. 191 TRLGSS).

En base a lo establecido en los artículos que preceden, la importancia de esta medida de conciliación del trabajo desarrollado y del cuidado del menor enfermo, es doble, al reconocerse como un derecho laboral por el Estatuto de los Trabajadores y por la protección económica que el sistema de Seguridad Social le confiere. Así, mientras que la finalidad de la reducción de jornada es la de permitir que los progenitores puedan asumir el cuidado de sus hijos enfermos compaginándolo con el trabajo (motivo por lo que la reducción debe ser significativa en atención a la grave situación del menor, concretamente la mitad de la duración de la jornada de trabajo), la finalidad de la prestación económica es compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al reducir su jornada de trabajo, con la consiguiente disminución de salarios, por la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente del menor a cargo.

En consecuencia, esta prestación permite que los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente a cuyo cargo hay menores que sufren enfermedades graves, puedan, solo cuando ambos trabajen, compatibilizar la atención al menor con la continuidad de su actividad laboral, sin que ello suponga una minoración de sus ingresos ni un perjuicio en su carrera profesional, siempre que cumplan los requisitos genéricos establecidos en el artículo 165 de la Ley general de la Seguridad Social y los específicos contenidos en el reglamento de desarrollo[8].

MÉNDEZ, L. (Coord.), Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado, Delta Publicaciones Universitarias, 2015, págs. 303-318.

[8] POQUET CATALÁ, R.: "Ultimas interpretaciones en torno a la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018, pág. 86.

2. REQUISITOS PARA SER BENEFICIARIO DE LA PRESTACIÓN

Para ser sujeto beneficiario de la prestación económica para cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave se debe cumplir los requisitos genéricos establecidos en el artículo 165 de la Ley general de la Seguridad Social y los específicos contenidos en el artículo 4 del reglamento de desarrollo. Concretamente:

a. Ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras deben acreditar que se encuentran afiliadas y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social o sólo una de ellas, si la otra, debido al ejercicio de su actividad profesional, está incorporada obligatoriamente a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional. Igualmente, se entiende que este requisito se cumple en aquellos supuestos en que la persona progenitora, adoptante o acogedora del menor, que no es beneficiaria de la prestación, tenga suscrito un convenio especial en el sistema de la Seguridad Social por realizar su actividad laboral en un país con el que no exista instrumento internacional de Seguridad Social (art. 4.2 del RD 1148/2011). Cuando los dos progenitores, adoptantes o acogedores tuvieran derecho al subsidio solo podrá reconocerse a una de ellas, con independencia del número de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave que requieran cuidados directos, continuos y permanentes (art. 4.3 del RD 1148/2011). En los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, si ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras tuvieran derecho al subsidio podrá ser reconocido a favor de la determinada de común acuerdo. A falta de acuerdo y de previsión judicial expresa, se atribuirá la condición de persona beneficiaria del subsidio a aquella a quien se conceda la custodia del menor y si ésta fuese compartida a la que lo solicite en primer lugar, siendo igualmente de aplicación en los supuestos de ruptura de una unidad familiar basada en una análoga relación de afectividad a la conyugal (art. 4.4 del RD 1148/2011)[9]. Como puede observarse, no cabe la posibilidad de que el subsidio sea para las dos personas, con independencia del supuesto que se presente. El legislador solo señala, en base al principio de igualdad, que mediante acuerdo entre ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras y la empresa o empresas respectivas, podrá alternarse entre ellas el percibo del subsidio por periodos no inferiores a un mes, en cuyo caso el percibo del subsidio quedará en suspenso cuando se reconozca un nuevo subsidio a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora[10].

En relación con este requisito, el reglamento de desarrollo de la prestación no contempla el supuesto de un progenitor del menor que no cumple el requisito de afiliación y alta en la Seguridad Social y que, además, está divorciado del otro progenitor (si afiliado y en alta en la Seguridad Social), que tiene atribuida la custodia del menor, planteándose la duda de si en dicho supuesto se puede excluir de la unidad familiar al progenitor divorciado. Es un tema abordado por la jurisprudencia de forma reiterada (STSJ de Aragón de 18 de julio de 2012 o STSJ de las Islas Canarias, de 5 de noviembre de 2013)[11], tratándose del debate central de la STS 3148/2021, de 20 de julio, que es analizada en los siguientes epígrafes.

b. Uno de los progenitores debe reducir su jornada laboral como mínimo el cincuenta por ciento de su jornada de trabajo (37.5 ET). El subsidio se reconocerá en proporción al porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo que disfruten las personas trabajadoras. Para su percepción, el porcentaje de reducción de jornada se entenderá referido a una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable de la misma empresa y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar, y se computará sin tener en cuenta otras reducciones de jornada

[9] Véase, FERNÁNDEZ CORDÓN, J. y TOBIO SOLER, C.: "Las familias monoparentales en España", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 83, 1998, pág. 55.

[10] KAHALE CARRILLO, D. T.: "La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave*", Temas Laborales*, núm. 112, 2011, pág. 379.

[11] BLASCO LAHOZ, J.F.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y su interpretación judicial", *Trabajo y Derecho*, núm. 9, 2015, págs. 3 y 4.

que, en su caso, disfruten las personas trabajadoras por razones de guarda legal de menores o de cuidado de familiares, o por cualquier otra causa (art. 4.1 del RD 1148/2011).

c. El menor de 18 años padezca cáncer o enfermedad grave, que queda debidamente acreditada cuando coincide con una de las relacionadas en el anexo del RD 1148/2011, o cuando el facultativo responsable de la atención al menor considera que este precisa de unos cuidados permanentes derivados de una concreta patología[12]. En lo que respecta a las enfermedades relacionadas en el anexo, el listado incluye una gran cantidad de enfermedades graves, concretamente 109, agrupadas en las ramas de oncología, hematología, errores innatos del metabolismo, alergia, inmunología, psiquiatría, neurología, cardiología, aparato respiratorio, aparato digestivo, reumatología, cirugía, nefrología, neonatología, cuidados paliativos, enfermedades infecciosas y endocrinología. Esta lista deja de ser cerrada cuando se permite que un facultativo pueda determinar que el menor precisa de cuidados permanentes. Se rompe así con la seguridad jurídica que suponía el contar con una lista cerrada de enfermedades, pero, al mismo tiempo, se garantiza que no quede fuera de protección enfermedades que, no encontrándose en la lista, requiera el cuidado directo, continuo y permanente del menor, por lo que en la práctica habrá que atender a las circunstancias concurrentes en cada caso y del menor en cuestión[13].

d. A consecuencia de la enfermedad el menor precise un cuidado directo, continuo y permanente durante la hospitalización y/o tratamiento continuado de la enfermedad en el domicilio tras esa hospitalización (art. 2.1 del RD 1148/2011). Este requisito ha venido planteando algunas dudas interpretativas ante la indefinición que gira en torno a estos cuidados, siendo uno de los aspectos más controvertidos de esta prestación establecer la relación entre la enfermedad padecida y la necesidad de recibir unos cuidados especiales.

El legislador ha tratado de darle solución atribuyendo su valoración al facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente responsable de la atención del menor (art. 2.2 RD 1148/2011), sin embargo, la inconcreción del legislador ha provocado que se hayan ido construyendo lógicas bien por parte de las entidades responsables del pago o por organismos jurisdiccionales con la intención de subsanar la laguna normativa existente. De este modo, se consideran cuidados continuados "porque se hacen precisos en todo momento atendida la naturaleza de su dolencia y salud"; permanentes "porque no se encuentran condicionados por una concreta o determinada situación coyuntural, sino que derivan del carácter permanente de su problema de salud" y directos "porque son precisamente los padres (...) quienes deben atender a la evolución de la dolencia y a las complicaciones que puedan surgir"[14].

El Tribunal Supremo también ha tratado de poner los mimbres para matizar la normativa atendiendo esta ausencia de concreción, de cuya doctrina pueda extraerse las siguientes conclusiones[15]: la normativa reguladora de la prestación (arts. 190LGSS y 2 RD 1148/2011) no exige que la necesidad de cuidar de manera, directa, continua y permanente al menor suponga la atención al mismo durante las 24 horas del día (STS de 28 de junio de 2016 (RJ 2016, 3599); la escolarización del menor no implica que durante el tiempo en el que permanece en su domicilio no

[12] Se trata de una modificación introducida por la Orden TMS/103/2019, de 6 de febrero, por la que se modifica el anexo del real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y se aprueba el modelo de declaración médica sobre la necesidad de cuidado continuo del menor. Así, lo determinante es que la enfermedad del menor de lugar a "cuidados permanentes" a juicio del facultativo.

[13] Véase, POQUET CATALÁ, R.: "Ultimas interpretaciones en torno a la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018, págs. 90 y 91.

[14] STSJ de Navarra de 13-03-2015 (JUR 2015, 129021) y STSJ de Navarra de 05-03-2015 (JUR 2015, 128256).

[15] Véase, GALVEZ CALLEJÓN, J.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: interconexión ente la acreditación de la necesidad de cuidado directo continuo y permanente y la escolarización del menor como motivo de extinción del subsidio", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 246, 2021.

tenga que ser objeto de intenso cuidados de manera, directa, continua y permanente", por lo que ésta no puede ser motivo para denegar el derecho a la prestación económica (STS de 28 de junio de 2016 (RJ 2016, 3599)[16]; el hecho de padecer una de las dolencia recogidas en el anexo del Reglamento de desarrollo no da lugar por sí misma al nacimiento del derecho a la prestación, sino que deberán ser valoradas las circunstancias específicas de cada supuesto para discernir si se dan todos los presupuestos para el reconocimiento del derecho, entre ellos, el requisito de que el menor necesite un cuidado directo, continuado y permanente (STS de 5 de febrero de 2018 (RJ 2018, 737). No obstante, debiéndose reconocer la importancia de estas precisiones, hubiera sido deseable que el Alto Tribunal abordara con mayor precisión el foco principal de conflictividad, definiendo qué se entiende por cuidado directo, continuo y permanente.

e. El beneficiario debe acreditar un periodo mínimo de cotización, establecido en el artículo 5 del RD 1148/2011, de 29 de julio, el cual, dependerá de la edad de la persona trabajadora en la fecha en que inicie la reducción de jornada y de si se trata de una jornada de trabajo a tiempo completo o a tiempo parcial.

De estos requisitos, la sentencia objeto de análisis aborda el referido a que ambos trabajadores se encuentren trabajando para poder generar o mantener el derecho, en el supuesto concreto de separación o divorcio cuando uno de los progenitores tiene la custodia del menor afectado por una enfermedad grave.

3. CONTENIDO

La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo (arts. 192 TRLGSS y 6.1 del RD 1148/2011). En lo que respecta a la base reguladora, debe tomarse en cuenta la correspondiente a una jornada de trabajo completa aunque el sujeto beneficiario se encuentre en situación de reducción de jornada por guarda legal de un menor discapacitado, porque, en caso contrario, supondría un perjuicio intolerable que, tras instaurarse un nuevo supuesto de reducción de jornada específico para progenitores, adoptantes y acogedores preadoptivos o permanentes de menores enfermos de cáncer u otras dolencias graves, no se pudiera acoger a ella en su plenitud de derechos, y se tomase como base reguladora la correspondiente a la cotización por la jornada reducida que venía realizando por aquella causa, y no la que le habría correspondido a tiempo completo (STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2014, Rec. 1968/2013)[17].

Si se trata de personas trabajadoras contratadas a tiempo parcial, la base reguladora diaria del subsidio será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la reducción de jornada, entre el número de días naturales de dicho periodo, aplicándose a dicha base reguladora el porcentaje de reducción de jornada que corresponda. De ser menor la antigüedad de la persona trabajadora en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales comprendidos en dicho periodo (art. 6.2 RD 1148/2011).

4. NACIMIENTO, DURACIÓN, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN

El derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave nace a partir del mismo día en que dé comienzo la reducción de jornada correspondiente, siempre que la solicitud se formule en el plazo de tres meses desde la fecha en que se produjo dicha

[16] En el mismo sentido, STSJ de Madrid núm. 96/2021, de 11 de febrero (JUR 2021, 150981).

[17] En este sentido, BLASCO LAHOZ, J.F.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y su interpretación judicial", *Trabajo y Derecho*, núm. 9, 2015, pág. 5.

reducción. Transcurrido dicho plazo, los efectos económicos del subsidio tendrán una retroactividad máxima de tres meses.

En lo que respecta a su duración, el subsidio se reconocerá por un periodo inicial de un mes, prorrogable por periodos de dos meses cuando subsista la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, que se acreditará mediante declaración del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la asistencia médica del menor, y, como máximo, hasta que éste cumpla los 18 años. En aquellos supuestos en los que la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor, según se acredite en la declaración médica emitida al efecto, sea inferior a dos meses, el subsidio se reconocerá por el periodo concreto que conste en el informe (Art. 7.1 RD 1148/2011).

La percepción del subsidio quedará en suspenso en diferentes situaciones (art. 6.2 RD 1148/2011):

- 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 riesgo 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. Se establece así de forma expresa la incompatibilidad entre prestaciones periódicas de la Seguridad Social.
- En el supuesto de alternancia en el percibo del subsidio entre las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras, a que se refiere el artículo 4.5 ET. En este caso el percibo del subsidio quedará en suspenso para la persona progenitora, adoptante o acogedora que lo tuviera reconocido cuando se efectúe el reconocimiento de un nuevo subsidio a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora.

El derecho al subsidio se extinguirá cuando concurran algunas de las siguientes causas (art. 7.3 RD 1148/2011):

- Por la reincorporación plena al trabajo o reanudación total de la actividad laboral de la persona beneficiaria, cesando la reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, cualquiera que sea la causa que determine dicho cese. Igualmente se extinguirá cuando la reducción de la jornada laboral pase a ser inferior al 50% de la misma, aunque sigan siendo precisos los cuidados al menor enfermo, al ser contrario a la exigencia recogida en el artículo 4.1 del RD 1148/2011(STSJ núm. 29 de Madrid de 12 de diciembre de 2012, procedimiento 111/2012).
- Por no existir la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, debido a la mejoría de su estado o a alta médica por curación, según el informe del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la asistencia sanitaria del menor (STSJ del País Vasco de 9 de diciembre de 2014, Rec. 2215/2014).
- Cuando una de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras del menor cese en su actividad laboral, sin perjuicio de que cuando ésta se reanude se pueda reconocer un nuevo subsidio si se acredita por la persona beneficiaria el cumplimiento de los requisitos exigidos y siempre que el menor continúe requiriendo el cuidado directo, continuo y permanente. Es este el requisito que entra en juego en la Sentencia objeto de análisis, cuando se produce el divorcio de los progenitores y el beneficiario del subsidio tiene reconocida la custodia del menor y continúa trabajando, al poderse entender que cuando existe divorcio se

rompe la unidad familiar, como ámbito natural en el que se desenvuelven los deberes y obligaciones respectivos, no debiendo extinguirse el derecho a la prestación por motivo de cese de la actividad laboral del progenitor que no venía ejerciendo el cuidado y atención de la menor.

— Por cumplir el menor 18 años.

— Por fallecimiento del menor.

— Por fallecimiento de la persona beneficiaria de la prestación.

5. ESPECIAL REFERENCIA A LA STS 3148/2021, DE 20 DE JULIO

5.1. Breve síntesis del supuesto de hecho

Como hechos probados consta en la Sentencia que los padres de la menor afectada por una enfermedad grave contrajeron matrimonio en 2004, naciendo un año más tarde su hija afectada de parálisis cerebral a consecuencia del parto con graves secuelas (ceguera cerebral y epilepsia fármaco-resistente). En 2008, se decretó el divorcio del matrimonio por mutuo acuerdo, siéndole concedida a la madre en la sentencia de divorcio la guarda y custodia de la hija. En 2013 se le reconoció a la madre la prestación económica por cuidado de menores con enfermedades graves a razón del 99,90% de una base reguladora de 114,19 euros diarios, pero en 2017 la Mutua Asepeyo le comunicó la extinción de dicha prestación al haber comprobado que el otro progenitor había cesado en su actividad laboral. En esta última fecha la madre se encontraba prestando servicios como informática en un centro comercial con reducción del 50 por ciento de la jornada de trabajo.

Ante la decisión de la Mutua la interesada formuló una reclamación previa que fue desestimada por la mutua, motivo por el cual, presentó a posteriori una demanda ante el juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, que estimó la demanda formulada por la actora mediante Sentencia de 16 de enero de 2018, dejando sin efecto la resolución de la Mutua Asepeyo y condenándola a que abonase a la actora la prestación del subsidio por cuidado de menores afectados por una enfermedad grave.

Contra esta sentencia, la Mutua formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia en fecha de 24 de septiembre de 2018 desestimando el recurso planteado, confirmando la resolución anterior en su integridad.

El Tribunal razona que en el supuesto examinado concurre la circunstancia de que la guarda y custodia de la menor está atribuida a la madre y que desde el momento en que se produce el divorcio se rompe la unidad familiar, como ámbito natural en el que se desenvuelven los deberes y obligaciones respectivos. El padre no tiene estos deberes y responsabilidades, a excepción de la que pueda corresponder a prestaciones económicas o al régimen de visitas que haya podido imponerse en la sentencia de divorcio, de tal modo que es la madre quien -desempeñe o no el padre actividad laboral- se ocupa cotidianamente de la atención de la menor. Por ello, se llega a la conclusión de que se cumplen las condiciones para percibir el subsidio reclamado, cuyo fin es hacer posible la atención del menoscabo del salario producido por la reducción de jornada de aquella.

El Tribunal igualmente precisa que sería posible llegar a una solución distinta en relación a la procedencia del mantenimiento del subsidio si, una vez producida la ruptura de la convivencia de los padres, se hubiera acordado la custodia compartida, es decir, el mantenimiento de relaciones continuadas de estos y su hija, con la consiguiente responsabilidad (compartida) en el ejercicio de su crianza y educación. Sin embargo, en el caso que aquí se analiza, no media acuerdo alguno, ni resolución judicial sobre la guarda y custodia de la hija en régimen compartido, habiéndole sido asignada de forma exclusiva a la madre, motivo por el cual en la sentencia se entiende que deben entenderse por cumplidas las condiciones que deben de reunirse para percibir el subsidio reclamado- cuyo fin es hacer posible la atención que el hijo menor requiere para compensar el menoscabo del salario producido por la reducción de jornada de la demandante-. Es el motivo que justifica la

desestimación del recurso formulado por la Mutua Asepeyo, junto a la ausencia de predisposición del padre para atener a la menor.

Contra esta sentencia la Mutua interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, formalizado mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2018, aduciendo que resuelve una cuestión similar en sentido divergente.

Con la finalidad de determinar si concurre el requisito de la contradicción (art. 219 de la LRJS), que supone que, ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a distintos pronunciamientos, se procede al examen de la Sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 12 de junio de 2018, recurso número 1470/2017. En este caso, el divorcio entre los padres del menor afectado por una enfermedad grave se produjo de común acuerdo en 2010, atribuyéndose su custodia a la demandante, reconociéndose a su favor desde diciembre de 2013 la prestación económica de Seguridad Social para el cuidado de hijo menor afectado por enfermedad grave. El derecho a percibir el subsidio se extingue por resolución de 2015 emitida por la Mutua Ibermutuamur, responsable de la prestación, a consecuencia de que el progenitor divorciado causa baja en el Régimen público de la Seguridad Social.

Como se puede apreciar, tanto en la Sentencia de contraste como en la sentencia que se recurre en el supuesto analizado, existe una coincidencia de hechos. En ambos casos se trata de una madre divorciada que tiene atribuida la guarda y custodia de la hija aquejada de una enfermedad grave y que viene percibiendo la prestación correspondiente, al haber reducido la jornada de trabajo. En ambas sentencias el padre pierde su trabajo y la Mutua cesa en el abono de la prestación al entender que se ha extinguido el derecho al haber perdido el trabajo uno de los progenitores. En ninguna de las sentencias se deja constancia de ningún dato en el que se refleje la imposibilidad del progenitor que ha cesado en el trabajo para atender al cuidado de su hija. Sin embargo, a pesar de las aparentes identidades fácticas concurrentes, las sentencias contractadas han alcanzado resultados contradictorios.

Mientras que la sentencia recurrida entiende que debe mantenerse el percibo de la prestación, la de contraste resuelve que procede la extinción del derecho al considerar que la propia definición de la contingencia protegida por el régimen público de la Seguridad Social (artículos 135 *quater* LGSS y 2.1 del RD 1148/2011), muestra que uno de los elementos básicos que la integran, configurándose como requisito ineludible para su producción, es el de que ambos progenitores trabajen, de forma que la acción protectora de la Seguridad Social no entra en funcionamiento cuando quiebra dicho presupuesto. Como se establece en el Preámbulo del reglamento de desarrollo así como en otros pronunciamientos judiciales (STS de 28 de junio de 2016), se trata de una exigencia que responde a la función del subsidio, que viene a compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, por la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente a los hijos menores a su cargo durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad fuera del centro hospitalario. Además, esta previsión se ve reforzada por lo establecido en el artículo 7.3. b) del Real Decreto 1148/2011, en el que se recoge como causa de extinción de la prestación, el cese en la actividad laboral de una de las personas progenitoras. En consecuencia, en la Sentencia de contraste se entiende que la norma presupone que de no trabajar uno de los progenitores, el mismo dispone del tiempo preciso para cuidar y atender directa y personalmente al menor, siendo innecesario que el progenitor ocupado reduzca su jornada a ese mismo fin. Por lo tanto, se llega a la conclusión de que a tenor de los preceptos reseñados y su finalidad no existe margen para entender que en el caso de separación o divorcio quede abierta la posibilidad de que sólo trabaje uno de ellos, considerando que, si dicha interpretación se realizara, se estaría desbordando el concepto mismo de la situación protegida y la finalidad a la que responde.

En base a estos datos, resulta forzoso concluir, a priori, la concurrencia de las identidades exigidas por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

5.2. Argumentación jurídica. Claves de la posición judicial y conclusiones

La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en la determinación de si la madre divorciada que tiene concedida la guarda y custodia de una hija afectada por una enfermedad grave puede seguir disfrutando la prestación otorgada para su cuidado cuando el otro progenitor cesa en su actividad laboral.

Para sustentar su fallo, el Alto Tribunal se basa en la noción de situación protegida del artículo 2 del RD 1411/2011, y, en coherencia con ella, en la interpretación sistemática, el razonamiento lógico, las referencias expresas a las situaciones de crisis matrimonial recogidas en la normativa aplicable y, en los criterios del interés del menor y de la realidad social.

La normativa aplicable al caso parte del artículo 2 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo en el sistema de la Seguridad Social de la prestación referida, en el que se delimita la situación protegida, estableciendo que «a efectos de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se considerará situación protegida la reducción de la jornada de trabajo que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del artículo 37.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lleven a cabo las personas progenitoras, adoptantes y acogedoras de carácter familiar preadoptivo o permanente, cuando ambas trabajen, para el cuidado del menor a su cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave incluida en el listado que figura en el anexo de este real decreto. El cáncer o enfermedad grave que padezca el menor deberá implicar un ingreso hospitalario de larga duración que requiera su cuidado directo, continuo y permanente, durante la hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad. Se considerará asimismo como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave».

En su artículo 4 se especifica quienes son los sujetos beneficiarios de la prestación, prescribiendo en su apartado 2 que «dentro de cada unidad familiar, ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras deben acreditar que se encuentran afiliadas y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social o sólo una de ellas, si la otra, en razón del ejercicio de su actividad profesional, está incorporada obligatoriamente a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional. El requisito de estar afiliado y en alta se entenderá cumplido en aquellos supuestos en que la persona progenitora, adoptante o acogedora del menor, que no es beneficiaria de la prestación, tenga suscrito un Convenio Especial en el Sistema de la Seguridad Social por realizar su actividad laboral en un país con el que no exista instrumento internacional de Seguridad Social».

En el apartado 4 del mismo precepto legal, se hace referencia a los casos de separación judicial, nulidad o divorcio de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras del menor, pero para resolver que si ambos tuvieran derecho al subsidio podrá ser reconocido a favor de la determinada de común acuerdo y, a falta de acuerdo y de previsión judicial expresa, se atribuirá la condición de persona beneficiaria del subsidio a aquella a quien se conceda la custodia del menor, de forma que si ésta fuese compartida será beneficiario quien lo solicite en primer lugar.

El Alto Tribunal tiene en cuenta igualmente que la norma reglamentaria contiene referencias específicas a la incidencia de las situaciones de crisis matrimonial en la prestación, e incluso el de la custodia del menor, permitiendo que, en caso de mediar acuerdo, la condición de beneficiario la ostente el progenitor no custodio (art. 4.4), por lo que la propia normativa contempla la posibilidad de que uno de los progenitores tenga la guarda y custodia del menor y, sin embargo, pueda ser el otro quien desempeñe la función cuidadora del hijo enfermo.

Además, señala la Sala que, desde la perspectiva de la interpretación sistemática, el art. 7.3 b) del RD 1148/2011 establece como causa de extinción el cese de la actividad laboral de una de las personas progenitoras, sin contemplar ninguna excepción o salvedad.

Es este último requisito el que es realmente debatido en la Sentencia analizada, siendo la pérdida del trabajo por parte del progenitor que no ejerce la patria potestad, lo determinante para decidir si en el supuesto de separación o divorcio la beneficiaria del subsidio, que ejerce la patria potestad de la menor, tiene derecho a seguir percibiendo la prestación económica.

No se aporta ningún dato que ponga de manifiesto la imposibilidad de que el progenitor que pierde su empleo pueda cumplir con su obligación de procurar que la menor reciba la atención médica necesaria, salvo la insistencia de la demandante en su escrito de impugnación al recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que hace constar que el padre de la menor no está en predisposición de atenderla. Tampoco se discute que esté en condiciones de asumir sus deberes de manera efectiva y garantizar que la menor sea asistida de forma adecuada en razón de circunstancias tales como su lugar de residencia u otras diferente.

En base a esta normativa, el Tribunal Supremo se decanta por la sentencia de contraste al considerar acertada su doctrina. Por lo tanto, no comparte la conclusión aceptada por la sentencia recurrida, en base a la cual se considera que en los supuestos de separación o divorcio el derecho a la prestación litigiosa no esté condicionado a que los dos progenitores trabajen.

En la Sentencia examinada se estima así, que, teniendo en cuenta la propia definición de la contingencia protegida (artículos 190 LGSS y 2.1 del RD 1148/2011), uno de los elementos básicos para que la acción protectora de la Seguridad Social entre en funcionamiento, es que ambos progenitores trabajen, configurándose como requisito ineludible para su producción. Además, dicha exigencia responde a la función del subsidio, que viene a compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, por la necesidad de cuidar de manera, directa, continua y permanente a los hijos menores a su cargo durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad fuera del centro hospitalario.

Así, la normativa viene a presuponer que, si uno de los progenitores no trabaja, dispondrá del tiempo preciso para cuidar y atender directa y personalmente al menor, siendo innecesario que el progenitor ocupado reduzca su jornada a ese mismo fin. Estas precisiones genéricas podrían llegar a acomodarse en aquellos supuestos en los que solo exista una persona en condiciones de atender al menor bien por incapacidad, por fallecimiento, por inexistencia de otro progenitor o porque tuviera alguna dificultad o impedimento para el cuidado de la menor, sin embargo, el Tribunal considera que estos supuestos no se dan en este caso concreto. Es esta la base argumental que utiliza la Mutua en su recurso, dejando constancia de que el padre de la menor no está impedido para el cuidado de ésta.

Teniendo en cuenta el tenor de los preceptos reseñados y su finalidad, el Tribunal Supremo llega a la misma conclusión a la que se llegó en la sentencia de contraste, al entender que los mismos no dejan margen para entender que en el caso de separación o divorcio quede abierta la posibilidad de que sólo trabaje uno de ellos, considerando que con dicha interpretación se produciría un desbordamiento del concepto mismo de la situación protegida y la finalidad a la que responde.

Como ya se ha indicado, esta conclusión se ve reforzada con la alusión al artículo 7.3 b) del RD 1148/2011 en el que se establece como causa de extinción de la prestación el cese de la actividad laboral de una de las personas progenitoras, sin incluir excepción alguna, lo que viene a abundar en la idea de que la exigencia de que ambos trabajen constituye un requisito determinante para que se reconozca y mantenga el derecho al subsidio. Igualmente, se ampara la decisión en el artículo 4.4 del reglamento, en el que se regula el orden de prelación en el disfrute de la prestación cuando ambos progenitores tienen derecho a la protección y están divorciados o separados.

Teniendo en cuenta el dato relativo a la custodia del menor, llega a permitir que, si hay acuerdo entre las partes, pueda ser el progenitor no custodio quien ostente la condición de beneficiario.

Por lo tanto, queda contemplada en la normativa la posibilidad de que no sea el progenitor que tenga concedida la guarda y custodia del menor quien desempeñe la función de cuidador del hijo enfermo, de lo que se extrae que en los supuestos de separación o divorcio es requisito ineludible de la prestación, que ambos progenitores trabajen. De esta forma, se llega a la conclusión de que la regulación de la prestación no permite excluir de la unidad familiar al progenitor separado (o divorciado), presuponiendo que el progenitor que no trabaja puede prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad, tenga o no la custodia del menor.

En lo que respecta a la referencia a la "unidad familiar" (art. 4.2 del RD 1148/2011), si bien la Sentencia recurrida entendía que desde el momento en que se produce el divorcio se rompe la unidad familiar, como ámbito natural en el que se desenvuelven los deberes y obligaciones respectivos, el Tribunal Supremo concluye que dicho precepto no puede interpretarse en el sentido de que el requisito que establece resulte inexigible a ambos progenitores en supuestos de separación o divorcio, pues entraría en contradicción con la definición legal de la situación protegida (arts. 190 LGSS y 2.1 del RD 1148/2011, vulnerándose el principio de jerarquía normativa. En toda lógica, se entiende que cuando el reglamento alude a la unidad familiar, está pensando en el supuesto ordinario en que los progenitores forman parte de la misma unidad familiar, sin que ello implique dispensar trato distinto, más favorable, a efectos del requisito controvertido a los progenitores separados o divorciados que han constituido su propia unidad familiar, lo que, por otra parte, consagraría un trato desigual, carente de justificación objetiva, respecto a los que no han roto su convivencia.

Podría pensarse que la solución dada por la sentencia recurrida se basa en el interés prevalente del menor que precisa los cuidados, sin embargo, para terminar su fundamentación se decanta la Sala por estimar que, al considerarse ineludible para percibir el subsidio que ambos progenitores trabajen, se está fomentando la integración del menor con el progenitor no custodio que además dispone de mejores condiciones para prestarle la atención que precisa al no tener que compatibilizar los cuidados con el desarrollo de la actividad laboral, máxime teniendo en cuenta la realidad social actual, en la que cada vez es más frecuente que ambos progenitores, pese a haber roto su convivencia, compartan de manera efectiva el cuidado de los hijos comunes, en especial cuando padecen una enfermedad grave.

Sobre la base de esta argumentación, el Tribunal Supremo considera que aunque la madre tiene otorgada la guarda y custodia de la menor y, habiendo reducido su jornada para el cuidado de su hija enferma, viene percibiendo la prestación por cuidado de menor afectada por enfermedad grave, procede la extinción de la prestación al cesar en su actividad laboral el progenitor de la menor, del que la madre se había divorciado, sin que en la sentencia conste dato alguno que refiera que el padre tiene alguna dificultad o impedimento para el cuidado de la menor. En consecuencia, la Sala decide cesar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, manteniéndose por razones de seguridad jurídica la anterior doctrina al supuesto debatido al no haber aparecido datos nuevos que aconsejen un cambio de jurisprudencia.

Como se puede comprobar, la sentencia en su voto mayoritario estima el recurso formulado por la Mutua reproduciendo los razonamientos de la STS, de 12 de junio de 2018, invocada como sentencia de contraste por entender que contine la buena doctrina.

5.3. Trascendencia de la doctrina asentada

La sentencia comentada presenta un interés e importancia de alto calado al pronunciarse sobre un aspecto muy controvertido de la prestación económicas por cuidado de menores afectados por una enfermedad grave, al plantearse si puede la madre divorciada que tiene asignada en

exclusiva la guarda y custodia de su hija menor afectada por una enfermedad grave, seguir disfrutando de la prestación otorgada cuando el otro progenitor cesa en su actividad laboral. Es destacable que la exigencia de que los dos progenitores se encuentren afiliados y en situación de alta en algún régimen público de la Seguridad Social, incluso en caso separación o divorcio cuando solo uno de ellos tiene la custodia del menor, es una situación que ha sido utilizada con frecuencia, en especial por las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, tanto para denegar el acceso al subsidio como para extinguir la prestación ya causada.

La STS 3148/2021, de 20 de julio, se inscribe en una línea judicial marcada previamente, continuando con la directriz ya fijada de forma clara y precisa por la STS de 12 de junio de 2018 (Rcud. 1470/2017), dándose una coincidencia de hechos con la Sentencia impugnada. En su argumentación, el Tribunal toma como idea de referencia que los artículos 2, 4, apartados 2 y 4 y artículo 7, apartado 3 del RD 1148/2011, de 29 de julio, no dejan margen para entender que en caso de separación o divorcio quede abierta la posibilidad de que solo trabaje uno de ellos, de forma que el requisito de que "ambos progenitores trabajen" es para el Alto Tribunal ineludible.

A favor de su continuidad tenemos, por un lado, el mantenimiento de la doctrina aplicada en un supuesto anterior, no solo por razones de seguridad jurídica sino también porque, a juicio del Tribunal, no constan datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencia y, por otro, que estamos ante un posicionamiento compartido por el voto mayoritario. En contra de la continuidad de la doctrina aplicada, debe destacarse la existencia de un Voto Particular que discrepa de la solución adoptada por el resto de los magistrados presentes respecto a los litigios aquí comentados.

En consecuencia, la consolidación de la doctrina planteada en este pronunciamiento presenta innegables visos de continuidad en futuras decisiones, no sólo por la razonabilidad de los argumentos expuestos, sino por el apoyo que despierta entre la mayoría de los magistrados del Tribunal. Igualmente, es un aspecto a destacar la contundencia y claridad con la que el Tribunal se pronuncia sobre un tema de especial trascendencia como es si en caso de separación o divorcio es un requisito ineludible para acceder a percibir el subsidio o mantenerlo, que ambos progenitores trabajen.

No obstante, debe tenerse presente el Voto Particular formulado por la Magistrada Excma. Sra. Dª Rosa Virolés Piñol, siendo de gran interés al atender a la prevalencia del interés del menor. Considera que pese a la similitud de los hechos en ambas sentencias, no cabe apreciar la contradicción exigida por el artículo 219 LRJS, presupuesto procesal básico e ineludible para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, al no darse la identidad en los hechos, pretensiones y fundamentos. En este sentido, se muestra critica al entender que la sentencia de contrate, a diferencia de la recurrida, no toma en consideración las dolencias de la menor ni sus específicas necesidades, ni la idoneidad del padre, llegándose a desconocer incluso cuál sea la enfermedad que afecta al menor.

En toda lógica, considera que el interés prevalente de la menor debería, en este caso, llevar a cuestionarse las necesidades de esta y la idoneidad del padre para atenderla como hace la sentencia recurrida, máxime cuando la demandante ha insistido en su escrito de impugnación al recurso de casación para la unificación de doctrina que «el padre de la menor no está en predisposición de atenderla», haciendo referencia a las necesidades concretas de la menor, afectada de una parálisis celebrar a consecuencia del parto con consecuencias muy graves que le impide hablar y caminar, grado V (ceguera cerebral y epilepsia fármaco-resistente), tratándose de docencias que producen unas necesidades concretas y específicas en la menor, que es el bien o interés prevalente a proteger. Además, se señala en el voto particular, por su interés, el argumento de la sentencia de instancia que consiste en que, si la actora tiene la guarda y custodia de la menor, resulta irrelevante a tales efectos, que el padre deje de trabajar porque carece de responsabilidades familiares específicas o concretas respecto del cuidado de la menor.

Por lo tanto, si bien se admite la existencia de una coincidencia en gran parte de los elementos fácticos que delimitan el objeto de la pretensión en la Sentencia recurrida y en la de contraste, también destaca la Magistrada que igualmente existen importantes soluciones contradictorias. En definitiva, a juicio de la Magistrada que formula el Voto discrepante, la falta de contradicción entre las sentencias comparadas, debió llevar a inadmitir el recurso, y que en este momento procesal debería ser desestimado.

6. REFLEXIÓN FINAL

La prestación económica para cuidado de un menor afectado por una enfermedad grave tiene por beneficiarios a aquellos progenitores, adoptantes o personas que tengan en acogimiento a un menor afectado por una enfermedad grave, que se vean obligados a reducir su jornada de trabajo para poder cuidar de él. El amparo legal de esta prestación se encuentra en tanto en el Estatuto de los Trabajadores (art. 37.6) en virtud del cual se reconoce el derecho a reducir la jornada laboral, con la disminución proporcional de salario, cuando se tenga que cuidar a un menor a su cargo afectado por una enfermedad grave, como en la Ley General de la Seguridad Social (arts. 190-192) que compensa la pérdida de ingresos que se produce a consecuencia de la reducción de la jornada de trabajo para el cuidado del menor enfermo.

La claridad aparente de la Ley se empaña en la práctica al existir diversos matices y peculiaridades en lo que respecta a las situaciones que pueden provocar la denegación de la prestación. Entre las diversas peculiaridades que presenta, está la exigencia de que ambos progenitores, adoptantes o acogedores del menor afectado se encuentren trabajando, siendo dicha exigencia coherente con su finalidad, que es la de compensar al beneficiario con una renta sustitutiva del salario que deja de percibir por la reducción de la jornada laboral para cuidar al menor.

La cuestión que se ha venido planteando es si la exigencia de dicho requisito para el acceso o mantenimiento de la prestación se mantiene en caso de separación o divorcio de los progenitores, siendo éste el debate central de la STS 3148/2021, de 20 de julio.

Para el Tribunal Supremo el requisito de que "ambos progenitores trabajen" a efectos del mantenimiento de la prestación a aquel que reduce su jornada para atender al cuidado del menor gravemente enfermo es esencial e ineludible, incluso en caso de separación o divorcio de los progenitores, de forma que el cese en la actividad laboral es la causa de extinción de la prestación. Sobre este aspecto la Sala presupone que el progenitor que no trabaja puede prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad, tenga o no la custodia del menor, al disponer del tiempo que precisa los cuidados de la menor, considerando a estos efectos innecesario que el otro progenitor reduzca su jornada laboral para asumir dichos cuidados.

Es igualmente determinante para la Sala el hecho de que no concurra ningún tipo de impedimento en el padre para cuidar de la menor, aunque admite que pueden existir supuestos diferentes al que en la Sentencia se analiza en el que si exista una persona sola en condiciones de atender al menor (por incapacidad, fallecimiento o inexistencia de otra progenitora), en cuyo caso sería necesario acomodar las previsiones normativas a dicha imposibilidad, como ya se ha producido en otras soluciones judiciales (STSJ de Andalucía, de 11 de diciembre de 2014 (Rec. 1362/2014). Sobre la base de esta argumentación, el Tribunal Supremo considera que aunque la madre tiene otorgada la guarda y custodia de la menor procede la extinción de la prestación al cesar en su actividad laboral el otro progenitor de la menor, del que la madre se había divorciado. En consecuencia, la Sala cesa y anula la sentencia recurrida y estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, manteniéndose la doctrina de la sentencia de contraste, al considerar que no han aparecido datos nuevos que aconsejen un cambio de jurisprudencia.

Por el contrario, el voto particular formulado por la Magistrada Excma. Sra. Dª Rosa Virolés Piñol, se posiciona acertadamente en contra de la extinción de la prestación económico al considerar

que no cabe apreciar la contradicción exigida por el artículo 219 LRJS entre la sentencia de contraste y la sentencia recurrida, utilizando un razonamiento que atiende especialmente a la prevalencia del interés del menor. Concretamente, critica que la sentencia de contraste a diferencia de la recurrida, no tome en consideración las dolencias de la menor y sus específicas necesidades, resaltando que el interés prevalente de la menor debería, en este caso, llevar a cuestionarse las necesidades de esta y la idoneidad del padre para atenderla como hace la sentencia recurrida, especialmente cuando la demandante dejó constancia en su escrito de impugnación al recurso de casación para la unificación de doctrina, la falta de predisposición del padre de la menor para atenderla.

En base a este pronunciamiento y a los que anteceden sobre hechos similares parece oportuna la revisión del requisito de trabajo de los dos progenitores con carácter general. Desde el punto de vista de quienes no tienen trabajo, podría resultar una medida discriminatoria pues, aunque este hecho le permita disponer de más tiempo para el cuidado del menor enfermo, no obtiene ayuda a cambio y además no dispondrá del tiempo necesario para buscar activamente un nuevo empleo. En este sentido, puede llegarse a pensar que es una prestación diseñada jurídicamente para aquellos que tienen una situación más favorable al disponer de empleo frente a quienes no lo tienen, siendo una cuestión especialmente delicada en tiempos de crisis de empleo como el actual[18].

Asimismo, la Ley debería facilitar la continuidad de los cuidados por la persona que los venía ejerciendo, de forma que, si es la madre quien tiene la guarda y custodia completa de la menor enferma, habiendo reducido su jornada laboral para su cuidado, no se vean interrumpidos con el cambio del cuidador que se produce de forma forzada cuando, como sucede en este caso, el padre cesa en su empleo. Aunque se trate del otro progenitor, la delicada situación de la menor derivada de una enfermedad grave y el interés de la misma en aras a los cuidados que precise pueden resultar alterados a consecuencia de la alteración en sus cuidados, lo que en su conjunto puede justificar la conveniencia de revisar el destino de la prestación en este sentido.

7. BIBLIOGRAFÍA

BLASCO LAHOZ, J.F.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y su interpretación judicial", *Trabajo y Derecho*, núm. 9, 2015.

DE LA VILLA GIL, L. y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1971.

FERNÁNDEZ CORDÓN, J. y TOBIO SOLER, C.: "Las familias monoparentales en España", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 83, 1998.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "La prestación económica por cuidado de menores afectado por cáncer u otra enfermedad grave", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social,* núm. 344, 2011.

GALVEZ CALLEJÓN, J.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: interconexión ente la acreditación de la necesidad de cuidado directo continuo y permanente y la escolarización del menor como motivo de extinción del subsidio", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 246, 2021.

KAHALE CARRILLO, D. T.: "La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave*", Temas Laborales*, núm. 112, 2011.

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURIDA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2021.

[18] En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "La prestación económica por cuidado de menores afectado por cáncer u otra enfermedad grave", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social,* núm. 344, 2011, págs. 139 y 140.

NOGUEIRA FERREIRO, L.: "La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: una valoración de las primeras decisiones judiciales, en VV.AA. MELLA MÉNDEZ, L. (Coord.), *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones Universitarias, 2015.

PANIZO ROBLES, J.: "La Seguridad Social al inicio de 2011 (Comentarios a la Ley 39/2010, de presupuestos generales del Estado para 2011 y otras disposiciones legales de reciente promulgación)", *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, núm. 335, 2011.

POQUET CATALÁ, R.: "Ultimas interpretaciones en torno a la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018.

El Ingreso Mínimo Vital ante el Tribunal Constitucional: El problema de la delimitación competencial (A propósito de la Sentencia núm. 158/2021, de 16 de septiembre)

Universal Basic Income before the Constitutional Court: The Problem of Jurisdictional Delimitation (Regarding Ruling No. 158/2021, of 16 September)

ÁNGELA MARTÍN-POZUELO LÓPEZ *Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universitat de València*
https://orcid.org/0000-0001-5518-5688

Cita sugerida: MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Á. "El Ingreso Mínimo Vital ante el Tribunal Constitucional: El problema de la delimitación competencial (A propósito de la Sentencia núm. 158/2021, de 16 de septiembre)". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 31 (2022):* 125-143.

Resumen

La aprobación del IMV a nivel estatal ha generado gran expectación social y, al mismo tiempo, enorme revuelo político. Esta nueva normativa ha suscitado diversas controversias jurídicas en torno a la distribución competencial Estado-Comunidades Autónomas. La primera de ellas ha sido promovida por la Generalitat de Cataluña, en relación con las prácticamente nulas competencias autonómicas en materia de gestión al amparo de la nueva regulación estatal. La resolución de esta disputa la ha ofrecido la STC 158/2021, de 16 de septiembre, si bien de forma cuestionable. No obstante, este ha sido únicamente el primer obstáculo constitucional en la carrera iniciada por el IMV. La segunda de estas controversias está todavía pendiente de resolución ante el TC, esta vez, respecto al traspaso de competencias íntegras a los territorios forales.

Palabras clave

Ingreso Mínimo Vital; reparto de competencias; Comunidades Autónomas; Seguridad Social; Asistencia Social; Tribunal Constitucional

Abstract

The approval of the IMV at the state level has generated great social expectation and, at the same time, enormous political upheaval. This new regulation has given rise to various legal disputes regarding the distribution of powers between the State and the Autonomous Communities. The first of these has been promoted by the Generalitat of Catalonia in relation to the practically null autonomous competences in management matters under the new state regulation. The resolution of this dispute has been offered by SCC 158/2021, of 16 September, although in a questionable way. However, this was only the first constitutional hurdle in the race initiated by the MVI. The second of these controversies is still pending before the CC, this time with respect to the transfer of full competences to the autonomous territories.

Keywords

Universal Basic Income; distribution of competences; Autonomous Communities; Social Security; Social Assistance; Constitutional Court

1. INTRODUCCIÓN

Tras los primeros meses de la pandemia mundial provocada por la COVID-19, y ante la dramática situación económica y social de muchos residentes en nuestro país, se aprobó el *Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital* (en adelante, RDL 20/2020)[1]. Este acontecimiento fue todo un hito en España, pues, por primera vez desde los

[1] BOE núm. 54, de 1 de junio de 2020, convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados (Resolución de 10 de junio de 2020.)

Fecha Recepción: 15/5/2022 - Fecha Revisión: 20/5/2022 - Fecha Aceptación: 24/5/2022
Pags. 125-143

años 90, se procedió a incorporar una nueva prestación dentro del nivel no contributivo del sistema de Seguridad Social[2].

La regulación de esta nueva prestación, pese a su corta edad, ha sido objeto de multitud de modificaciones de relevancia mediante diversos Reales Decretos-ley (núm. 25/2020, de 3 de julio; núm. 28/2020, de 22 de septiembre; núm. 30/2020, de 29 de septiembre; núm. 35/2020, de 22 de diciembre; y núm. 3/2021, de 2 de febrero). Ello pone de manifiesto las múltiples carencias de la regulación inicial, realizada de manera apresurada, probablemente, dada la situación excepcional provocada por la crisis sanitaria. Finalmente, esta norma se tramitó como Proyecto de Ley (presentado en fecha 10/06/2020, y al que se presentaron multitud de enmiendas por todos los grupos políticos, abarcando casi la totalidad del texto[3]), culminando con la aprobación de la *Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital*, en vigor desde el uno de enero de 2022[4].

A pesar de la novedad del IMV a nivel estatal, lo cierto es que la dinámica de esta prestación no era desconocida en España. En nuestro país, desde la inclusión de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social y hasta la aparición del IMV, había coexistido una asistencia social estatal, subsidiaria de las prestaciones económicas contributivas, y una asistencia social autonómica, constituida por las rentas mínimas otorgadas por las distintas Comunidades Autónomas. El IMV estatal se asemeja en gran parte a estas rentas mínimas autonómicas, presentes en todas las Comunidades Autónomas al tiempo de la aprobación del IMV, si bien con diferentes denominaciones y regímenes jurídicos, lo que suponía importantes diferencias dentro del territorio nacional[5].

Sin menospreciar las bondades de esta nueva prestación, su aparición ha generado una avalancha de cuestiones jurídicas, algunas, resueltas tras su puesta en funcionamiento; y otras, en cambio, todavía pendientes de resolución. Una de las cuestiones que ha generado más debate doctrinal ha sido, sin duda, la compleja relación del IMV con otras prestaciones no contributivas. Este problema no pasó desapercibido para el Gobierno. Así, en la propia Exposición de Motivos del RDL 20/2020, se reconocía expresamente que "con el objetivo de evitar duplicidades de cara al ciudadano y en aras de una mayor efectividad de la política, la puesta en marcha del ingreso mínimo vital exigirá también una progresiva reordenación del conjunto de ayudas estatales cuyos objetivos se solapan con los de esta nueva política. Este proceso de reajuste se iniciará con la eliminación de la actual prestación de la Seguridad Social por hijo o menor acogido a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33 por ciento. La progresiva reorganización de las prestaciones no contributivas que deberá abordarse en los próximos años permitirá una focalización en colectivos particularmente vulnerables que contribuya a una mayor redistribución de la renta y la riqueza en nuestro país". Por tanto, la aprobación del IMV ha dado comienzo a un complejo proceso de

[2] GALA DURÁN, C., "El nuevo ingreso mínimo vital estatal: régimen jurídico y retos pendientes", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 1, octubre 2020, pp. 111-155 (112).

[3] Pueden consultarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 25-2, de 18 de junio de 2021.

[4] No obstante, esta Ley también ha sido objeto de modificaciones, por un lado, mediante el *Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania* (modifica los artículos 17 y 36 y la Disposición Adicional undécima de la Ley 19/2021), y, por otro lado, mediante *Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022* (modifica la Disposición Adicional Quinta de la Ley 19/2021).

[5] Ejemplo de ello es la diferencia de cuantías, que oscilaba, en el año 2020, entre los 300 euros (Ceuta) y los 693'73 euros (País Vasco) -cifras que, en atención a determinadas circunstancias, fundamentalmente, al número de miembros de la unidad familiar, podían ser superiores-.

reorganización de las prestaciones no contributivas estatales que, presumiblemente, tardará años en finalizar[6].

Otra de las cuestiones que ha despertado gran interés, desde un punto de vista jurídico, pero también político, ha sido el régimen competencial en esta materia, que será el objeto del presente artículo. Fruto de este interés encontramos la Sentencia núm. 158/2021 del Tribunal Constitucional, de 16 de septiembre de 2021 (Rec. 1140/2021), dictada por el Pleno, como respuesta al recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de Cataluña contra determinados preceptos del RDL 20/2020. En la misma línea competencial, el Tribunal Constitucional deberá resolver próximamente sendos recursos de inconstitucionalidad presentados por el Partido Popular y Vox en relación a la atribución de competencias sobre el IMV al País Vasco y Navarra.

2. BREVE REFERENCIA AL PROCESO DE "ASISTENCIALIZACIÓN" DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En un primer momento, la línea divisoria entre Seguridad Social y Asistencia Social estaba claramente establecida. De este modo, por una parte, las prestaciones de Seguridad Social se concedían tras justificar una situación *"objetiva"* de necesidad y estar en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social y afiliado al mismo. Por ello, estas prestaciones eran fundamentalmente sustitutorias de rentas no percibidas por causa de una contingencia sobrevenida, financiándose con las cuotas que abonaban los propios beneficiarios (naturaleza contributiva). En estos casos, el beneficiario tenía un derecho subjetivo a las prestaciones de Seguridad Social cuando se demostrase la situación objetiva de necesidad y cumpliese los requisitos de cotización previa legalmente exigidos.

Por otra parte, en cambio, las prestaciones de Asistencia Social exigían, además de la justificación *"objetiva"* de la situación de necesidad, la prueba de la necesidad *"subjetiva",* es decir, la carencia de recursos económicos para cubrir tal situación de necesidad. Por tanto, las prestaciones asistenciales poseían una clara finalidad *"compensatoria"* de necesidades, estando financiadas con impuestos generales (naturaleza no contributiva). En estos otros casos, las prestaciones de Asistencia Social eran discrecionales en su concesión al depender de la existencia de presupuesto suficiente, sin que existiese, por ende, un verdadero derecho subjetivo a ellas. Por último, estas prestaciones asistenciales solo se concedían a falta de prestaciones contributivas de Seguridad Social o por su insuficiencia[7].

Sin embargo, la evolución de la Seguridad Social y de la Asistencia Social han ido oscureciendo esta línea divisoria. Así, por un lado, ha aparecido la denominada Seguridad Social asistencial, financiada con ayuda de los presupuestos generales del Estado, e incluyendo dentro del sistema de Seguridad Social prestaciones cuya concesión exige la *"prueba de la necesidad subjetiva"*. Por otro lado, las prestaciones asistenciales han ido evolucionando hasta convertirse en verdaderos y propios derechos subjetivos[8].

En definitiva, de las características diferenciadoras primigenias, parece que, ahora, solo permanece como distintivo de las prestaciones de asistencia social su carácter subsidiario o complementario frente a la Seguridad Social. Sin embargo, esta configuración, unida a los avances

[6] SALA FRANCO, T. y MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., *El Ingreso Mínimo Vital. El sistema español de rentas mínimas,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 146.

[7] *Ibíd*., pp. 11-12.

[8] Es el caso de las rentas mínimas autonómicas, la mayoría de las cuales no se configuraban como prestaciones discrecionales dependientes de la disponibilidad presupuestaria, sino que constituían verdaderos derechos subjetivos a los que se tenía derecho si se cumplían los requisitos exigidos en la normativa de aplicación.

en la "asistencialización" de la Seguridad Social han supuesto una reducción considerable del papel de la Asistencia Social, como ya aventuró importante doctrina científica hace algunos años[9].

España no ha sido, ni mucho menos, una excepción en este proceso evolutivo[10]. Sin ir más lejos, el artículo 41 de nuestra Constitución Española (en adelante, "CE"), precepto básico en materia de Seguridad Social, sentó las bases de este proceso al señalar que *"los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".* De esta manera, este precepto constitucional remarca el carácter asistencial de la Seguridad Social española, abierta a todos los ciudadanos ante una situación de necesidad, configurándose como un servicio público[11].

No obstante lo anterior, la verdadera consumación del proceso de transformación de la Seguridad Social en asistencial tuvo lugar con la inclusión de las prestaciones no contributivas en el ámbito de la Seguridad Social (actualmente recogidas en el Título VI de la LGSS). El último paso en la historia española de la Seguridad Social no contributiva ha sido la aprobación del IMV.

En este sentido, el *Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social* (en lo sucesivo, LGSS), incluye de manera expresa dentro de su articulado las prestaciones asistenciales, complementarias a la acción protectora del Sistema de Seguridad Social (art. 42.2 de la LGSS). Esta asistencia social podrá dispensarse a quienes la necesiten *"*en atención a estados y situaciones de necesidad*"* y *"*previa demostración, salvo en casos de urgencia, de que el interesado carece de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones*"* (art. 64 de la LGSS).

3. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

La evolución acontecida en el ámbito de la Seguridad Social y de la Asistencia Social ha tenido su impacto en el modelo constitucional de distribución de competencias en esta esfera, complicando aún más su determinación.

Resumidamente, y centrándonos en lo que a este artículo interesa, los artículos 148, 149 y 150 de la CE contienen los elementos clave de este sistema de reparto.

En primer lugar, el artículo 149.1 de la CE incluye un listado de materias en las que el Estado tiene competencia exclusiva. Dentro de este listado se encuentra "17.ª Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas".

En segundo lugar, el artículo 148.1 de la CE incluye otro listado de materias que las Comunidades Autónomas "podrán asumir". Dentro de este catálogo de posibles competencias asumibles autonómicamente, se encuentra expresamente la asistencia social (apartado 20.ª). Además, las Comunidades Autónomas también podrán asumir aquellas materias que no estén

[9] RODRÍGUEZ PIÑERO, M., "Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social", *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1988, p. 13. No obstante, ello no supone el vaciamiento del contenido de la Asistencia Social dado que no todas las prestaciones asistenciales son propias de la técnica de la Seguridad Social (pueden ir unidas a los servicios sociales, ayudas de urgencia, marginación social, etc.) e, incluso, esta podría configurarse como una segunda línea de acción frente a posibles escape del sistema general de la Seguridad Social. Sobre esta matización, *vid*. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Concepto y ámbito subjetivo", en VV.AA.: *Ingreso Mínimo Vital*, SEMPERE NAVARRO, A.V., y GARCÍA GIL, M.B. (Dirs.), Aranzadi, 2021, pp. 19-60 (27) y doctrina que ahí se cita.

[10] Sobre esta "asistencialización" de la Seguridad Social española, más ampliamente, por todos, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, Consejo Económico y Social (CES), Madrid, 2002; y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Asistencia social y Seguridad Social: relaciones en un contexto económico adverso", Diario La Ley, núm. 7799, de 16 de febrero de 2012, versión electrónica, pp. 7-9/21, y doctrina ahí citada.

[11] SALA FRANCO, T. y MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., *El Ingreso Mínimo Vital*…, *op. cit*., pp. 14-15.

atribuidas expresamente al Estado por la norma suprema (art. 149.3 de la CE)[12]. Por tanto, y como es bien sabido, la Constitución no impone competencias concretas a las Comunidades Autónomas, pues estas asumirán las que consideren oportunas en sus Estatutos de Autonomía, de entre todas aquellas que sean potencialmente asumibles según el régimen constitucional.

Como norma de cierre de este sistema de distribución competencial, el artículo 149.3 de la CE señala la competencia del Estado sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía, "cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas".

Adicionalmente, las autonomías también podrán asumir competencias adicionales que correspondan al Estado en virtud de leyes marco[13] o de leyes de delegación[14], en atención a lo señalado en los apartados 1 y 2, respectivamente, del artículo 150 de la CE.

En cualquier caso, el ejercicio de estas competencias autonómicas está sometido a una serie de principios generales recogidos en la propia Constitución que, en cierto modo, vienen a limitar su discrecionalidad. Entre estos principios pueden citarse el de solidaridad (arts. 2 y 138.1), el principio de prohibición de privilegios (art. 138.2), el principio de igualdad (arts. 9.2, 14, 139.1 y 149.1), o el principio de prevalencia del interés general (art. 150.3).

3.1. La complicada distinción entre Seguridad Social y Asistencia Social

Como puede deducirse de lo expuesto hasta el momento, uno de los principales problemas a la hora de determinar la competencia estatal o autonómica en este ámbito es el complejo deslinde de la Seguridad Social (competencia estatal) y la Asistencia Social (competencia autonómica)[15]. Sobre todo, por la ausencia de definición constitucional clara de qué debe entenderse por uno u otro concepto. Debido a esta complejidad, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre este reparto competencial.

En este sentido, el TC reconoció la existencia de dos tipos de asistencia social, una "interna", incluida dentro del sistema de Seguridad Social y de competencia estatal por la vía del art. 149.1.17.ª de la CE; y otra "externa" a este sistema, de competencia autonómica (por todas, SSTC núm. 76/1986, de 9 de junio[16], y núm. 146/1986, de 25 de noviembre)[17]. Esta distinción fue utilizada

[12] Por lo tanto, existen dos fórmulas alternativas para el reconocimiento de competencias autonómicas, una directa (art. 148 CE) y otra indirecta (art. 149 CE). *Vid*., por todos, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., y VILA TIERNO, F.: "Las competencias autonómicas en materia de protección social", *Temas Laborales*, núm. 160, 2021, pp. 245-273 (250).

[13] Las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los Tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas.

[14] El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado.

[15] Sobre la aparición de esta dificultad como consecuencia de la evolución de la Seguridad Social, *vid*. por todos, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Asistencia social y Seguridad Social…", ob. cit., pp. 5-7/21; y ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., y VILA TIERNO, F.: "Las competencias autonómicas en materia de protección social", *op. cit.* (249), y doctrina ahí citada.

[16] Así, en atención a esta sentencia, se abrió la puerta a considerar que la asistencia social integrada en la Seguridad Social no es Asistencia Social a los efectos del art. 148.1.20.ª de la CE (STC núm. 76/1986, de 25 de noviembre, que define la Asistencia Social como una "técnica de protección social fuera de la Seguridad Social"). Sobre ello, *vid*. CAVAS MARTÍNEZ, F. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., "La distribución de competencias entre el estado y las comunidades autónomas en materia de trabajo, empleo y protección social: una sinopsis", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, número 23, 2005. pp. 103-128 (120-121).

por el Tribunal como argumento para justificar la posible competencia estatal en el ámbito asistencial pese a la competencia exclusiva conferida constitucionalmente a las Comunidades Autónomas en este ámbito[18]. Concretamente, en la sentencia núm. 146/1986, el Tribunal Constitucional interpretó el citado art. 148.1.20 de la CE sobre la Asistencia Social señalando que, *"*aun siendo exclusiva la competencia de las Comunidades Autónomas al respecto, pueden existir supuestos especiales o particulares que requieran un planteamiento global del ámbito estatal, a través de intervenciones de Asistencia Social de alcance supraautonómico… *(y el Estado, en tales casos)* …puede intervenir al respecto*"*.

En esta línea, cabe destacar especialmente, por el objeto de este artículo, que este mismo Tribunal avaló la competencia estatal respecto de "medidas prestacionales tendentes a asegurar un "mínimo vital" para los ciudadanos que garantice la uniformidad de las condiciones de vida", por entender que estas se encuentran comprendidas "en las condiciones básicas de la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, que el Art. 149.1.1 de la CE atribuye al Estado como competencia exclusiva", en conexión con el art. 50 de la CE (STC 13/1992, de 6 de febrero). En definitiva, el Tribunal Constitucional ha reconocido la competencia del Estado "para establecer normativamente los principios básicos que garanticen la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales de los españoles, […] asegurando, con carácter general, una pensión asistencial mínima e idéntica para todos, lo que se justifica, además, por las propias limitaciones económicas que harían inviable, desde la consideración misma del principio de solidaridad, una configuración diversificada de las condiciones de edad de los beneficiarios y de la cuantía de tales pensiones asistenciales en el territorio nacional". Sin embargo, la ejecución y gestión de los fondos presupuestarios destinados a estas ayudas deberán hacerse respetando las competencias autonómicas, "mediante una distribución de tales fondos del Estado entre todas las Comunidades Autónomas conforme a módulos o criterios objetivos de reparto o bien mediante Acuerdos o a Convenios singulares ajustados a la Constitución".

En este pronunciamiento se llega a señalar la posible competencia estatal, incluso, respecto de una gestión centralizada de las ayudas, pero solo cuando ello "resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector", siendo necesario, además, que su procedencia aparezca razonablemente justificada o se deduzca sin esfuerzo "de la naturaleza y contenido de la medida de fomento de que se trate". En otras palabras, este traslado de la titularidad de la competencia de gestión al Estado solo podría ocurrir "cuando, además del alcance territorial superior al de una Comunidad Autónoma del objeto de la competencia, la actividad pública que sobre él se ejerza no sea susceptible de fraccionamiento y, aun en este caso, cuando dicha actuación no pueda llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación o coordinación, sino que requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un solo titular, que forzosamente deba ser el Estado, o cuando sea necesario recurrir a un ente con capacidad de integrar intereses contrapuestos de varias Comunidades Autónomas" (SSTC 243/1994; 242/1999; 190/2000; y 163/2013). Por lo tanto, el carácter supraautonómico de las ayudas "no justifica la competencia estatal, ya que la persecución del interés general se ha de materializar a través de, no a pesar de, los sistemas de reparto de competencias articulados en la Constitución" (entre otras, SSTC núm. 146/1986, de 25 de noviembre; 77/2004, de 29 de abril; y 113/2013, de 9 de mayo).

[17] Por todos, *vid*. MONEREO PÉREZ, J.L. "Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales", Temas Laborales, Vol. I, núm. 100, 2009, pp. 295-328 (296) y doctrina ahí citada.

[18] Por todos, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., y VILA TIERNO, F.: "Las competencias autonómicas en materia de protección social", *op. cit.* (252).

3.2. La precisión de los conceptos clave realizada por el Tribunal Constitucional

Un segundo problema a la hora de determinar la competencia estatal o autonómica en materia de protección social deriva del propio reparto realizado por la Constitución, pues determina la competencia estatal respecto de la "legislación básica" y el "régimen económico" de la Seguridad Social, dejando la ejecución de sus servicios a la competencia autonómica. Estos conceptos jurídicos indeterminados sin definición en el texto constitucional añaden más incertidumbre a esta difícil tarea.

Nuevamente, el Tribunal Constitucional ha realizado una importante labor delimitadora a este respecto. En primer lugar, en su sentencia núm. 39/2014, de 11 marzo (Rec. 7456/2010), dictada por el Pleno, el TC recordó que por "legislación básica" debe entenderse "el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias (STC 48/1988, FJ 3). Esto es, un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional (STC 147/1993), dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad» (STC 291/2005, de 10 de noviembre, FJ 7). Son así normas básicas las relativas a los «principios o criterios básicos» (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1), a las ordenaciones de carácter fundamental y general sobre la materia". Aplicando este concepto a la materia de Seguridad Social, se consideró "que quedan dentro de la misma, y por tanto de la competencia estatal, la fijación de los requisitos, alcance y régimen jurídico de las prestaciones del sistema público de Seguridad Social (campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación, acción protectora)". Como consecuencia de esta amplitud, lo cierto es que el papel de las Comunidades Autónomas en esta materia tiene un papel secundario (como posible complemento y mejora)[19].

En segundo lugar, la referencia constitucional a "régimen económico" de la Seguridad Social debe entenderse inclusivo, no solo de la competencia normativa, sino también de las facultades de gestión y ejecución del régimen económico de los fondos de la Seguridad Social destinados a los servicios o a las prestaciones de la Seguridad Social (SSTC 124/1989, de 7 de julio, y 195/1996, de 28 de noviembre)[20]. En otras palabras, nos encontramos ante una "competencia horizontal que comprende las facultades de legislación, reglamentación y ejecución, tanto en el ámbito de los ingresos como de los gastos a través de la administración, y control de las prestaciones"[21].

De manera específica, el Tribunal Constitucional señaló tempranamente que "(n)o basta, por tanto, con la reserva de las competencias normativas para, desde las mismas, disponer la solidaridad financiera, mediante el establecimiento de reglas para la transferencia de fondos, a través de la Tesorería, de una a otra Comunidad Autónoma, en función de las disponibilidades financieras de cada momento", pues "(l)a Constitución no se ha limitado a establecer esa solidaridad interterritorial, sino que, partiendo de la misma, ha establecido e impuesto el carácter unitario del sistema y de su régimen económico, la estatalidad de los fondos financieros de la Seguridad Social y, por ende, la competencia exclusiva del Estado no solo de normación sino también de disponibilidad directa sobre esos fondos propios, que en este momento se articula a través y por medio de la Tesorería General de la Seguridad Social".

Dicho lo anterior, no obstante, las Comunidades Autónomas sí pueden asumir ciertas competencias de gestión del régimen económico de la Seguridad Social. Estas competencias "serán solo aquellas que no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la

[19] CAVAS MARTÍNEZ, F. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., "La distribución de competencias…", *op. cit.* (112-113).

[20] Más ampliamente, CAVAS MARTÍNEZ, F. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., "La distribución de competencias…", *op. cit.* (113-115).

[21] MONEREO PÉREZ, J.J., RODRÍGUEZ INIESTA, G., y TRILLO GARCÍA, A.R., *El ingreso Mínimo Vital en el sistema de protección social: estudio de su configuración y régimen jurídico*, Laborum, 2020, p. 205.

satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social"; es decir, las facultades que recaen sobre deberes no inmediatamente económicos[22]. Por tanto, "correspondiendo al Estado el control de dicha caja única, ese control supone la atribución de la potestad ejecutiva cuando recae directamente sobre actividades económicas; mientras que cuando recae sobre actividades instrumentales (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas) comporta solo una facultad de supervisión, siendo la ejecución, en relación con el cumplimiento de los deberes no inmediatamente económicos, competencia de la Comunidad Autónoma" (STC 195/1996)[23].

Sobre esta base, las facultades autonómicas deben "conciliarse con las competencias exclusivas que sobre la gestión del régimen económico la Constitución ha reservado al Estado, en garantía de la unidad y solidaridad del sistema público de Seguridad Social".

4. EL TÍTULO COMPETENCIAL DEL IMV Y SU EXAMEN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El IMV consiste en una *"*prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas*"* (art. 1 de la Ley 19/2021).

Así pues, el objetivo del IMV es tratar de corregir los altos niveles de desigualdad y pobreza extrema en España, tal y como se apunta en su Exposición de motivos, niveles que no han podido corregirse plenamente con los modelos autonómicos de rentas mínimas (de gran heterogeneidad) y que se han visto agravados por la crisis sanitaria de la COVID-19. Asimismo, se pretende que el IMV juegue un importante papel de "*seguro colectivo*" en el futuro próximo frente a retos como "*carreras laborales más inciertas, nuevas vulnerabilidades como la puesta de manifiesto por la crisis de COVID-19, transformaciones económicas asociadas a la robotización o el cambio climático, y en general una mayor volatilidad en los ingresos y los empleos, problemas frente a los que casi nadie será inmune, pero que afectarán especialmente a los grupos sociales más vulnerables*".

El RDL 20/2020 primero, y la Ley 19/2021 después, se dictaron al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.1.ª, 13.ª, 14.ª, 17.ª y 18.ª de la Constitución Española, que atribuye al Estado *"*la competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales; bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; hacienda general y deuda del Estado; legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social; y bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común*"* (Disposición Final Novena del RDL 20/2020 y Disposición Final Décima de

[22] AGUILERA IZQUIERDO, R., "La gestión del ingreso mínimo vital y su transferencia a las comunidades autónomas de régimen foral", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 249, enero de 2022, versión electrónica, p. 3/7.

[23] Sobre el concepto de los actos instrumentales de inscripción de empresas y de afiliación, altas y bajas de los trabajadores, *vid*. AIBAR BERNAD, J.: "Los límites constitucionales para la transferencia de la Seguridad Social a las comunidades autónomas", *Trabajo y Derecho*, núm. 77, 2021, versión electrónica (pp. 16-18/23). Este autor indica que la postura del TC sobre los actos de encuadramiento "solo cabe entenderla" en el sentido de que el Tribunal entienda estos actos desde una doble perspectiva: "como potestad del Estado para dictar no sólo la normativa reguladora, sino también los criterios y las interpretaciones que sirvan para decidir sobre la aceptación de las inclusiones de empresas y trabajadores en el sistema de Seguridad Social; y como facultad de las CCAA para las gestiones meramente administrativas de toma de datos, intermediadoras, sin que puedan realizar valoraciones sobre el fondo de las solicitudes".

la Ley 19/2021). No obstante, en el articulado de esta norma no se especifica qué capítulos o artículos se basan en cada uno de estos títulos competenciales de manera específica[24].

Así pues, la norma se sitúa dentro del sistema de la Seguridad Social Pública a cargo del Estado, y no dentro de la Asistencia Social que correspondería a las Comunidades Autónomas según el ya mentado artículo 148.1.20.ª de la CE. Por ello el IMV *"*forma parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social como prestación económica en su modalidad no contributiva*",* en desarrollo del artículo 41 de la CE, que otorga al régimen público de la Seguridad Social la facultad de *"garantizar la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad",* sin perjuicio de las ayudas que puedan establecer las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias de asistencia social (art. 2.2 de la Ley 19/2021). Además, el IMV se configura como un verdadero derecho subjetivo a una prestación de naturaleza económica (art. 2.1 de la Ley 19/2021).

En cuanto a la gestión del IMV, tanto su reconocimiento como su control ha sido asignado, con carácter general, al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) -art. 25.1 Ley 19/2021-. Sin perjuicio de ello, la disposición adicional quinta de la Ley 19/2021 prevé una especialidad en el supuesto de los territorios forales. En estos casos, las Comunidades Autónomas de régimen foral asumirán, con referencia a su ámbito territorial, las funciones y servicios atribuidas al INSS así como, en atención a su sistema de financiación foral, el pago, en los términos que se acuerde. Mientras no se produzca esta asunción de las funciones y servicios, se prevé acordar mediante convenio a suscribir entre los órganos competentes del Estado y de la Comunidad Autónoma interesada, una encomienda de gestión para realizar las actuaciones que se prevean en el mismo en relación con la prestación económica del IMV y que permitan la atención integral de sus beneficiarios en el País Vasco y Navarra.

En el caso de las restantes Comunidades Autónomas y las entidades locales, estas podrán iniciar el expediente administrativo cuando suscriban el oportuno convenio que les habilite para ello con el INSS. En el marco de este convenio, podrá acordarse que, iniciado el expediente por la respectiva administración, la posterior tramitación y gestión previas a la resolución del expediente se efectúe por la administración que hubiere incoado el procedimiento (art. 25.2 de la Ley 19/2021)[25]. Además, se incorpora la previsión gubernamental de estudiar, a partir de 2021, la celebración de convenios con Comunidades Autónomas que contemplen fórmulas de gestión de la prestación del IMV (Disposición Adicional Cuarta de la Ley 19/2021)[26].

4.1. La Sentencia núm. 158/2021 del Tribunal Constitucional, de 16 de septiembre

El 1 de marzo de 2021 tuvo entrada en el registro del Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno de Cataluña contra los artículos 17.1, 22.1 y 2, 24.1, 25.1 y 2, 26.1 y 2, las disposiciones adicionales primera y cuarta, la disposición transitoria primera, apartados 1, 5, 8, 9 y 10, y la disposición final novena del RDL 20/2020, de 29 de mayo. Este recurso se interpuso por el Gobierno catalán al entender que los mencionados preceptos

[24] AGUILERA IZQUIERDO, R.: "Régimen jurídico del Ingreso Mínimo Vital (I): título competencial", en VV.AA.: *El Ingreso Mínimo Vital. Una perspectiva global: regulación estatal, derecho comparado y conexión con rentas mínimas autonómica*, CAVAS MARTÍNEZ, F. y GARCÍA ROMERO, B. (Coords.) BOE, 2021, pp. 165-188 (166).

[25] Con este artículo 25 se prevé "una participación más activa de las administraciones autonómicas y locales en la gestión de esta prestación, lo que sin duda parece fruto de los problemas que en materia competencial han presentado el Plan Prepara y el Plan de Activación para el Empleo y que dieron lugar a las SSTC 100/2017, de 20 de julio, 153/2017, de 21 de diciembre, 156/2017, de 21 de diciembre y 40/2019, de 27 de marzo". *Vid*. AGUILERA IZQUIERDO, R., "La gestión del ingreso mínimo vital…", *op. cit.*, p. 4/7.

[26] Como la doctrina científica ya ha apuntado, todo parece indicar que, en un futuro no muy lejano, la gestión del IMV acabará recayendo, plenamente, en las Comunidades Autónomas. Por todos, HIERRO HIERRO, F.J.: "Elementos del procedimiento y otras cuestiones conexas (obligaciones derivadas y régimen de infracciones y sanciones", en VV.AA.: *Ingreso Mínimo Vital*, SEMPERE NAVARRO, A.V., y GARCÍA GIL, M.B. (Dirs.), Aranzadi, 2021, pp. 91-138 (119).

vulneraban el orden constitucional y estatutario de competencias de la Generalitat. Por providencia de 20 de abril de 2021, el Pleno del Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad, concluyendo mediante sentencia núm. 158/2021, de 16 de septiembre.

Pese a lo que pudiese pensarse en un primer momento, este recurso no fue sorpresivo dado que la controversia con el Gobierno de Cataluña había comenzado tiempo atrás. Así ha quedado reflejado en las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley de la actual Ley 19/2021 (BOCG, Serie A, núm. 25-2, de 18 de junio de 2021[27]). Concretamente, en la enmienda número 401, firmada por el Grupo Parlamentario Republicano contra la disposición adicional cuarta, se señala la disconformidad con la atribución de la gestión íntegra al INSS desde los inicios del IMV. Esta posición fue avalada por el Dictamen 8/2020, de 28 de agosto, del Consejo de Garantías Estatutarias, número 8/2020, de 28 de agosto. Con posterioridad, tuvo lugar una reunión del Grupo de Trabajo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, el 28 de octubre de 2020, para evitar la formalización de un posible recurso de inconstitucionalidad por la Generalitat de Cataluña. En atención a lo expuesto en esta enmienda, en la citada reunión "se acordó formalizar un acuerdo donde se reconozca la competencia de la Generalitat para gestionar el ingreso mínimo vital, en el marco de sus competencias en pensiones no contributivas, y a establecer, en dicho acuerdo, el contenido técnico y jurídico del marco que guiará el traspaso de la gestión, así como el cronograma que establecerá los pasos a través de los convenios a los que hace referencia la disposición adicional cuarta, antes de finalizar el presente año". Sin embargo, el Proyecto de Ley no contemplaba la capacidad autonómica de poder gestionar, resolver y controlar el IMV. En esta misma línea se pronunció también el Grupo Parlamentario Plural, realizando numerosas enmiendas en el articulado del Proyecto de Ley para hacer constar la posible inconstitucionalidad de las limitaciones incorporadas en el texto a las facultades de ejecución de la Generalitat (entre otras, enmiendas a los artículos 17, 22, 25, 26, DA 1ª, DT 1ª, y DF 9ª).

Este parecer, finalmente, se planteó frente al Tribunal Constitucional. En particular, en el recurso de inconstitucionalidad señalado, se cuestionó la atribución al INSS del conocimiento de la solicitud del ingreso mínimo vital (art. 24.1); la tramitación y posterior iniciación de la instrucción del procedimiento (art. 25.1 y 2); la supervisión del cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación y para su mantenimiento en el tiempo (art. 26.1 y 2); la revisión de los actos relativos a la prestación y la exigencia, en su caso, de la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por los beneficiarios (art. 17.1); el desarrollo reglamentario del "Sello de Inclusión Social" (disposición adicional primera); y, por último, el reconocimiento de la prestación transitoria a los actuales beneficiarios de la asignación económica por hijo a cargo del sistema de la Seguridad Social (disposición transitoria primera, apartados 1, 5, 8, 9 y 10). En definitiva, el motivo del recurso se circunscribió exclusivamente al hecho de que la intervención autonómica en la gestión del IMV resultaba meramente residual, quedando condicionada a la suscripción de un convenio con el INSS (en los términos previstos en el art. 22.2 y DA 4ª del RDL 20/2020).

En particular, el Gobierno de Cataluña denunció el hecho de que la gestión del IMV se haya atribuido al Estado, por entender que ello supone la vulneración, en primer lugar, de sus competencias ejecutivas en materia de Seguridad Social (art. 149.1.17 CE y art. 165.1.a), b) y e) de la *Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña* -en adelante, "EAC"-); pero también, en segundo lugar, las competencias que ostenta en materia de asistencia social (art. 148.1.20 CE y art. 166.1.a) y c) del EAC).

En su fundamentación jurídica, el Tribunal Constitucional precisa, en primer lugar, que, tal y como han señalado las partes, nos encontramos ante una controversia suscitada sobre parte de la regulación jurídica de una prestación que forma parte de la acción protectora de la Seguridad Social;

[27] Texto completo disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-25-2.PDF

por tanto, el encuadramiento correcto es el del bloque material relativo a la "Seguridad Social". Sin embargo, no ha existido consenso entre las partes sobre qué otras materias pueden encontrarse también involucradas.

Así, por un lado, el Gobierno de Cataluña reconduce esta materia, de manera genérica, a la "asistencia social" (art. 148.1.20 CE). Sin embargo, el TC niega esta extensión material dado que el proceso constitucional no versa sobre "un mecanismo de protección social que actúe extramuros del sistema de la Seguridad Social, sino una prestación ínsita en su acción protectora en la medida que supone el ejercicio de una "función del Estado" (la que le atribuye el art. 41 CE) destinada a poner remedio a situaciones de necesidad (STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 3)". Esta prestación, al igual que ocurre con el subsidio extraordinario de desempleo, "responden a la "concepción evolutiva" del propio sistema de la Seguridad Social y de la "libertad de configuración" del legislador para modular su acción protectora, lo que determina que el examen de esta controversia competencial haya de abordarse exclusivamente desde la óptica material de las competencias sobre "Seguridad Social" (STC 133/2019, de 13 de noviembre, FJ 4), desechándose, pues, las de "asistencia social"".

Por otro lado, el Abogado del Estado, reconduce el litigio de manera específica sobre la disposición adicional primera (sello de inclusión social), a la "legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas" (art. 149.1.18 CE), al tratarse de una norma que incidiría en la preparación y adjudicación de los contratos públicos. Al igual que la alegación del Gobierno catalán, el TC deniega esta extensión material. En esta ocasión, el Tribunal señala que la citada disposición adicional se limita a completar el régimen jurídico de la nueva prestación no contributiva fomentando la colaboración empresarial en la consecución de los objetivos previstos en el RDL 20/2020, sin incidir, "en modo alguno, en el régimen de contratación pública, pues ni lo modifica ni lo innova, limitándose a asumir uno de sus postulados para fomentar la consecución de los objetivos perseguidos por la norma".

Una vez precisado el encuadramiento material de la cuestión, el Tribunal Constitucional, en segundo lugar, recuerda su doctrina sobre distribución competencial en materia de Seguridad Social al amparo del artículo 149.1.17.ª de la CE. Como ya se ha indicado anteriormente, en este ámbito, el Estado ostenta competencia, por una parte, sobre la "legislación básica", esto es, la existencia de un "común denominador normativo" necesario para asegurar la "unidad" fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias; en definitiva, "un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, que está dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad, a partir del cual puede cada comunidad autónoma, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto" (por todas, SSTC 133/2019, de 13 de noviembre; y 68/2021, de 18 de marzo).

Concretamente, este concepto de "legislación básica" en materia de Seguridad Social, incluye la determinación de una prestación de la Seguridad Social y, por tanto, corresponde esta competencia al Estado *ex* art. 149.1.17 CE, y debe hacerlo de forma unitaria para todos los sujetos comprendidos dentro de su ámbito de cobertura, salvo razones excepcionales debidamente justificadas y vinculadas a la situación de necesidad que se trata de proteger (SSTC 39/2014, 40/2014, 7/2016 y 133/2019).

Igualmente, queda dentro de este mismo concepto la fijación de los requisitos, alcance y régimen jurídico de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social (campo de aplicación, afiliación, cotización, recaudación y acción protectora), lo que incluye, por lo que aquí interesa, "el modelo de gestión de las prestaciones de Seguridad Social", y no puede, por consiguiente, ser definido por cada Comunidad Autónoma (STC 128/2016, de 7 de julio, y 52/2017, de 10 de mayo). A mayor abundamiento, se cita como ejemplo el refrendo de la competencia estatal (concretamente, al Servicio Público de Empleo Estatal) de la gestión de las prestaciones por desempleo en tanto integrantes de la caja única de la Seguridad Social, lo que implica la atribución de la potestad

ejecutiva y, con ello, de la sancionadora, cuando recae sobre actividades vinculadas a la percepción de los ingresos o la administración y disposición de esos fondos para atender la realización de los gastos correspondientes vinculados a esa prestación (STC 104/2013, de 25 de abril).

Pero, como se ha adelantado, el Estado también ostenta competencia, por otra parte, en cuanto al "régimen económico" de la Seguridad Social, para tratar de garantizar la unidad presupuestaria del sistema, a través de los principios de unidad de caja y solidaridad financiera. De este modo, al Estado le corresponde la gestión o ejecución de los recursos económicos y la administración financiera de dicho sistema, quedando dentro de sus potestades las facultades ejecutivas que recaen directamente sobre la actividad económica de la Seguridad Social, es decir, la relativa a la percepción de sus ingresos y la realización de gastos (STC 124/1989, FJ 3). Esta reserva competencial puede comportar, además de la legislación, "la atribución de las competencias de ejecución necesarias para configurar un sistema materialmente unitario" (STC 195/1996, de 28 de noviembre).

Ahora bien, en atención a cuando antecede, ¿qué competencias ostenta la Generalitat de Cataluña en materia de Seguridad Social? En este sentido, como se ha señalado, estas competencias se ciñen a competencias "ejecutivas" en materia de Seguridad Social. Así, el artículo 165.1 EAC dispone que le corresponde a la Comunidad Autónoma, "respetando los principios de unidad económico patrimonial y solidaridad financiera de la Seguridad Social", la competencia compartida, que incluye: "a) El desarrollo y la ejecución de la legislación estatal, excepto de las normas que configuran el régimen económico; b) La gestión del régimen económico de la Seguridad Social; (...); e) El reconocimiento y gestión de las pensiones no contributivas".

Por su parte, el artículo 165.2 EAC precisa que la Generalitat podrá organizar y administrar a tales fines y dentro de su territorio todos los servicios relacionados con tales materias. Eso sí, hay que tener en cuenta a este respecto que las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas sobre el régimen económico de la Seguridad Social "no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de seguridad social. Tales facultades autonómicas deben, en suma, conciliarse con las competencias exclusivas que sobre la gestión del régimen económico la Constitución ha reservado al Estado, en garantía de la unidad y solidaridad del sistema público de Seguridad Social" (STC 124/1989, de 7 de julio, FJ 3). En consecuencia, el artículo 165 EAC ha de entenderse con el alcance señalado en la doctrina constitucional (SSTC 31/2010, de 28 de junio, FJ 60 y 104/2013, de 25 de abril, FJ 4).

En tercer lugar, el TC acomete el examen de los preceptos impugnados en el recurso de inconstitucionalidad, sobre la base de todo lo expuesto. La conclusión alcanzada por el Tribunal es rechazar las impugnaciones que la Generalitat de Cataluña dirige al RDL 20/2020, sobre la base de los siguientes argumentos principales:

— La fijación de los requisitos, alcance y régimen jurídico de las prestaciones de Seguridad Social, así como la determinación de su "modelo de gestión", entra dentro de la competencia estatal sobre "legislación básica" en materia de Seguridad Social (lo que garantiza que el acceso a tales prestaciones y su disfrute por parte de los ciudadanos se produzca de forma igualitaria y homogénea en todo el territorio nacional).

— Los preceptos impugnados por el Gobierno de Cataluña, al determinar el procedimiento para la solicitud, la tramitación y el reconocimiento del IMV, instaurando un modelo de gestión atribuido al INSS, constituyen "legislación básica" de la Seguridad Social. Además, estos preceptos también afectan a su "régimen económico", en la medida en que el reconocimiento de acuerdo con tales normas y la eventual reclamación de las prestaciones que indebidamente se hayan

percibido por los beneficiarios, afectan a la gestión de los recursos económicos y a la administración financiera del sistema de Seguridad Social, al conllevar la realización de los correspondientes ingresos y gastos en su caja única.

— Las competencias de las Comunidades Autónomas quedarían limitadas a aquellos aspectos instrumentales que no guarden relación con el régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la posibilidad legalmente prevista de asumir las potestades de iniciación, tramitación y resolución de los expedientes de reconocimiento tras la suscripción de un convenio con la citada entidad gestora de la Seguridad Social. Esta conclusión no se ve alterada por ninguno de los principales argumentos esgrimidos por el Gobierno catalán. De este modo, por una parte, no afecta a esta conclusión el hecho de que la Generalitat haya asumido estatutariamente la competencia de "reconocimiento y gestión de las pensiones no contributivas" (art. 165.1 e) EAC). Esta competencia autonómica no puede, en ningún caso, comprometer la unidad del sistema, perturbar su funcionamiento económico uniforme o generar desigualdades en la tramitación de los expedientes relativos a la prestación del IMV, al tenerse que conciliar las facultades autonómicas con las competencias exclusivas que sobre la gestión del régimen económico la Constitución ha reservado al Estado, en garantía de la unidad y solidaridad del sistema público de Seguridad Social (STC 124/1989).

Por otra parte, tampoco afecta a la conclusión anterior el hecho de que la Generalitat de Cataluña gestione ya otras prestaciones no contributivas (como las de invalidez o jubilación), pues en estos casos particulares se ha producido un traspaso de competencias. Sin embargo, en el caso del IMV, la colaboración autonómica en la gestión ha quedado supeditada por el legislador a la suscripción de un previo convenio con el INSS (art. 22.2 y Disposición Adicional Cuarta RDL 20/2020). Consecuentemente, en ausencia de un convenio que active tal colaboración en la gestión y especifique las concretas facultades que pueda asumir la Generalitat sin comprometer el modelo unitario de Seguridad Social, no es posible apreciar la existencia de la lesión competencial denunciada en el recurso (STC 133/2019, de 13 de noviembre, FJ 5).

En conclusión, el TC falla rechazando las impugnaciones que la Generalitat de Cataluña dirige al RDL 20/2020, por cuanto que los preceptos recurridos, al atribuir la gestión del IMV al Estado, no vulneran las competencias autonómicas de carácter ejecutivo que aquella tiene reconocidas constitucional y estatutariamente en materia de Seguridad Social, al suponer el legítimo ejercicio por el Estado de las que le atribuye el art. 149.1.17.ª CE sobre "legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social".

4.1.1. El voto particular a la Sentencia núm. 158/2021 del Tribunal Constitucional

La conclusión alcanzada en esta sentencia, no obstante, cuenta con un voto particular formulado por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, al que se adhirió el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos.

Los motivos principales sobre los que se fundamenta este voto particular son dos. El primer motivo guarda relación con la delimitación competencial de la controversia.

Sobre este particular, y aunque se concuerda con el encuadramiento material del IMV en el ámbito competencial de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE), se considera que no se detalla de forma adecuada la razón que justifica el cambio de categorización de este tipo de ayudas sociales que, tradicionalmente, se vienen considerando asistencia social.

Como se ha indicado anteriormente, la sentencia del TC se ampara en la falta de controversia entre las partes en torno a este tema para no desarrollar la argumentación al respecto. Sin embargo,

entiende la magistrada que suscribe el voto particular que hubiera sido necesario que el Tribunal explicara adecuadamente la reconsideración del encuadre que formula la sentencia, acudiendo para ello a la consolidada jurisprudencia previa, que marca los límites entre el art. 149.1.17.ª CE, en materia de Seguridad Social, y el art. 148.1.20.ª CE, relativo a la Asistencia Social. En atención a esta doctrina (ya citada anteriormente), cabe diferenciar la existencia de dos tipos de asistencia social: por un lado, la "interna" al sistema de seguridad social, en el que hasta ahora se integraban las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación al conformar el patrimonio y caja única del sistema de seguridad social (SSTC 239/2002, de 11 de diciembre y 33/2014, de 27 de febrero); y, por otro lado, la "externa" al sistema de Seguridad Social, que puede ejercerse por las Comunidades Autónomas al amparo de sus propias competencias si estas han sido adecuadamente asumidas en los respectivos Estatutos de Autonomía y bajo la cobertura proporcionada por el art. 148.1.20 CE. Si bien este razonamiento podría deducirse de la sentencia, la magistrada en cuestión considera que no aparece adecuadamente formulado.

Sobre esta base, el IMV integra el patrimonio y caja única del sistema de Seguridad Social mientras que las rentas mínimas autonómicas forman parte de la asistencia social calificada de "externa". Ello implica, por tanto, que estas últimas no "tienen por qué desaparecer del sistema de protección, porque no ha desaparecido la competencia autonómica que les da cobertura, ni la desigualdad estructural que justifica su existencia". Además, "esa competencia seguirá activa siempre que las comunidades autónomas actúen de forma complementaria al sistema universal, previsto para todo el territorio nacional para garantizar el igual acceso de toda la ciudadanía a ese montante económico mínimo, que se considera imprescindible para superar condiciones de pobreza severa"[28]. A esta conclusión no obsta que el Estado regule el IMV sobre la base adicional del artículo 149.1.1.º de la CE, para asegurar la igualdad de todos los residentes en España en el acceso a esta prestación básica, pues ello no impide el margen de mejora del modelo de inserción que pueden asumir las Comunidades Autónomas.

El segundo motivo de discrepancia, y el más importante, radica en la delimitación de las facultades ejecutivas autonómicas en materia de Seguridad Social.

A este respecto, recordemos que lo que reclama el Gobierno de Cataluña es la organización y la gestión de la solicitud y abono del IMV, posibilidad expresamente reconocida a los territorios forales en la disposición adicional quinta de la Ley 19/2021.

En este sentido, es pacífico que la determinación del "modelo de gestión" de las prestaciones de Seguridad Social forma parte de la competencia estatal, por ser "legislación básica", por lo que no puede ser definido por una Comunidad Autónoma (STC 128/2016, de 7 de julio, FJ 9). Ahora bien, esta competencia sería normativa, pero no ejecutiva (la totalidad de las competencias ejecutivas en materia de Seguridad Social es autonómica: por todas, SSTC 46/1985, de 26 de marzo, FJ 2; 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 6). Partiendo de esta distinción, la magistrada considera que la sentencia confunde la facultad de regular el modelo de gestión de las prestaciones (estatal), con la facultad para gestionar el modelo previamente diseñado (autonómica).

Conclusión distinta podría alcanzarse si se hubiera asumido de forma clara que la competencia específica controvertida se refería al régimen económico de la Seguridad Social, en cuyo caso la sentencia debiera haberlo aclarado convenientemente. En este otro caso, como efectivamente sostiene la sentencia, no se podrían descartar absolutamente las competencias ejecutivas del Estado, aunque también era posible, desde un análisis más complejo, llegar a una solución desestimatoria del recurso.

[28] En este sentido, parte de la doctrina ha señalado que "[…] en la medida en que el RDL 20/20 considera que una prestación como el IMV es de competencia estatal por ser Seguridad Social, está roturando un terreno en el que las CCAA no pueden penetrar salvo por la vía de las ayudas o prestaciones complementarias". *Vid*. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y BARCELÓN COBEDO, S.: *El Ingreso Mínimo Vital (Comentarios al Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 23.

La reserva al Estado de la competencia sobre el régimen económico de la Seguridad Social, sobre la denominada caja única, justifica su capacidad para hacerse cargo de funciones ejecutivas si se dan determinadas condiciones. Los estatutos de autonomía reconocen competencias ejecutivas a las CCAA, incluso en materia de gestión del régimen económico de la Seguridad Social, pero tal reconocimiento debe acomodarse a la exigencia de que, al ejercer tales competencias ejecutivas, no se pueda comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de seguridad social (STC 133/2019, de 13 de noviembre).

En aplicación de todo ello al supuesto del IMV, la magistrada que suscribe el voto particular niega la existencia de facultades estatales de ejecución tanto si se hace referencia a la competencia estatal en materia de Seguridad Social (por ser esta exclusivamente normativa); como si se trata de fundamentar en la reserva de facultades sobre el régimen económico a favor del Estado (al no darse ninguna de las condiciones de reserva exigidas). En esta segunda situación, se señala que el carácter reglado de esta prestación (implica el otorgamiento de la misma si se cumplen unos requisitos cerrados, no interpretables por el poder que gestione la tramitación y el reconocimiento), impide que se vea afectada la unidad del sistema o perturbado su funcionamiento económico uniforme, al tiempo que se impide que se engendren directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social[29].

Por todo cuanto antecede, el voto particular finaliza de manera muy crítica, concluyendo lo siguiente:

> "[…] la sentencia desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad planteado por la Generalitat, no sólo consolida la privación a la comunidad autónoma de Cataluña de competencias que le son propias, efectuada por vía de Decreto-ley, sino que introduce una variante muy discutible en la jurisprudencia previa relativa al art. 149.1.17 CE. La sentencia difumina los contornos, hasta la fecha claros, entre la competencia normativa en materia de seguridad social, y la competencia, más amplia, en materia de régimen económico de la seguridad social, lo que viene a ser tanto como interpretar la competencia del art. 149.1.17 CE como exclusiva y completa del Estado sobre la seguridad social y su régimen económico. Y no puedo estar de acuerdo con esta mutación interpretativa que, además, no se formula abierta y expresamente por la mayoría del pleno"[30].

5. LA TRANSFERENCIA DEL IMV A LOS TERRITORIOS FORALES Y SU PRÓXIMO EXAMEN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ya se ha tenido ocasión de apuntar que la gestión del IMV, tanto su reconocimiento como su control, ha sido asignado, con carácter general, al INSS.

Sin embargo, la disposición adicional quinta del RDL 20/2020 posibilitaba que las Comunidades Autónomas de régimen foral asumieran, con referencia a su ámbito territorial, las funciones y servicios atribuidos al INSS[31]. Este contenido se ha mantenido en la actual Ley 19/2021,

[29] A favor de la posición adoptada en el voto particular frente al fallo del TC en esta sentencia, Rojo Torrecilla, E.: ¿Tiene competencias ejecutivas la Generalitat de Cataluña para gestionar el Ingreso Mínimo Vital? No para el TC. Notas a la sentencia de 16 de septiembre de 2021 (con voto particular discrepante de una magistrada y un magistrado), entrada de 29 de septiembre de 2021, disponible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/09/tiene-competencias-ejecutivas-la.html (última consulta el 6 de mayo de 2022).

[30] El subrayado es propio.

[31] Esta posible cesión de la gestión al momento de aprobarse el RD 20/2020 generó controversias en la doctrina. Como ejemplo de una visión prudente de esta labor, *vid*. GALA DURÁN, C.: "El nuevo ingreso mínimo vital estatal…", *op. cit.* (155): "La cesión de la gestión del IMV al País Vasco y Navarra (y, en su caso, a otras *(...)*

si bien se ha añadido una importante precisión mediante la disposición final 30ª de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 (en adelante, "LPGE 2022"), al posibilitar también la asunción por parte de estas comunidades, "en atención a su sistema de financiación foral, el pago, en relación con la prestación económica no contributiva de la Seguridad Social del ingreso mínimo vital, en los términos que se acuerde".

Mientras no se produzca esta asunción de las funciones y servicios, se prevé acordar mediante convenio a suscribir entre los órganos competentes del Estado y de la comunidad autónoma interesada, una encomienda de gestión para realizar las actuaciones que se prevean en el mismo en relación con la prestación económica del IMV y que permitan la atención integral de sus beneficiarios en el País Vasco y Navarra.

Pues bien, el 1 de septiembre de 2020 se suscribió el correspondiente Convenio entre el INSS y LANBIDE-Servicio Vasco de Empleo para la gestión administrativa de la prestación de ingreso mínimo vital en el País Vasco (Resolución de 8 de septiembre de 2020, publicada en el BOE núm. 248, de 17 de septiembre de 2020). Posteriormente, tuvo lugar la Resolución de 4 de noviembre de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publicó la Adenda de prórroga del Convenio entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y LANBIDE-Servicio Vasco de Empleo, para la gestión administrativa de la prestación de ingreso mínimo vital en el País Vasco (BOE núm. 298, de 12 de noviembre de 2020). En virtud de esta adenda, se prorroga la encomienda de gestión prevista en el Convenio hasta que la Comunidad Autónoma de Euskadi asuma las funciones y servicios del INSS, con el límite de cuatro años.

El 16 de marzo de 2022 se acordó, en la Comisión Mixta de Transferencias, la transferencia íntegra y sin fecha límite del IMV a la Comunidad Autónoma de Euskadi, poniendo fin a la anterior encomienda de gestión: Orden TER/253/2022, de 30 de marzo, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias Administración del Estado-Comunidad Autónoma del País Vasco, de 16 de marzo de 2022, de establecimiento del convenio para la asunción por la Comunidad Autónoma del País Vasco de la gestión de la prestación no contributiva del ingreso mínimo vital (BOE núm. 78, de 1 de abril de 2022)[32].

comunidades autónomas) es legalmente posible -de hecho, ya está descentralizada la gestión de las prestaciones no contributivas de invalidez y jubilación-, y es posible que permita avanzar en la coordinación de las ayudas destinadas a las personas en situación de vulnerabilidad económica, pero a la vez desdibuja la idea, perseguida en el fondo con el IMV, de una intervención directa estatal para hacer frente a tal situación". Más críticos se mostraron otros autores como GONZÁLEZ ORTEGA, S. y BARCELÓN COBEDO, S.: *El Ingreso Mínimo Vital…*, *op. cit*., p. 336: "Lo que sí es más discutible políticamente y dudoso constitucionalmente es que el RDL 20/20, a través de la disposición adicional quinta, dé un trato preferente a las CCAA del País Vasco y Navarra en el que desaparecen las cautelas del artículo que se está comentando *[artículo 22]*, en el sentido de parecer reservar siempre la competencia de resolución final en relación con el IMV al INSS. Por el contrario, y exclusivamente para estas CCAA, cabe ya una encomienda de gestión que puede suponer la plena atribución de la gestión del IMV, por más que el precepto disimule esta posibilidad refiriéndose a una encomienda de gestión «para realizar las actuaciones que se prevean»", calificando la justificación ofrecida en el texto normativa para ello como "vaga y discutible".

[32] Este acuerdo ha sido impugnado frente al Tribunal Supremo por parte del partido político VOX. En este procedimiento, se solicitó la adopción de medidas cautelares de suspensión de la ejecución del acuerdo, pero, finalmente, el Alto Tribunal ha rechazado esta petición por descartar la necesidad de las mismas, especialmente, porque prevé resolver el recurso interpuesto antes de que tenga efecto la asunción del pago del IMV por parte del País Vasco (Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de abril de 2022 -Rec. 356/2022-). Sobre esta impugnación, puede leerse más información en las siguientes noticias de prensa https://www.europapress.es/nacional/noticia-supremo-preve-decidir-traspaso-ingreso-minimo-vital-euskadi-antes-vigor-mayo-20220422175302.html; y https://www.deia.eus/actualidad/politica/2022/04/26/euskadi-defiende-imv-tribunal-constitucional/1213340.html (última consulta el 6 de mayo de 2022).

Según las últimas noticias disponibles, la Comunidad Foral de Navarra también ha llegado a un acuerdo para asumir la gestión íntegra del IMV a partir del mes de octubre de 2022 (acuerdo alcanzado el 31 de marzo de 2022 tras reunión de la Junta de Transferencias)[33].

Esta transferencia de competencias a los territorios forales ha generado un nuevo revuelo político que ya ha llegado al Tribunal Constitucional. De manera más específica, el objeto de esta nueva controversia constitucional tiene en el punto de mira el contenido de la señalada disposición adicional quinta de la Ley 19/2021, tras su reforma por la LPGE 2022, que ha sido objeto de dos recursos de inconstitucionalidad promovidos, el primero, por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario VOX en el Congreso de los Diputados (Rec. 1937/2022); y, el segundo, por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (Rec. 2061/2022). Sendos recursos han sido admitidos a trámite mediante providencias de 7 de abril de 2022 (BOE núm. 96, de 22 de abril de 2022, p. 55163 el primero de ellos, y BOE núm. 96, de 22 de abril de 2022, p. 55164 el segundo).

Según las manifestaciones vertidas por los partidos políticos promotores de estos recursos de inconstitucionalidad, el eje de su queja se centra en la supuesta ruptura que se hace, por primera vez, del régimen económico de la Seguridad Social, al atribuir a los territorios forales las competencias "íntegras" (incluyendo el pago) respecto del IMV[34].

Nuevamente, el Tribunal Constitucional se enfrenta a una cuestión espinosa desde el punto de vista jurídico y político que, no obstante, también se podía anticipar. Así, la doctrina científica ya cuestionó, con carácter previo a la interposición de estos recursos, si esta transferencia de competencias prevista en la Ley 19/2021, tras la reforma operada por la LPGE 2022, sería válida desde el plano constitucional. La repuesta ofrecida no ha sido halagüeña para el ejecutivo: partiendo de la STC 158/2021 antes analizada, la gestión del IMV corresponde, en exclusiva, al Estado, por entrar dentro de la competencia conferida por el art. 149.1.17 CE; por tanto, la transferencia de esta competencia a una Comunidad Autónoma debería llevarse a cabo por una ley orgánica y no por la LPGE 2022 (en virtud de lo dispuesto en el art. 150 de la CE)[35]. Un nuevo debate está servido[36].

6. CONCLUSIONES

La aprobación del IMV a nivel estatal ha generado gran expectación social y, al mismo tiempo, enorme revuelo político. Sin entrar a debatir sobre la regulación de fondo del RDL 20/2020 primero, y de la Ley 19/2021 después, se han generado diversas controversias jurídicas en torno a la distribución competencial Estado-Comunidades Autónomas.

La primera disputa, promovida por la Generalitat de Cataluña, ha centrado el objeto de debate en las prácticamente nulas competencias autonómicas en materia de gestión al amparo de la nueva regulación estatal. La resolución de esta disputa la ha ofrecido la comentada STC 158/2021, si bien de manera "poco exhaustiva". A este respecto, coincido con algunos de los postulados recogidos en el voto particular de este pronunciamiento. Por un lado, ni la normativa reguladora del IMV ni el TC matizan sobre qué competencia concreta se ha dictado cada uno de los artículos

[33] Noticia disponible en https://www.navarra.es/es/-/navarra-y-el-estado-cierran-el-traspaso-de-la-gestion-del-ingreso-minimo-vital-por-parte-de-la-comunidad-foral (última consulta en fecha 4 de mayo de 2022).

[34] Entre otras, puede leerse la siguiente noticia: https://www.elindependiente.com/economia/2022/04/07/el-constitucional-admite-los-recursos-contra-el-traspaso-del-imv-a-euskadi-y-navarra/ (última consulta el 6 de mayo de 2022).

[35] AGUILERA IZQUIERDO, R., "La gestión del ingreso mínimo vital…", *op. cit.*, p. 6/7.

[36] El debate sobre la posible transferencia de la gestión económica de la Seguridad Social a las Comunidades Autónomas, no respecto del IMV sino en términos más generales, se analiza, entre otros, en ROJO TORRECILLA, E., "¿Es transferible la gestión económica de la Seguridad Social? Federalismo versus caja única", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 445, abril de 2020, pp. 219-227; y OJEDA AVILÉS, A., "Caja única, federalismo de ejecución y déficit de la Seguridad Social", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 445, abril de 2020, pp. 209-218.

controvertidos para, posteriormente, analizar su encaje constitucional. Esta tarea, sin duda, sería el paso previo obligatorio para poder dar una respuesta minuciosa al recurso planteado.

Por otro lado, y con mayor calado sustantivo, puede dudarse de la corrección del fallo emitido por el TC. Como punto de partida, debe recordarse que el IMV se configura como una prestación incluida dentro de la asistencia social interna al sistema de Seguridad Social. Sobre la base de la doctrina constitucional previa, se ha reconocido la competencia estatal para configurar una prestación como el IMV sobre la base del art. 149.1.1.ª de la CE. Ahora bien, acto seguido se precisó que la ejecución y gestión de los fondos presupuestarios destinados a estas ayudas deberán hacerse respetando las competencias autonómicas. Solo se reconoció la posibilidad de trasladar la titularidad de la competencia de gestión al Estado cuando "la actividad pública que sobre él se ejerza no sea susceptible de fraccionamiento y, aun en este caso, cuando dicha actuación no pueda llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación o coordinación, sino que requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un solo titular, que forzosamente deba ser el Estado, o cuando sea necesario recurrir a un ente con capacidad de integrar intereses contrapuestos de varias Comunidades Autónomas".

Aplicando la reserva competencial en materia de Seguridad Social (art. 149.1.17.ª CE) no parece llegarse a una solución diferente. En cuanto a la competencia para determinar la legislación básica, debe recordarse que esta se limita a una competencia normativa y no de ejecución. Sin embargo, esta competencia es más amplia en el caso del régimen económico de la Seguridad Social. Sobre este otro elemento, la reserva estatal no solo incluye la competencia normativa, sino también las facultades de gestión y ejecución. No obstante, ello no impide la asunción de ciertas competencias en la materia por parte de las Comunidades Autónomas, tal y como incorporan muchos Estatutos de Autonomía.

Concretamente, estas facultades que pueden asumirse autonómicamente en materia de gestión del régimen económico de la Seguridad Social, "serán solo aquellas que no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social". Además, estas facultades autonómicas deben "conciliarse con las competencias exclusivas que sobre la gestión del régimen económico la Constitución ha reservado al Estado, en garantía de la unidad y solidaridad del sistema público de Seguridad Social".

Si consultamos la regulación del IMV, efectivamente, podemos deducir un marcado carácter reglado de esta prestación que podría considerarse impeditivo de que, una atribución de competencias de gestión a las CCAA, afectara a la unidad del sistema o perturbara su funcionamiento económico uniforme, al tiempo que impediría que se engendraran directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos.

En cualquier caso, este ha sido únicamente el primer obstáculo constitucional en la carrera iniciada por el IMV. El segundo de ellos está todavía pendiente de resolución, si bien respecto al traspaso de competencias íntegras a los territorios forales. Será interesante leer los argumentos esgrimidos para tratar de defender esta transferencia tras la STC 158/2021, así como el fallo que adopte finalmente el Tribunal Constitucional al respecto. La carrera continúa.

7. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R.: "La gestión del ingreso mínimo vital y su transferencia a las comunidades autónomas de régimen foral", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 249, enero de 2022, versión electrónica.

AGUILERA IZQUIERDO, R.: "Régimen jurídico del Ingreso Mínimo Vital (I): título competencial", en VV.AA.: *El Ingreso Mínimo Vital. Una perspectiva global: regulación estatal, derecho comparado y conexión con rentas mínimas autonómica*, CAVAS MARTÍNEZ, F. y GARCÍA ROMERO, B. (Coords.) BOE, 2021, pp. 165-188.

AIBAR BERNAD, J.: "Los límites constitucionales para la transferencia de la Seguridad Social a las comunidades autónomas", *Trabajo y Derecho*, núm. 77, 2021, versión electrónica.

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., y VILA TIERNO, F.: "Las competencias autonómicas en materia de protección social", *Temas Laborales*, núm. 160, 2021, pp. 245-273.

CABERO MORÁN, E.: "El marco normativo del ingreso mínimo vital dieciocho meses después", *Trabajo y Derecho*, núm. 84, diciembre de 2021, versión electrónica.

CAVAS MARTÍNEZ, F. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: "La distribución de competencias entre el estado y las comunidades autónomas en materia de trabajo, empleo y protección social: una sinopsis", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, número 23, 2005, pp. 103-128 (120-121).

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, Consejo Económico y Social (CES), Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Concepto y ámbito subjetivo", en VV.AA.: *Ingreso Mínimo Vital*, SEMPERE NAVARRO, A.V. y GARCÍA GIL, M.B. (Dirs.), Aranzadi, 2021, pp. 19-60.

GALA DURÁN, C.: "El nuevo ingreso mínimo vital estatal: régimen jurídico y retos pendientes", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 1, octubre 2020, pp. 111-155.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. y BARCELÓN COBEDO, S.: *El Ingreso Mínimo Vital (Comentarios al Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

HIERRO HIERRO, F.J.: "Elementos del procedimiento y otras cuestiones conexas (obligaciones derivadas y régimen de infracciones y sanciones", en VV.AA.: *Ingreso Mínimo Vital*, SEMPERE NAVARRO, A.V. y GARCÍA GIL, M.B. (Dirs.), Aranzadi, 2021, pp. 91-138.

MONEREO PÉREZ, J.J., RODRÍGUEZ INIESTA, G., y TRILLO GARCÍA, A.R.: *El ingreso Mínimo Vital en el sistema de protección social: estudio de su configuración y régimen jurídico*, Laborum, 2020.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales", *Temas Laborales*, Vol. I, núm. 100, 2009, pp. 295-328.

OJEDA AVILÉS, A., "Caja única, federalismo de ejecución y déficit de la Seguridad Social", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 445, abril de 2020, pp. 209-218.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Asistencia social y Seguridad Social: relaciones en un contexto económico adverso", *Diario La Ley*, núm. 7799, de 16 de febrero de 2012, versión electrónica.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social", *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1988.

ROJO TORRECILLA, E.: "¿Es transferible la gestión económica de la Seguridad Social? Federalismo versus caja única", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 445, abril de 2020, pp. 219-227.

ROJO TORRECILLA, E.: "¿Tiene competencias ejecutivas la Generalitat de Cataluña para gestionar el Ingreso Mínimo Vital? No para el TC. Notas a la sentencia de 16 de septiembre de 2021 (con voto particular discrepante de una magistrada y un magistrado)", entrada de 29 de septiembre de 2021, disponible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/09/tiene-competencias-ejecutivas-la.html

SALA FRANCO, T. y MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A.: *El Ingreso Mínimo Vital. El sistema español de rentas mínimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

Laborum

El nuevo gobierno alemán planea sustituir el «Hartz IV» por un «Subsidio para el ciudadano». ¿cambio de paradigma en el derecho de la garantía existencial o adaptación legal inevitable?

The new German government plans to replace the "Hartz IV" with a "Subsidy for the citizen". Paradigm shift in the law of existential guarantee or inevitable legal adaptation?

MARIA PANNENBERG *Funcionaria de la Agencia Federal de Empleo BERLÍN*[1]

Cita sugerida: PANNENBERG, M. "El nuevo gobierno alemán planea sustituir el «Hartz iv» por un «Subsidio para el ciudadano». ¿cambio de paradigma en el derecho de la garantía existencial o adaptación legal inevitable?". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 31 (2022):* 147-157.

Resumen

Tras 16 años de gobierno de liderazo conservador de Angela Merkel (CDU), que decidió no presentarse a la reelección, ha pasado a gobernar una alianza entre los social-demócratas (SPD), los Verdes y los Liberales (FDP), bajo el nuevo Canciller Olaf Scholz (SPD). Pocos meses después de la eleción, el gobierno tripartito firmó un acuerdo titulado «Atreverse a Más Progreso», que define los objetivos futuros de la política de Alemania. El contrato se centra igualmente en cambios del sistema de seguridad social. En este contexto, el nuevo gobierno ha puesto de relieve que la controvertida seguridad básica de los demandantes de empleo, también conocida como Hartz IV, se modificará y cambiará su denominación por la de «subsidio para el ciudadano» (Bürgergeld). El presente artículo resume los puntos más importantes relativos a los planes para este sistema de seguridad social en Alemania.

Palabras clave

Alemania; Elecciones; Hartz IV; Prestaciones asistenciales; Subsidio para el ciudadano; Subsidio para el ciudadano

Abstract

After 16 years of conservative-led government under Angela Merkel (CDU), who choose not to stand for re-election, an alliance between Social Democrats (SPD), Greens and Free Democrats (FDP) took office under the new Chancellor Olaf Scholz (SPD). A few months after the election the three-party government signed an agreement titled «Dare More Progress», which defines the future goals of Germany's politics. The contract as well focused changes of the social system. In this context the new government has pointed out that the controversial basic security for job seekers also known as Hartz IV will be modified and renamed as «citizen's income» (Bürgergeld). The following article sums up the most important points regarding the plans for this social system in Germany.

Keywords

Germany; Election; Hartz IV; Welfare Benefit; Citizen's income; Bürgergeld

1. INTRODUCCIÓN

Septiembre de 2021: Alemania ha votado, y ha marcado así el punto de partida para un cambio de Gobierno. Por primera vez desde 2005, la CDU/CSU [esto es, el centro-derecha alemán] ya no formará parte del Gobierno federal. El 07.12.2021, la alianza-semafóro compuesta por el SPD [esto es, el partido socialdemócrata], el FDP [esto es, el partido liberal] y Los Verdes firmó un Contrato de Coalición en Berlín, y también determinó con ello la futura orientación política de

[1] La autora trabaja en el servicio de revisión interna de la Agencia Federal de Empleo. En lo que sigue, la autora expresa su opinión personal, y no la de la Agencia Federal de Empleo. Traducción al castellano, desde el alemán original, de Alberto Arufe Varela.

Fecha Recepción: 13/5/2022 - Fecha Revisión: 15/5/2022 - Fecha Aceptación: 24/5/2022
Pags. 147-157

Alemania. Precisamente con el título del Contrato de Coalición, «Atreverse a Más Progreso»[2], el nuevo Gobierno alemán quiere subrayar su voluntad de cambio. Aunque el Contrato de Coalición no es jurídicamente vinculante, sí sirve como una orientación clara de los objetivos de la alianza de gobierno.

Bajo el lema «Atreverse a Más Progreso», se formulan también numerosos planes de cambios en el sistema de seguridad social de Alemania. El aseguramiento básico para los demandantes de empleo [esto es, la protección no contributiva por desempleo], coloquialmente conocido como «Hartz IV», debe ser sustituido por un «subsidio para el ciudadano». Según el borrador del plan, de alrededor de 180 páginas, el objetivo es el de respetar la dignidad de la persona, y de promover la participación social más de lo que se había hecho hasta ahora[3]. En este contexto, es cuestionable si, después de 15 años del «Hartz IV», se trata de un cambio de paradigma o sólo de un cambio de etiqueta. Para evaluar esto, es necesario examinar más de cerca el Contrato de Coalición y compararlo con las bases jurídicas actuales.

2. IMPLANTACIÓN DEL «HARTZ IV» - UNA MIRADA RETROSPECTIVA

A principios de la década de los años setenta del siglo pasado, cambiaron en Alemania tanto las condiciones marco de la economía, como también las condiciones marco del mercado de trabajo. El crecimiento económico cayó bruscamente, mientras que las tasas de inflación aumentaron significativamente (estanflación). Sin embargo, el aumento del empleo femenino y la contratación de trabajadores extranjeros, conocidos en el pasado como «trabajadores invitados», aumentó la oferta de puestos de trabajo. Desde entonces, el desempleo en Alemania se encuentra en fase de persistencia[4]. Además, cuando el Tribunal Federal de Cuentas[5] descubrió la manipulación de las estadísticas de colocación en la Oficina Federal de Trabajo, en el año 2002, se incrementó la necesidad gubernamental de operar una reforma[6]. La comisión para «Las prestaciones modernas de servicios en el mercado de trabajo», constituida en el año 2002 bajo la presidencia del Dr. Peter Hartz, recomendó fusionar la asistencia al desempleo y la asistencia social para personas activas al amparo de un único ente gestor. Con la entrada en vigor de la Cuarta Ley para las prestaciones modernas de servicios en el mercado de trabajo, que se produjo el 1 enero 2005, la asistencia al desempleo financiada por el Gobierno federal, y partes de la asistencia social para personas activas financiadas por los ayuntamientos, se combinaron en una nueva prestación -el aseguramiento básico para los demandantes de empleo-, la cual se codificó en el Segundo Libro del Código alemán de Seguridad Social (esto es, en su acrónimo en alemán, el SGB II)[7].

Desde entonces, todas las personas activas, a partir de los 15 años de edad y hasta conseguir la pensión ordinaria de jubilación, que tengan su residencia habitual en Alemania y necesiten de asistencia en el sentido de la Ley, tienen derecho a prestaciones para garantizar su sustento (prestaciones pasivas). Además, las personas que no pueden trabajar también tienen derecho a las prestaciones a que se refiere el SGB II, en la medida en que vivan en un domicilio con un beneficiario de prestaciones que pueda trabajar, y sea asimismo evaluada como persona necesitada de asistencia, de acuerdo con las disposiciones del SGB II[8]. Los miembros de la denominada comunidad de necesidades en el sentido del SGB II son, como regla, parejas de los beneficiarios de

[2] Cfr. *Contrato de Coalición 2021-2025: Atreverse a Más Progreso*, pág. 1.
[3] Cfr. *Contrato de Coalición 2021-2025: Atreverse a Más Progreso*, pág. 6, y págs. 75 y ss.
[4] Cfr. Central Federal para la Formación Política, febrero 2020, *Daten und Fakten: Arbeitslosigkeit*.
[5] El Tribunal Federal de Cuentas, de conformidad con el parágrafo 1, inciso 1, de la Ley del Tribunal Federal de Cuentas, es una suprema autoridad administrativa federal y, como órgano independiente, está sometido únicamente a la Ley.
[6] Cfr. Central Federal para la Formación Política, octubre 2020, *Die öffentliche Arbeitsvermittlung*.
[7] Cfr. Cámara Baja alemana, septiembre 2003, Actas 15/1516, especialmente pág. 1, y págs. 41 y ss.; y *Boletín Oficial Federal* I, 2003, pág. 2954.
[8] Cfr. parágrafo 7, apartado 1, inciso 1, núms. 1 a 4, del SGB II, en conexión con el parágrafo 7, apartado 2, inciso 1, del SGB II.

prestaciones que pueden trabajar, y/o sus hijos solteros menores de 25 años[9]. Para el examen de la necesidad de asistencia y la determinación de la cuantía de la prestación, se considera la comunidad de necesidades en su integridad. En la práctica, no obstante, primero se determinan las necesidades de los miembros individuales de la comunidad de necesidades. De éstas, se deducen a su vez hasta cierto punto los ingresos y bienes (con la concesión de bonificaciones). Si el resultado es el derecho a la prestación, y éste no puede ser cubierto por medio de la asistencia de familiares o de otros gestores de prestaciones de seguridad social[10], entonces el derecho se establece de conformidad con el SGB II.

Como prestación de seguridad social financiada con impuestos, el importe de las prestaciones (pasivas) no se basa en ingresos obtenidos previamente, sino que se limita a la cuantía que resulta obligatoriamente necesaria para la garantía de la existencia[11]. En consecuencia, la cuantía del derecho prestacional se mide de manera que se garantice económicamente tanto la existencia física como también la participación en la vida política, cultural y social[12]. Las necesidades a que se refiere el SGB II consisten, según el parágrafo 19, apartado 13, inciso 3, del SGB II, en la necesidad ordinaria, la necesidad adicional y la necesidad de alojamiento y calefacción. La necesidad ordinaria se abona como importe global mensual[13]. Literalmente y jurídicamente, las necesidades adicionales representan un complemento a la necesidad ordinaria. Si las necesidades no se llegan a cubrir por medio de la necesidad ordinaria, entonces determinados grupos de personas pueden reclamar la necesidad adicional a que se refiere el parágrafo 21 del SGB II. A diferencia de la necesidad ordinaria y de la necesidad adicional, la concesión de prestaciones de alojamiento y calefacción no se rige por una tasa de prestación global, sino que se adopta en función de la cuantía de los gastos reales, en la medida en que éstos se consideran apropiados de acuerdo con los valores municipales locales.

A la gama de prestaciones del SGB II, además, también pertenecen las prestaciones para la inserción en el trabajo (prestaciones activas). Las prestaciones de inserción son amplias, y comprenden tanto el asesoramiento como también la concesión de prestaciones para la preparación o para el comienzo de un empleo o de una acción de formación profesional. Como parte del presupuesto de colocación, se pueden reembolsar por los gestores de los servicios, por ejemplo, los costes de solicitud o los costes de viajes a las entrevistas de trabajo[14]. Pero también se incluyen en el repertorio de las prestaciones de inserción, asimismo, ayudas a los empresarios (por ejemplo, ayudas para la inserción) o la financiación de la formación continua.

En resumen, el aseguramiento básico para los demandantes de empleo sirve para el reforzamiento de la justicia social y de la igualdad de oportunidades en Alemania. Sin embargo, la motivación de la Ley pone el foco, ante todo, en la activación de las capacidades de autoayuda[15]. En consecuencia, las prestaciones de carácter activo (prestaciones para la inserción en el trabajo) deben tener prioridad sobre las prestaciones pasivas (prestaciones en dinero). En términos del Estado social activo, se aplica lo siguiente: «no hay derechos sin responsabilidades»[16] - no hay derechos sin obligaciones. Este principio de prestación y de contraprestación se refleja en el fundamento determinante del SGB II: fomentar y exigir[17]. En consecuencia, la concesión de la prestación se anuda al cumplimiento de determinadas obligaciones. Si una persona con derecho a la prestación no

[9] Cfr. parágrafo 7, apartado 3, del SGB II.
[10] Cfr. parágrafo 9, apartado 1, del SGB II, en conexión con el parágrafo 5 del SGB II.
[11] Cfr. parágrafo 1, apartado 1, del SGB II.
[12] Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional de 9.2.2010, referencia oficial 1 BvL 1/09, marg. 135.
[13] Cfr. parágrafo 20, apartado 1, inciso 3, del SGB II.
[14] Cfr. parágrafo 16 del SGB II, en conexión con el parágrafo 44 del Libro Tercero del Código alemán de Seguridad social (esto es, en su acrónimo en alemán, SGB III).
[15] Cfr. Cámara Baja alemana, septiembre 2003, Actas 15/1516, pág. 51.
[16] Cfr. GIDDENS, Anthony, *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*, Polity Press (Cambridge, 1999), pág. 65.
[17] Cfr. Central Federal para la Formación Política, febrero 2020, *Aktivierender Staat und aktivierende Arbeitsmarktpolitik*.

cumple estos deberes sin un motivo importante, entonces el *Jobcenter* debe limitar el derecho al pago (exigir). Al gestor de la prestación no le corresponde ninguna discreción al respecto[18]. En sentido contrario, se encuentra el tenor literal de la ley en relación con las prestaciones activas (fomentar), cuya concesión queda a discreción del *Jobcenter*[19].

3. «ATREVERSE A MÁS PROGRESO» - EL CONTRATO DE COALICIÓN

El primer objetivo declarado de la nueva coalición entre el SPD, los Verdes y el FDP es que debe convertirse «el Estado social en más cercano al ciudadano, más transparente y menos burocrático»[20]. Al respecto, según el Contrato de Coalición, es necesario avanzar en la digitalización de las prestaciones. Se deben simplificar los umbrales de acceso y la posibilidad de reclamación de prestaciones estatales, y así, contribuir a una mejora de la proximidad ciudadana[21]. Además, el nuevo Gobierno planea sustituir el aseguramiento básico para demandantes de empleo por un subsidio para el ciudadano. El objetivo prioritario de la nueva prestación de seguridad social debe ser el de respetar la dignidad de las personas y el de mejorar el fomento de la participación social[22]. Su formulación ya indica que, en la configuración futura del subsidio para el ciudadano, deben tomarse en consideración los puntos críticos del pasado. Asimismo, se presenta la posibilidad, de un lado, de anclar la nueva regulación a la jurisprudencia existente; y de otro lado, de incorporar las experiencias de la pandemia. Cabe reconducir las modificaciones planeadas a los tres ámbitos temáticos que se mencionan a continuación.

3.1. APERTURA DE LOS REQUISITOS DE ACCESO

En principio, después de perder su trabajo en Alemania, las personas tienen derecho inicialmente a la prestación por desempleo a que se refiere el Libro Tercero del Código alemán de Seguridad Social (esto es, en su acrónimo en alemán, el SGB III). Aquí, el requisito previo es que el solicitante haya mantenido una relación laboral con deber de cotizar a la seguridad social, o que tuviera deber de cotizar por otros motivos (por ejemplo, percepción del subsidio de incapacidad temporal), al menos doce meses en los últimos 30 meses anteriores a su inscripción como demandante de empleo[23]. La cuantía de la prestación de desempleo a que se refiere el SGB III se basa, por simplificar, en el salario promedio del último año[24]. Los desempleados perciben un 60 ó un 67 por ciento de ello, por un período de 6 a 12 meses[25]. Tras el transcurso del período a que se refiere el SGB III, las personas tienen en principio un derecho a prestaciones, en virtud del SGB II («Hartz IV»).

Para mitigar financieramente la pérdida de estatus asociada a la percepción del «Hartz IV», los beneficiarios del aseguramiento básico para demandantes de empleo que antes habían percibido las prestaciones a que se refiere el SGB III, recibían en el pasado un complemento temporal[26]. Éste se habilitó tras el primer año, y se eliminó después de 2 años[27]. Con la Ley de acompañamiento de los presupuestos del año 2011, este complemento se suprimió sin sustituto[28]. El subsidio para el ciudadano del Contrato de Coalición prevé ahora, de nuevo, la introducción de normas destinadas a reducir cualquier pérdida de estatus. Sin embargo, no se planea una vinculación a los ingresos

[18] Cfr. WEBER, Anja, *Juris Praxiskommentar SGB II*, 5ª ed., Juris (Saarbrücken, 2020), parágrafo 32, marg. 59.
[19] Cfr. parágrafos 2 y ss. del SGB II.
[20] Cfr. *Contrato de Coalición 2021-2025: Atreverse a Más Progreso*, pág. 72.
[21] *Ibidem*.
[22] *Ibidem*, pág. 6.
[23] Cfr. parágrafo 137, apartado 1, núm. 3, del SGB III; parágrafo 142, apartado 1, inciso 1, del SGB III.
[24] Cfr. parágrafos 149 y ss. del SGB III.
[25] Cfr. parágrafo 147, apartado 2, del SGB III.
[26] 160 euros para personas solteras, 320 euros para parejas (cónyuges) no separadas, y 60 euros por cada hijo menor de edad que conviva con la persona con derecho al complemento.
[27] Cfr. Cámara Baja alemana, septiembre 2003, Actas 15/1516, pág. 47.
[28] Cfr. Ley de acompañamiento de los presupuestos de 2011, *Boletín Oficial Federal*, diciembre 2010, artículo 15, núm. 4, pág. 1885.

anteriores, como en el pasado. En los dos primeros años de percepción del subisidio para el ciudadano, no debe efecturase ninguna valoración de bienes ni tampoco debe examinarse la idoneidad de los costes de alojamiento[29].

Debido a la corona-pandemia, ya existe un acceso simplificado a las prestaciones del aseguramiento básico para demandantes de empleo. En consecuencia, la verificación del patrimonio está parcialmente suspendida desde el comienzo de la pandemia, esto es, no se lleva a cabo ningún examen del patrimonio, en la medida en que los solicitantes manifiesten no disponer de ningún bien importante (más de 60.000 euros por un miembro del domicilio, y 30.000 para cada miembro adicional del domicilio)[30]. No existe una formulación tan restrictiva para los primeros dos años en el Contrato de Coalición. Sólo se indica que se incrementarán los bienes no computables (bienes de ahorro) y que se simplificará su verificación. De ello, cabe concluirse que, al menos tras el transcurso de dos años, deben adoptarse las normas del acceso simplificado, con inclusión del examen de los bienes, siempre que los solicitantes declaren que su patrimonio no es importante en el sentido de la ley.

Según el Contrato de Coalición, los costes reales de alojamiento y de calefacción siempre deben tomarse en consideración en los primeros dos años[31]. Esto también se corresponde con la actual regulación transitoria, en el marco del acceso simplificado. Tras el transcurso de los dos años, debe seguir realizándose la verificación de la idoneidad de los costes de alojamiento y caleacción. Los costes reales de alojamiento y calefacción sólo se cubren en la medida en que se consideren adecuados, de acuerdo con los valores municipales locales. Si los costes exceden del alcance adecuado, como regla, se reconocen como máximo para seis meses y, además, se reducen al importe adecuado[32]. Si al beneficiario de la prestación no le resulta posible disminuir sus costes en ese período (por ejemplo, mudándose), entonces debe pagar él mismo la diferencia respecto de las necesidades reales de alojamiento y calefacción.

En relación con la práctica existente, de reconocimiento sólo parcial de los costes de alojamiento, se critica, de un lado, que los valores municipales a menudo son demasiado pequeños. En los últimos años, se observa un enorme aumento de los alquileres. Esto incrementa, para los perceptores de la prestación, la presión de desplazamiento en zonas del interior de la ciudad -se promueve la gentrificación[33]-. De otro lado, cada municipio elabora sus propios conceptos específicamente regionales, relativos a la declaración de la idoneidad. Sin embargo, éstos no cumplen en su mayoría con los requisitos que impone la jurisprudencia para un concepto concluyente[34]. En este contexto, la coalición planea una mejora de las normas legales para la determinación de los límites de la idoneidad. La concesión debe hacerse más transparente en el futuro y llevarse a cabo según un importe global específicamente regional, que se examine anualmente y, llegado el caso, se pueda adaptar[35]. Esto es una clara desviación de la práctica actual, la cual, de un lado, tiene en cuenta las características específicamente regionales; y de otro lado, puede aumentar la transparencia y la aplicación jurídicamente segura, a través de una norma de ámbito federal sobre importes globales. Sin embargo, en qué medida se pretende aumentar los costes de alojamiento y calefacción a reconocer, es un tema que sigue abierto.

[29] Cfr. *Contrato de Coalición 2021-2025: Atreverse a Más Progreso*, pág. 75.

[30] Cfr. parágrafo 67, apartados 2 y ss., del SGB II, en conexión con Agencia Federal de Empleo (diciembre 2021), *Weisungen zum Gesetz für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2 sowie ergänzende Regelungen*, núm. 1.2, apartado 4.

[31] Cfr. *Contrato de Coalición 2021-2025: Atreverse a Más Progreso*, pág. 75.

[32] Cfr. parágrafo 22, apartado 1, inciso 3, del SGB II.

[33] Cfr. HOLM, Andrej, *Zwangsräumungen und die Krise des Hilfesystems in Berlin*, Humboldt-Universität zu Berlin-Institut für Sozialwissenschaften, Stadt- und Regionalsoziologie (Berlín, 2015), págs. 35 y ss.

[34] Cfr. BERLIT, Uwe, «Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zu den Kosten der Unterkunft (Teil 1)», Infoalso, núm. 6 (2014), pág. 243.

[35] Cfr. *Contrato de Coalición 2021-2025: Atreverse a Más Progreso*, pág. 75.

Las condiciones más fáciles de acceso en los primeros dos años pueden conducir a que los perceptores de la prestación se pueden concentrar prioritariamente en su integración (sostenible) en el mercado de trabajo, sin llegar a estar cohibidos por la presión financiera. En este contexto, no obstante, hay que señalar que casi dos tercios de todos los beneficiarios de prestaciones ordinarias, han estado percibiendo prestaciones más de 2 años. Las mejoras expuestas anteriormente, por tanto, afectan a la parte más pequeña de los perceptores de prestaciones[36].

Finalmente, los requisitos de acceso se abren de tal forma que, en relación con los límites de ingresos, se deben incrementar los importes libres de impuestos que no se toman en consideración. Los ingresos de los estudiantes de secundaria y universitarios deberían quedar incluso en el futuro al margen del cómputo[37]. El nuevo Gobierno envía aquí una señal importante: el trabajo también debe retribuirse durante la percepción de la prestación.

En relación con el cálculo de los ingresos, la coalición-semáforo también planea un cambio en el cálculo de ingresos, del actual horizontal a uno vertical. Hasta ahora, los ingresos se repartían proporionalmente en la comunidad de necesidades en su conjunto, con independencia de quién los ganase. En el futuro, los ingresos se deben imputar primero a la persona que los perciba, y sólo se reparte en la comunidad de necesidades la parte que excede. Sin embargo, esto podría tener sólo un impacto estadístico. Si todas las parsonas de la comunidad de necesidades están necesitadas de asistencia, en relación con el cálculo horizontal de los ingresos, entonces queda fuera de la estadística en el futuro aquel perceptor de prestaciones que percibe los ingresos (en exceso).

Las nuevas normas planeadas conducen a la apertura del acceso a la prestación a que se refiere el SGB II. Las comunidades de necesidades que actualmente estaban excluidas, debido al patrimonio o al exceso de ingresos, podrían en el futuro tener derecho a prestaciones. En la práctica, esto aumenta el número de personas atendidas en los *Jobcenters*. Quizá, por eso, en el Contrato de Coalición también se anuncia el examen de en qué medida los beneficiarios de prestaciones que mantienen una relación laboral con deber de aseguramiento en la seguridad social, en el futuro, pueden ser atendidos en las oficinas de empleo (gestores de prestaciones del SGB III). Esto también mejora el acceso y la oferta para las personas atendidas en ofertas de asistencia al amparo del SGB III[38]. ¿El modelo de comunidad de necesidades se disgrega por causa de la atención principal en el *Jobcenter*? ¿Se encuentran estas consideraciones en línea con el objetivo de la nueva normativa de configurar prestaciones de seguridad social menos complicadas y más cercanas al ciudadano y, en la medida de lo posible, agrupadas?[39]. En la práctica, según muestra la experiencia, esto puede conducir a cambios en la responsabilidad, o a competencias poco claras[40]. Al menos, el beneficio real para el perceptor individual de la prestación es cuestionable.

3.2. ASESORAMIENTO EN PIE DE IGUALDAD

El Contrato de Coalición promete adaptar el marco legal de tal manera que en el futuro «resulte posible un asesoramiento en pie de igualdad y se pueda desarrollar una relación de confianza [entre el perceptor de la prestación y el especialista en colocación]»[41]. En este sentido, el factor decisivo es que la coalición-semáforo planea abolir el principio de prioridad de la colocación. En el contexto del SGB II, la prioridad de la colocación significa que la colocación en un empleo que cubre las necesidades/sin subsidio tiene preferencia sobre la concesión de prestaciones pasivas y, también, sobre la cualificación. De ahora en adelante, de acuerdo con el Contrato de Coalición, la formación continua y la cualificación deben situarse en el foco de la financiación. Entre otras cosas,

[36] Cfr. Estadísticas de la Agencia Federal de Empleo, junio 2021, *Verweildauern im SGB II*.
[37] Cfr. *Contrato de Coalición 2021-2025: Atreverse a Más Progreso*, pág. 77.
[38] *Ibidem*.
[39] Cfr. *Contrato de Coalición 2021-2025: Atreverse a Más Progreso*, págs. 75 y ss.
[40] Cfr. Diaconía de Alemania [esto es, Cáritas protestante], diciembre 2021, *Erste Einschätzung zum Koalitionsvertrag 2021-2025*, pág. 10.
[41] Cfr. *Contrato de Coalición 2021-2025: Atreverse a Más Progreso*, pág. 75.

está previsto ampliar la regulación de primas por formación continua y otras medidas de fomento. Los perceptores de prestaciones también deben recibir un subsidio mensual de formación continua en cuantía de 150 euros, para la cualificación profesional[42]. Además, se promete un bonus temporal para la participación en medidas de fomento y de apoyo[43]. De esta forma, se establecen incentivos centrados en la motivación para la formación continua. Los resultados de los estudios del Instituto para la Investigación Ocupacional y del Mercado de Trabajo confirman el rumbo de la nueva regulación. En consecuencia, la aceptación de un trabajo por parte de perceptores de prestaciones a menudo era sólo por una breve duración. Los empleos aceptados con ingresos más altos y mayor nivel de exigencia eran, en comparación, en su mayoría más estables (duración de 12 meses o más)[44]. El nuevo Gobierno parece haberlo reconocido, y afirma que el subsidio para el ciudadano debe «prestar un apoyo individual e integral»[45] y, ante todo, poner «en el punto central […] la asistencia para una integración sostenible»[46].

En relación con la colocación y el asesoramiento, además, el nuevo Gobierno planea ampliar la Ley de oportunidades de participación y eliminar plazos. En el marco de esta Ley, se creó un instrumento para el SGB II, el cual posibilita la participación por medio de empleos subvencionados públicamente, al igual que facilita complementos parciales de costes salariales en conexión con el acompañamiento de *coaching*. Las disposiciones legales del parágrafo 16e del SGB II, y del parágrafo 16i del SGB II, se dirigen especialmente a la mejora de la empleabilidad de perceptores de prestaciones en desempleo de larga duración, y se limitaron hasta el 31.12.2021.

Otros planes, como la introducción de un límite de escaso valor para las reclamaciones y la asignación de tareas a otros gestores de prestaciones (declaración de la aptitud para trabajar), deben conducir a liberar de carga a los *Jobcenters* y, con ello, a una mejora en la tasa de atención en los *Jobcenters*. Ya en el año 2017, el Instituto para la Investigación Ocupacional y del Mercado de Trabajo declaró que un aumento en la cantidad de personal para la atención de los perceptores de prestaciones cercanos al mercado de trabajo, conduciría a un incremento de las probabilidades de ocupación y, también, desarrollaría positivamente la estabilidad de los empleos sujetos al deber de aseguramiento en la seguridad social. Como resultado, aumenta el número de extinciones de prestaciones percibidas, mientras que disminuye el número de medidas políticas relativas al mercado de trabajo utilizadas. También podrían determinarse los efectos positivos en relación con los perceptores de prestaciones alejados del mercado de trabajo[47].

En el Contrato de Coalición se encuentran numerosos elementos positivos, especialmente en relación con el proceso de asesoramiento. Si se lleva a cabo la realización de los planes anteriores, el nuevo Gobierno estará más cerca del objetivo de poner en el punto central el potencial de las personas, al menos en el proceso de asesoramiento. La medida en que este objetivo pueda alcanzarse real y plenamente, sin embargo, se verá influida significativamente por la configuración futura de las normas sancionadoras.

3.3. ADAPTACIÓN DEL MARCO JURÍDICO RELATIVO A SANCIONES

Como infracción del deber colaboración se incluye, entre otros, la falta injustificada a una cita notificada, la negativa a cumplir las obligaciones del acuerdo de inserción, a aceptar o continuar un trabajo razonable o la respectiva formación, y la no aceptación o la interrupción de una medida

[42] *Ibidem*, pág. 68.
[43] *Ibidem*, pág. 76.
[44] Cfr. Toma de posición del Instituto para la Investigación Ocupacional y del Mercado de Trabajo, 5/2021, *Vorschläge zur Reform der Grundsicherung für Arbeitsuchende und weiterer Gesetze zur sozialen Absicherung*, págs. 24 y ss.
[45] Cfr. *Contrato de Coalición 2021 - 2025: Atreverse a Más Progreso*, pág. 76.
[46] *Ibidem*, pág. 75.
[47] Cfr. Toma de posición del Instituto para la Investigación Ocupacional y del Mercado de Trabajo, 2/2017, *Verringerung der Langzeitarbeitslosigkeit*, págs. 8 y ss.

razonable[48]. Si se constata la existencia de un hecho sancionable por parte del gestor de la prestación, y el perceptor de la prestación no puede invocar un motivo importante para el incumplimiento de la norma, la ley exige obligatoriamente una reducción de tres meses en el derecho prestacional. En caso de infracción reincidente del deber de colaboración, la ley prevé una reducción gradual de las prestaciones, o una suma de las reducciones hasta la pérdida total del derecho al pago (incluidas las prestaciones de alojamiento y calefacción)[49]. Los beneficiarios de prestaciones con capacidad para trabajar que hayan cumplido 15 años, pero que no tengan 25 años de edad, están sujetos a normas sancionadoras todavía más estrictas. Aquí, el primer incumplimiento obligacional conduce a una limitación en la necesidad de alojamiento y calefacción, y un incumplimiento obligacional repetido conduce inmediatamente a la pérdida del derecho prestacional. El gestor de la prestación apenas dispone de discrecionalidad en relación con la duración y la cuantía de la reducción. En el tenor de la ley tampoco está prevista la anulación de la sanción, en caso de retomarse la colaboración. Las normas legales son rígidas e inflexibles en relación con la posibilidad de mitigación[50]. En el año 2019, las disposiciones legales fueron declaradas parcialmente inconstitucionales por Sentencia del Tribunal Federal Constitucional. La sentencia en cuestión limitó la cuantía de la minoración a un máximo mensual del 30% de la necesidad ordinaria determinante[51]. Se consideró que recortes más altos de la prestación eran incompatibles con la Constitución. Según la sentencia, debe posibilitarse al *Jobcenter* la toma de decisiones discrecionales en el futuro. Por lo tanto, el *Jobcenter* debe tener la posiblidad de absternerse de sancionar en caso de disficultades especiales, o de acortar el período de reducción en casos concretos[52]. Esto creó espacio para una flexibilización del sistema sancionador.

Cabe suponer que la sentencia del Tribunal Federal Constitucional se asumirá por el legislador futuro. El Contrato de Coalición va incluso más allá, y se refiere a los deberes de colaboración: «Serán reorganizados por ley como más tardar a finales de 2022. La nueva regulación viene precedida de una evaluación»[53]. Esto también es consecuencia de la sentencia mencionada. Apoyándose en la sentencia, la nueva regulación planea recortar los costes de alojamiento como consecuencia de una sanción, y suprimir las sanciones más duras para los menores de 25 años. En el futuro, en caso de sanción a los jóvenes, debe hacerse una oferta de *coaching*, en cooperación con el asistente social de menores local[54]. En comparación con las políticas anteriores, esto es una inversión. Durante mucho tiempo, los expertos ya criticaron que las sanciones más duras no se encuentran científicamente justificadas[55]. Las reglas mucho más duras a menudo han llevado a que los jóvenes se retirasen por completo del sistema[56]. Se constataron efectos negativos a largo plazo, como la caída de los ingresos y el aumento de la dependencia de las prestaciones del aseguramiento básico[57]. Hasta la transposición material por ley de las modificaciones planeadas, está prevista una moratoria de un año respecto de las sanciones por debajo el mínimo existencial (más del 30%).

En resumen, la coalición-semáforo ha reconocido que el sistema actual de sanciones dificulta la creación de una relación de confianza entre el destinatario de la prestación y el gestor de la prestación. El Contrato de Coalición muestra algunos enfoques positivos, para establecer más

[48] Cfr. parágrafo 32 del SGB II, y parágrafo 31, apartado 1, del SGB II.
[49] Cfr. parágrafos 31 y ss. del SGB II.
[50] Cfr. Tribunal de Seguridad Social de Gotha, Auto de remisión [de cuestión prejudicial] de 26.05.2015, referencia oficial S 15 AS 5157/14, margs. 338 y ss.
[51] Cfr. Sentencia del Tribunal Federal Constitucional de 05.11.2019, referencia oficial 1 BvL 7/16, margs. 214 y ss.
[52] *Ibidem*, margs. 216 y ss.
[53] Cfr. *Contrato de Coalición 2021-2025: Atreverse a Más Progreso*, pág. 76.
[54] *Ibidem*.
[55] Cfr. Cámara Baja alemana, junio 2011, Actas de Comisión 17 (11) 538, pág. 10.
[56] Cfr. Instituto para la Investigación Ocupacional y del Mercado de Trabajo, mayo 2010, *IAB-Kurzbericht*, núm. 10, págs. 5 y ss.
[57] Cfr. NIVOROZHKIN, Anton y WOLFF, Joachim, «Give them a break! Did activation of young welfare recipients overshoot in Germany?», en *Beiträge zur Jahrestagung des Vereins für Socialpolitik 2012: Neue Wege und Herausforderungen für den Arbeitsmarkt des 21. Jahrhunderts* (Berlín, 2012), págs. 25 y ss.

transparencia y cercanía al ciudadano en el proceso de asesoramiento. No obstante, también se aclara que, aunque deban reordenarse los principios jurídicos, se deben respetar en principio los deberes de colaboración[58]. El nuevo Gobierno promete, sin embargo, la introducción de un período de confianza (sin sanciones) de seis meses y el establecimiento de un mecanismo de arbitraje en casos de conflicto, aunque seguir aferrándose a una normativa sancionadora se opone por principio a la generación de confianza y a la deseada relación en pie de igualdad. Las modificaciones planeadas en el sistema sancionador también resultan ser más pequeñas de lo exigido por los críticos. El lema «exigir y fomentar» también es el principio decisivo -ninguna prestación sin contraprestación- en relación con el subsidio para el ciudadano. Pone en primer plano una imagen de la persona que debe estar motivada por la amenaza de castigo, y esta «motivación» no podría alcanzarse con medios más suaves. Sin embargo, por la psicología del aprendizaje se sabe que las medidas represivas sofocan las malas conductas, pero no conducen automáticamente a un comportamiendo adecuado. Más bien, los efectos duraderos se logran a través del refuerzo positivo[59]. Desde hace mucho tiempo, el principio de establecimiento de incentivos ha encontrado su lugar en el mercado de trabajo. Los empresarios intentan motivar a los trabajadores, para una mejor prestación, por medio del *employer branding* y de condiciones de trabajo atractivas. En el sistema alemán de seguridad social, este principio todavía no es dominante. Existen pautas para la configuración de un sistema centrado en la motivación[60]. Sin embargo, no hay evaluaciones sobre esta temática.

3.4. ASEGURAMIENTO BÁSICO DE HIJOS

Además del subsidio para el ciudadano, se planean otras modificaciones que tendrán impacto en el texto actual del SGB II. La coalición quiere reformar el apoyo a la familia y, por lo tanto, mejorar las oportunidades para los hijos. La coalición-semáforo quiere fusionar en una prestación los apoyos financieros anteriores (subdidio de hijos, complemento por hijos, partes de los paquetes de formación y de participación, y prestaciones para hijos contenidas en el SGB II y en el SGB III). El objetivo es que el aseguramiento básico de hijos pueda solicitarse sin burocracia, y se calcule y se pague automáticamente. El aseguramiento básico de hijos debe constar de dos componentes, una cantidad garantizada con independencia de los ingresos y una cantidad adicional escalonada, dependiente de los ingresos de los padres[61]. El Contrato de Coalición deja abierta la cuestión de cuál deba ser exactamente la cuantía de esta prestación. Probablemente será mayor que antes, dado que la coalición quiere otorgar un complemento urgente, durante un período transitorio, para los hijos en riesgo de pobreza (perceptores de la prestación a que se refiere el SGB II / SGB XII o titulares del complemento por hijos)[62]. En este contexto, sin embargo, surge la pregunta de quién será competente en el futuro para la concesión de este aseguramiento básico de hijos. Esta nueva prestación afecta a diferentes actores de la seguridad social actual (entre otras, cajas de familias, *Jobcenters*, servicios sociales), por lo que la ejecución real debe estar bien planificada.

4. CONCLUSIÓN

En resumen, se puede afirmar que la coalición-semáforo asume las indicaciones de la jurisprudencia con las modificaciones planeadas, y tiene en cuenta los conocimientos del Instituto para la Investigación Ocupacional y del Mercado de Trabajo, así como del Tribunal Federal de Cuentas. El Contrato de Coalición retoma consecuentemente puntos críticos del pasado, aunque en su mayoría sólo en la medida mínima exigida. A partir del Estado social activador, hay algunos esfuerzos hacia un Estado social activo, que quiere reducir permanentemente el desempleo por

[58] Cfr. *Contrato de Coalición 2021-2025: Atreverse a Más Progreso*, págs. 75 y ss.
[59] Cfr. EDELMANN, Walter y WITTMANN, Simone, *Lernpsychologie*, 8ª ed., Beltz (Weinheim, 2019), págs. 73 y ss.
[60] Cfr., entre otros, BRECHT-HEITZMANN, Holger y PANNENBERG, Maria, «Fördern statt Fordern - Anreizsystem als Alternative zu Sanktionen?», *Sozialrecht aktuell*, núm. Extraordinario (2021), págs. 188 y ss.
[61] Cfr. *Contrato de Coalición 2021-2025: Atreverse a Más Progreso*, pág. 100.
[62] *Ibidem*.

medio de su política de empleo. Éste es un cambio necesario, dado que las condiciones y las exigencias han cambiado de manera relevante en el mercado de trabajo desde la introducción del SGB II. A pesar del corona, la economía alemana se desarrolla comparativamente de manera estable/positiva, en lugar de desempleo masivo, existe incluso pleno empleo (tasa de desempleo entre el dos y el cuatro por ciento) y escasez de trabajadores cualificados en muchas regiones[63].

Sin embargo, no se aborda uno de los puntos centrales de controversia en el sistema de aseguramiento básico existente, que es la necesidad ordinaria o la determinación de la necesidad ordinaria. Según los críticos, no se tiene en cuenta el fuerte aumento de los costes de subistencia y la carestía por causa de la inflación. Además, la determinación es arbitraria e inconstitucional[64]. La concesión de un complemento urgente en relación con el aseguramiento básico de hijos apunta, al menos, a un nuevo cómputo del mínimo existencial de los hijos. Cabe estar de acuerdo con la opinión de la Diaconía alemana: «Esto puede ser una puerta política y jurídica abierta a la revisión del sistema, también en relación con la determinación del mínimo existencial para adultos»[65].

El Contrato de Coalición constituye un comienzo, que puede conducir a un sistema reformado. La coalición-semáforo tiene más reformas en perspectiva, las cuales deben ser preparadas por una comisión independiente. Esto recuerda mucho en su tenor literal a la introducción original del «Hartz IV». En el proyecto de ley de entonces, relativo a una Cuarta ley para las prestaciones modernas de servicios en el mercado de trabajo, se encontraba el siguiente texto: «Por ello, en el año 2002, el Gobierno federal creó la Comisión de prestaciones modernas de servicios en el mercado de trabajo, con la función de elaborar propuestas para la institución de un nuevo orden en el mercado de trabajo»[66]. Por lo tanto, el Contrato de Coalición podría ser un primer paso hacia la reforma del sistema de seguridad social en Alemania. Pero esto no cabe esperarlo en esta legislatura. En general, las modificaciones no son suficientes como para hablar ya ahora de un cambio de paradigma. No hay que alejarse del principio exigir y fomentar, sino más bien realizar las necesarias adaptaciones legales. Las modificaciones planeadas no son una respuesta a largo plazo a los desafíos de un mundo laboral que cambia con rapidez, y que será moldeado significativamente por medio de la digitalización. El subsidio para el ciudadano parece representar más bien un sistema transitorio, hasta que se concluya el desarrollo de una reforma del modelo de más amplio alcance.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BERLIT, Uwe, «Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zu den Kosten der Unterkunft (Teil 1)», Infoalso, núm. 6 (2014).

BRECHT-HEITZMANN, Holger y PANNENBERG, Maria, «Fördern statt Fordern - Anreizsystem als Alternative zu Sanktionen?», *Sozialrecht aktuell*, núm. Extraordinario (2021).

EDELMANN, Walter y WITTMANN, Simone, *Lernpsychologie*, 8ª ed., Beltz (Weinheim, 2019).

GIDDENS, Anthony, *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*, Polity Press (Cambridge, 1999).

HOLM, Andrej, *Zwangsräumungen und die Krise des Hilfesystems in Berlin*, Humboldt-Universität zu Berlin-Institut für Sozialwissenschaften, Stadt- und Regionalsoziologie (Berlín, 2015).

[63] Cfr. Agencia Federal de Empleo, diciembre 2021, *Monatsbericht zum Arbeits- und Ausbildungsmarkt*.

[64] Cfr., entre otros, LENZE, Anne, «Verfassungsrechtliches Kurzgutachten zur Fortschreibung der Regelbedarfsstufen nach § 28a SGB XII zum 1.1.2022» (2021), págs. 1 y ss., accesible en Internet a través del siguiente enlace: https://www.der-paritaetische.de/fileadmin/user_upload/Schwerpunkte/Armut_abschaffen/doc/Kurzgutachten_Lenze_09.2021.pdf.

[65] Cfr. Diaconía de Alemania, *Erste Einschätzung zum Koalitionsvertrag 2021-2025*, diciembre 2021, pág. 9.

[66] Cfr. Cámara Baja alemana, septiembre 2003, Actas 15/1516, pág. 1.

LENZE, Anne, «Verfassungsrechtliches Kurzgutachten zur Fortschreibung der Regelbedarfsstufen nach § 28a SGB XII zum 1.1.2022» (2021), accesible en Internet a través del siguiente enlace: https://www.der-paritaetische.de/fileadmin/user_upload/Schwerpunkte/Armut_abschaffen/doc/Kurzgutachten_Lenze_09.2021.pdf.

NIVOROZHKIN, Anton y WOLFF, Joachim, «Give them a break! Did activation of young welfare recipients overshoot in Germany?», en *Beiträge zur Jahrestagung des Vereins für Socialpolitik 2012: Neue Wege und Herausforderungen für den Arbeitsmarkt des 21. Jahrhunderts* (Berlín, 2012).

WEBER, Anja, *Juris Praxiskommentar SGB II*, 5ª ed., Juris (Saarbrücken, 2020).

Coordinación de las prestaciones familiares en la Unión Europea
Coordination of family benefits in the European Union

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ *Investigadora asociada a la Universidad Anáhuac, México.*
marb_cap@hotmail.com
https://orcid.org/0000-0002-7927-3006

Cita sugerida: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, V.L. " Coordinación de las prestaciones familiares en la Unión Europea ". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 31 (2022):* 159-172.

Resumen

Partiendo de la idea, que en la Unión Europea impera un sistema de coordinación de los disímiles sistemas de Seguridad Social de los Estados que integran la organización internacional y no la armonización, en este trabajo se analiza la regulación de las prestaciones familiares en los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. Con base en el método comparado, en la última parte del trabajo son presentadas las propuestas de reformas a las prestaciones familiares en el Reglamento de base y su Reglamento de aplicación.

Palabras clave

Unión Europea; seguridad social; coordinación; reglamento; prestaciones familiares

Abstract

Starting from the idea that in the European Union prevails a coordination system of the dissimilar Social Security systems of the States that make up the international organization and not harmonization, this paper analyzes the regulation of family benefits in Regulations 883 /2004 and 987/2009. Based on the comparative method, in the last part of the work the proposals for reforms to family benefits are presented in the Basic Regulation and its Application Regulation.

Keywords

European Union; social security; coordination; regulation; family benefits

1. INTRODUCCIÓN

Desde la Antigüedad hasta nuestros días, la familia como institución ha ocupado un lugar importante en todos los ámbitos de la vida. Su regulación en el Derecho de la Seguridad Social, principalmente, está encaminada a brindar protección y seguridad jurídica al asegurado y a los miembros que integran su familia, a través de las prestaciones conferidas de reunir los requisitos establecidos en la normatividad aplicable.

Las prestaciones familiares han tenido un espacio residual en los sistemas de Seguridad Social, al grado de atribuírsele los calificativos de la Cenicienta[1] o la pariente pobre de la Seguridad Social.[2] En los últimos años se ha prestado una mayor atención a la regulación de las prestaciones familiares en los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 como resultado de su interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de las propuestas presentadas por las instituciones europeas con la finalidad de simplificar y modernizar ambos instrumentos comunitarios para adecuarlos al panorama actual.

A través de este trabajo se expone la regulación de las prestaciones familiares en el sistema de coordinación de Seguridad Social en la Unión Europea y las propuestas de revisión y modificación de este tipo de beneficios con la finalidad de que sean otorgadas de manera pronta y oportuna a sus titulares.

[1] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Prestaciones Familiares", *Revista de derecho de la Seguridad Social,* número 2, Laborum, 1er trimestre 2015, p. 104.

[2] MONEREO PÉREZ. J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Las prestaciones familiares, ese pariente pobre de la Seguridad Social", *Revista de derecho de la Seguridad Social,* número 6, Laborum, 1er trimestre 2016, p. 13.

Fecha Recepción: 11/1/2022 - Fecha Revisión: 3/2/2022 - Fecha Aceptación: 4/2/2022
Pags. 159-172

2. EL SISTEMA DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

El Derecho de la Unión Europea no desempeña una labor de unificación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembro. Las principales causas de ello obedecen a la ausencia de una verdadera identidad europea que hiciera posible la aplicación de esquemas de solidaridad[3]a nivel comunitario, además en sus inicios, la Comunidad Económica Europea (CEE) careció de competencia para regular la materia de Seguridad Social al limitar su esfera de actuación al ámbito económico como su nombre lo indicaba. Frente a la importancia de lo económico, la política social en general y la Seguridad Social en particular, tuvieron un papel secundario, y por ello no se consideraron como elementos constitutivos y pilares fundamentales del proceso de integración europea.

Los diversos sistemas de Seguridad Social europeos al ser resultado de un proceso histórico en el que confluyeron factores políticos, económicos, sociales y culturales provocaron que los Estados diseñaran sus propios sistemas de Seguridad Social, determinaran las prestaciones que proporcionarían, las condiciones de admisibilidad, cómo se cuantificarían las prestaciones y qué cotizaciones deberían pagarse, por lo que en una especie de Torre de Babel de la Seguridad Social, es posible la convivencia de modelos contributivos y no contributivos, sostenidos por cotizaciones o a través de impuestos, con base en periodos de residencia o de seguro, protección profesional o común, de reparto o de capitalización.

En este contexto, en que los Estados miembro de la Unión Europea (UE), bajo el principio de territorialidad, se reconocen como soberanos en la aplicación de su normatividad social, existe gran renitencia en aceptar otras reglas que provengan de terceros países y en desprenderse de sus competencias, por lo que la instauración de cualquier tipo de armonización produce una fuerte oposición, no sólo en los países con modelos de Estados de bienestar más generosos, ante la posible amenaza de reducción de los beneficios sociales, sino también en aquellos en los que la cobertura es menor por miedo a perder competitividad a consecuencia del incremento de los costes sociales.

Bajo este panorama en que la armonización en el ámbito de la Seguridad Social es prácticamente irrealizable, el legislador comunitario realiza una labor de coordinación de los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembro con la finalidad de remover las trabas a la libre circulación de los trabajadores, pero sin que ello implique la renuncia o disminución de derechos adquiridos o las expectativas de derecho,[4]toda vez que la coordinación de los esquemas de Seguridad Social existentes en la Unión Europea, lejos de ser una condición previa del funcionamiento del mercado común fue una consecuencia de éste.

Además ante el rechazo de dotar a la UE de un texto constitucional, los gobiernos de la Unión avalaron en diciembre de 2007 el Tratado de Lisboa. Este ordenamiento, que entró en ejecución el 1º de diciembre de 2009, no sustituye a los tratados anteriores, sólo modificó el Tratado de la Unión Europea, que conserva su nombre, y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que bajo la denominación de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) introduce una nueva cláusula social de carácter horizontal que obliga a la UE a tener en cuenta, en la definición y ejecución de sus políticas, exigencias tales como un nivel de empleo elevado y

[3] VV.AA.: *La propuesta de seguro de desempleo europeo. Estado de la cuestión*, CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M. (Ed.), España, Laborum, 2015, p. 127.

[4] DERECHOS ADQUIRIDOS Y EXPECTATIVAS DE DERECHO, CONCEPTO DE LOS, EN MATERIA DE RETROACTIVIDAD DE LEYES. El derecho adquirido se puede definir como el acto realizado que introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, y ese hecho no puede afectarse, ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario; la expectativa del derecho es una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, conforme a la legislación vigente en un momento determinado. Pleno. Séptima Época. Semanario Judicial de la Federación. Volumen 145-150, Primera parte, página 53, sitio consultado https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/232511 [21 de noviembre de 2021].

duradero, la protección social adecuada, la lucha contra la exclusión social, así como un nivel elevado de educación, de formación y de protección de la salud humana,[5] por lo que la UE solo apoyará y complementará la acción de los Estados miembro en el ámbito de la Seguridad Social bajo los siguientes supuestos:[6]

a. Se evite establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas;

b. No se afecte la facultad reconocida a los Estados miembro de definir los principios fundamentales de sus sistemas de Seguridad Social, y

c. No afecte de modo sensible al equilibrio financiero de los sistemas de Seguridad Social.

Ante el carácter doméstico que ostenta en el espacio europeo la Seguridad Social y el papel de instrumento que se le atribuye para tratar de garantizar el ejercicio de la libertad de circulación por razones laborales, familiares o personales, aunadas al rechazo comunitario de la regulación armonizadora de las prestaciones de Seguridad Social, la intervención comunitaria opera bajo dos líneas de actuación: la primera de ellas, es la coordinación reglamentaria de los disimiles sistemas de Seguridad Social que imperan en los Estados miembro de la UE que sustituye a los numerosos acuerdos bilaterales, a la vez que garantiza una interpretación y protección uniforme de los derechos de los ciudadanos móviles de la UE y de los miembros de sus familias. La segunda línea es la armonización de los sistemas de Seguridad Social para expeler las contradicciones o las diferencias entre las disposiciones legislativas y administrativas de los Estados miembro y lograr el acercamiento de las legislaciones para la equiparación por la vía del progreso, en las condiciones de vida laborales de los trabajadores, por ello en este último rubro, se encuentra la emisión de Directivas y Decisiones como instrumentos de Derecho derivado de carácter vinculante (hard law).

3. EL REGLAMENTO 883/2004 Y SUS ÁMBITOS DE APLICACIÓN

El 30 de abril de 2004 se publicó el Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, cuyo ámbito de aplicación personal se circunscribe a los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea[7] a partir del 1º de mayo de 2010, fecha de inicio de la vigencia del Reglamento 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento de base.

A partir del 1º de abril de 2012, el Reglamento 883/2004 también es aplicable a los trabajadores de la Unión Europea y suizos que se desplacen a Suiza, para los trabajadores nacionales de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo,[8] además de los trabajadores, cualquiera que sea su nacionalidad, que se desplacen a Croacia a partir del 1º de julio de 2013.

Los miembros de familia y supérstites de personas que hayan estado sujetas a la legislación de uno o varios Estados miembro, cualquiera que sea la nacionalidad de éstas, si dichos supervivientes son nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, de un Estado Parte del Espacio Económico Europeo, de Suiza, así como a los refugiados o apátridas residentes en el territorio de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza también puede acogerse a la normativa del Reglamento 883/2004.

[5] Artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sitio consultado https://www.boe.es//doue/2010/083/Z00047-00199.pdf [22 de diciembre de 2021].

[6] Ibidem, artículo 153, apartado 1, letra c), y apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

[7] Artículo 2 del Reglamento 883/2004, sitio consultado https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-81111 [2 de enero de 2022].

[8] Son países pertenecientes al Espacio Económico Europeo: Islandia, Liechtenstein y Noruega.

De conformidad con el Reglamento (CE) número 1231/2010, a los nacionales de terceros países y a sus familiares también les resultan aplicables los Reglamentos 883/2004 y 987/2009,[9]pero es necesario acreditar la legalidad de la residencia en un Estado miembro de la Unión Europea. Como puede advertirse el elemento fundamental para ser sujeto protegido del Reglamento 883/2004 es el sometimiento a un régimen coordinado de Seguridad Social en el espacio europeo, toda vez que el Reglamento 883/2004, no instaura un sistema común de seguridad social, sino coordina a los distintos sistemas de seguridad social de los Estados miembro de la UE, con el objetivo de asegurar el ejercicio efectivo de la libre circulación de personas, teniendo como ámbito de aplicación material, la cobertura de las siguientes contingencias:[10]

a. Prestaciones de enfermedad (asistencia sanitaria e incapacidad temporal)
b. Prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas
c. Prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales
d. Prestaciones de invalidez
e. Pensiones de vejez (jubilación)
f. Prestaciones de supervivencia
g. Subsidios de defunción
h. Prestaciones por desempleo
i. Prestaciones familiares
j. Prestaciones de prejubilación
k. Prestaciones especiales en metálico no contributivas
l. Regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador.

Bajo esta tesitura, desde el punto de vista material, el Reglamento 883/2004 es aplicable a las prestaciones contributivas como a las no contributivas. El primer tipo de prestaciones exige requisitos mínimos de cotización, es decir, se requiere de haber abonado las cuotas de la Seguridad Social durante el tiempo que fije la legislación aplicable; mientras que las prestaciones de tipo no contributivo se cubren a los ciudadanos que se encuentran discapacitados, en situación de necesidad o carecen de recursos suficientes para su subsistencia, aunque no hayan cotizado nunca o el tiempo suficiente para acceder a las prestaciones de tipo contributivo. Del campo de aplicación material del Reglamento 883/2004 se excluye a los regímenes complementarios, las prestaciones fiscales, la asistencia social[11]y médica, así como los regímenes de prestaciones en favor de las víctimas de guerra o de sus consecuencias.

Para que una prestación se considere como de Seguridad Social y forme parte del ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004 es esencial conocer los elementos constitutivos de la prestación, sus fines y requisitos para obtenerla, con independencia de que la legislación nacional le atribuya el carácter de prestación de Seguridad Social. Bajo este tenor, el carácter de prestación de Seguridad Social se atribuirá al beneficio que reúna los siguientes requisitos: a) Que se conceda a sus beneficiarios al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de sus necesidades personales en función de una situación legalmente definida, y b) Que se refiera a alguno de los

[9] En Dinamarca los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social no son aplicables a los nacionales de terceros países.
[10] Artículo 3 del Reglamento 883/2004, op. cit.
[11] Las prestaciones de asistencia social están destinadas a combatir la pobreza y se conceden normalmente sobre la base de una evaluación individual de las necesidades y circunstancias de la persona que las solicita.

riesgos expresamente enumerados en el artículo 3.1 del Reglamento 883/2004.[12] Estos dos requisitos, al ser de orden acumulativo, hace ineludible la reunión de ambos, y el incumplimiento de uno de ellos, provoca la exclusión de la prestación del ámbito de aplicación material del Reglamento base.

4. LAS PRESTACIONES FAMILIARES EN EL SISTEMA DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL EUROPEO

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como parte de la normativa de la UE, garantiza el derecho a fundar una familia conforme a las leyes nacionales que regulen su ejercicio.[13] Mediante diversos instrumentos y mecanismos en las legislaciones de los Estados miembro de la UE se encomienda a los poderes públicos la protección de la familia. Un derecho creado para brindar protección a la familia son las prestaciones familiares, cuyas características, requisitos para el otorgamiento de las mismas y sus importes son disímiles en las legislaciones nacionales, pues en algunos países, la prestación tiene una cobertura periódica, mientras que en otros, puede generar ventajas fiscales, en lugar de prestaciones económicas.

En el ámbito de la Seguridad Social como parte del Derecho derivado vinculante de la UE, el Reglamento 883/2004 suprime la dualidad prestaciones y subsidios familiares, que contenía el Reglamento 1408/71, para adoptar el concepto unívoco de prestaciones familiares. A pesar de su similitud, los anticipos de pensiones alimenticias, los subsidios especiales de natalidad y adopción contenidos en el Anexo I del Reglamento 883/2004, no poseen el carácter de prestaciones familiares.[14]

De acuerdo con el Reglamento 883/2004, las prestaciones familiares comprenden beneficios en especie y en metálico destinados a hacer frente a los gastos familiares.[15] El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha determinado que la expresión hacer frente a los gastos familiares debe interpretarse en el sentido de que se refiere, en particular, a una contribución pública al presupuesto familiar, destinada a aligerar las cargas derivadas de la manutención de los hijos[16]

Asimismo, el TJUE al reconocer a las prestaciones familiares como derechos, ello da lugar a que sus titulares sean todos los ciudadanos europeos, por lo que no es necesario ejercer una

[12] Sentencia de 16 de septiembre de 2015, Asunto C-433/13, Comisión contra República de Eslovaquia, ECLI:EU:C:2015:602, sitio consultado https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=E6362F32F9C5224CECD33440A33609D87?text=&docid=167823&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3902740 [17 de noviembre de 2021]. Sentencia de 25 de julio de 2018, Asunto C-679/16, A. vs. Espoon kaupungin sosiaali-ja, sitio consultado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CA0679&from=EN [2 de noviembre de 2021]. Sentencia de 21 de junio de 2017, Asunto C-449/16, Kerly Del Rosario Martínez Silva vs Istituto nazionale della previdenza sociale, ECLI:EU:C:2017:485, sitio consultado https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=192044&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3908401 [12 de diciembre de 2021]. Sentencia de 18 de diciembre de 2019, Asunto C-447/18, Ub vs. Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava, ECLI:EU:C:2019:1098, sitio consultado https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=221721&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3905413 [12 de noviembre de 2021].

[13] Artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sitio consultado https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/filesresourceattachments/EU_/Carta_Derechos_Fundamentales_Uni%C3%B3n_Europea_2000_ES.pdf [5 de enero de 2022].

[14] Artículo 1 z) del Reglamento 883/2004, op. cit.

[15] Idem.

[16] Sentencia de 2 de abril de 2020, Asunto C-802/18, Caisse pour l'avenir des enfants, sitio consultado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2020.222.01.0014.01.SPA [10 de noviembre de 2021]. Sentencia de 19 de septiembre de 2013, Asunto C 216/12 Fjola Hliddal y Asunto C-217/12 Pierre-Louis Bornand, ECLI:EU:C:2013:568, sitio consultado https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=141783&text=&dir=&doclang=EN&part=1&occ=first&mode=lst&pageIndex=0&cid=3915947 [1 de noviembre de 2021].

actividad por cuenta ajena en el Estado miembro competente para percibirlas,[17] su procedencia puede derivar de la residencia,[18] pero no es posible percibirlas en todos los Estados miembro de la UE en los que se tenga derecho. Existe la posibilidad de excluir determinadas prestaciones del campo de aplicación del Reglamento 883/2004 al incorporarlas en su Anexo I, además cuando las prestaciones familiares son entregadas en forma de pensiones o de complementos de pensión, éstas se regirán por las reglas relativas a las pensiones de vejez y de supervivencia.[19]

Las personas amparadas por el Reglamento 883/2004 tendrán derecho a las prestaciones familiares conforme a la legislación del Estado miembro de la UE que resulte aplicable. Por su parte, los pensionistas tendrán derecho a las prestaciones familiares de conformidad con la legislación del Estado miembro competente que cubra la pensión conferida. Quienes se encuentren en paro percibiendo una prestación por desempleo conforme a la legislación de un Estado miembro tienen también derecho a las prestaciones familiares incluso en beneficio de los familiares residentes en otro Estado miembro.

Empero, cuando dentro del mismo período y para los mismos miembros de la familia se prevean prestaciones familiares con arreglo a la legislación de más de un Estado miembro, se prevé la aplicación de las normas de prioridad. La función de las reglas de prioridad es determinar qué Estado miembro es responsable de abonar las prestaciones familiares para garantizar al beneficiario de prestaciones abonadas por varios Estados miembros un importe total de los beneficios que sea idéntico al importe de la prestación más favorable que se le adeuda conforme a la legislación de uno solo de esos Estados[20] e impedir una doble compensación de las cargas familiares que daría lugar a un sobrepago injustificado en favor de la familia del trabajador.[21]

Las normas anticúmulo, interpretadas por el TJUE[22] y la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social,[23] mandatan el orden de prelación de las

[17] Sentencia de 7 de febrero de 2019, Asunto C- 322/17 Eugen Bogatu vs Minister for Social Protection, ECLI:EU:C:2019:102, sitio consultado http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-322/17 [7 de noviembre de 2021].

[18] Por lo general, el lugar de residencia es determinado por los organismos de Seguridad Social de los Estados Miembro, pero de existir criterios divergentes entre dos o más países, se recurre a una serie de elementos relacionados con las características objetivas de la residencia habitual y elementos que se aplican de acuerdo con la situación de la persona. Dentro de los primeros se encuentran los siguientes: la duración y continuidad de su presencia en el Estado miembro afectado; la situación en materia de empleo, (la naturaleza y las condiciones específicas de la actividad ejercida, si la hay, es posible considerar el lugar donde se ejerce de manera habitual la actividad, la estabilidad de la actividad y la duración del contrato de trabajo); el ejercicio de una actividad no remunerada; la fuente de ingresos; el alojamiento, su grado de permanencia; el Estado miembro en el que se considere que la persona tiene su residencia fiscal, y en el caso de los estudiantes, su fuente de ingresos. En el caso de los elementos que se aplican a la situación de la persona es posible tomar en consideración, la situación familiar y los lazos familiares; las razones para el traslado y la voluntad de la persona, según se desprenda de todas las circunstancias.Vid. Sentencia de 25 de febrero de 1999. Robin Swaddling vs Adjudication Officer, Asunto 90/97, ECLI:EU:C:1999:96, sitio consultado http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=44437&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=675503 [7 de noviembre de 2021] y artículo 11 del Reglamento 987/2009, sitio consultado http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:284:0001:0042:es:PDF [3 de noviembre de 2021]

[19] Artículo 69.2 del Reglamento 883/2004, op. cit.

[20] Sentencia de 30 de abril de 2014, Asunto C-250/13, Birgit Wagener vs Bundesagentur für Arbeit - Familienkasse Villingen-Schwenningen, ECLI:EU:C:2014:278, sitio consultado https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=3C52920F838C0C337EA87A42B27986B9?text=&docid=151526&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=449873 [30 de septiembre de 2021].

[21] SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: Análisis crítico del capítulo 8 del Reglamento 883/2004, sitio consultado http://www.tress-network.org/SEMINARS/PRESENTATIONS/ES_2012_7_es.pdf [2 de enero de 2022].

[22] Sentencia de 4 de julio de 1985, Asunto 104/84, J. W. M. Kromhout vs Raad van Arbeid, sitio consultado https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=93286&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3958998 [21 de octubre de 2021].

prestaciones familiares cuando su cobertura tenga lugar por conceptos diferentes y por el mismo concepto, sin que en los Reglamentos de base y de aplicación se conceptualicen ambas expresiones que son fundamentales para determinar el Estado que ha de abonarle las prestaciones familiares. En el ámbito doctrinal se sostiene que las expresiones "por conceptos diferentes" y por "el mismo concepto" interpretadas conforme a la regulación de las prestaciones familiares que realiza el Reglamento 883/2004, no puede estar referida a las características o naturaleza de la prestación nacional en litigio (por nacimiento, adopción, orfandad, discapacidad, número de hijos, entre otras), sino interpretadas conforme al artículo 67 del Reglamento de base y referidas al título jurídico en virtud del cual la persona protegida por este ordenamiento reclama la prestación familiar, esto es, si por razón del desarrollo de una actividad profesional por cuenta ajena o por cuenta propia, como pensionista o como residente en un Estado donde se aplique el Derecho comunitario.[24]

Bajo este tenor, de tratarse de prestaciones debidas por diferentes conceptos, el orden de prioridad será el siguiente: en primer lugar, los derechos adquiridos con motivo de una actividad por cuenta, en segundo lugar, los derechos adquiridos con motivo del pago de una pensión y, por último, los derechos adquiridos con motivo de la residencia.[25]

Por su parte, de tratarse de prestaciones debidas por el mismo concepto, el orden de prioridad se establecerá conforme a diversos criterios subsidiarios que influyen en la determinación del Estado miembro obligado a la cobertura de las prestaciones familiares. De esta manera, si el derecho se basa en el empleo por cuenta ajena o por cuenta propia en dos o más Estados miembro, aquél en donde residan los hijos será responsable de cubrir las prestaciones familiares cuando uno de los progenitores labore en él. Si no es así, será aquél en el que se abonen las prestaciones familiares de mayor cuantía.[26]Tratándose de una pensión cubierta en dos o más Estados miembro, será responsable de cubrir las prestaciones familiares, el Estado en el que residan los hijos, siempre que éste pague una de las pensiones. De no ser así, será el Estado miembro en el que más tiempo haya estado asegurado o residido el pensionado.[27] Y, por último, cuando el derecho se base en la condición de residencia en dos o más Estados miembro, será responsable aquél donde residan los hijos.[28]

En el caso de que las personas a la que deben abonarse las prestaciones familiares, no las destinen al mantenimiento de los miembros de la familia, la institución competente las abonará, con efecto liberatorio, a la persona física o jurídica que tenga efectivamente a su cargo a los miembros de la familia, a instancia y por mediación de la agencia o institución del Estado miembro de residencia o de la institución u organismo que designe para tal fin la autoridad competente de este Estado. Cuando la legislación aplicable o la competencia para la concesión de las prestaciones familiares entre Estados miembro se modifique durante un mes civil, con independencia de las fechas de abono de las prestaciones familiares con arreglo a sus respectivas legislaciones, la institución que haya abonado las prestaciones familiares conforme a la legislación a cuyo amparo se hayan concedido dichos beneficios al inicio del mes continuará efectuando el pago hasta el final del mes de que se trate. Esta institución comunicará a la institución del otro Estado miembro o de los otros Estados miembros afectados la fecha en la que dejará de cubrir las prestaciones familiares,

[23] Decisión No F1, de 12 de junio de 2009, relativa a la interpretación del artículo 68 del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las normas de prioridad en caso de acumulación, sitio consultado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010D0424(04)&from=SL [21 de septiembre de 2021].

[24] SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: op. cit.

[25] Artículo 68, 1. a) del Reglamento 883/2004, op. cit.

[26] Ibidem, artículo 66 apartado 1 b) i) del Reglamento 883/2004.

[27] Ibidem, artículo 66 apartado 1 b) ii) del Reglamento 883/2004.

[28] Ibidem, artículo 66 apartado 1 b) iii) del Reglamento 883/2004.

toda vez que el pago a cargo del otro Estado miembro o Estados miembro afectados dará comienzo a partir de esa fecha.[29]

Al ser un punto clave en la cobertura de las prestaciones familiares la determinación de la residencia de los hijos, cuando ésta imposibilite establecer el orden de prioridad para que proceda su pago, cada Estado miembro interesado calculará el importe de las prestaciones familiares incluyendo a los hijos que no residan en su territorio. La institución competente del Estado miembro cuya legislación disponga el importe de las prestaciones más elevado realizará su íntegra cobertura, pero la institución competente del otro Estado miembro reembolsará la mitad del importe dentro del límite previsto por su legislación.[30]

Cuando las prestaciones familiares que cubre un Estado miembro sean de cuantía inferior a las que hubiera percibido su beneficiario en otro Estado miembro en el que también tiene derechos, este último abonará un complemento que corresponderá a la diferencia entre ambos beneficios. El complemento diferencial se calculará y abonará sin demora tan pronto como la persona de que se trate adquiera el derecho a las prestaciones y el Estado miembro disponga de la información necesaria para calcularlo. Dicho complemento se abonarán con arreglo a los intervalos fijados en el Derecho nacional del Estado miembro competente para el pago de las prestaciones familiares,[31] pero no será obligatorio otorgarlo para los hijos que residan en otro Estado miembro cuando el derecho adquirido a las prestaciones familiares derive de la residencia.

Además de las prestaciones familiares, el Reglamento 883/2004 norma sin conceptualizar a las prestaciones familiares complementarias y a las prestaciones especiales de orfandad. Por su parte, el artículo 61 del Reglamento 987/2009 dispone que la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social elaborará una lista de prestaciones familiares o especiales para huérfanos.

El derecho a las pensiones de orfandad se reconocerá y la pensión se liquidará, siempre que la persona fallecida únicamente hubiera estado sujeto a las legislaciones nacionales que protegen la orfandad con pensión, como sucede en Alemania, Austria, Bulgaria, República Checa, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Suecia y Suiza.

Si conforme a la legislación aplicable en términos de los artículos 67 y 68 del Reglamento 883/2004, no se adquiere el derecho a las prestaciones familiares complementarias o prestaciones especiales de orfandad, serán concedidos por defecto y como complemento a otras prestaciones familiares adquiridas por la legislación del Estado miembro a la hubiera estado sujeto el de cujus durante más tiempo, siempre que hubiere adquirido el derecho a las mismas. En caso contrario de no existir derecho adquirido, se examinarán las condiciones de adquisición del derecho en virtud de las legislaciones de los demás Estados miembro para concederse prestaciones en orden decreciente de duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos de haber adquirido tal derecho,[32]lo que provoca el quebranto del principio de unicidad, pues además de las prestaciones adquiridas al amparo de los artículos 67 y 69 del Reglamento 883/2004, se concederán otras prestaciones

[29] Artículo 59 del Reglamento 987/2009, op. cit.
[30] Ibidem, artículo 58 del Reglamento 987/2009.
[31] Decisión Número F2, de 23 de junio de 2015 sobre el intercambio de datos entre las instituciones a efectos de la concesión de prestaciones familiares (Texto pertinente para el EEE y para el Acuerdo CE/Suiza) (2016/C 52/07), sitio consultado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32016D0211(05) [4 de enero de 2022].
[32] Artículo 69, apartado 1 del Reglamento 883/2004, op. cit.

complementarias o especiales con cargo a la legislación del Estado miembro a la que hubiera estado sometido el de cujus durante más tiempo si hubiera adquirido derecho a las mismas.[33]

5. PRINCIPIOS APLICABLES A LAS PRESTACIONES FAMILIARES

De presentarse una solicitud de prestaciones familiares a la institución de un Estado miembro, en función de considerarse competente con carácter prioritario o subsidiario, esta institución tiene la obligación, en el primer caso, de conceder ella misma las prestaciones familiares solicitadas y, bajo el segundo escenario, de trasladar la solicitud a la institución del Estado miembro que considere competente con carácter prioritario, con el fin de garantizar la pronta tramitación de la solicitud de prestaciones familiares. En tal supuesto, esta segunda institución está obligada a tramitar la solicitud, como si se le hubiera presentado directamente en la fecha en que fue presentada ante la primera institución.[34]

De acuerdo con el principio de igualdad de trato y la correlativa obligación de no discriminación, al resultar procedente la cobertura de las prestaciones familiares sus titulares tendrán derecho a las mismas en igualdad de condiciones y estarán sujetos a las obligaciones consignadas en la legislación aplicable, toda vez que al amparo de este principio herneneutico las situaciones comparables no deben ser tratadas de manera diferente, a menos que se justifique objetivamente una diferenciación[35].

Asimismo, salvo disposición en contrario del Reglamento 883/2004, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que los miembros de la familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora[36] (supresión de la cláusula de residencia) por ello al disponer que cualquier persona tendrá derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente, que serán extensivas a los miembros de su familia que residan en otro Estado miembro, como si residieran en el Estado miembro competente,[37] volvemos a la equiparación de residencia de los miembros de la familia, única forma de entender que a pesar de la inexportabilidad de las prestaciones familiares, el Reglamento 883/2004 debe garantizar al trabajador migrante el ejercicio de su derecho a la libre circulación dentro del territorio europeo, además de prever el modo de soslayar la discriminación del trabajador migrante que se desplaza sin los miembros de su familia[38] y posibilitar a que los operarios sujetos a la legislación del Estado miembro en el que ejercen su actividad laboral tengan los mismos beneficios prestacionales, así como las obligaciones que los nacionales de ese Estado y se evite colocarlos en situaciones menos ventajosas, aunque el Estado miembro competente abonará integramente, y a su exclusivo cargo, las prestaciones familiares que no pueden ser percibidas en todos los Estados que se reúnan los requisitos. (totalización sin prorrateo).

---

[33] SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La coordinación de las prestaciones familiares en el nuevo Reglamento 883/2004, en los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, España, Laborum, 2010, p. 413.

[34] Artículo 60 del Reglamento 987/2009, op. cit.

[35] Sentencia de 19 de octubre de 1977, Asuntos acumulados 124/76 y 20/77, SA Moulins & Huileries de Pont-à-Mousson y Société coopérative Providence agricole de la Champagne contra Office national interprofessionnel des céréales, sitio consultado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0124&from=ES [2 de septiembre de 2021].

[36] Artículo 7 del Reglamento 883/2004, op. cit.

[37] Ibidem, Artículo 67 del Reglamento 883/2004.

[38] Pérez-Beneyto Abad, José Joaquín, Prestaciones familiares y cláusulas de residencia, sitio consultado http://www.tress-network.org/SEMINARS/PRESENTATIONS/ES_2012_10_es.pdf [4 de enero de 2022].

6. PROPUESTA DE REVISIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA AL SISTEMA DE COORDINACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 se han modificado en numerosas ocasiones para reflejar no sólo la evolución experimentada a nivel comunitario, sino también los cambios que se han producido en las distintas y disímiles legislaciones de los Estados miembro de la UE. Este tipo de factores contribuye a que las normas de coordinación comunitarias resulten complejas y obstaculicen el ejercicio del derecho a la libre circulación de las personas. La Comisión Europea, con fundamento en el artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), presentó el 13 de diciembre de 2016 la propuesta de modificación a los Reglamentos 883/2004 y 987/2009.[39] Esta propuesta forma parte de un paquete de movilidad laboral y es resultado de la cambiante realidad social y de las modificaciones legales que se han implementado en el ámbito nacional, motivadas en su mayoría, por la jurisprudencia del TJUE con la finalidad de continuar el proceso de modernización de la legislación de la organización internacional en materia de coordinación de la Seguridad Social para facilitar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, garantizar una distribución justa y equitativa de la carga financiera entre las instituciones de los Estados miembro implicados, lograr un sistema modernizado de la coordinación previsional que responda a la realidad socio-económica del afiliado, lograr la simplificación administrativa e implementar aquellas medidas que garanticen el cumplimiento de las normas.

Al amparo del artículo 48 del TFUE y de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, la propuesta de la Comisión Europea centró su atención en las prestaciones familiares para atribuirles el carácter de derechos individuales y personales cuando figuren en la Parte 1 del anexo XIII del Reglamento 883/2004, pues al estar destinadas a compensar a los padres por la pérdida de ingresos durante el tiempo dedicado a la educación de los hijos, por consecuencia, no se trata de una prestación para la familia en su conjunto, por ello el Estado miembro competente no está obligado a conceder derechos derivados respecto de este tipo de prestaciones a los miembros de la familia.[40]

Cuando un miembro de la familia tenga un derecho derivado a las prestaciones familiares con arreglo a la legislación de más de un Estado miembro, la propuesta plantea que para las prestaciones debidas por el mismo concepto el orden de prioridad se establecerá atendiendo al lugar de residencia del miembro de la familia como criterio subsidiario, empero, en los casos en que sea imposible determinar el orden de prioridad sobre la base de los criterios establecidos en la normativa comunitaria, imperará como último criterio el tiempo de aseguramiento en un régimen de pensiones nacional,[41]por consecuencia, la legislación del Estado miembro en que la persona asegurada tenga el más largo de los períodos de seguro será la aplicable.

La propuesta también sugiere que los Estados miembro con competencias subsidiarias puedan optar por inaplicar las normas anticúmulo del artículo 68, apartado 2, del Reglamento 883/2004 y conceder las prestaciones familiares en su totalidad a una persona con derecho a ellas. Cuando un Estado miembro opte por establecer esta excepción debe constar en la lista de la parte 2 del anexo XIII del Reglamento de base con la referencia a la prestación familiar a la que se aplica la excepción, además de que su práctica debe darse de manera coherente y sistemática a todos los

[39] Esta propuesta se materializó en la propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo de modificación de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009.

[40] Propuesta de la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y del Consejo de la UE por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, sitio consultado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0815 [4 de enero de 2022].

[41] Modificación al artículo 32 del Reglamento 883/2004 de la propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo de la UE por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, op. cit.

titulares del derecho afectado[42] para garantizar los principios de igualdad de trato y no discriminación.

7. PROPUESTA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA MODIFICACIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Al ser fundamental que las normas de coordinación en el ámbito de la Seguridad Social sigan el ritmo de la evolución jurídica y el contexto social en el que operan facilitando aún más el ejercicio de los derechos y, al mismo tiempo, garanticen una justa y equitativa distribución de la carga financiera entre las instituciones de los Estados miembro implicados, así como la simplicidad administrativa y la aplicabilidad de las normas comunitarias, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea presentaron el 25 de marzo de 2019 la propuesta de modificación a los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 que también centró su atención en las prestaciones familiares.

La propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea al tener en cuenta la sentencia del Tribunal de Luxemburgo, en el asunto C-347/12 Wiering, a efectos del cálculo del suplemento diferencial, en función de su finalidad principal, sus objetivos y la base sobre la que se conceden, distingue dos tipos de prestaciones familiares: i. Las prestaciones familiares en efectivo y ii. Los demás beneficios familiares.[43]

Las prestaciones familiares en efectivo son los beneficios, cuya principal finalidad es reemplazar parte o la totalidad de los ingresos no obtenidos, debido a la crianza de los hijos. La propuesta sugiere su inclusión en la parte 1 del anexo XIII del Reglamento 883/2004 y al estar diseñadas para satisfacer las necesidades individuales y personales del padre sujeto a la legislación del Estado miembro competente se distinguen del resto de las prestaciones familiares destinados a satisfacer las necesidades de la familia.[44]

El Estado miembro con la competencia subsidiaria podrá optar por inaplicar las reglas de prelación en el caso de superposición de derechos a las prestaciones familiares en virtud de la legislación del Estado miembro competente y conforme a la legislación del Estado miembro de residencia de los miembros de la familia. Cuando un Estado miembro opte por la inaplicabilidad de las normas de prioridad debe hacerlo de manera coherente con respecto a todas las personas con derecho, en una situación análoga y consignar en la lista de la parte 2 del anexo XIII del Reglamento de base con la referencia a la prestación familiar a la que se aplica la excepción.[45]

Las propuestas de modificación de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, presentadas el 13 de diciembre de 2016 y el 25 de marzo de 2019 discrepan en la conceptualización de las prestaciones familiares, pues mientras el órgano ejecutivo de la UE es partidaria de un concepto unívoco para conceptualixzar a este tipo de beneficios como derechos de corte individual, en cambio, la propuesta presentada por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea distingue dos tipologías de prestaciones familiares, a las que atribuye naturaleza y finalidades diversas. El problema es que ambas propuestas se olvidaron de clarificar vocablos y expresiones que son esenciales para determinar la legislación aplicable bajo la que han de cubrirse las prestaciones familiares, como por ejemplo, las expresiones conceptos diferentes y por el mismo concepto, los términos residencia, prestaciones familiares complementarias y prestaciones especiales de orfandad,

[42] Considerando 35 Bis de la propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo de la UE por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, op. cit.

[43] Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo de la UE por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, sitio consultado https://emigracion.xunta.gal/files/normativa/2019/09/33298-st-7698-2019-add-1-rev-1.pdf [2 de enero de 2022].

[44] Idem.

[45] Idem.

por lo que abonan en muy poco en la superaración de las lagunas, ambigüedades y la falta de claridad que prevalece en los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. Los puntos de coincidencia de ambas propuestas son en los siguientes aspectos:

Cuadro 1. Propuestas en materia de prestaciones familiares.

PROPUESTAS EN MATERIA DE PRESTACIONES FAMILIARES	
Propuesta de la Comisión Europea de 13 de diciembre de 2016.	Propuesta del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea de 25 de marzo de 2019.
Se atribuye a las prestaciones familiares el carácter de derechos individuales.	Atribuye a las prestaciones familiares en efectivo el carácter de beneficios diseñados para satisfacer las necesidades individuales y personales del padre.
Inaplicabilidad de las normas de prioridad	Inaplicabilidad de las normas de prioridad
Inclusión de las prestaciones familiares en metálico en la parte 1 del anexo XIII del Reglamento 883/2004.	Inclusión de las prestaciones familiares en efectivo en la parte 1 del anexo XIII del Reglamento 883/2004.
Inclusión de las prestaciones familiares exceptuadas de la aplicabilidad de las normas de prioridad en la parte 2 del anexo XIII del Reglamento 883/2004.	Inclusión de las prestaciones familiares exceptuadas de la aplicabilidad de las normas de prioridad en la parte 2 del anexo XIII del Reglamento 883/2004.

Fuente: Elaboración propia con base en las propuestas presentadas por las instituciones europeas los días 13 de diciembre de 2016 y 25 de marzo de 2019.

8. CONCLUSIÓN

Las prestaciones familiares constituyen un derecho fundamental que debe ser otorgado con oportunidad y prontitud al paliar las necesidades del núcleo familiar. Las propuestas de modificación de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 en materia de prestaciones familiares son necesarias para adecuarlas a la interpretación que de ellas ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, además de requerirse la clarificación de criterios y conceptualizaciones, que a pesar de no ser propuestas por las instituciones europeas, son esenciales para determinar la legislación aplicable bajo la que han de cubrirse los distintos tipos de prestaciones familiares que norman los reglamentos comunitarios, cuya conceptualización es inexistente en los mismos ante la adopción del concepto unívoco de prestaciones familiares.

Bajo este panorama, al día de hoy en el sistema de coordinación de Seguridad Social de la Unión Europea impera una falta de racionalidad comunicativa o lingüística que, difícilmente en materia de prestaciones familiares será superada con las propuestas presentadas los días 13 de diciembre de 2016 y 25 de marzo de 2019, por lo que la intervención hermenéutica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para esclarecer el contenido y alcance de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 será una pieza clave para la concesión de este tipo de beneficios que deben cubrirse con la debida prontitud y oportunidad al tener por finalidad cubrir una necesidad e impedir que se ponga en peligro la subsistencia del núcleo familiar.

A lo anterior debe adicionarse la imperiosa necesidad de erradicar la complejidad de la normativa comunitaria que opera en contravención al principio de sencillez que debe estar presente en el Derecho Social, acompañada de una mayor información sobre los derechos que confiere la legislación comunitaria a los titulares de los derechos, pues de esta forma se facilitará su ejercicio e incrementará las oportunidades para lograr la movilidad efectiva, sin detrimento de los derechos sociales de los destinatarios del régimen de Seguridad Social que resulte aplicable, toda vez que el desconocimiento de los derechos es el principal enemigo de su ejercicio.

9. BIBLIOGRAFÍA

MONEREO PÉREZ. J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Las prestaciones familiares, ese pariente pobre de la Seguridad Social", *Revista de derecho de la Seguridad Social,* número 6, Laborum, 1er trimestre 2016.

Pérez-Beneyto Abad, José Joaquín, Prestaciones familiares y cláusulas de residencia, sitio consultado http://www.tress-network.org/SEMINARS/PRESENTATIONS/ES_2012_10_es.pdf [4 de enero de 2022].

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Prestaciones Familiares", *Revista de derecho de la Seguridad Social,* número 2, Laborum, 1er trimestre 2015.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La coordinación de las prestaciones familiares en el nuevo Reglamento 883/2004, en los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, España, Laborum. 2010.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: Análisis crítico del capítulo 8 del Reglamento 883/2004, sitio consultado http://www.tress-network.org/SEMINARS/PRESENTATIONS/ES_2012_7_es.pdf [2 de enero de 2022].

VV.AA.: *La propuesta de seguro de desempleo europeo. Estado de la cuestión*, CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M. (Ed.), España, Laborum, 2015

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sitio consultado https://www.boe.es//doue/2010/083/Z00047-00199.pdf [22 de diciembre de 2021].

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sitio consultado https://www.right-to-education.org/sites/right-education.org/filesresourceattachments/EU_/Carta_Derechos_Fundamentales_Uni%C3%B3n_Europea_2000_ES.pdf [5 de enero de 2022].

Reglamento 883/2004, sitio consultado https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-81111 [2 de enero de 2022].

Reglamento 987/2009, sitio consultado http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:284:0001:0042:es:PDF [3 de noviembre de 2021]

Sentencia de 19 de octubre de 1977, Asuntos acumulados 124/76 y 20/77, SA Moulins & Huileries de Pont-à-Mousson y Société coopérative Providence agricole de la Champagne contra Office national interprofessionnel des céréales, sitio consultado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0124&from=ES [2 de septiembre de 2021].

Sentencia de 4 de julio de 1985, Asunto 104/84, J. W. M. Kromhout vs Raad van Arbeid, sitio consultado https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=93286&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3958998 [21 de octubre de 2021].

Sentencia de 25 de febrero de 1999. Robin Swaddling vs Adjudication Officer, Asunto 90/97, ECLI:EU:C:1999:96, sitio consultado http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=44437&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=675503 [7 de noviembre de 2021]

Sentencia de 19 de septiembre de 2013, Asunto C 216/12 Fjola Hliddal y Asunto C-217/12 Pierre-Louis Bornand, ECLI:EU:C:2013:568, sitio consultado https://curia.europa.eu juris/document/document.jsf?docid=141783&text=&dir=&doclang=EN&part=1&occ=first&mode=lst&pageIndex=0&cid=3915947 [1 de noviembre de 2021].

Sentencia de 30 de abril de 2014, Asunto C-250/13, Birgit Wagener vs Bundesagentur für Arbeit - Familienkasse Villingen-Schwenningen, ECLI:EU:C:2014:278, sitio consultado https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=3C52920F838C0C337EA87A42B27986B9?text=&docid=151526&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=449873 [30 de septiembre de 2021].

Sentencia de 16 de septiembre de 2015, Asunto C-433/13, Comisión contra República de Eslovaquia, ECLI:EU:C:2015:602, sitio consultado https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=E6362F32F9C5224CECD33440A33609D87?text=&docid=167823&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3902740 [17 de noviembre de 2021].

Sentencia de 21 de junio de 2017, Asunto C-449/16, Kerly Del Rosario Martínez Silva vs Istituto nazionale della previdenza sociale, ECLI:EU:C:2017:485, sitio consultado https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=192044&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3908401 [12 de diciembre de 2021].

Sentencia de 25 de julio de 2018, Asunto C-679/16, A. vs. Espoon kaupungin sosiaali-ja, sitio consultado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CA0679&from=EN [2 de noviembre de 2021].

Sentencia de 7 de febrero de 2019, Asunto C- 322/17 Eugen Bogatu vs Minister for Social Protection, ECLI:EU:C:2019:102, sitio consultado http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-322/17 [7 de noviembre de 2021].

Sentencia de 18 de diciembre de 2019, Asunto C-447/18, Ub vs. Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava, ECLI:EU:C:2019:1098, sitio consultado https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=221721&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3905413 [12 de noviembre de 2021].

Sentencia de 2 de abril de 2020, Asunto C-802/18, Caisse pour l'avenir des enfants, sitio consultado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2020.222.01.0014.01.SPA [10 de noviembre de 2021].

Decisión No F1, de 12 de junio de 2009, relativa a la interpretación del artículo 68 del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las normas de prioridad en caso de acumulación, sitio consultado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010D0424(04)&from=SL [21 de septiembre de 2021].

Decisión Número F2, de 23 de junio de 2015 sobre el intercambio de datos entre las instituciones a efectos de la concesión de prestaciones familiares (Texto pertinente para el EEE y para el Acuerdo CE/Suiza) (2016/C 52/07), sitio consultado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32016D0211(05) [4 de enero de 2022].

Propuesta de la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y del Consejo de la UE por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, sitio consultado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0815 [4 de enero de 2022].

Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo de la UE por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, sitio consultado https://emigracion.xunta.gal/files/normativa/2019/09/33298-st-7698-2019-add-1-rev-1.pdf [2 de enero de 2022].

Pleno. Séptima Época. Semanario Judicial de la Federación. Volumen 145-150, Primera parte, página 53, sitio consultado https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/232511 [21 de noviembre de 2021].

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

-Convenio OIT nº 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, hecho en Ginebra en 2011. Aprobado por el Congreso de los Diputados el 9 de junio de 2022 (pendiente de su publicación en el BOE)

A través de este Convenio se garantizan los derechos colectivos e individuales fundamentales y de protección social de las trabajadoras y trabajadores domésticos.

En primer lugar, se deberá garantizar los principios y derechos fundamentales en el trabajo: libertad de asociación y libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; abolición efectiva del trabajo infantil; y eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Se deberá fijar una edad mínima para los trabajadores domésticos compatible con las disposiciones del Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138), y el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182), edad que no podrá ser inferior a la edad mínima estipulada en la legislación nacional para los trabajadores en general, adoptándose medidas para garantizar, en todo caso, la escolaridad obligatoria y las oportunidades de acceso a la enseñanza superior o a una formación profesional. Se deberá garantizar una protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia.

El Convenio obliga a adoptar medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos, como los demás trabajadores en general, disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente, así como, si residen en el hogar para el que trabajan, de condiciones de vida decentes que respeten su privacidad. También a adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos sean informados sobre sus condiciones de empleo de forma adecuada, verificable y fácilmente comprensible, preferentemente mediante contratos escritos en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, que incluyan los datos fundamentales relacionados con la relación de trabajo, que aparecen enumerados en el art. 7 del Convenio.

Se contemplan también medidas de protección para los trabajadores domésticos migrantes que son contratados en un país para prestar servicio doméstico en otro país.

También se garantiza (art. 10) la igualdad de trato entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general en relación a las horas normales de trabajo, la compensación de las horas extraordinarias, los períodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas, y los períodos a disposición del hogar.

En materia de remuneración, se establece la garantía del salario mínimo y la no discriminación en la remuneración por motivo de sexo, la forma y periodicidad del pago del salario, así como la limitación del pago en especie.

Se reconoce el derecho del trabajador doméstico a un entorno de trabajo seguro y saludable, para lo que el Estado deberá adoptar medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, a fin de asegurar la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores domésticos.

Uno de los aspectos que más incidencia va a tener en el ordenamiento español es la obligación (art. 14) de garantizar a los trabajadores domésticos condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad.

Se establecen garantías para proteger efectivamente contra las prácticas abusivas a los trabajadores domésticos contratados o colocados por agencias de empleo privadas, incluidos los trabajadores domésticos migrantes.

El Estado está obligado a adoptar medidas para asegurar que todos los trabajadores domésticos tengan acceso efectivo a los tribunales o a otros mecanismos de resolución de conflictos en condiciones no menos favorables que las condiciones previstas para los trabajadores en general.

Especialmente importante es también la obligación del Estado de formular y poner en práctica medidas relativas a la inspección del trabajo, la aplicación de las normas y las sanciones, prestando debida atención a las características especiales del trabajo doméstico, especificando las condiciones con arreglo a las cuales se podrá autorizar el acceso al domicilio del hogar, en el debido respeto a la privacidad.

En cualquier caso, este Convenio no afecta a las disposiciones más favorables que sean aplicables a los trabajadores domésticos en virtud de otros convenios internacionales del trabajo.

-Instrumento de adhesión al Convenio sobre el trabajo a domicilio (Convenio OIT nº 177), hecho en Ginebra el 20 de junio de 1996 (BOE 14-6-2022)

Establece la obligación de promover la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados, teniendo en cuenta las características particulares del trabajo a domicilio y, cuando proceda, las condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar efectuado en una empresa.

La igualdad de trato deberá fomentarse, en particular, respecto de:

(a) el derecho de los trabajadores a domicilio a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades;

(b) a protección de la discriminación en el empleo y en la ocupación;

(c) la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo;

(d) la remuneración;

(e) la protección por regímenes legales de seguridad social;

(f) el acceso a la formación;

(g) la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo;

(h) la protección de la maternidad.

La legislación nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo deberá aplicarse al trabajo a domicilio teniendo en cuenta las características propias de éste y deberá determinar las condiciones en que, por razones de seguridad y salud, ciertos tipos de trabajo y la utilización de determinadas sustancias podrán prohibirse en el trabajo a domicilio.

Asimismo, cuando esté permitido el recurso a intermediarios en el trabajo a domicilio, se deberán determinar las responsabilidades respectivas de los empleadores y de los intermediarios.

Destaca también la obligación de establecer un sistema de inspección que garantice el cumplimiento de la legislación aplicable al trabajo a domicilio. Y deberán preverse y aplicarse de manera efectiva medidas apropiadas, que incluyan, cuando proceda, sanciones, para los casos de infracción de dicha legislación.

Todo ello sin perjuicio de las disposiciones más favorables que sean aplicables a los trabajadores a domicilio en virtud de otros convenios internacionales del trabajo.

-Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (Convenio OIT nº 190), hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019 (BOE 16-6-2022)

A efectos de este Convenio la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa "un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género". Además, la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa "la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual".

Conforme a su art. 2, este Convenio protege a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, con inclusión de los trabajadores asalariados, las personas que trabajan cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación (incluidos los pasantes y los aprendices), los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador. El Convenio se aplica a todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales.

El Convenio se aplica (art. 3) a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo, en el lugar de trabajo; en los lugares donde se paga al trabajador, descansa o come, o en las instalaciones sanitarias o de aseo en la empresa y en los vestuarios; en los desplazamientos, viajes, o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo; en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación; en el alojamiento proporcionado por el empleador, y en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo.

El Convenio establece una serie de principios fundamentales, entre los que se incluyen:

-Se deberá adoptar un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Este enfoque consiste, en particular, en: a) prohibir legalmente la violencia y el acoso; b) velar por que las políticas pertinentes aborden la violencia y el acoso; c) adoptar una estrategia integral para prevenir y combatir la violencia y el acoso; d) establecer mecanismos de control de la aplicación y de seguimiento; e) garantizar el acceso a vías de recurso y reparación y a medidas de apoyo; f) prever sanciones; g) establecer actividades de educación y de formación, y actividades de sensibilización, y h) garantizar medios de inspección e investigación efectivos, especialmente a través de la inspección del trabajo.

-Se deberá reconocer las funciones y atribuciones diferentes y complementarias de los gobiernos, y de los empleadores y de los trabajadores, así como de sus organizaciones respectivas, así como sus responsabilidades respectivas.

-Se deberá garantizar los principios y derechos fundamentales en el trabajo: libertad de asociación y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, abolición efectiva del trabajo infantil y eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, así como fomentar el trabajo decente y seguro.

-Se deberá garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables, o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Por otra parte, en el Convenio se establecen mecanismos de protección y prevención:

-Se deberá adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género.

-Se deberán adoptar medidas apropiadas para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, en particular: a) reconocer la función de las autoridades públicas en el caso de los trabajadores de la economía informal; b) identificar los sectores u ocupaciones y las modalidades de trabajo en los que los trabajadores están más expuestos a la violencia y el acoso, y c) adoptar medidas para proteger de manera eficaz a dichas personas.

-Se establecerá la obligación de los empleadores de prevención respecto a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género, en particular:

a) adoptar y aplicar una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso;

b) tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo;

c) identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con participación de los trabajadores y sus representantes, y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos, y

d) proporcionar a los trabajadores información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes, inclusive sobre los derechos y responsabilidades de los trabajadores y otras personas concernidas.

Respecto al control de la aplicación y vías de recurso y reparación se debe garantizar un fácil acceso a vías de recurso y reparación y a mecanismos y procedimientos de notificación y de solución de conflictos en los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo, que sean seguros, equitativos y eficaces. Además, se deben establecer medidas de protección de los querellantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias, y medidas de asistencia jurídica, social, médica y administrativa para los querellantes y las víctimas. Se debe proteger la privacidad de las personas implicadas, así como la confidencialidad; prever sanciones; prever que las víctimas de violencia y acoso por razón de género en el mundo del trabajo tengan acceso efectivo a mecanismos de presentación de quejas y de solución de conflictos, asistencia, servicios y vías de recurso y reparación que tengan en cuenta las consideraciones de género.

Se debe garantizar que todo trabajador tenga el derecho de alejarse de una situación de trabajo sin sufrir represalias si tiene motivos razonables para considerar que ésta presenta un peligro grave e inminente para su vida, su salud o su seguridad a consecuencia de actos de violencia y acoso, así como el deber de informar de esta situación a la dirección.

La inspección del trabajo debe estar facultada para actuar en caso de violencia y acoso en el mundo del trabajo, incluyendo medidas de aplicación inmediata o que impongan la interrupción de la actividad laboral en caso de peligro inminente, a reserva de cualquier recurso judicial o administrativo que pueda prescribir la legislación.

Finalmente, se establecen diversas medidas de orientación, formación y sensibilización.

1.2. MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCIÓN SOCIAL FRENTE A LA CRISIS SANITARIA, ECONÓMICA Y SOCIAL

-Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania (BOE 30-03-2022)

-El título II, de medidas en materia de transportes, se estructura en dos capítulos, relativos al transporte marítimo y portuario y al transporte por carretera y ferrocarril, respectivamente. En ellos se incluyen medidas encaminadas a aliviar la situación económica de las empresas del sector, entre ellas las ayudas directas a empresas y profesionales especialmente afectados por la subida de los precios de los carburantes.

Además, como medida en materia de Seguridad Social, se regula la posibilidad de que las empresas con trabajadores en alta en el Régimen General de la Seguridad Social y los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, que desarrollen su actividad en el sector del transporte urbano y por carretera (CNAE 4931, 4932, 4939, 4941 y 4942), soliciten un aplazamiento en el pago de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta cuyo devengo tenga lugar entre los meses de abril a julio de 2022, en el caso de empresas, y entre los meses de mayo a agosto de 2022, en el caso de trabajadores autónomos, en unas condiciones más favorables que las contempladas con carácter general para la aplicación de dicha figura, atendiendo a las dificultades que atraviesa dicho sector.

-El título III, de apoyo al tejido económico y empresarial, se compone de 4 capítulos, que contienen medidas para reforzar la liquidez de empresas y autónomos; para mitigar el incremento de costes en el tejido empresarial de actividades críticas del sector primario; para apoyar al sector agrario, ganadero y pesquero; así como para la ampliación de plazos y flexibilización del cumplimiento de obligaciones en el ámbito cinematográfico y de la propiedad industrial.

Asimismo, se modifica, también mediante disposición final, el artículo 2 del RD-ley 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía, al objeto de ampliar en un mes el aplazamiento en el pago de cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta en él regulado respecto a empresas y trabajadores del sector agrario, estableciéndose a su vez, un periodo máximo de amortización de 16 mensualidades.

Por último, se regula la posibilidad de que las empresas incluidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y los trabajadores por cuenta propia incluidos en el mismo régimen, soliciten un aplazamiento en el pago de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta cuyo devengo tenga lugar entre los meses de marzo a junio de 2022, en unas condiciones más favorables que las contempladas con carácter general para la aplicación de dicha figura, atendiendo a las dificultades que atraviesa el sector marítimo-pesquero.

-El título IV, por su parte, recoge diversas medidas de apoyo a trabajadores y colectivos vulnerables. Por lo que se refiere a las medidas de protección de las personas trabajadoras, la situación que en las empresas pueda causar la invasión de Ucrania o el aumento de los precios o costes energéticos, lleva consigo importantes distorsiones económicas. Esta situación de carácter coyuntural y extraordinario debe ser atendida con los recursos disponibles en el ordenamiento laboral, en particular, los previstos en el artículo 47 ET; pero además y como ha puesto de manifiesto la experiencia de los expedientes ligados a la crisis de la COVID-19 también resulta necesario, para proteger el empleo de manera suficiente, establecer una serie de medidas complementarias y extraordinarias que garanticen su efecto útil que no es otro que evitar la destrucción del empleo y del tejido empresarial ante una situación que podría tener efectos económicos y sociales imprevisibles. De manera que a la posibilidad de acudir a los expedientes de regulación temporal de empleo previstos en el artículo 47 ET, y de aplicar, en su caso, las ventajas asociadas a estas medidas de flexibilidad en una situación que hace previsible su utilización

significativa deben acompañarse medidas complementarias de cautela adicional que se entienden precisas para garantizar la necesaria protección social, evitando despidos y destrucción de puestos de trabajo.

Estas medidas son las siguientes:

a) Las empresas beneficiarias de las ayudas directas no podrán justificar despidos objetivos basados en el aumento de los costes energéticos.

b) Las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 ET por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos.

También se prevé un incremento del importe del ingreso mínimo vital correspondiente a los meses de abril, mayo y junio de 2022 mediante la aplicación de un porcentaje del 15 % al importe reconocido en cada caso. La finalidad de esta medida es evitar que las personas perceptoras de esta prestación, que pertenecen a los colectivos más vulnerables en términos económicos y sociales, puedan verse más afectadas aún en su precaria situación por las consecuencias que la invasión de Ucrania por Rusia está generando en toda Europa, en especial por el alza extraordinaria de los precios que se ha producido, dentro de una coyuntura en la que el IPC estaba ya en máximos.

1.3. PENSIONES

-Real Decreto 453/2022, de 14 de junio, por el que se regula la determinación del hecho causante y los efectos económicos de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y de la prestación económica de ingreso mínimo vital, y se modifican diversos reglamentos del sistema de la Seguridad Social que regulan distintos ámbitos de la gestión (BOE 15-06-2022)

El objeto de este real decreto es regular la determinación del hecho causante de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y de la prestación no contributiva de ingreso mínimo vital, así como sus efectos económicos.

1. Según la Exposición de Motivos, se considera necesario, en el ámbito del reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social, dar una nueva regulación a la determinación del hecho causante en relación con la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, con el fin de ampliar la protección otorgada y adecuarla a los cambios sociolaborales y a la evolución económica producida desde que se aprobó la normativa reguladora de esta institución, dispersa y en muchos casos rígida.

Como se sabe, el hecho causante de la pensión de jubilación se fija en la fecha en la que, por reunirse todos los requisitos exigidos, se causa derecho a la prestación, teniendo incidencia en el cálculo y en los efectos económicos de ésta. Esto determina que, en ocasiones, una misma persona tenga la posibilidad teórica de acceder a la jubilación en fechas diferentes y bajo distintas circunstancias, así como que la pensión que pudiera corresponderle en cada caso tenga un contenido y efectos no siempre coincidentes. De ahí la relevancia de la fecha que se tome como referente para fijar el hecho causante de la pensión, máxime si tenemos en cuenta que una vez reconocida no es posible causarla nuevamente, sin perjuicio de que, en determinados supuestos y como consecuencia de la realización de nuevos trabajos o actividades, sea factible volver a calcularla.

Con el fin de evitar las consecuencias negativas para los trabajadores que pueden derivarse de la fecha en que la normativa fija el hecho causante de la pensión de jubilación en ciertos supuestos, se ha considerado necesario establecer una regulación que flexibilice su determinación, reforzando además el carácter voluntario que ha de presidir el acceso a la pensión de jubilación así como la autonomía para decidir el momento y circunstancias de éste.

-Este real decreto será de aplicación a todos los regímenes del sistema de la Seguridad Social (art. 2).

-Queda expresamente excluida del ámbito de aplicación de este real decreto la jubilación parcial prevista en el artículo 215 y en la disposición transitoria cuarta.6 de la LGSS, que se regirá por su normativa específica.

-El art. 3 de este Real Decreto establece que la pensión de jubilación en su modalidad contributiva se entenderá causada en la fecha indicada a tal efecto por la persona interesada al formalizar la correspondiente solicitud, siempre que en la misma reúna los requisitos establecidos para ello (se posibilita así que sea el propio interesado el que indique la fecha en la cual, reunidas las condiciones para ello, debe fijarse aquel).

-Dicha fecha habrá de estar comprendida dentro de los tres meses anteriores o posteriores al día de presentación de la solicitud, o coincidir con este, salvo que se presente fuera del territorio español en virtud de una norma internacional, en cuyo caso la solicitud habrá de formularse en el plazo previsto en la legislación del país en el que se formule.

-La fecha indicada por la persona interesada será la que se tenga en cuenta a efectos de considerar la situación de alta, asimilada a la de alta o de no alta ni asimilada, y demás circunstancias de dicha persona, que servirán de base para determinar si tiene derecho a la pensión solicitada, así como, en su caso, el contenido de esta, sin perjuicio de la fecha en que deba surtir efectos económicos en cada caso.

-No obstante, se establecen una serie de especialidades cuando, de acuerdo con la voluntad de la persona solicitante, la pensión de jubilación se cause desde alguna de las situaciones concretas que se determinan en el apartado 2 del art. 3.

2. Asimismo, en este real decreto se establece expresamente la fecha en que ha de fijarse el hecho causante de la prestación económica de ingreso mínimo vital, de conformidad con lo previsto en Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, haciéndolo coincidir con la fecha de presentación de la solicitud.

3. Por otra parte, mediante las disposiciones finales de este real decreto se aborda la modificación de diversas normas reglamentarias que afectan a los distintos ámbitos de la gestión, tales como afiliación, cotización, recaudación, prestaciones, entidades colaboradoras, con la finalidad de mejorar dicha gestión y para adaptarse a las nuevas circunstancias y a los nuevos medios tecnológicos de que dispone:

-Se modifica el artículo 67.1 y se introduce un nuevo artículo 67 bis en el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (RD 1993/1995), con la finalidad de delimitar las prestaciones de asistencia social que las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social están autorizadas a conceder, así como sus posibles beneficiarios.

-Se modifica el artículo 19.2 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (RD 2064/1995), dado que la obligación de remitir resoluciones que declaren indebidas las compensaciones de prestaciones abonadas en régimen de pago delegado o las deducciones efectuadas ha quedado desfasada, al poderse comunicar todos los datos necesarios para que se genere la deuda en la TGSS sin necesidad de remisión documental.

-Se modifican los artículos 11.1, 17.1 y el párrafo 1.º del artículo 30.2 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (RD 84/1996), para ampliar los datos que deben comunicarse en relación con los trabajadores y los centros de trabajo donde estos prestan servicios, debiendo tenerse en cuenta la ocupación de los trabajadores, comunicada en función de la codificación establecida

por la Clasificación Nacional de Ocupaciones, regulada por el RD 1591/2010, de 26 de noviembre, y por la Clasificación Nacional de Educación, regulada por el RD 269/2000, de 25 de febrero.

-Se modifican igualmente los artículos 70.1, 75.3 y 80.3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RD 1415/2004): Por una parte, se cierran los intereses de capitalización a la fecha de la emisión de la reclamación de deuda por la TGSS, al entender que se trata de una fecha cierta, por lo que se evita hacer depender la deuda de otros factores, como el momento de la recepción de la notificación o el momento del pago, conforme a lo establecido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de fecha 23 de julio de 2015 (que «Los intereses no son otra partida que deba añadirse al importe del capital coste por un retraso en su ingreso, sino que forman parte del propio capital coste en su actualización al momento del hecho causante, que es desde cuándo debe pagarse la prestación incrementada por el recargo»).

Por otra parte, con la modificación del artículo 80.3 se suprime la obligación de la entidad gestora o colaboradora, administración u organismo de remitir a la TGSS las resoluciones o acuerdos firmes en vía administrativa de declaración de prestaciones como indebidamente percibidas, dada la necesidad de adaptar el procedimiento recaudatorio a una realidad tecnológica presente en las administraciones públicas, que hace innecesaria la remisión documental de estos expedientes.

-En el mismo sentido, se modifica el artículo 5 del RD 148/1996, de 5 de febrero, por el que se regula el procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas, así como el artículo 13.2 y el apartado 1 de la disposición adicional tercera de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 18 de julio de 1997, para el desarrollo del RD 148/1996, de 5 de febrero, por el que se regula el procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas.

-Finalmente, se derogan todas las normas de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en este real decreto y, expresamente, ciertos artículos que en la actualidad regulan las materias objeto del real decreto o que han de considerarse tácitamente derogados como consecuencia de normas de igual o superior rango aprobadas posteriormente; también se deja sin efecto la Resolución de 28 de octubre de 2019, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se establece el régimen de aplicación de las prestaciones complementarias del artículo 96.1.b) LGSS, salvo en lo que se refiere a la documentación que dicha resolución exige presentar junto con la solicitud de ayuda.

1.4. INGRESO MÍNIMO VITAL

-Corrección de errores de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital (BOE 28-04-2022)

Se modifican ciertos errores puntuales, pero, sobre todo, se advierten modificaciones importantes en el Anexo I "Escala de incrementos para el cálculo de la renta garantizada según el tipo de unidad de convivencia para el ejercicio 2020", y en Anexo II "Escala de incrementos para el cálculo del límite de patrimonio aplicable según el tipo de unidad de convivencia".

Estos dos Anexos recogidos en esta Corrección de errores sustituyen a los que aparecían en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» número 304, de 21 de diciembre de 2021.

-Real Decreto 453/2022, de 14 de junio, por el que se regula la determinación del hecho causante y los efectos económicos de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y de la prestación económica de ingreso mínimo vital, y se modifican diversos reglamentos del sistema de la Seguridad Social que regulan distintos ámbitos de la gestión (BOE 15-06-2022)

En este real decreto (analizado *supra*) se establece expresamente la fecha en que ha de fijarse el hecho causante de la prestación económica de ingreso mínimo vital, de conformidad con lo previsto en Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, haciéndolo coincidir con la fecha de presentación de la solicitud.

-Comité Asesor.-Orden ISM/473/2022, de 25 de mayo, por la que se crea el Comité Asesor de la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social (BOE 27-05-2022)

A través de esta Orden ISM 473/2022 se crea el Comité Asesor de la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social, como órgano de asesoramiento técnico, que garantice que la actividad de la Secretaría General repercuta en la calidad, objetividad y transparencia de la política de inclusión social, favoreciendo en última instancia la promoción de la igualdad de oportunidades de los colectivos en situación de especial vulnerabilidad.

Este Comité Asesor, sin funciones decisorias, estará integrado por académicos y expertos técnicos de una dilatada experiencia y reconocido prestigio con una visión humanista y una trayectoria que denote un claro compromiso social, así como por miembros de la propia Secretaría General. Sus funciones serán de consulta y emisión de recomendaciones.

Su ámbito de actuación se encuentra vinculado al desarrollo de la política pública de inclusión social. En consecuencia, tendrá capacidad de actuación en cualquier materia relacionada con la prestación del ingreso mínimo vital, así como los itinerarios de inclusión social en sus distintas fases (diseño, ejecución y evaluación). También actuará en cuantos estudios se soliciten en relación con la configuración y análisis de métricas e indicadores de pobreza, con el objeto de constituirse como un órgano activo de informe en materia de pobreza e inclusión social.

La creación del Comité Asesor de la SGOPIPS se basa en el modelo de gobernanza compartida recogido en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, que persigue «consolidar la necesaria implicación de todas las instituciones, en el compromiso común de lucha contra la pobreza y las desigualdades en todo el territorio».

Se modifica además la Orden ISM/208/2022, de 10 de marzo, por la que se crea el Comité Ético vinculado a los itinerarios de inclusión social, estableciendo que "Las funciones atribuidas al Comité Ético se ejercerán de manera coordinada, si procede, con los órganos de cooperación, consulta y participación creados en el ámbito de la Secretaría General para la configuración de una arquitectura institucional vinculada al Ingreso Mínimo Vital" (nueva redacción del apartado 3 del art. 3 Orden ISM/208/2022).

1.5. COTIZACIÓN

-Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, 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 2022 (BOE 31-03-2022)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.1 LGSS, el artículo 106 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, estableció las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2022, facultando en su apartado

veinte al titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y del Ministerio de Trabajo y Economía Social para dictar las normas necesarias para la aplicación y desarrollo de lo previsto en el citado artículo.

A esta finalidad responde esta orden, mediante la que se desarrollan las previsiones legales en materia de cotizaciones sociales para el ejercicio 2022.

-A través de esta Orden se reproducen las bases y tipos de cotización y, en desarrollo de las facultades atribuidas por el artículo 148 LGSS, se adaptan las bases de cotización establecidas con carácter general a los supuestos de contratos a tiempo parcial. Asimismo, fija los topes máximo y mínimo de cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

-Por lo que respecta al tope mínimo de la base de cotización a la Seguridad Social en cada uno de sus regímenes, el artículo 19.2 LGSS establece que el mismo se corresponderá con las cuantías del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incrementadas en un sexto, salvo disposición expresa en contrario. En este sentido, mediante el RD 152/2022, de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022, y con efectos desde el 1 de enero de 2022, se ha establecido el salario mínimo interprofesional para el año 2022.

-En materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, para los trabajadores por cuenta ajena, será de aplicación la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

-De conformidad con lo dispuesto en el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (RD 2064/1995, de 22 de diciembre), en esta orden se fijan los coeficientes aplicables para determinar la cotización a la Seguridad Social en supuestos específicos, como son los de convenio especial o exclusión de alguna contingencia.

-También se establecen los coeficientes para la determinación de las aportaciones a cargo de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social al sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social, aportaciones mediante las que se garantiza el mantenimiento del equilibrio financiero entre las entidades colaboradoras señaladas y la Administración de la Seguridad Social.

1.6. OTRAS NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

-Violencia de género.-Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género (BOE-22-03-2022). Corrección de errores de la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género. (BOE 21-04-2022)

La Ley Orgánica 2/2022 incorpora cambios en los ámbitos procesal, fiscal y de Seguridad Social para "mejorar de la protección de las personas huérfanas como consecuencia de la violencia de género".

Por lo que se refiere a las cuestiones de Seguridad Social, se modifica la regulación de la prestación de orfandad y del incremento de la pensión de orfandad contenida en la LGSS. En concreto, se otorga nueva redacción a los arts. 216.3 y 224.2 LGSS (RGSS) y art. 10 Real Decreto Legislativo 670/1982, de 10 de abril, que regula el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas, para garantizar el acceso a un mayor número de personas huérfanas, sobre todo a aquellas que se encuentran en una situación de pobreza y mayor vulnerabilidad.

-Procedimientos administrativos. Gestión informatizada.- Resolución de 22 de marzo de 2022, de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se modifica la de 14 de enero de 2022, por la que se determinan las prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuya resolución se podrá adoptar de forma automatizada, los criterios de reparto para la asignación a las direcciones provinciales de la ordenación e instrucción de determinados procedimientos, y la dirección provincial competente para reconocer las pensiones cuando sea de aplicación un instrumento internacional de Seguridad Social (BOE 02-04-2022)

La citada Resolución de 14 de enero de 2022, que ahora se modifica, se dictó por la Dirección General del INSS con una triple finalidad: primero, para que en determinados procedimientos cuya tramitación no se encontrase totalmente automatizada, como son los relativos a las prestaciones de jubilación en su modalidad contributiva, de muerte y supervivencia, y de nacimiento y cuidado de menor, se pudiera adoptar la resolución correspondiente de forma automatizada, utilizando como sistema de firma el sello electrónico de la entidad; segundo, para fijar los criterios que han de presidir el sistema de reparto de expedientes y su asignación a las direcciones provinciales para su ordenación e instrucción; y tercero, para establecer las reglas especiales conforme a las cuales se determina la competencia para resolver los expedientes de pensiones en los que sea de aplicación un instrumento internacional de coordinación de Seguridad Social.

La necesidad de modificar dicha Resolución se produce una vez que se han desarrollado los instrumentos informáticos necesarios para poder aplicar, también, las previsiones relativas a la adopción de resoluciones de forma automática y criterios de reparto para la asignación a las direcciones provinciales de la ordenación e instrucción de los procedimientos correspondientes a la *prestación de ingreso mínimo vital*. En este sentido la Resolución de 22 de marzo de 2022 actualización de la resolución de 14 de enero de 2022 con la finalidad de modificar sus resuelves segundo, tercero y quinto.

Además, la Resolución de 22 de marzo de 2022 modifica el resuelve tercero de la Resolución de 14 de enero de 2022 con el objeto de no asignar la tramitación de los expedientes de auxilio por defunción por el sistema de reparto en ningún caso. Esta modificación responde a criterios de oportunidad de gestión basados en la organización interna de cada dirección provincial, al ponerse de manifiesto que la asignación a direcciones provinciales distintas del domicilio de la persona interesada, de las actuaciones de ordenación e instrucción del procedimiento del auxilio por defunción integrado en una solicitud con otras prestaciones, ha resultado poco operativa y no permite alcanzar el grado de eficacia y eficiencia pretendido con este sistema de asignación.

Por último, se modifica el anexo de la Resolución de 14 de enero de 2022 con la finalidad de determinar la Dirección Provincial a la que se le atribuyen las competencias y actuaciones en los procedimientos de reconocimiento del derecho a las pensiones de jubilación en su modalidad contributiva, de muerte y supervivencia y de incapacidad permanente en las que sea de aplicación el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Senegal (vigente desde el 1 de mayo de 2022).

-Seguridad Social.- Contabilidad presupuestaria.- Resolución de 23 de marzo de 2022, de la Intervención General de la Seguridad Social, por la que se modifica la de 3 de julio de 2014, por la que se aprueba la Instrucción de contabilidad para las entidades que integran el Sistema de la Seguridad Social (BOE 05-04-2022)

-Actividades preventivas. MUTUAS- Resolución de 29 de abril de 2022, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, por la que se establece la planificación general de las actividades preventivas de la Seguridad Social a desarrollar por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en sus planes de actividades del año 2022 (BOE 07-05-2022)

Mediante esta Resolución se aprueban los criterios y prioridades a aplicar por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en la planificación de sus actividades preventivas.

Durante el año 2022 las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social desarrollarán los programas de actividades preventivas de la Seguridad Social que se relacionan y concretan en esta Resolución:

1. Programa de asesoramiento técnico a PYMES y empresas de sectores preferentes [artículo 2.2.a).1.º del Real Decreto 860/2018, de 13 de julio].

Comprende la realización de visitas y otras actuaciones de asesoramiento técnico a las empresas asociadas en las que concurran las circunstancias que se establecen en la Resolución.

2. Programa de asesoramiento a empresas o actividades concurrentes [artículo 2.2.a).2.º del Real Decreto 860/2018, de 13 de julio].

En los centros de trabajo en los que concurran trabajadores de dos o más empresas, incluidas contratistas y subcontratistas, o trabajadores autónomos, alguna de cuyas empresas o alguno de cuyos trabajadores se encuentre asociada o adherido a la mutua colaboradora con la Seguridad Social, respectivamente, esta deberá informar y asesorar a sus empresas y a sus trabajadores autónomos implicados sobre la aplicación de los medios de coordinación existentes para la prevención de los riesgos laborales.

3. Programa de difusión del servicio de la Seguridad Social denominado «Prevención10.es» [artículo 2.2.a).3.º del Real Decreto 860/2018, de 13 de julio].

4. Programa de asesoramiento en empresas de menos de 50 trabajadores para la adaptación de puestos de trabajo y estructuras para la recolocación de trabajadores accidentados o con patologías de origen profesional [artículo 2.2.a).4.º del Real Decreto 860/2018, de 13 de julio].

Este programa se desarrollará para las empresas pertenecientes a las divisiones y a los sectores de actividad contemplados en los anexos I y II.

5. Actuaciones para el control y, en su caso, reducción de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales [artículo 2.2.b) del Real Decreto 860/2018, de 13 de julio].

-Resolución de 2 de junio de 2022, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo de encomienda de gestión a la Gerencia de Informática de la Seguridad Social, en relación con actuaciones propias de la Subdirección General de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (BOE 06-06-2022)

-Resolución de 8 de junio de 2022, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Social de la Marina y las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, para la emisión de informes y práctica de pruebas médicas y exploraciones complementarias para la valoración, revisión y calificación de las incapacidades laborales (BOE 15-06-2022)

Con fecha 2 de junio de 2022 se ha suscrito el Convenio entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), el Instituto Social de la Marina (ISM) y las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (MCSS), para la emisión de informes y práctica de pruebas médicas y exploraciones complementarias para la valoración, revisión y calificación de las incapacidades laborales, que figura como Anexo en esta Resolución.

El artículo 9.3 del Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, prevé que las mismas podrán prestar su colaboración a las entidades gestoras de la Seguridad Social para el desarrollo de las competencias que estas tienen encomendadas mediante los instrumentos jurídicos que resulten de aplicación.

Conforme a ello, el objeto de este convenio es poner a disposición del INSS y del ISM una herramienta eficaz, que facilite, a través de los médicos inspectores y médicos de sanidad marítima respectivamente, el desarrollo de las funciones que ambas Entidades Gestoras tienen legalmente atribuidas para la gestión de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, cuando éstas se encuentren determinadas por una incapacidad laboral derivada de contingencias comunes.

En ejecución de este convenio, las direcciones provinciales del INSS y del ISM podrán solicitar a las MCSS, los informes, pruebas médicas y exploraciones complementarias que precisen para el desarrollo de sus funciones en materia de valoración, revisión y calificación de las incapacidades laborales, sujetas dichas peticiones a las contraprestaciones económicas que deban satisfacerse por estas Entidades Gestoras a las Mutuas Colaboradoras en la forma y condiciones que se establezcan en el convenio.

Estas actuaciones se efectuarán atendiendo a criterios de racionalidad y eficacia en el funcionamiento de ambas partes, sin que la realización de informes y pruebas médicas por parte de las MCSS pueda implicar un incremento del dispositivo sanitario, ni coste adicional para éstas, ni menoscabo de la asistencia sanitaria que las Mutuas deben dispensar a los colectivos protegidos por ellas, cuya atención es preferente.

-Resolución de 9 de junio de 2022, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se establecen los términos para la aplicación a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social de los coeficientes para la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena de las empresas asociadas (BOE 21-06-2022)

El artículo 24.1 de la Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, 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, en cuanto a la financiación de las funciones y actividades atribuidas a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social para la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena al servicio de sus empresas asociadas, establece el coeficiente general

a aplicar en el 0,06 de la cuota íntegra correspondiente a la aportación empresarial y de los trabajadores por contingencias comunes y, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena comprendidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios del Régimen General de la Seguridad Social, ese coeficiente lo fija en el 0,030 de la respectiva cuota íntegra correspondiente a la aportación empresarial y de los trabajadores por contingencias comunes.

No obstante, la misma norma prevé que dichos coeficientes puedan elevarse hasta determinados porcentajes fijados legalmente para aquellas mutuas que acrediten la insuficiencia financiera del coeficiente general en base a circunstancias estructurales.

Corresponde a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social determinar las condiciones para la existencia del supuesto legal de insuficiencia financiera del mencionado coeficiente general, su origen en circunstancias estructurales y, en definitiva, los requisitos para el acceso al coeficiente especial destinado al ámbito de gestión de que se trate.

La presente resolución define el requisito de insuficiencia financiera del coeficiente general mediante la estimación del resultado negativo o déficit al cierre del ejercicio 2022 en el ámbito de la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes después de aplicada en su integridad la reserva de estabilización específica de esta gestión.

Por otro lado, respecto del requisito adicional de que tal déficit sea consecuencia de circunstancias estructurales, se considera existente cuando la duración media de los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena protegidos por la mutua en el año 2021 sea superior a treinta y tres días, o bien cuando el índice de incidencia media mensual durante el mismo periodo, de los mismos procesos, haya superado en el año 2021 el 23 por mil, siempre que se justifique por la mutua interesada el desarrollo por su parte de actuaciones de control y seguimiento de los referidos procesos de baja médica por incapacidad temporal. Además, con la finalidad de resaltar el requisito estructural y simultáneamente promover mejoras de gestión, se contempla también como requisito que la mutua haya llevado a cabo de forma activa actuaciones de control y seguimiento con tal finalidad.

Asimismo, razones de eficiencia en la gestión aconsejan acomodar la financiación de este ámbito a las singularidades de las distintas mutuas en lugar de incrementar de forma indiscriminada el coeficiente general, pues un mayor coeficiente general, además de ser más gravoso para el Sistema, generaría en algunas de las mutuas, las de mayores o más homogéneos niveles de implantación, una holgada financiación y superávit frente a otras, en las que aquel coeficiente seguiría siendo insuficiente.

Conforme a todo ello, esta Resolución establece instrucciones sobre los requisitos y condiciones para el acceso en 2022 a los coeficientes del 0,07; 0,075 y 0,033 a los que se refiere el artículo 24.1 de la Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, así como establecer las normas de procedimiento a que han de ajustarse las solicitudes que a tal efecto formulen las mutuas.

1.7. SANIDAD

-Real Decreto 415/2022, de 31 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal (BOE 01-06-2022)

Este Real Decreto es consecuencia de la entrada en vigor de la LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, cuyo objetivo es regular el derecho de la persona a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir una vez se cumplan las garantías exigidas, así como establecer el procedimiento a seguir y las garantías que han de observarse. La LO 3/2021 regula en su capítulo II el derecho de las personas a solicitar la prestación de ayuda para morir y los requisitos para su ejercicio.

Para ello resulta necesaria una revisión del RD 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal, con el fin esencial de modificar la información mínima que deben trasladar las comunidades autónomas al Registro nacional una vez realizada la inscripción de un documento de instrucciones previas.

El Registro nacional de instrucciones previas está establecido en el art. 11.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y se creó y reguló mediante el RD 124/2007. El objetivo de este Registro es garantizar la eficacia y posibilitar el conocimiento en todo el territorio nacional de las instrucciones previas otorgadas por los ciudadanos conforme a la normativa autonómica (para que se cumplan en el momento en que la persona que las otorgue llegue a situaciones en las que no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez haya llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos).

En concreto, la disposición adicional primera del RD 124/2007 establece que las comunidades autónomas deberán remitir al Registro nacional de instrucciones previas las inscripciones efectuadas en los registros autonómicos y las copias de los documentos de instrucciones previas, y cumplimentarán la información mínima recogida en su anexo (obligación extensible también a Ceuta y Melilla conforme a la disposición adicional segunda).

Entre la información mínima que deben trasladar las comunidades autónomas al Registro nacional una vez realizada la inscripción de un documento de instrucciones previas, se encuentra la sección denominada «Materia de la declaración» que comprende el apartado relativo a cuidados y tratamiento, así como el previsto al destino del cuerpo del otorgante o de los órganos una vez fallecido.

Con este Real Decreto, dicho apartado se adapta al actual marco normativo, con objeto de incorporar la prestación de ayuda para morir como materia de la declaración, asegurando la igualdad y calidad de futuras decisiones asistenciales, así como la toma de decisiones respetuosas con la voluntad del enfermo cuando este no tiene ya capacidad para decidir por sí mismo.

Igualmente, se modifican las referencias orgánicas que figuran en el RD 124/2007, de 2 de febrero, sustituyéndolas por los actuales órganos competentes en el ámbito del Registro nacional de instrucciones previas, conforme a la actual estructura orgánica del Departamento ministerial.

1.8. FONDOS DE PENSIONES

-Proyecto de Ley de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (BOCG. Congreso de los Diputados de 4 de marzo de 2022).

La recomendación 16ª del Pacto de Toledo 2020 pone el foco en la necesidad de «dotar de estabilidad al actual modelo de previsión social complementaria» e «impulsar, de forma preferente, los sistemas sustentados en el marco de la negociación colectiva, de empleo, que integran el denominado segundo pilar del modelo de pensiones» a los que se deberá dotar «de un régimen fiscal y jurídico adecuado y diferenciado». De esta forma, se busca impulsar la implantación efectiva de los planes de pensiones de empleo reconfigurando la protección social complementaria en favor de instrumentos de dimensión colectiva lo que ha de suponer, en ese contexto, un fortalecimiento del contenido de la negociación colectiva de carácter sectorial.

En esa línea, la disp. adic. 40.ª de la LPGE para 2021 estableció la previsión de la «Promoción de fondos de pensiones públicos de empleo», fijando un plazo de 12 meses para que el

Gobierno presentase un «proyecto de ley sobre fondos de pensiones públicos de empleo» en el que se atribuya a la Administración General del Estado capacidad legal para su promoción.

Además, la LPGE para 2021 supuso un primer paso en la diferenciación en el tratamiento fiscal de los instrumentos de previsión social empresarial (segundo pilar del sistema de pensiones) y los de previsión individual (tercer pilar). Así, la LPGE para 2021 estableció una importante reducción de los límites de aportaciones a planes de pensiones individuales a partir de 2021 (art. 62. punto Dos, que modifica el art. 5.3.*a)* TRLPFP), fijando el límite de 2.000 euros (en lugar del límite de 8.000 euros fijado en 2020), y para 2022 (Disp. final 9ª LPGE para 2022) se ha continuado en esa línea, fijando el límite de 1.500 euros (este límite se incrementará en 8.500 euros, siempre que tal incremento provenga de contribuciones empresariales, o de aportaciones del trabajador al mismo instrumento de previsión social por importe igual o inferior a la respectiva contribución empresarial) en lugar del límite de 2.000 euros fijado en 2021 y 8.000 euros fijado en 2020).

Conforme al señalado mandato legal, se está tramitando el "Proyecto de Ley de regulación para el impulso de los Planes de Pensiones de Empleo, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por RD-Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre" (BOCG. 4 de marzo de 2022).

Según la Exp. Motivos del Proyecto de Ley, se pretende fomentar y potenciar la previsión social complementaria de corte profesional a partir del desarrollo de los planes de pensiones de empleo, con un fuerte anclaje en la negociación colectiva sectorial, facilitando así el acceso a colectivos que, hasta ahora, encuentran dificultades para acceder a los mismos, así como revertir la tendencia hacia una pérdida de peso del patrimonio gestionado por los fondos de pensiones de empleo respecto del total de la previsión social complementaria (los primeros representaban un 50% del total de la previsión social complementaria al inicio de los años 90, mientras que ahora representan un porcentaje ligeramente superior al 25%).

El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en la reforma 5.ª del componente 30 recoge el compromiso de una «Revisión e impulso de los sistemas complementarios de pensiones», debiendo aprobarse durante el segundo trimestre de 2022 un nuevo marco jurídico que impulse los planes de pensiones de empleo y contemple la promoción pública de fondos de pensiones, permitiendo dar cobertura a colectivos de trabajadores sin planes de pensiones de empleo en sus empresas o autónomos.

Se trata de reforzar la previsión social de carácter empresarial con la creación de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos y de los planes simplificados, que se podrán adscribir a estos fondos y que cuentan con un sistema menos complejo de promoción que el vigente, orientado a facilitar la generalización de los mismos basado en tres ámbitos:

- El impulso desde la negociación colectiva sectorial mediante la promoción de planes sectoriales que sirvan para encuadrar a los convenios territoriales o de empresa y que facilitan la adscripción de las empresas y de las personas trabajadoras empleadas en ellas.

- Una regulación específica para el sector público que busca la generalización de los planes de pensiones de empleo para empleados públicos, especialmente entre las entidades locales pequeñas y medianas, dentro de los límites que fijen las normas básicas sobre aumentos retributivos.

- Por su parte, el desarrollo de los planes específicos para trabajadores por cuenta propia o autónomos dentro de la previsión social empresarial permitirá encauzar de una forma mucho más efectiva el ahorro para la jubilación de este ámbito y podría suponer un menor gasto por comisiones a través de la contratación de planes de pensiones simplificados.

La reforma pretende, además, (según la Exp. de Motivos del Proyecto de Ley) extender la población cubierta por planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para jubilación con financiación mixta de empresa y trabajadores, a través de la negociación colectiva de dimensión preferentemente sectorial; simplificar los trámites en la adscripción y gestión de los

planes de pensiones usando especialmente la digitalización; diseñar mecanismos que favorezcan la movilidad de los trabajadores entre las diferentes empresas y sectores; diseñar un nuevo incentivo fiscal dirigido a impulsar este tipo de instrumentos colectivos, que beneficie especialmente el ahorro de las rentas medias y bajas e incorpore a los jóvenes de manera más eficaz; limitar los costes de gestión de los planes de empleo.

Conforme al Proyecto de Ley, se añaden dos nuevos capítulos al TRLPFP: el capítulo XI, titulado «Fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos» y el capítulo XII, titulado «Planes de pensiones de empleo simplificados».

1) Los fondos de pensiones de empleo de promoción pública serán de carácter abierto en relación con los procesos de inversión desarrollados y tendrán las siguientes características:

- Actuará como entidad promotora pública la Comisión Promotora y de Seguimiento como órgano colegiado conformado por miembros de la Administración General del Estado (con funciones sobre su constitución y disolución; directrices de la inversión común; seguimiento periódico sobre las actividades)

- Podrán integrarse en estos fondos los planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación que así lo establezcan en sus especificaciones y los planes de pensiones de empleo simplificados.

- Serán administrados por una entidad gestora con el concurso de una entidad depositaria y bajo la supervisión de una única Comisión de Control Especial para todos los fondos de pensiones de promoción pública abiertos. Esta Comisión estará formada por personas con reconocida experiencia, conocimiento, capacidad de supervisión y gestión y serán nombrados por la Comisión Promotora y de Seguimiento. Sus funciones serán las que el TRLPFP establece para la comisión de control de fondo de pensiones, con ciertas singularidades, siempre que resulten compatibles con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

- Los activos de los fondos de pensiones serán invertidos en interés exclusivo de las personas partícipes y beneficiarias tomando en cuenta la rentabilidad, el riesgo y el impacto social de las inversiones. Se establecerán para ello criterios comunes que valorarán los riesgos extrafinancieros y los criterios medioambientales, sociales y de buen gobierno corporativo alineados con los principios para la inversión responsable y las mejores prácticas de finanzas sostenibles reguladas por la Unión Europea.

- El proceso de selección de las entidades gestoras y depositarias se fundamentará en los principios de igualdad, transparencia y libre competencia con sujeción a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, a través de un procedimiento abierto. Se exigirán requisitos de solvencia y capacidad a dichas entidades para que se garantice una alta calidad en la gestión unida a unas comisiones reducidas, que especialmente beneficiarán a los autónomos.

- Para garantizar la operatividad entre gestoras y depositarias, la normalización y calidad de los procesos, la agilidad de las operaciones y la accesibilidad de la información a empresas, personas partícipes y beneficiarias se utilizará una plataforma digital común.

2) Respecto a los planes de pensiones de empleo simplificados, regulados en el nuevo capítulo XII, sus aspectos clave son:

- Pueden integrarse en un fondo de pensiones de empleo de promoción pública abierto o en un fondo de pensiones de empleo de promoción privada.

- Pueden promoverse por: las empresas incluidas en los acuerdos sectoriales vinculados a la negociación colectiva; las administraciones públicas y sociedades mercantiles públicas; asociaciones de trabajadores por cuenta propia o autónomos, sindicatos, colegios profesionales y

mutualidades vinculadas a éstos; sociedades cooperativas o laborales, con acuerdos de los órganos sociales o de gobierno de dichas sociedades y sus organizaciones representativas.

- Se determina una delimitación específica de los planes de naturaleza sectorial.

- La promoción, formalización e integración de los planes simplificados se realizará de forma ágil mediante acuerdos en las mesas de negociación correspondientes o mediante acuerdos de las entidades promotoras de los planes de trabajadores por cuenta propia o autónomos.

- Las especificaciones serán comunes para todas las empresas o entidades integradas en el mismo plan simplificado.

- La constitución de la comisión de control del plan se realizará mediante procesos de designación directa.

El Proyecto de Ley prevé un proceso de adaptación de los planes de pensiones de empleo preexistentes, adaptando sus especificaciones para integrarse en la categoría de planes de pensiones de empleo simplificados regulados en el nuevo capítulo XII. Asimismo, está previsto un proceso de adaptación de los planes de pensiones asociados preexistentes (planes de pensiones del sistema asociado de trabajadores por cuenta propia o autónomos, promovidos por las asociaciones de trabajadores por cuenta propia o autónomos para sus asociados o por colegios profesionales), conforme al cual dispondrán de un periodo máximo de cinco años para transformarse en planes de pensiones de empleo simplificados regulados en el nuevo capítulo XII de este Proyecto de Ley. El resto de planes de pensiones del sistema asociado preexistentes dispondrán igualmente de un plazo de cinco años para transformarse en un plan de pensiones individual.

1.9. DEPENDENCIA Y DISCAPACIDAD

-Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación (BOE 01-04-2022)

Esta Ley modifica y adiciona diversos artículos al RD-Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

El objetivo fundamental de esta modificación es incorporar a la definición de accesibilidad universal la consideración de accesibilidad cognitiva, aclarando de forma explícita que la accesibilidad cognitiva se encuentra incluida en la accesibilidad universal, entendida como el elemento que va a permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas.

Todo ello lleva consigo la obligación de adoptar medidas específicas para garantizar las condiciones de accesibilidad y no discriminación en todos los ámbitos que la ley enumera, para lo cual se realizan diversas modificaciones en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Con esta ley se pretende dar respuesta a las recomendaciones que implica la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y a las observaciones finales realizadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España, de 9 de abril de 2019, relativos al cumplimiento de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

-Resolución de 18 de mayo de 2022, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, relativo a las bases comunes generales sobre el Fondo para la lucha contra la privación material, incluido en el Fondo Social Europeo Plus y propuesta de distribución territorial. (BOE 08-06-2022)

El Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia aprobó, en su reunión ordinaria de 7 de abril de 2022, el "Acuerdo relativo a las bases comunes generales sobre el Fondo para la lucha contra la privación material, incluido en el Fondo Social Europeo Plus (FSE+) y propuesta de distribución territorial". Este Acuerdo se publica como Anexo.

Con el citado Fondo se trata de hacer frente a la privación material mediante alimentos y/o prestación de asistencia material básica a las personas más desfavorecidas, en particular a los menores, y establecer medidas de acompañamiento que apoyen su inclusión social.

Mediante este Acuerdo se trata de establecer un marco común en relación con los tipos de ayuda para hacer frente a la privación material mediante alimentos y/o prestación de asistencia material básica que, de acuerdo con la definición ofrecida por el artículo 2 del Reglamento FSE+, son los bienes destinados a satisfacer las necesidades básicas de una persona para que viva con dignidad como ropa, artículos para la higiene, incluidos los productos para la higiene femenina, o material escolar.

Se determinan los grupos de personas y familias en situación de privación material, destinatarios/as del Programa, si bien las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y de Melilla establecerán prioridades en el marco de sus competencias y de su situación social concreta. En el Acuerdo se delimitan todos aquellos grupos potencialmente destinatarios de esta prestación, según la definición de personas desfavorecidas que establece el Reglamento FSE+ y que podrían ser los siguientes: Familias en general, con especial atención a aquellas con niños, niñas, adolescentes y personas en situación de dependencia; Familias monoparentales, numerosas y afectadas por violencias de género; Personas mayores; Personas jóvenes, especialmente aquellas que se encuentren en situación de desempleo; Personas con discapacidad; Personas en situación de desempleo, sin ingresos o con ingresos muy bajos, sobre todo aquellas en situación de desempleo de larga duración; Personas inmigrantes y solicitantes de asilo, de acuerdo con el artículo 14.3 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que afirma que «Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas»; Personas sin hogar o en situación de sinhogarismo; Personas que viven en asentamientos; Otras personas en situación de extrema vulnerabilidad, alejadas de los circuitos de atención. Todos ellos siempre que se encuentren en una situación de privación material.

El Consejo Territorial de Servicios Sociales y del SAAD determina la distribución territorial de este fondo, con los criterios que se establecen en este Acuerdo.

1.10. EMPLEO Y FORMACIÓN

-Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional (BOE 01-04-2022)

-Plan Anual del Política de Empleo (PAPE).- Resolución de 26 de abril de 2022, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de abril de 2022, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2022, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre (BOE 04-05-2022)

1.11. NORMAS LABORALES

-Real Decreto-ley 8/2022, de 5 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la contratación laboral del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (BOE 06-04-2022)

Esta norma se enmarca en el objetivo de realizar una profunda reforma de la carrera científica, que ha sido abordado a través del Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, en ejecución del componente 17, relativo a la Reforma institucional y fortalecimiento de las capacidades del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, que fue objeto de aprobación por el Consejo de Ministros en su reunión del día 18 de febrero de 2022 y que se encuentra actualmente en tramitación parlamentaria.

En ese marco se regula el nuevo contrato indefinido de actividades científico-técnicas, cuyo objeto será la realización de actividades vinculadas a líneas de investigación o de servicios científico-técnicos, incluyendo la gestión científico-técnica de estas líneas que se definen como un conjunto de conocimientos, inquietudes, productos y proyectos, construidos de manera sistemática alrededor de un eje temático en el que confluyan actividades realizadas por uno o más grupos de investigación y requerirá su desarrollo siguiendo las pautas metodológicas adecuadas en forma de proyectos de I+D+I.

El contrato se podrá celebrar con personal con título de Licenciado, Ingeniero, Arquitecto, Diplomado, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico, Grado, Máster Universitario, Técnico/a Superior o Técnico/a, o con personal investigador con título de Doctor o Doctora, y la totalidad de los procedimientos de selección del personal laboral se regirán en todo caso a través de convocatorias públicas en las que se garanticen los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y concurrencia.

Estos contratos, de duración indefinida, no formarán parte de la Oferta de Empleo Público ni de los instrumentos similares de gestión de las necesidades de personal a que se refiere el artículo 70 EBEP, ni su convocatoria estará limitada por la masa salarial del personal laboral, lo que los dota de la necesaria agilidad y rapidez de respuesta a las necesidades del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación; además, en los supuestos en que los contratos estén vinculados a financiación externa o financiación procedente de convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva en su totalidad, los mismos no requerirán del trámite de autorización previa.

-Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de marzo de 2022, por el que se declara la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, de conformidad con el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para el sector de las agencias de viaje (BOE 01-04-2022)

A través de este Acuerdo se declara la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo para el sector de las agencias de viajes, en su modalidad sectorial, de conformidad con el artículo 47 bis.1.b) ET.

Por el presente Acuerdo, las empresas cuya actividad se clasifique en los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas -CNAE-2009- 7911, 7912 y 7990 a fecha 31 de marzo de 2022, podrán solicitar la aplicación de las medidas de reducción temporal de jornada y suspensión de contratos de trabajo propias del Mecanismo RED sectorial, entre el 1 de abril y el 31 de diciembre de 2022. El mecanismo permanecerá activado por el mismo periodo, perdiendo su vigencia y efectos el 31 de diciembre de 2022, con independencia de la fecha de la solicitud de la empresa.

1.12. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

-Exposición a riegos cancerígenos. - Real Decreto 395/2022, de 24 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo (BOE 25-05-2022).

Este Real Decreto modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo, incorporando al cuadro que figura en el anexo III, sobre valores límite de exposición profesional.

Asimismo, se incorpora al derecho español la Directiva (UE) 2019/983 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva 2004/37/CE, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo.

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL

I. Configuración jurídica general del Sistema de Seguridad Social (Sistema de Fuentes y Estructura Básica del Sistema Normativo). Coordinación comunitaria de la Seguridad Social

II. Ámbito Subjetivo de aplicación de la Seguridad Social

III. Gestión de la Seguridad Social

IV. Actos de encuadramiento o de inmatriculación (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores)

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

VI. Acción Protectora. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

-STS 531/2022, de 04-05-2022 [Ponente: Luis María Díez-Picazo Giménez]

Accidente in itinere de funcionario público: es consecuencia del servicio a efectos de la pensión extraordinaria de jubilación por incapacidad permanente (art. 47.2 de la Ley de Clases Pasivas del Estado).

-STSJ Castilla-La Mancha 1797/2021, de 29/11/2021. Recurso de Suplicación nº 1743/2020

ACCIDENTE DE TRABAJO «IN ITINERE»: existencia: esguince de tobillo por caída, al ir a coger el coche para dirigirse a la Universidad para impartición de clase (en Máster de acceso a la actividad de la abogacía): abogada en ejercicio, de alta en el RETA.

-STSJ Cataluña 5338/2021, de 26/10/2021. Recurso de Suplicación nº 3209/2021

RECARGO DE PRESTACIONES POR ACCIDENTE DE TRABAJO: procedencia, por infracción de los principios generales de la acción preventiva: falta de adopción por la empresa de medidas correctoras frente a riesgos ergonómicos: acceso por debajo de una escalera (agachándose) para proceder a tareas de limpieza de la máquina rotativa impresora: lesión lumbar, causante de una incapacidad permanente total; porcentaje aplicable: recargo del 30%, en función de la gravedad de la falta: método de trabajo inadecuado, con riesgos ergonómicos.

-STSJ Cataluña 4587/2021, de 22/09/2021. Recurso de Suplicación nº 2344/2021

RECARGO DE PRESTACIONES POR ENFERMEDAD PROFESIONAL: fallecimiento de extrabajador por insuficiencia respiratoria aguda secundaria a asbestosis, teniendo reconocida una incapacidad absoluta con fecha de 13-7-2000, una gran invalidez por agravación en fecha de 23-5-2013 y recargo de prestaciones del 30% con efectos de 10-12-2015 (porcentaje éste que en su día no fue modificado judicialmente); tras el fallecimiento del trabajador (15-1-2017), se reconoce pensión de viudedad a la actora, con el recargo prestacional originario del 30%, habiéndose solicitado sin

embargo por la misma un recargo del 50% (que es desestimado en vía administrativa y judicial, por entenderse la existencia de prescripción por reclamación extemporánea). NULIDAD DE ACTUACIONES: estimación, por haber apreciado la resolución de instancia indebidamente la excepción de prescripción (y cosa juzgada), al tratarse de distintas prestaciones y beneficiarios de las mismas.

-STSJ Cataluña 5601/2021, de 05/11/2021. Recurso de Suplicación nº 3391/2021

RECARGO DE PRESTACIONES POR ACCIDENTE DE TRABAJO: desestimación, por imprudencia del trabajador accidentado: conducta errónea en el manejo (marcha atrás) de carretilla elevadora con el mástil levantado, sin carga, produciéndose el vuelco de la misma al efectuar un giro, y atrapando un pie y una mano del operario; cumplimiento empresarial de las medidas de seguridad exigibles: existiendo evaluación de riesgos y concurriendo formación y experiencia del trabajador accidentado. PRUEBA PERICIAL: existencia de informes contradictorios: valoración judicial. RECURSO DE SUPLICACIÓN: requisitos procesales para la revisión de los hechos declarados probados en la resolución de instancia.

-STSJ Canarias 1015/2021, de 02/11/2021. Recurso de Suplicación nº 115/2021

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO: se estima la prescripción alegada por la empresa principial y su aseguradora pues tratándose de una solidaridad impropia la reclamación frente a la empleadora no interrumpe la prescripción de la acción frente a las mismas; en orden a determinar la cuantía del perjuicio por pérdida de la calidad que tiene por objeto compensar el perjuicio moral particular que sufre la víctima por las secuelas que impiden o limitan su autonomía personal para realizar las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o su desarrollo personal mediante actividades específicas, no procede aplicar la perspectiva de género en la interpretación del art. 54 de la Ley 35/2015, que define el concepto de «actividades específicas de desarrollo personal» sea interpretado desde una perspectiva de género, pues no encierra estereotipos discriminatorios por razón de género, ya que la graduación del perjuicio no parte de un patrón de actividades eminentemente masculino sino de las que el propio perjudicado ha asumido y podría en lógica asumir como proceso de su crecimiento personal: otorga 100000 € por limitación en el desarrollo personal de la trabajadora. VOTO PARTICULAR.

VII. Acción protectora. Las prestaciones del Sistema de Seguridad Social:

A). Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

-STS 243/2022, de 28-02-2022 [Ponente: Segundo Menéndez Pérez]

JUECES SUSTITUTOS. Incapacidad temporal durante el año judicial en el que fueron nombrados. Han de estar de alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

-STSJ País Vasco 1191/2021, de 13/07/2021. Recurso de Suplicación nº 867/2021

TRABAJADOR AUTÓNOMO: cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente total: integración de lagunas de cotización en el período carencial: desestimación; legislación aplicable: inexistencia de discriminación.

-STSJ Cataluña 5388/2021, de 27/10/2021. Recurso de Suplicación nº 3308/2021

PRESTACIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL: base reguladora por accidente de trabajo: trabajadora con jornada reducida en la fecha del suceso: y percibiendo prestación contributiva por desempleo parcial en la misma fecha: exclusión de las cotizaciones de

desempleo a efectos de determinar la correspondiente base reguladora; normativa aplicable: determinación.

-STSJ Islas Canarias/Las Palmas 846/2021, de 17/09/2021. Recurso de Suplicación nº 465/2021

TRABAJADORA AUTÓNOMA: prestaciones por incapacidad temporal: nacimiento del derecho: determinación; fecha inicial: retroacción hasta los tres meses anteriores a la solicitud: procedencia, por tramitación extemporánea de la misma. RECURSO DE SUPLICACIÓN: requisitos procesales para la revisión de los hechos declarados probados en la resolución de instancia: adición instrascendente.

-STS 379/2022, de 27-04- 2022 [Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga]

GRAN INVALIDEZ. Derecho a acceder a una IP desde la situación de jubilación anticipada a la que ha accedido por aplicación de los coeficientes correctores por discapacidad, sin haber cumplido los 65 años de edad. Rectifica doctrina.

-STS 394/2022, de 27-04- 2022 [Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro]

INCAPACIDAD TEMPORAL. Alta médica. El subsidio debe abonarse hasta que se notifica la resolución administrativa con declaración de alta médica (por agotamiento del periodo, sin declaración de incapacidad permanente). Aplica doctrina de SSTS 2 diciembre 2014 (rcud. 573/2014) y 18 enero 2012 (rcud. 715/2012), confirmado por STS 310/2022 de 6 abril (rcud. 1289/2021). RECURSO DE SUPLICACIÓN. Acceso al recurso. No hay cuantía. Afectación general que ya puede considerarse notoria, conforme a STS 310/2022 de 6 abril (rcud. 1289/2021).

-STS 375/2022, de 27-04- 2022. RCUD [Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín]

INCOMPATIBILIDAD entre la pensión de invalidez no contributiva y la renta activa de inserción. Aplica doctrina de la STS 342/2018, 22 de marzo de 2018 (rcud 1229/2016).

B). Cuidado de hijos, riesgo durante el embarazo y lactancia

-STSJ Cataluña 5789/2021, de 11/11/2021. Recurso de Suplicación nº 3434/2021

PRESTACIÓN POR PATERNIDAD: procedencia de su abono: hijo fallecido intrauterinamente, con más de 180 días de gestión: alcance del art. 48.4 ET tras la reforma dada por el RDley 6/2019, de 1 de marzo; acreditación de su condición de padre mediante prueba indiciaria, sin que la parte recurrente haya desvirtuado dichos indicios. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS: procede el pago de intereses en el caso de que se condene a la Administración a cantidad líquida, y que deje transcurrir tres meses desde dicha condena, sin efectuar el pago de la misma, supuesto que no concurre.

C). Jubilación

-STS 364/2022, de 26-04-2022 [Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro]

JUBILACIÓN ANTICIPADA. Debe aplicarse la legislación anterior a la Ley 27/2011 a trabajador cuyo contrato se extinguió al amparo de ERE, pese a que desarrolló diversas ocupaciones asalariadas tras abril de 2013. Especificidad del apartado b) de la DF 12ª de la Ley 27/2011 (actual DTr 4ª.5 LGSS). De acuerdo con Ministerio Fiscal, estima recurso frente a STSJ Cataluña 762/2019, que había subsumido el supuesto en el apartado a) de dicho precepto.

-STS 396/2022, de 04-05- 2022 [Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín]

PENSIÓN DE JUBILACIÓN. No es compatible con la situación de segunda actividad sin destino en el Cuerpo Nacional de Policía.

-STS 120/2022, de 08/02/2022. RCUD nº 3930/2020 [Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro]

JUBILACIÓN ACTIVA PLENA DE COMUNERO: a efectos de determinar si el pensionista tiene derecho al incremento de su pensión de jubilación activa hasta el 100% al tiempo que se desarrolla una actividad por cuenta propia (art. 305.2.II LGSS), no es válida la contratación laboral que discurre entre la comunidad de bienes para explotar una Oficina de Farmacia y la plantilla en la que se integra el pensionista. Voto Particular.

-STS 119/2022, de 08/02/2022. RCUD nº 3087/2020 [Ponente: Mª Luisa Segoviano Astaburuaga]

TRABAJADORES AUTÓNOMOS: la compatibilidad plena de la pensión de jubilación en la cuantía del 100% con la actividad por cuenta propia sólo es posible en el caso de los autónomos personas físicas, no de lo societarios, aunque se trate de una comunidad de bienes, pues la condición de empresa la ostenta esta y no los partícipes, teniendo en cuenta que los requisitos legalmente exigidos (realizar la actividad por cuenta propia y tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena) sólo son predicables respecto de estos (en el caso de una comunidad de bienes, el empleador es esta), y asimismo atendiendo a la finalidad de la reforma operada por la Ley 6/2017 (que no se destruya empleo por la jubilación del empresario). VOTO PARTICULAR.

-STS 163/2022, de 17/02/2022. RCUD nº 3379/2021 [Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín]

COMPLEMENTO POR MATERNIDAD POR APORTACIÓN DEMOGRÁFICA A FAVOR DE LOS PADRES VARONES: su exclusión inicial era discriminatoria, y, por tanto, el juez nacional estaba obligado a interpretar el art. 60 LGSS conforme al Derecho de la Unión y aplicarlo a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelve sobre la petición de interpretación, consecuentemente sus efectos han de situarse en el momento mismo en que si dictó ese artículo, no resultando admisible que se produzcan desde su publicación en el DOUE, por haberlo rechazado la doctrina del TJUE teniendo en cuenta que los derechos que se declaran en sus sentencias no hacen de las mismas, sino de las diposiciones del derecho comunitario que son de aplicación directa en los Estados miembros; sin perjuicio de que en el caso concreto, al no haber recurrido el beneficiario, se mantenga el pronunciamiento de retroacción a los 3 meses anteriores a su solicitud.

-STSJ Galicia 4503/2021, de16/11/2021. Recurso de Suplicación nº 2188/2021

TRABAJADOR AUTÓNOMO: pensión de jubilación del RETA: compatibilidad con el desempeño de funciones inherentes a la titularidad del negocio; legislación aplicable: evolución e interpretación. Recurso de Suplicación: características y requisitos del escrito de interposición.

-STSJ Aragón 535/2021, de10/09/2021. Recurso de Suplicación nº 518/2021

PENSIÓN DE JUBILACIÓN: complemento por paternidad (maternidad) por aportación geográfica: concesión procedente a padre de tres hijos: existiendo discriminación por razón de sexo; fecha de efectos económicos de la prestación: determinación: la del inicio del abono de la pensión de jubilación; legislación aplicable: aplicación del derecho de la Unión Europea: interpretación. RECURSO DE SUPLICACIÓN: procedencia: reclamación de complemento de prestación de Seguridad Social, aunque el importe en cómputo anual sea inferior al límite del recurso.

-STSJ Galicia 4438/2021, de 4438/2021. Recurso de Suplicación nº 3878/2021

TRABAJADORES AUTÓNOMOS: la compatibilidad plena de la pensión de jubilación en la cuantía del 100% con la actividad por cuenta propia sólo es posible en el caso de los autónomos personas físicas, no de lo societarios, teniendo en cuenta que los requisitos legalmente exigidos (realizar la actividad por cuenta propia y tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena) sólo son predicables respecto de estos (en el caso de autónomos societarios, el empleador es la sociedad), y asimismo atendiendo a la finalidad de la reforma operada por la Ley 6/2017 (que no se destruya empleo por la jubilación del empresario), pues de admitirse respecto de los autónomos societarios se rompería la conexión entre la jubilación activa del beneficiario y los contratos de trabajo.

D). Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

-STS (Sala Tercera) 372/2022, de 24-03-2022 [Ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo]

MUTUALISMO ADMINISTRATIVO. Pensión de viudedad. Pareja de hecho: medios para acreditar su existencia.

-STS 274/2022, de 26-04- 2022 [Ponente: Sebastián Moralo Gallego]

PENSIÓN DE VIUDEDAD CON BENEFICIARIAS CONCURRENTES. Fallecimiento de la excónyuge del causante. La viuda reclama el derecho a percibir la prestación de viudedad reconocida a la fallecida, que le ha sido íntegramente denegado por el INSS. Está en juego el reconocimiento de una prestación de seguridad social. Cabe recurso de suplicación con independencia de la cuantía.

E). Prestaciones familiares

-STSJ Cataluña 5512/2021, de 02/11/2021. Recurso de Suplicación nº 3253/2021

PRESTACIÓN POR HIJO A CARGO: beneficiarios de la modalidad no contributiva: finalidad y requisitos; denegación de la misma: hijo mayor de 18 años, de madre discapacitada y divorciada. NULIDAD DE ACTUACIONES: desestimación: sentencia congruente y motivación suficiente.

F). Desempleo

-STS 341/2022, de 19-04- 2022. RCUD [Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro]

SUBSIDIO DE DESEMPLEO MAYORES 52 AÑOS. La beneficiaria no comunica temporáneamente la percepción de ganancia patrimonial por venta de un bien inmueble. Extinción por sanción al incurrir en falta grave, ex arts. 25.3 y 47.1) LISOS. Reitera doctrina

-STS 363/2022, de 26-04-2022 [Ponente: Ricardo Bodas Martín]

SPEE. Desestimación de la prestación, porque la trabajadora no estaba en alta ni asimilada al alta por parte de la Entidad Gestora. Trabajadora en excedencia voluntaria que, al concluir el período concedido, reclama su reincorporación y la empresa lo deniega por inexistencia de vacante. Reconoce la improcedencia del despido en conciliación administrativa y le indemniza con 30.000 euros. Se reconoce que la trabajadora estaba en situación asimilada al alta desde la fecha en que fue despedida. Aplica doctrina STS 14-03-2019, rcud. 2785/17.

-STS 442/2022, de 17-05- 2022 [Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro]

CAPITALIZACIÓN DEL DESEMPLEO POR EXTRANJERO RETORNADO. La persona que ostenta una nacionalidad extranjera, aunque esté casada con otra de nacionalidad española y amparada por el RD 2407/2007, tiene derecho a capitalizar la prestación por desempleo en las condiciones previstas por el RDL 4/2008. Ecuatoriano casado con española. Estima recurso frente a STSJ Murcia 1030/2018.

-STS 341/2022, de 19-04-2022 [Ponente: Antonio V. Sempere Navarro]

SUBSIDIO DE DESEMPLEO MAYORES 52 AÑOS. La beneficiaria no comunica temporáneamente la percepción de ganancia patrimonial por venta de un bien inmueble. Extinción por sanción al incurrir en falta grave, ex arts. 25.3 y 47.1) de la LISOS. Examina, ordena y reitera doctrina. De acuerdo con Ministerio Fiscal, desestima recurso frente a la STSJ Andalucía (Málaga) 2155/2018.

-STS 344/2022, de 19-04-2022 [Ponente: Sebastián Moralo Gallego]

DESEMPLEO. Incompatibilidad entre los salarios de tramitación abonados por el FOGASA y las prestaciones por desempleo reconocidas. Artículo 209.5 a) LGSS y sus consecuencias en este caso: devolución de parte de prestaciones temporalmente coincidentes con los salarios de tramitación. Reitera STS 2/3/2015, RCUD 903/2014, invocada de contraste, ratificada en STS 23/2/2022, RCUD. 4389/2018.

-STS 140/2022, de 10-02-2022 [Ponente: Sebastián Moralo Gallego]

DESEMPLEO: Requisito de carencia de rentas: en lo que se refiere al cómputo que haya de hacerse de los bienes muebles o inmuebles que integran el patrimonio del beneficiario, del art. 7.1c RD 625/1985 se desprende que no ha de estarse al valor pecuniario que pudieren tener los mismos, sino a los rendimientos que generan. Y a tal efecto, tales rendimientos serán los que efectivamente hayan podido producir como fruto de su explotación económica. En caso de que no consten los rendimientos reales, habrá de estarse a los rendimientos presuntos que se deducen del montante económico del patrimonio, calculados conforme a la concreta y objetiva regla que ofrece el propio precepto legal de aplicar a su valor el 100 por ciento del tipo de interés legal del dinero vigente, con las excepciones que enumera la propia norma.

-STS 178/2022, de 22-02-2022 [Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín]

SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE). Protección por desempleo y salarios de tramitación. Normativa aplicable para proceder a la regularización: es la vigente en el momento del nacimiento de la situación legal de desempleo.

-STSJ Madrid 787/2021, de17/09/2021. Recurso de Suplicación nº 369/2021

DESEMPLEO: reanudación procedente del derecho a la prestación contributiva; circunstancias concurrentes: resolución del contrato durante el período de prueba: inexistencia de transcurso del plazo de tres meses desde la extinción de la anterior relación laboral: siendo, sin embargo, la causa de ello la oferta empresarial de nueva contratación con categoría superior, así como mayor retribución.

-STSJ Principado de Asturias 1938/2021, de 05/10/2021. Recurso de Suplicación nº 1621/2021

PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA DE DESEMPLEO: procedencia: cese voluntario en el trabajo, debido al compromiso firme de contratación inmediata en nueva empresa, que sin embargo

no se efectúa por la paralización de actividades de la misma a causa del estado de alarma por el COVID-19; rescisión voluntaria acaecida dentro del plazo prefijado al efecto por la normativa especial del RDLey 15/2020, de 21 de abril.

-STSJ de Cataluña 6811/2021, de 20/12/2021. Recurso de Suplicación nº 4535/2021

SUBSIDIO DE DESEMPLEO: extinción procedente por sanción: falta de comunicación por la actora de la percepción de ingresos: tanto en el momento de la aceptación de herencia (sin acreditar que la parte alícuota correspondiente a la misma no excediese de los límites legales), ni con posterioridad (al enajenar el inmueble); reintegro de las prestaciones correspondientes: procedencia. VARIACIÓN SUSTANCIAL DE LA DEMANDA: desestimación: alegación jurídica nueva sobre los hechos que ya constan en la demanda y en el expediente administrativo, pero sin variar la pretensión deducida. RECURSO DE SUPLICACIÓN: requisitos procesales para la revisión de los hechos declarados probados en la resolución de instancia.

-STSJ Andalucía/Sevilla 2664/2021, de 28/10/2021. Recurso de Suplicación nº 1501/2021

PRESTACIONES CONTRIBUTIVA Y ASISTENCIAL DE DESEMPLEO: extinción procedente, por inexistencia de relación laboral: falta de prestación de servicios laborales, tratándose de la mera asistencia a cursos de formación impartidos por distintas entidades: con independencia de haber sido dado alta en Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena. PRINCIPIOS JURÍDICOS: inexistencia de vulneración por parte del SPEE de la doctrina de los propios actos, ni el de seguridad jurídica. PRESCRIPCIÓN: desestimación, en materia de revisión de actos declarativos de derechos: determinación del cómputo del plazo. LITIS PENDENCIA: denegación, por no concurrir la triple identidad requerida al efecto. NULIDAD DE ACTUACIONES: desestimación, por ausencia de indefensión, e inexistencia de error valorativo judicial en las pruebas. RECURSO DE SUPLICACIÓN: no cabe plantear, mediante un escrito de impugnación, lo que hubiera podido ser objeto de un recurso.

-STS 417/2022, de 11 de mayo de 2022. RCUD. Ponente: Ricardo Bodas Martín

PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. TRABAJADOR MENOR DE 30 AÑOS. PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA FAMILIAR: La DA 10ª de la Ley 20/2007, de 11 de julio, establece que los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de 30 años, aunque convivan con ellos, advirtiendo que, cuando los hijos menores de 30 años convivan con sus padres, quedarán excluidos de la cobertura de desempleo. Consiguientemente, no concurrirá dicha exclusión a los hijos menores de 30 años que no convivan con sus padres, puesto que la tesis contraria provocaría un trato discriminatorio entre los hijos menores y mayores de 30 años del trabajador autónomo, toda vez que, los mayores disfrutarían de la cobertura de desempleo y los menores no. Se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina contra la STSJ Andalucía 2865/2019, 5 de diciembre de 2019 y unifica doctrina.

La DA 10ª de la Ley 20/2007, de 11 de julio ("Encuadramiento en la Seguridad Social de los hijos del trabajador autónomo"), tras precisar que los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de 30 años, aunque convivan con ellos, advierte que, en este caso, es decir, cuando los hijos menores de 30 años convivan con sus padres, quedarán excluidos de la cobertura de desempleo. Consiguientemente, no concurrirá dicha exclusión a los hijos menores de 30 años que no convivan con sus padres.

La tesis contraria provocaría un trato discriminatorio entre los hijos menores y mayores de 30 años del trabajador autónomo, toda vez que, los mayores disfrutarían de la cobertura de desempleo y los menores no. Por esa razón, considera la sentencia que la edad no constituye una razón objetiva que justifique el trato diferenciado, mientras que la convivencia si lo es, puesto que dicha circunstancia permite considerar la concurrencia de indicios de dependencia económica.

Destaca finalmente que, si bien el artículo 1.3 e) del ET excluye de su ámbito los trabajos familiares, se admite la excepción de que están incluidos en el ET si se demuestra la condición de asalariado de quienes lo llevan a cabo, considerándose familiares a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción. Del mismo modo y, de forma paralela a la regulación precitada del ET, se establece en el artículo 12.1 de la LGSS.

La Sentencia señala que la DA 10ª de la Ley 20/2007 se ha limitado a destruir la presunción "iuris tantum" de no laboralidad de la relación existente entre el hijo y el trabajador autónomo que le contrata cuando convive con él, pero en nada ha alterado la situación contemplada en el artículo 1.3 e) del ET respecto a la existencia de relación laboral, tanto en los supuestos de convivencia si se demuestra la condición de asalariado del familiar, como en los supuestos de no convivencia, en los que no existe la presunción de que dicha relación es la de "trabajos familiares".

Por lo tanto, un hijo no conviviente, cuando haya sido contratado laboralmente por su progenitor, no está excluido del ámbito de aplicación del ET.

e ha mantenido el mismo criterio en STS 24 de marzo de 2021, rcud. 3951/2018 e inadmitido por falta de contenido casacional el recurso de casación unificadora, interpuesto por el SPEE, en un supuesto idéntico al aquí debatido (ATS 22 de septiembre de 2021, rcud. 3623/2020).

G). Prestaciones sanitarias

-STS 272/2022, Contencioso-Administrativo, de 3 de marzo de 2022

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA. PRODUCTO DEFECTUOSO. RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR: Se establece que la Administración sanitaria que realiza correcta y adecuadamente un acto sanitario no es responsable patrimonialmente de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización, previamente autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. La responsabilidad debe recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios. Se estima el recurso de casación.

En la Sentencia se establecen los siguientes fundamentos jurídicos:

-Pese al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administraciones públicas, la responsabilidad sanitaria, cuenta con un evidente componente subjetivo, que le aproxima a la responsabilidad por culpa del art. 1902 del Código Civil, y el parámetro de comprobación es el "incumplimiento de la lex artis ad hoc".

-El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial prevista en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, no comprende, ni se extiende, ni abarca a los denominados "actos médicos propiamente dichos", esto es, las intervenciones quirúrgicas, pues la responsabilidad por los perjuicios que de ellas pudiesen derivar, vendrá determinada por el "incumplimiento de la lex artis ad hoc".

- Si se examina dicha normativa, el artículo 135 dispone que "[l]os productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen"; y, en el artículo 136, se incluye al gas dentro del concepto legal de producto; luego, parece obvio que sea el productor o fabricante del gas el responsable de los daños causados por un producto defectuosamente fabricado (artículo 137), y, aunque el artículo 138.2 parece establecer un concepto amplio de "perjudicado", sin embargo, no resulta posible considerar al Servicio Sanitario como proveedor ---y responsable--- del producto defectuoso, por cuanto fabricante y distribuidor se encuentran, en el supuesto de autos, perfectamente identificados, sin que

quepa atribuir a los distintos Servicios de Salud una actividad de control autonómica, complementaria al control estatal.

-La competencia para la autorización, homologación y control de los medicamentos y productos sanitarios corresponde, única y exclusivamente, al órgano estatal con competencia para ello, como es la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios, sin que quepa atribuir a los distintos Servicios de Salud una actividad de control tanto en la adquisición como en el control técnico o médico del producto adquirido.

-La responsabilidad pretendida del Servicio de Salud no puede derivar de la adquisición, a través de un contrato de suministro, de un producto debidamente autorizado por la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios, sin que la paciente afectada por la utilización del producto tóxico tenga ninguna intervención en la relación contractual bilateral del Servicio sanitario con el fabricante o distribuidor del producto.

-Desde la perspectiva de la obligación de control del producto utilizado, obvio es que el mismo se lleva a cabo por la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios, de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 1275/2011, de 16 de septiembre, por el que se crea la citada Agencia estatal y se aprueba su Estatuto.

-No existe ningún título de imputación de la responsabilidad patrimonial que permita exigir ésta a los Servicios de Salud de Castilla y León, bien por algún incumplimiento de las obligaciones derivadas de la legislación de contratos públicos, o bien por la omisión del algún control del producto al que estuviera obligado.

-Tampoco resulta posible la imputación con base en el riesgo creado por permitir la utilización del gas tóxico, pues, la realidad es que el riesgo no deriva de la aplicación del producto defectuoso -del acto médico-, sino de la fabricación del mismo por su productor, así como de la falta de control por la Administración competente para ello: la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios. La utilización del producto -de conformidad con la lex artis-, previa y debidamente autorizado, no creaba riesgo alguno, pues el riesgo derivaba de la defectuosa fabricación o producción del gas tóxico, siendo a esta actuación a la que debe imputarse el perjuicio causado, ya que es a su incorrecta fabricación, a la que debe imputarse la responsabilidad; y, ello, al margen de la que pueda derivarse del deficiente control sobre el producto defectuoso llevado a cabo por la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios.

Por todo ello, concluye señalando que la Administración sanitaria -cuyos facultativos realizan correcta y adecuadamente una intervención quirúrgica de conformidad con la lex artis- no debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización, previamente autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, debiendo la responsabilidad recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios.

La respuesta a la cuestión de interés casacional planteada no puede ser otra que la de negar la atribución a la Administración sanitaria, de la responsabilidad patrimonial derivada de la utilización de un producto sanitario -autorizado- defectuoso, cuya toxicidad es alertada con posterioridad a su aplicación en una intervención quirúrgica.

Por ello se estimación el recurso de casación, desestimando el originario recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

X. Protección Social Complementaria (Iniciativa Privada)

A). Mejoras Voluntarias

-STSJ Cataluña 5187/2021, de 20/10/2021. Recurso de Suplicación nº 3114/2021

MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: complemento de la IT a cargo de la empresa: conceptos computables: interpretación de «retribuciones fijas y periódicas» del I y II Convenio Colectivo SISCAT; cuantía del complemento: inclusión de la cantidad correspondiente a guardias de presencia, así como el complemento de trabajo en sábados, domingos y festivos, por tratarse de retribuciones fijas y periódicas: facultativa especialista de Consorcio Sanitario (concertado con el Servicio Catalán de la Salud), de baja por riesgo durante el embarazo; abono de las diferencias retributivas resultantes: aplicación procedente de la retroactividad de 5 años.

XI. Aspectos procesales de Seguridad Social

-STS 316/2022, de 06-04- 2022 [Ponente: Rosa María Virolés Piñol]

Impugnación de actos administrativos en materia sancionadora en Seguridad Social. Competencia funcional. Acceso al recurso limitado por la cuantía general calculada conforme al artículo 192.4 LRJS y referida al contenido económico del acto sancionador.

XII. Delitos contra la Seguridad Social

-STS 227/2022, de 10-03-2022 [Ponente: Manuel Marchena Gómez]

FRAUDE DE PRESTACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL, art. 307 ter 1. Creación de empresas ficticias para el cobro de prestaciones por baja laboral. Presunción de inocencia: valoración correcta por el Tribunal Superior de Justicia del proceso inferencial llevado a cabo por la Audiencia Provincial para fundamentar la autoría de la acusada.

3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

3.1. MONOGRAFÍAS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL

Cuadros Garrido, M.E.: *Ocasionalidad y presunción en el accidente de trabajo*, Aranzadi, 2022, 153 págs.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*. Segunda edición. Laborum ediciones, Murcia, 2022, 400 páginas.

Romero Ródenas, M. J. y Tarancón Pérez, E.: *La pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social. Adaptado al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre*, Bomarzo, 2022. 225 págs.

García Murcia, J. (Dir.): *El ingreso mínimo vital en el sistema español de protección social*, KRk Ediciones, 2022.

Tarancón Pérez, E., Collado García, L. y Romero Ródenas, M.J.: *Accidente de trabajo del personal laboral y funcionario en el régimen general de la Seguridad Social*, Bomarzo, 2022

3.2. PROTECCIÓN SOCIAL

-García Romero, B., López Aniorte, M.C. (Dirs.): *Protección social del trabajo de cuidados*, Aranzadi, 2022, 340 págs.

-Illueca Ballestar, H, Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.): *Trabajo y Seguridad Social de la juventud. I Jornadas ITSS/AESSS. Actualizado con las últimas reformas legislativas en materia laboral y de seguridad social*, Gutiérrez de la Peña, M.S y López Insua, B.M. (coords.), Laborum, 2022, 304 págs.

3.3. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

-González Cobaleda, E.: *La evolución de los riesgos psicosociales en el mundo laboral actual, digital, ecológico e inclusivo desafíos jurídicos y de operatividad práctica*, Comares, 2022, 279 págs.

3.4. OBRAS GENERALES Y OTRAS

-Díaz de Terán Velasco, M.C, Olza I., Sánchez Herrero, N.: *Formación en igualdad: un enfoque desde la ley 3/2007, 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, 2022, 110 págs.

-Fernández Collados, B.: *Aspectos claves para la igualdad en las relaciones laborales del siglo XXI desde una perspectiva multidisciplinar*, Aranzadi, 2022. 256 págs.

-Fernández Collados, M. B. (Dir. y coord.): *Aspectos claves para la igualdad en las relaciones laborales del siglo XXI desde una perspectiva multidisciplinar*. Aranzadi Thomson Reuters, 2022, 250 págs.

-Fernández Collados, M. B. (Dir. y coord.): *Relaciones laborales e industrial digital: Redes sociales, prevención de riesgos laborales, desconexión y trabajo a distancia en Europa*. Aranzadi Thomson Reuters, 2022, 256 págs.

-Selma Penalva, A.: *Lo que no se dice sobre la igualdad de género, Brecha de género: realidades y propuestas*, Aranzadi, 2022, 320 págs.

-Selma Penalva, A.: *El impacto de género en una sociedad cambiante: una visión multidisciplinar*, 448 págs.

-Torres Corona, Teresa; Moreno Gené, Josep y Belzunegui Eraso (Coords.): *3RD SBRLAB International virtual conference. Managing the future. Changes and proposals for post-pandemic society*. Editorial Universitat Rovira i Virgili, 2021, 483 págs.

3.5. MANUALES y LIBROS PRÁCTICOS

-Sempere Navarro, A.V.: *Anuario 2021 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes)*, BOE, 2022

-VV.AA.: *Memento Seguridad Social 2022*, Ediciones Francis Lefebvre, 2022, 1950 págs.

-VVAA. Estatuto de los trabajadores. Comentado con jurisprudencia sistematizada y concordancias, Francis Lefebrve, 2022, 806 págs.

3.6. "REFORMA LABORAL 2021"

Ballester Pastor, Mª. A.: *La Reforma Laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Tirant lo blanch, 2022, 179 págs.

García Viña, J.: La nueva regulación laboral. Comentarios a la Reforma Laboral 2021-2022

Kahale Carrillo, Djamil Tony: *Los nuevos contratos de trabajo y la nueva transformación del mercado de trabajo. Reforma laboral 2021*, Laborum, 2022, 151 págs.

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S., Rodríguez Inisesta, G. F. (Dirs.): *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022

Roqueta Buj, R.: *La reforma de la contratación temporal en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, 2022, 125 págs.

Vila Tierno, F.: *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva, al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Aranzadi, 2022, 208 págs.

4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

Protección social del trabajo de cuidados por VV.AA., Belén García Romero y María del Carmen López Aniorte (Directoras y Coordinadoras), Editorial Aranzadi. Thomson Reuters, Navarra, 2022, páginas: 422 páginas.

Comentado por: BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA.
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-1248-6015

La atención y protección social de personas en situación de necesidad se convierte en un importante reto para los poderes públicos (promotores), quienes precisan de una respuesta legislativa firme, sólida y adaptada al modelo social. Aparece una nueva cuestión social y una crisis del sistema clásico de protección social (agotamiento del sistema de riesgos) que provoca una nueva organización del principio de solidaridad, en consonancia con el de responsabilidad. En donde nunca se debe olvidar la finalidad de esta nueva dimensión social consiste en "la protección pluricausal de las distintas situaciones de dependencia a través de un modelo de solidaridad nacional de tipo universal". Lamentablemente, la insuficiencia de unas políticas de conciliación reforzadas -en esta materia- determina que sean, en muchos casos, las familias las que asuman esta labor de cuidados y ello, con independencia de su capacidad económica. Por esta razón, si se quiere caminar hacia una dignificación, resultará necesario operar reformas legislativas que apoyen en todos los aspectos y fases de esta relación, las necesidades básicas de la población. Siendo el apoyo y financiación pública piedra angular en todo este proceso.

Conscientes de este reto y de la importancia que esta materia tiene en el ámbito social, de cara a la consecución de un derecho al trabajo decente y una igualdad por razón de género (pues recordemos que, principalmente, son las mujeres las que desempeñan las labores de cuidado de mayores, menores y personas dependientes), sale publicada la novísima obra colectiva, la cual se titula: "Protección social del trabajo de cuidados". Esta interesante obra sale publicada en la editorial Aranzadi. Thomson Reuters, en el año 2022. La obra aquí presentada se encuentra formalmente incluida en el proyecto de investigación: "*El futuro del sistema español de protección social (VI): Soluciones jurídicas a los actuales retos demográficos*" (PID2019-104630RB-I00), subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y que se incluye en la convocatoria de 2019 de Proyectos I+D+i- RTI Tipo B. Se trata de una monografía colectiva de gran impacto, ya que es única en el mercado editorial, no sólo por el tratamiento multidisciplinar de la materia a la que obedece por orientaciones del proyecto en el que se inscribe, sino también, por la calidad de su contenido. Un trabajo inédito y sin duda muy actual, que resulta imprescindible para las bibliotecas más notorias por la intervención de profesionales de tanto rigor *iuslaboralista* como lo son sus directoras y coordinadoras: las profesoras Belén García Romero y María del Carmen López Aniorte. El plantel de autores que conforman este manuscrito se completa con otros muchos autores pertenecientes al área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, aunque también de otras áreas de conocimiento y países de nuestro entorno (en concreto, Italia), cuya puesta en común ha permitido un tratamiento coherente e interrelacionado de cada una de las cuestiones conflictivas. Se perfecciona, de este modo, una atrevida edición que se añade a la amplia colección de estudios que publica la editorial Aranzadi, Thomson Reuters.

Este magnífico libro colectivo supone así mismo, una apuesta personal de todos aquellos que postulan por la configuración de una dignificación en la laboral de cuidados, tal y como defiende la Organización Internacional del Trabajo (OIT). De ahí que se estudie la materia desde una perspectiva nacional, con enfoque de género, pero sin olvidar las experiencias vividas en el Derecho comparado. Lo cual brinda de un conocimiento mucho más amplio y crítico sobre la materia.

Se abre este manuscrito con un exhaustivo prólogo, en donde, de la mano de sus directoras, se pone de manifiesto las motivaciones que han propiciado su creación, destacando la importancia de la materia en este oportuno momento legislativo. Sin olvidarse, por supuesto, de realizar una detallada descripción de la metodología escogida y del planteamiento global seleccionado. Además, se pone de manifiesto la relevancia que supone la publicación de esta pieza, pues no se trata únicamente de criticar las carencias de las que adolece nuestro actual sistema de protección social, sino lo que es mejor, de contribuir con ellas al progreso y a la dignificación de la labor de cuidados.

Poco después se exponen ordenadamente los doce capítulos que componen esta obra, a saber: "Capítulo 1. Necesidades de cuidados, derechos laborales de conciliación y medidas para mitigar su impacto en la protección social. Capítulo 2. Prestación contributiva por nacimiento y cuidado de menor: criterios administrativos y primeras experiencias judiciales. Capítulo 3. Balance, perspectiva de futuro y propuesta sobre la configuración legal de la prestación especial por nacimiento y cuidado de menores. Capítulo 4. Tendencia a la equiparación entre trabajo autónomo y por cuenta ajena en materia de protección social de las medidas de conciliación. Capítulo 5. La protección social del trabajo al servicio del hogar familiar: cuestiones pendientes para un trabajo decente. Capítulo 6. La protección social de las personas cuidadoras de dependientes, tanto profesionales como no profesionales. Capítulo 7. El déficit de protección de las contingencias profesionales en los trabajos feminizados. Capítulo 8. El papel de las mutuas en la gestión de las prestaciones relacionadas con la conciliación y con los riesgos profesionales del trabajo de cuidados. Capítulo 9. La protección social por cuidados en la Administración Pública. Capítulo 10. El autoempleo un instrumento adecuado para la conciliación. Implicaciones fiscales. Capítulo 11. Medidas para reducir el déficit de la Seguridad Social y Capítulo 12. Estudios de la actual regulación de las medidas de conciliación y protección social en Italia".

En definitiva, tenemos ante nosotros un valiente y completo trabajo de investigación que cubre de manera excelente el objeto de estudio propuesto, ofreciendo soluciones a aquellos problemas teórico-prácticos a los que actualmente se enfrentan los Poderes Sociales. Y es que no sólo nos ilustra con un análisis desde un enfoque meramente académico, sino que va más allá, dando a conocer al jurista su puesta en escena. Invitamos a todos aquellos interesados a adentrarse en la atenta lectura a esta magnífica obra que, sin duda, se ha convertido en todo un referente bibliográfico.

Crónica Administrativa en materia de Seguridad Social

Laborum

nº 31 (2º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 - ISSNe: 2387-0370

Doctrina Administrativa en materia de prestaciones de Seguridad Social en el primer trimestre de 2022

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA *Letrado de la Administración de la Seguridad Social*
https://orcid.org/0000-0002-0034-5194

1. CONTINGENCIA

1.1. CALIFICACIÓN DE CONTINGENCIA DE LA QUE DERIVA EL ACCIDENTE ACAECIDO EN SUPUESTOS DE PLURIACTIVIDAD. Criterio de Gestión del INSS 3/2022, de 10 de enero de 2022

En los supuestos de pluriactividad que determínenla inclusión del trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social y en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos y en el que el accidente tiene lugar como consecuencia de la prestación de servicios en uno u otro régimen, se ha de tener en cuenta lo siguiente: la circunstancia determinante a efectos de calificar como profesional en un régimen el accidente de trabajo ocurrido en la otra actividad es la identidad del concepto protegido. Es decir, solo si ambos regímenes otorgan el mismo alcance a la noción de accidente laboral, cabe obtener en cada uno de ellos la protección derivada de dicha calificación.

En la actualidad, el artículo 316.2 LGSS, cuando define el accidente de trabajo en el RETA, lo sigue haciendo de forma más limitada y restringida que la establecida en el artículo 156 LGSS respecto del RGSS. Así, mientras que en el artículo 156 LGSS se señala que: "*se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena*", en el artículo 316.2 LGSS se indica que: "*se entenderá como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial*". Por tanto, al no existir identidad en los conceptos de accidente de trabajo que hace cada precepto, la conclusión a la que hay que llegar es la de que todo accidente ocurrido en la actividad por cuenta propia será también considerado como accidente de trabajo en la actividad por cuenta ajena, pero no al contrario.

Sin embargo, por lo que al accidente de trabajo in itinere se refiere, si cabe realizar dicha equiparación y ello por cuanto el concepto es el mismo en ambos regímenes. El propio título del artículo 14 ("Equiparación a efectos de las contingencias derivadas de accidente de trabajo in itinere") de la Ley 6/2017, de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, que lo introdujo, lo corrobora. En consecuencia, tanto para el Régimen General de la Seguridad Social como para el RETA, todo accidente sufrió al ir o al volver del lugar de trabajo o del lugar de la prestación de la actividad económica o profesional, tendrá la consideración de accidente de trabajo en las dos actividades.

Finalmente, interesa destacar que para los trabajadores autónomos económicamente dependientes el concepto de accidentes de trabajo es similar al establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, ya que se define como: "*toda lesión corporal del trabajador autónomo económicamente dependiente que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, consecuentemente también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o por causa o consecuencia de la misma*".

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES

2.1. ASIMILACIÓN A UNA DISCAPACIDAD EN GRADO IGUAL O SUPERIOR AL 65 %, PREVISTA EN LA DA 25ª LGSS. Criterio de Gestión del INSS 10/2022, de 16 de febrero de 2022.

La disposición adicional 25 ª LGSS establece que "*A los efectos de la aplicación de esta ley, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 % aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapacidades*".

Sin embargo, recientemente, la 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, ha introducido modificaciones sustanciales en el Código civil.

Entre las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021 para la consecución del objetivo descrito destaca la eliminación de la incapacitación judicial.

Por otra parte, la disposición adicional quinta de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, 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, establece:

"*Disposición adicional quinta. Adaptación de la disposición adicional vigésima quinta del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social a la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.*

En el plazo de seis meses, el Gobierno elaborará un informe que elevará a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo para adecuar la asimilación que se prevé en la disposición adicional vigésima quinta de la Ley General de la Seguridad Social de las personas afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, con las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica establecidas en el título XI, capítulo I, del Código Civil, tras su modificación por la 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".

Con objeto de homogenizar la gestión de los centros gestores en la interpretación de las normas anteriores, se considera que en tanto no se lleve a término lo previsto en la disposición adicional quinta de la Ley 21/2021, no es posible la aplicación de la asimilación prevista en la disposición adicional vigésima quinta del TRLGSS a las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica establecidas en el título XI, capítulo I, del Código Civil, tras su modificación por la Ley 8/2021. Si bien, en aquellos supuestos en los que la incapacidad judicial haya sido declarada mediante sentencia con anterioridad a la entrada en vigor en la citada Ley 8/2021, deberá continuar produciéndose la asimilación a la discapacidad en grado igual o superior al 65 % prevista en la disposición adicional 25ª LGSS.

2.2. COMPLEMENTO PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO. REQUISITOS EXIGIDOS A LOS HOMBRES. Criterio de Gestión 12/2022, de 28 de marzo.

Se plantea si es posible reconocer el complemento a ambos progenitores en razón de unos hijos comunes diferentes.

A este respecto, hay que tener en cuenta que el artículo 60 LGSS establece:

"(…) 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 o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueves 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.

2ª.- En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatros 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 veinticuatros meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

3ª.- Si los dos progenitores son hombre y se dan las condiciones anteriores en ambos, se reconocerá a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

4ª.- El requisito, para causar derecho al complemento, de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor, se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma".

Respecto de la exigencia contenida en la condición 4ª del requisito de la letra b) de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor, cabe aclarar que:

a) El requisito en cuestión únicamente se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma. Esto es, se exigirá en el momento en que los dos progenitores sean acreedores de una pensión contributiva de jubilación, incapacidad permanente o viudedad.

Por lo tanto, si la mujer no ha adquirido la condición de pensionista en los términos establecidos, nada impide que el hombre pueda percibir el complemento si reúne los demás requisitos necesarios.

En el caso de que la mujer adquiriese la condición de pensionista, el hombre solo podría seguir percibiéndolo de comprobarse previamente que la suma de sus pensiones es inferior a la suma de las pensiones que el corresponda a la mujer.

b) De acuerdo con el apartado 3 del artículo 60 el complemento tiene naturaleza de pensión pública y carácter rogado, puesto que no existe en la ley mandato alguno para su reconocimiento de oficio en aquellos casos en que la mujer no lo solicite.

Aun cuando la mujer pensionista no solicitase el complemento, para que el hombre pueda percibirlo será necesario que la suma de sus pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que el corresponda a la mujer. En caso contrario, supondrá la pérdida del complemento para el hombre, puesto que no concurría uno de los requisitos que establece la norma para tener derecho al mismo.

Por lo tanto, en caso de que, siendo la suma de las pensiones del hombre superior a la suma de las pensiones de la mujer, ésta no solicitase el complemento, no podría reconocerse a ninguno de los dos progenitores, puesto que no podría reconocérsele de oficio a la mujer y el hombre no cumpliría el requisito necesario de que la suma de sus pensiones sea inferior a la suma de las pensiones que el corresponda a aquella.

c) Las pensiones que se contemplan en el apartado 1 del artículo 60, en relación al derecho de las mujeres al complemento, son las pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente y viudedad. En cambio, para el derecho a los hombres a dicho complemento, la letra b) del apartado 1 del artículo 60 solo se refiere a las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente.

En este sentido, no parece lógico que el legislador haya usado la misma expresión "pensiones públicas" en ambos supuestos pero con una dimensión diferente ya que si esa hubiera sido su voluntad así lo hubiera especificado tal y como ha hecho en la diferenciación de los requisitos exigidos a uno y otro, por lo que, debe entenderse que cuando el precepto señala la necesidad de comparar el importe de la suma de las pensiones de los progenitores, se está refiriendo a cualquier otra pensión pública reconocida en cualquier régimen de la Seguridad Social, también en la referencia a las pensiones públicas que se hace en el primer párrafo del artículos 60.1.

Por tanto, a efectos de realizar la comparativa entre la suma de las pensiones de los progenitores. Procederá tener en cuenta las pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente y viudedad.

El párrafo primero del apartado 1 del artículo 60 señala el derecho al complemento "por cada hijo o hija".

Asimismo, el apartado 3 del artículo 60 señala el derecho al complemento "por cada hijo o hija".

Asimismo, el apartado 3 del artículo 60 LGSS, señala que "(…) La cuantía a percibir estará limitada a cuatro veces el importe mensual por hijo o hija y será incrementada al comienzo de cada año en el mismo porcentaje previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para las pensiones contributivas.

La percepción del complemento estará sujeta, además, a las siguientes reglas:

a) Cada hijo o hija dará derecho únicamente al reconocimiento de un complemento económico.

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 (…).

Se ha planteado si las menciones a "cada hijo o hija2 que se contienen en el apartado 1 y en el apartado 3 del artículo 60 implicaría que el complemento puede reconocerse a ambos progenitores en razón de unos hijos comunes diferentes, siempre y cuando se cumplan los requisitos necesarios, o si no es posible que pueda reconocerse a un progenitor el complemento cuando el otro ya lo percibe por otros hijos que mantenga en común con ese progenitor.

La respuesta a esta cuestión se encuentra en la configuración de los requisitos que la norma establece para que los progenitores tengan derecho al complemento y, más específicamente, en los requisitos que la norma establece para que los progenitores tengan derecho al complemento y, más específicamente, en los requisitos que debe cumplir el hombre para tener derecho al mismo. Así, en relación al requisito de la letra b) del artículo 60.1 se señala que está supeditado a que concurran unas condiciones relacionadas con la cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo o hija, de tal manera que pudiendo haber más de un hijo o hija en común, dichas condiciones puede que se cumplan en alguno o algunos de ellos, correspondiéndole el complemento por estos hijos pero, en cambio, que no se cumplan con ocasión de los nacimientos o adopciones de otros hijos o hijas comunes diferentes, en cuyo caso el complemento en estos casos correspondería a la mujer si reúne los requisitos necesarios.

El legislador podría haber optado por otra fórmula más genérica que asignara el complemento, por ejemplo, al progenitor que tuviera la carrera de cotización mas corta como

muestra del perjuicio que el cuidado de los hijos ha tenido para su carrera profesional, sin embargo, ha preferido vincular las condiciones de cotización al específico momento del nacimiento o la resolución judicial en caso de adopción, de los hijos o hijas. En consecuencia, pudiendo haber varios hijos o hijas comunes, habrá que valorar dichas condiciones de cotización en relación con cada uno de sus nacimientos o resoluciones judiciales, puesto que las circunstancias en su cuidado por parte de los progenitores pueden no ser las mismas en todos los casos.

En base a lo expuesto, puede concluirse que el complemento podrá reconocerse a ambos progenitores en razón de unos hijos comunes diferentes, siempre y cuando se cumplan los requisitos necesarios.

En consecuencia, cabe concluir:

a) No es posible que ambos progenitores se beneficien del complemento por el mismo hijo.

b) Respecto de los hijos que tenga en común es posible que un progenitor reúna los requisitos para beneficiarse del complemento por un hijo, por ser de quien reúne los requisitos necesarios respecto de este, y el otro progenitor pueda beneficiarse del complemento por razón de otro hijo diferente, por ser quien acredita en este caso los requisitos necesarios.

3. NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR

3.1. NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR. OBLIGACIÓN DE ESTAR AL CORRIENTE EN EL PAGO. EFECTOS CUANDO NO SE PRODUCE EL INGRESO TRAS PRESUMIRSE EL INGRESO. Criterio de Gestión del INSS 6/2022, de 27 de enero de 2022

Se plantea si procede extinguir la prestación por nacimiento y cuidado del menor, reconocida bajo la presunción establecida en el artículo 3.8, párrafo tercero, del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, en aquellos supuestos en los que las cuotas no han sido ingresadas en el plazo de diez días que la entidad gestora otorga para que se justifique su abono.

El artículo 3.8 RD 295/2009, establece:

"*8. En el caso de trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones, según lo establecido en la disposición adicional trigésima novena LGSS, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación, que los interesados se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, aunque el subsidio sea reconocido, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena.*

A tal fin, será de aplicación el mecanismo de la invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o Autónomos, cualquiera que sea el régimen de la Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado en el momento de acceder al subsidio o en el que se cause éste.

A efectos de reconocer el derecho al subsidio, las cotizaciones correspondientes al mes del hecho causante y los dos meses previos a aquel, cuyo ingreso aun no conste en los sistemas de información de la Seguridad Social, se presumirán ingresadas. En estos supuestos, la entidad gestora efectuará posteriormente las comprobaciones necesarias para verificar el ingreso puntual y efectivo de dichas cotizaciones. De no ser así, se procederá a la suspensión inmediata de la prestación y al reintegro de las cantidades indebidamente percibidas".

En base a lo anterior, la entidad gestora emite una resolución en la que se informa al interesado de la presunción del ingreso de las cotizaciones y de que con posterioridad se verificará el ingreso puntual y efectivo de las mismas, así como de las consecuencias de la falta de ingreso.

Si realizado el cruce correspondiente con las bases de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social, las mencionadas mensualidades no constan abonadas por el interesado, por parte de este instituto se procederá a comunicarle la suspensión de la prestación, dándole un plazo de 10 días para que presente los justificantes de pago. El plazo de 10 días para aportar los justificantes de pago tiene su fundamentación en el artículo 73 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ya que no se le está invitando al pago, puesto que se ha presumido que las cuotas estaban pagadas en el plazo legalmente establecido.

Si tras efectuar un nuevo cruce persiste el descubierto, se emite una nueva resolución que informa de la deuda contraída, procediendo a la reclamación de las cantidades abonadas en concepto de subsidio hasta esa fecha. Ahora bien, la cuestión se centra en determinar si es admisible el pago del interesado transcurrido el plazo de 10 días que se le concedió en la primera resolución y, de ser así, hasta cuando se puede admitir dicho pago.

La aplicación literal de la norma conduce a afirmar que, en el supuesto planteado, las cantidades abonadas fuera de plazo son indebidas, por lo que procede su reclamación. Esto es así porque según esa presunción, el interesado estaba al corriente en el momento del hecho causante, por tanto, si el ingreso de esas cuotas ha tenido lugar con posterioridad a ese plazo de 10 días, la conclusión inequívoca es que no estaba al corriente en el momento del hecho causante y que no procedía el reconocimiento del subsidio.

Ahora bien, no se debe olvidar que de existir alguna otra mensualidad distinta a la del hecho causante y los dos meses previos que no conste abonada en la fecha de la solicitud de la prestación, se habría denegado el derecho al subsidio por no estar el interesado al corriente en el pago de las cuotas debidas y se le habría dado un plazo de 30 días para que se pudiera al corriente, en virtud de lo establecido en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto (mecanismo de invitación al pago). Y, en este caso, de figurar al corriente en dicho plazo se le abonaría el subsidio en su totalidad, en tanto que, de hacerlo fuera de dicho plazo, se le descontaría un 20 por ciento del que le correspondería de haber estado al corriente en el pago de las citadas cuotas (artículo 28.2. 2º párrafo del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto).

De lo anterior se desprende que la aplicación literal del artículo 3.8 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, determina que resulte de mejor condición quien debe más de tres mensualidades (o al que debe tres mensualidades en otro momento anterior a la fecha del hecho causante de la prestación por nacimiento y cuidado del menor que aquel que debe menos, y no parece que esta fuera la intención del legislador, sino que con dicha presunción se pretendía agilizare la resolución de los correspondientes expedientes y evitar que los interesados tuviesen que aportar documentos que en breve estarían a disposición de la entidad gestora.

En razón a lo expuesto, esta subdirección general considera que en caso de que se constate la falta de ingreso de alguna de las cuotas correspondientes al mes del hecho causante de la prestación o a los dos meses previos a aquel, lo que procede es la suspensión del abono de la misma. Si en el plazo de 10 días se justifica el pago de lo adeudado, se establece el abono del subsidio integrante. En el caso de aportar los justificantes fuera del plazo de 10 días, lo que procede es reclamar el 20 por ciento de lo abonado y descontar ese mismo porcentaje en lo que reste por abonar y, en el supuesto de que el interesado no llegue a abonar la cuantía debida, se deberá reclamar la totalidad de lo indebidamente percibido.

Ahora bien, respecto al plazo durante el que puede admitir el abono de las cuotas adeudadas, esto es, el momento en que finaliza el periodo de suspensión del pago de la prestación y procede la extinción de la misma, ha de tenerse en cuenta que, una vez reconocida la prestación, el derecho a su percepción está sujeto al plazo de caducidad contemplado en el artículo 54 LGSS que resuelve el supuesto del pago mensual de prestaciones ya concedidas, o que comenzaron a pagarse.

Concretamente, el artículo 54.2 LGSS establece: "Cuando se trate de prestaciones periódicas, el derecho al percibo de cada mensualidad caducará al año de su respectivo vencimiento". Por tanto, habida cuenta de que el derecho al percibo al percibo de la prestación por nacimiento y cuidado del menor se puede extender hasta un plazo máximo de 12 meses a contar desde el hecho causante, el plazo de caducidad deberá comenzar a computarse a partir del cumplimiento de dicho mes 12, debiendo tener presente que, en todo caso, el derecho al percibo de la prestación está condicionado al descanso efectivo del beneficiario, circunstancia que deberá quedar debidamente acreditada.

4. INCAPACIDAD PERMANENTE

4.1. INCAPACIDAD PERMANENTE. FECHA DE EFECTOS ECONÓMICOS

Se plantea cual debe ser la fecha de efectos económicos de una pensión de incapacidad permanente precedida de una situación de incapacidad temporal, sustitutoria de un trabajo a tiempo parcial, durante el periodo de disfrute de una jubilación parcial.

El artículo 174.5 LGSS, establece que cuando se extinga la IT de la que derive la incapacidad permanente por agotamiento del plazo máximo o en virtud de alta con propuesta de incapacidad permanente, los efectos de la prestación económica de la incapacidad permanente, si es superior al importe del subsidio, se retrotraerán a la fecha de extinción de la IT.

Por tanto, en estos casos, para resolver los expedientes de incapacidad permanente precedidos de una situación de incapacidad temporal de acuerdo con lo previsto en el artículo 174.5 LGSS, se compara la cuantía percibida en concepto de prolongación de los efectos económicos de la incapacidad temporal con el importe de la pensión de incapacidad permanente que se reconoce, y si este último es mayor, se fija la fecha de efectos económicos de la incapacidad permanente al día siguiente de la extinción de la incapacidad temporal, con la finalidad de beneficiar al interesado, sin que resulte perjudicado por el tiempo de tramitación del expediente.

Sin embargo, en el caso de que la persona interesada sea beneficiaria de una pensión de jubilación parcial y reciba el subsidio de incapacidad temporal por la parte de jornada que realiza a tiempo parcial, de la comparativa entre el importe de la incapacidad temporal (sustitutoria de las rentas percibidas por el contrato de trabajo a tiempo parcial) y el importe de la incapacidad permanente, resultaría más favorable el percibo de esta última pensión. En consecuencia, al retrotraerse los efectos de la incapacidad permanente a la fecha de extinción de la incapacidad temporal se estaría produciendo una incompatibilidad de pensiones, ya que el interesado es perceptor de la pensión de jubilación parcial, la cual se extinguiría por el reconocimiento de una incapacidad permanente incompatible.

El artículo 163 LGSS regula la incompatibilidad entre pensiones del mismo régimen cuando coincidan legal o reglamentariamente. En concreto, el párrafo segundo del punto 1 de este precepto establece que: "*En el caso de que se cause derecho a una nueva pensión que resulte incompatible con la que 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*".

A juicio de esta Entidad Gestora, no se puede obviar que en este caso, se trata de una sucesión de prestaciones que se produce al margen de la sucesión normal entre una incapacidad temporal y la incapacidad permanente. Por tanto, a efectos de aplicar lo dispuesto en el artículo 174.5 LGSS y que pueda fijarse la fecha de efectos económicos más conveniente para el interesado, debe compararse la cuantía correspondiente al subsidio de incapacidad temporal más el importe de la pensión de jubilación parcial con el importe de la nueva pensión de incapacidad permanente que se reconoce.

se trata de una sucesión de prestaciones que se produce al margen de la a una nueva pensión que resulte incompatible con la que viniera percibiendo, la entidad gestora iniciará el pago o, en sui caso,

5. JUBILACIÓN

5.1. JUBILACIÓN. CONSIDERACIÓN DEL PERIODO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS BAJO LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO INTERINO. Criterio de Gestión del INSS 13/2022, de 29 de marzo de 2022

Se plantea si los periodos de prestación de servicios como policía local al amparo de un contrato sujeto a derecho administrativo o un contrato laboral indefinido de quien en el momento de la solicitud de la pensión de jubilación acredita la condición de funcionario de carrera, computan a efectos de la consideración de tiempo efectivamente trabajado para la aplicación de los beneficios establecidos en el Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración Local.

El Real Decreto 1449/2018 determina que los funcionarios de carrera incluidos en el Régimen general de la Seguridad Social, miembros de la policía local al servicio de las entidades locales, en sus diferentes escalas, categorías o especialidades, la edad ordinaria exigida para el acceso a la pensión de jubilación conforme al artículo 205.1.a) LGSS y la disposición transitoria séptima LGSS, se reducirá en un periodo equivalente al que resulte de aplicar a los años completos efectivamente trabajados como policía local el coeficiente reductor del 0,20 con los límites establecidos en el apartado 2 del artículo 2.

Asimismo, el artículo 3 del citado Real Decreto determina que tendrá la consideración de tiempo efectivamente trabajado, a efectos de la aplicación del coeficiente reductor, el tiempo de actividad efectiva y cotización destinado en puestos de los Cuerpos de Policía local al servicio de la respectiva entidad local.

El ámbito subjetivo de aplicación del Real Decreto 1449/2018 se ha de circunscribir a los miembros del Cuerpo de policía local una vez adquirida la condición de funcionarios de carrera como consecuencia de la superación de los requerimientos psicofísicos exigidos en la convocatoria de empleo público correspondiente.

La prestación de servicios como policía local bajo la condición de funcionario interino o al amparo de un contrato sujeto a derecho administrativo o un contrato laboral indefinido no se puede equiparar, a los efectos de la aplicación del Real Decreto 1449/2018, a la de los policías locales que ya han adquirido la condición de funcionarios de carrera, ya que a los primeros no se le exige la superación de requerimientos psicofísicos para la adquisición de tal condición. De establecer lo contrario se estaría dando un trato igualitario a supuestos de hecho diferentes.

Por tanto, para la aplicación de los beneficios establecidos en el Real Decreto 1449/2018, los años efectivamente trabajados como policía local deben haberse producido bajo el régimen de funcionario de carrera, sin que pueda considerarse como periodo de trabajo efectivo, a los efectos que nos ocupan, el periodo de prestación de servicios anterior a la adquisición de la condición de funcionario de carrera, quedando excluidos, por tanto, los periodos de prestación de servicios como policía local bajo la condición de funcionario interino o al amparo de un contrato sujeto a derecho administrativo o un contrato laboral indefinido.

5.2. JUBILACIÓN PARCIAL. ANTIGÜEDAD EN LA EMPRESA. CÓMPUTO DEL PERIODO VINCULDO A LA EMPRESA COMO ASIMILADO A TRABAJADOR POR CUENTA AJENA. Criterio de gestión 9/2022, de 15 de febrero de 2022

Se plantea si procede el cómputo como periodo de antigüedad a efectos del acceso a la jubilación parcial el periodo de tiempo en el que un trabajador estuvo vinculado a la empresa con una relación mercantil por el desempeño de la actividad de consejero o administrador asimilado a trabajador por cuenta ajena de acuerdo con lo previsto en el artículo 136.2.c) LGSS.

La STS de 19 de noviembre de 2014 (rcud 3.323/2013), señalaba que: "Establecido el límite prestacional en el ámbito de la Seguridad Social no existe razón para ampliar la exclusión, pues el reconocimiento de la pensión de jubilación en cualquiera de sus modalidades no significa trasladado de la condición de asimilado al ámbito del Estatuto de los Trabajadores sino la operatividad se limita al campo de las prestaciones y en ese, solo existen dos exclusiones". Por tanto, en la citada sentencia el TS tuvo en cuenta, para el acceso a la jubilación parcial, los años de antigüedad en los que el interesado ejerció como consejero delegado cotizando como trabajador asimilado a cuenta ajena, conforme al artículo 97.2.k) LGSS/1994, actual artículo 136.2.c) LGSS.

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2020, (rcud 3323/2013) vuelve a aplicar la doctrina indicada en la sentencia de 19 de noviembre de 2014.

De acuerdo con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, la entidad gestora concluye aplicar el siguiente criterio: "A efectos del cumplimiento del requisito de 6 años de antigüedad en la empresa inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la jubilación parcial dispuesto en el artículo 215.2.b) LGSS, se tendrá en cuenta el tiempo en que el interesado ejerció como consejero o administrador asimilado a trabajador por cuenta ajena en virtud del artículo 136.2.c) LGSS.

5.3. INCOMPATIBILIDAD DE LOS BENEFICIOS POR DEMORA DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON EL ACCESO AL ENVEJECIMIENTO ACTIVO. Criterio de gestión del INSS 2/2022, de 10 de enero de 2022

Se plantea el alcance de las modificaciones introducidas por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de tras medias de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, en el apartado2 del artículo 210 LGSS en relación con el artículo 214 LGSS.

El artículo 210.2 LGSS dispone que:

"*2. Cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la que resulta de aplicar en cada caso lo establecido en el artículo 205.1.a), siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el periodo mínimo de cotización establecido en el artículo 205.1.b), se reconocerá al interesado por cada año completo cotizado que transcurra desde que reunió los requisitos para acceder a esta pensión, un complemento económico que se abonará de alguna de las siguientes maneras, a elección del interesado:*

a) Un porcentaje adicional del 4 por ciento por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión.

El porcentaje adicional obtenido según lo establecido en el párrafo anterior se sumará al que con carácter general corresponda al interesado de acuerdo con el apartado 1, aplicándose el porcentaje resultante a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión, que no podrá ser superior en ningún caso al límite establecido en el artículo 57.

En el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida alcance el indicado límite sin aplicar el porcentaje adicional o aplicándolo solo parcialmente, el interesado tendrá derecho, además, a percibir anualmente una cantidad cuyo importe se obtendrá aplicando al importe de

dicho límite vigente en cada momento el porcentaje adicional no utilizado para determinar la cuantía de la pensión, redondeando a la unidad más próxima por exceso. La citada cantidad se devengará por meses vencidos y se abonará en catorce pagas, sin que la suma de su importe y el de la pensión o pensiones que tuviera reconocidas el interesado, en cómputo anual, pueda superar la cuantía del tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento, también en cómputo anual.

b) Una cantidad a tanto alzado por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión, cuya cuantía vendrá determinada en función de los años de cotización acreditados en la primera de las fechas indicadas, siendo la fórmula de cálculo la siguiente:

(...)

c) Una combinación de las soluciones anteriores en los términos que se determine reglamentariamente.

La elección se llevará a cabo por una sola vez en el momento en que se adquiere el derecho a percibir el complemento económico, no pudiendo ser modificada con posterioridad. De no ejercitarse esta facultad, se aplicará el complemento contemplado en la letra a).

La percepción de este complemento es incompatible con el acceso al envejecimiento activo regulado en el artículo 214.

El beneficio establecido en este apartado no será de aplicación en los supuestos de jubilación parcial, ni en el de jubilación flexible a que se refiere el párrafo segundo del artículo 213.1, ni en los supuestos de acceso a la jubilación desde una situación asimilada al alta".

El artículo 213 LGSS en la redacción dada por la Ley 21/2021 establece:

"*1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 213, el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad 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 establecidos 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 (...)".

En relación con las disposiciones señaladas, se indica lo siguiente:

1.- Respecto de la modificación introducida en el apartado 1.a) del artículo 214 LGSS, atendiendo al literal de la norma, el acceso a la pensión de jubilación, es decir, el hecho causante de la misma, ha de haberse producido transcurrido al menos un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación para poder acceder a la compatibilidad trabajo-pensión (jubilación activa) regulada en el artículo, y ello independientemente de que en ese año se haya permanecido en situación de activo o no, es decir, el requisitos hace referencia al mero transcurso del tiempo, un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria. Por ejemplo, si la edad ordinaria son 65 años, para poder acceder a la jubilación activa, reuniéndose el resto de los requisitos, el acceso a la pensión de jubilación ha de haberse producido a los 66, sin ningún otro condicionante.

2. En relación con la incompatibilidad establecida en el penúltimo párrafo del apartado 2 del artículo 210 LGSS, de los beneficios por demora en el acceso a la pensión de jubilación regulados en dicho apartado 2 con el acceso a la jubilación activa regulada en el artículo 214, se actuará según los diferentes supuestos que pueden plantearse:

a) Si se hubiese optado por el complemento conforme al apartado 2.a) del artículo 210 - porcentaje adicional del 4 % por cada año completo cotizado desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación-, se reconocerá la pensión más el porcentaje correspondiente al complemento

por demora, si bien dicho complemento se suspenderá en tanto se compatibilice la pensión con el trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 214 LGSS.

Toda vez que desde el 1 de enero de 2022, fecha de entrada en vigor de la ley 21/2022, el complemento de demora es incompatible con el acceso al envejecimiento activo, es decir, con el percibo del 50 % o del 100 %, en su caso, de la pensión inicialmente reconocida por compatibilizar dicha pensión, con una actividad laboral por cuenta propia o por cuenta ajena, al amparo del artículo 214 LGSS, en el caso de que el acceso a la jubilación activa se produzca a partir del 1 de enero de 2022, el complemento por demora, quedará en suspenso mientras dure la actividad laboral compatible con la pensión.

b) Si se hubiese optado por el complemento conforme al apartado 2.b) del artículo 210, es decir por una cantidad a tanto alzado, por tratarse de un pago "con proyección a futuro", no será posible el acceso a la jubilación activa, por haberse expresamente declarado incompatible dicho complemento con el acceso al envejecimiento activo regulado en el artículo 214 LGSS.

c) En relación con el apartado 2.c) del artículo 210, queda pendiente de desarrollo reglamentario.

3.- Lo previsto en el último párrafo del apartado 2 del artículo 201 LGSS, según el cual, los beneficios contemplados en dicho apartado 2 no serán de aplicación, entre otros, en los supuestos de acceso a la jubilación desde una situación asimilada al alta, ha de interpretarse teniendo en cuenta que la intención del legislador, según se desprende la exposición de motivos, es la de fomentar la permanencia en situaciones asimiladas a la de alta que no conlleven trabajo efectivo (por ejemplo convenio especial o prestación por desempleo) no son computables a efectos de demora).

Es decir, el beneficio del complemento por demora regulado en el apartado 2 del artículo 210, se aplicará por cada año completo de trabajo efectivo transcurrido desde que, reuniendo el resto de los requisitos, se cumplió la edad legal u ordinaria de jubilación. En consecuencia, no se ha de interpretar el párrafo analizado en el sentido de que no se pueda reconocer al complemento por demora cuando el acceso a la pensión se produzca desde una situación asimilada a la de alta.

5.4. COMPATIBILIDAD DEL COMPLEMENTO DE DEMORA CON EL ACCESO AL ENVEJECIMIENTO ACTIVO PARA PENSIONES CAUSADAS ANTES DEL 1 DE ENERO DE 2022 COMPLEMENTADAS. Criterio de Gestión del INSS 7/2022, de 2 de febrero de 2022

Se vuelve a plantear el alcance de la incompatibilidad del complemento por demora con el acceso al envejecimiento activo introducida por Ley 21/2021, de 28 de diciembre, 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 el artículo 201.2 LGSS, en relación con el artículo 214 LGSS. Pensionistas de jubilación con hechos causantes producidos antes de 1 de enero de 2022 que con anterioridad a esta fecha viniesen percibiendo el complemento de demora previsto en el artículo 2010.2 en su redacción anterior.

La Ley 21/2021 ha modificado, entre otros preceptos, el artículo 210.2 LGSS, de manera que sustituye el incentivo único establecido hasta ahora en dicho precepto por la posibilidad de que el interesado pueda optar entre: la obtención de un porcentaje adicional del 4 % por cada año completo cotizado desde el cumplimiento de la edad ordinaria 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-; 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.

Además, el apartado 2 del artículo 2010 LGSS establece que la percepción de este nuevo complemento es incompatible con el acceso al envejecimiento activo regulado en el artículo 214 LGSS.

Sin embargo, esta incompatibilidad entre el complemento por demora y el acceso al envejecimiento activo no estaba prevista con anterioridad al 1 de enero de 2022, por lo que se plantea si dicha incompatibilidad debe aplicarse también a los pensionistas de jubilación con hecho causante anterior a 1 de enero de 2022 (fecha de entrada de la Ley 21/2021).

A este respecto, hay que tener en cuenta que la incompatibilidad entre el complemento por demora y el acceso al e2nvejecimiento activo no se incardina en el régimen jurídico del envejecimiento activo regulado en el artículo 214 LGSS, sino en el artículo 2010 LGSS, destinado a regular aspectos de ese régimen jurídico, como son la cuantía y el propio complemento por demora. Así, a los pensionistas con hecho causante anterior al 1 de enero de 2022 a los que se les reconoció el complemento por demora con anterioridad a la Ley 21/2021, se les reconoció, de conformidad a las características y condiciones establecidas en el artículo 210.2 LGSS, sin que se contemplase entonces su incompatibilidad con el acceso al envejecimiento activo.

En este sentido, de imponerse a los pensionistas de jubilación con hecho causante anterior al 1 de enero de 2022 una limitación que el artículo 210.2 en su redacción anterior a la Ley 21/2021, no impone, se estaría dotando a la nueva redacción del artículo 210.2 LGSS de un efecto retroactivo que aparece expresamente en su contexto y que vulneraría el principio general de irretroactividad recogido en el artículo 2.3 del Código Civil.

Por tanto, los pensionistas de jubilación con hecho causante anterior al 1 de enero de 2022, a los que sea de aplicación el complemento por demora previsto en el artículo 210.2 LGSS, en su redacción anterior a la introducida en la ley 21/2021, podrán compatibilizar su percibo con el acceso al envejecimiento activo previsto en el artículo 214 LGSS.

5.5. JUBILACIÓN ANTICIPADA. ALCANCE DE LA DT 34 LGSS

El apartado 21 del artículo 1 de la Ley 21/20921, de 28 de diciembre, de Garantía del Poder Adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, añade una nueva disposición transitoria a la LGSS, la 34ª, con la siguiente redacción:

"*Disposición transitoria cuarta. Aplicación gradual de coeficientes reductores de la edad de jubilación según lo previsto en el artículo 201.3 cuando la pensión supere el límite establecido para el importe de las pensiones.*

1. Lo dispuesto en el apartado 2 de esta disposición transitoria en relación con el segundo párrafo del artículo 210.2 de esta ley sólo resultará de aplicación en la media 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 aquellos trabajadores con base reguladora superior a la pensión máxima, de manera que la pensión reconocida no resulte en ningún caso inferior a la que habría correspondido con la aplicación de las normas vigentes en 2021.

2. La previsión del segundo párrafo del apartado 3 del artículo 210 de esta ley entrará en vigor *a* partir del 1 de enero de 2024 y se hará de forma gradual en un plazo de diez años, de acuerdo con los coeficientes reductores que resultan de los siguientes cuadros, en función del periodo de cotización acreditado y los meses de anticipación; hasta la fecha permanecerá vigente el párrafo segundo del artículo 210.3 en la redacción establecida por el Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Los cuadros de referencia son lo que figuran a continuación:

(...).

3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, seguirán siendo de aplicación las reglas de acceso a la modalidad de jubilación anticipada por voluntad del interesado previas a la entrada en vigor de esta disposición transitoria a las personas a las que se refiere el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 210, siempre que la extinción del contrato de trabajo que da derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada cumpla alguna de las siguientes condiciones:

a) Que la extinción se haya producido antes de 1 de enero de 2022, siempre que con posterioridad a tal fecha la persona no vuelva a quedar incluida, por un periodo superior a 12 meses, en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social.

b) Que la extinción se produzca después de esa fecha como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, o en virtud de convenios colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos de empresa o decisiones adoptadas en procedimientos concursales, que fueran aprobados con anterioridad al 1 de enero de 2022.

No obstante, para el reconocimiento del derecho a la pensión de las personas a las que se refieren las letras a) y b) anteriores, la entidad gestora aplicará la legislación que está vigente en la fecha del hecho causante de la misma, cuando resulte más favorable a estas personas".

Pues bien:

1º.- La DT 34ª hace referencia a los supuestos contemplados en el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 210 del TRLGSS en la redacción dada por la Ley 21/2021. El apartado 2 de dicha disposición establece que: "*la previsión del segundo párrafo del apartado 3 del artículo 210 de esta ley entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2024 (...)*". Dado que faltan dos años para la entrada en vigor de esta disposición, se pospone el análisis de algunas de las previsiones contempladas en la misma hasta una fecha más próxima a su entrada en vigor.

2º.- En relación con el último inciso del apartado 2 de la DT 34ª que establece que "*hasta esa fecha (1 de enero de 2024) permanecerá vigente el párrafo segundo del artículo 210.3 en la redacción establecida por el Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*", ha de señalarse que la redacción actual del artículo 210.3 TRLGSS no contempla un segundo párrafo, por lo que la referencia al mismo debe entenderse referida al último inciso del apartado 3 del artículo 210 TRLGSS, según el cual, una vez aplicados los coeficientes reductores correspondientes por anticipar la edad de jubilación, "el importe resultante de la pensión no podrá ser superior a la cuantía que resulte de reducir el tope máximo de pensión en un 0,50 por ciento por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación".

En consecuencia, según el citado informe de la DGOSS, "*desde el 1 de enero de 2022 hasta 31 de diciembre de 2023 permanecería vigente el actual apartado 3 del artículo 210 del TRLGSS, debiéndose aplicar los coeficientes reductores y el resto de las condiciones contempladas en el apartado siete del artículo 1 de la Ley 21/2021, de 29 de diciembre, por no estar condicionada la entrada en vigor de este apartado a un momento posterior en la disposición final octava de dicha Ley*". ´

3º.- El apartado 3 de la DT 34ª LGSS establece determinados supuestos en los que "*seguirán siendo de aplicación las reglas de acceso 2º, y va relacionado con aquellas personas que acceden a la jubilación anticipada por voluntad del interesado y se hallen en el supuesto del segundo párrafo del artículo 210.3, por lo que, siempre que se cumplan alguna de las condiciones contempladas, les será de aplicación las reglas de acceso a la jubilación anticipada por voluntad del interesado previas a la entrada en vigor de esta DT, entendiéndose, por tanto, que dicha fecha coincida con la del 1 de enero de 2024"*.

6. INGRESO MÍNIMO VITAL

6.1. INGRESO MÍNIMO VITAL. MODIFICACIÓN DE LA UNIDAD DE CONVIVENCIA. Criterio de Gestión del INSS 5/2022, de 24 de enero de 2022

Se plantea el alcance la modificación de la unidad de convivencia previamente constituida por la inclusión o exclusión de algún miembro de la misma.

El artículo 10.3 LIMV establece:

"*3. Cuando las personas beneficiarias formen parte de una unidad de convivencia, se exigirá que la misma esté constituida en los términos de los artículos 6, 7 y 8, durante al menos los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, de forma continuada.*

Este requisito no se exigirá en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente de menores, reagrupación familiar de hijas e hijos menores de edad, en los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual, o en otros supuestos justificados que puedan determinarse reglamentariamente".

Por su parte el párrafo cuarto señala:

"*4. Los requisitos relacionados en los apartados anteriores deberán cumplirse en el momento de presentación de la solicitud o al tiempo de solicitar su revisión, y mantenerse al dictarse la resolución y durante el tiempo de percepción del ingreso mínimo vital*".

Asimismo, la exigencia de mantenimiento de los requisitos de acceso durante todo el tiempo de percepción de Ingreso Mínimo Vital se reitera en el artículo 15 LIMV relativo a la duración del derecho a percibir la prestación económica del Ingreso Mínimo Vital, al determinar que se mantendrá dicho derecho mientras subsistan los motivos que dieron lugar a su concesión y se cumplan los requisitos y obligaciones previstos en esta ley.

Por tanto, no hay ninguna duda de que la ley exige que la unidad de convivencia se haya constituido en los términos del artículo 6 durante, al menos, los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud de forma continuada y de que este requisito debe manifestarse durante todo el tiempo de percepción del Ingreso Mínimo Vital.

No obstante lo anterior, el legislador ha previsto algunas excepciones a dicho requisito, de manera que, en determinados supuestos, no se considerará que se ha producido una variación de la Unidad de Convivencia previamente constituida, como son: en el caso de fallecimiento de algunas de las personas que constituyen la Unidad de Convivencia (artículo 6.1, tercer párrafo LIMV) o, en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente de menores, reagrupación familiar de hijas e hijos menores de edad, en los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual, o en otros supuestos justificados que puedan determinarse reglamentariamente (artículo 10.3 segundo párrafo LIMV).

Ahora bien, salvando estas excepciones, es necesario determinar -en aras del mantenimiento del derecho a la prestación del Ingreso Mínimo Vital - las consecuencias derivadas de que se produzcan cambio en la Unidad de Convivencia previamente constituida, referidos a la variación en su composición ya sea por la salida o la inclusión de algún miembro.

Pues bien, cuando se produce la salida de algún miembro de la Unidad de Convivencia, si bien es cierto que se altera la Unidad de Convivencia respecto a la cual se accedió al derecho al Ingreso Mínimo Vital, no es menos cierto que los miembros que quedan en la misma han cumplido con el requisito de espera de seis meses, y con su composición siguen manteniendo la estabilidad de convivencia que les ha dotado de dicha consideración como unidad de convivencia para acceder a ese derecho, por lo que considerar que como consecuencia de dicha circunstancia sobrevenida los

beneficiaros que quedan en la unidad de convivencia han incumplido dicho requisito y por tanto, la extinción del derecho a la prestación del ingreso mínimo vital, supondría un perjuicio difícilmente justifican el dado que no puede afirmarse tal cosa.

No obstante, teniendo en cuenta que, tanto para la determinación del requisito de encontrarse en situación de vulnerabilidad económica como para la fijación de la cuantía de la prestación del ingreso mínimo vital, se toma en consideración el número total de los miembros que integran a la unidad de convivencia, parece lógico que si se produce una salida en alguno de sus miembros, esta circunstancia deba tenerse en cuenta a efectos de la modificación de la prestación, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 16 LIMV, y siempre y cuando, se mantengan los demás requisitos establecidos en el artículo 10 de esta misma norma.

Por el contrario, no puede alegarse el mismo argumento cuando se produce la entrada de nuevos miembros en la unidad de convivencia a la que fue reconocida la prestación del ingreso mínimo vital, puesto que ya no puede afirmarse que exista identidad en el cumplimiento del requisito del plazo de espera de seis meses entre todos los miembros que la conforman, lo que determina que no pueda considerarse la misma unidad de convivencia y, por ende, el incumplimiento de dicho requisito y la extinción del derecho a la prestación y, como nueva unidad de convivencia, deberá constituirse como tal conforme establece la ley para acceder al ingreso mínimo vital.

Novedades Normativas y de Gestión de la Tesorería General de la Seguridad Social

JAVIER AIBAR BERNAD *Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social*
https://orcid.org/0000-0002-3927-5736

REAL DECRETO-LEY 2/2022, DE 22 DE FEBRERO, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS URGENTES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS, PARA LA TRANSICIÓN HACIA LOS MECANISMOS ESTRUCTURALES DE DEFENSA DEL EMPLEO, Y PARA LA RECUPERACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DE LA ISLA DE LA PALMA, Y SE PRORROGAN DETERMINADAS MEDIDAS PARA HACER FRENTE A SITUACIONES DE VULNERABILIDAD SOCIAL Y ECONÓMICA

Objetivos del Real Decreto-Ley 2/2022

En el Real Decreto-Ley 2/2022 (en adelante RDL2/2022) se recuerda que, anteriormente a través del Real Decreto-ley 18/2021, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo, se aprobaron diversas iniciativas relativas a empresas y a personas trabajadoras por cuenta propia y por cuenta ajena, afectadas por la crisis sanitaria y económica, con el objetivo de restablecer el funcionamiento normal de la actividad económica y productiva empresarial y la protección de los colectivos que pudieran resultar damnificados por la situación descrita.

Asimismo se señala que, por lo que respecta a los trabajadores autónomos, con el Real Decreto-ley 18/202 se inició un proceso de acomodación a la nueva situación de recuperación económica de las prestaciones que la Seguridad Social ha venido reconociendo a este colectivo desde el mismo momento inicial de la pandemia; manteniéndose en esencia, de acuerdo con la evolución favorable de la situación sanitaria que se constataba en aquel momento, el mismo esquema de protección previsto en el Real Decreto-ley 11/2021, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo.

A la vista de los positivos datos sanitarios resultantes de la reciente evolución de la pandemia y de la crisis derivada de la misma, por medio del RDL2/2022 se produce un nuevo avance en el proceso de adecuación de las diferentes medidas de protección social de los trabajadores autónomos a dicha evolución, considerándose oportuno revisar ciertos aspectos de las previsiones establecidas en el Real Decreto-ley 18/2021.

También se destaca la importancia y la eficacia del recurso a los expedientes de regulación temporal de empleo, como mecanismo de flexibilidad interna de las empresas para el ajuste temporal de su actividad, de cara a evitar la destrucción de empleo característica de sanitaria y económica derivada de la COVID-19, ello con base a la experiencia de los pasados meses. Entre los resultados destacan la estabilidad de las relaciones laborales, el mantenimiento del tejido productivo y del capital humano, así como el descenso de las tasas de desempleo.

Así, el Gobierno procede mediante el RDL2/2022 a extender los efectos de las medidas extraordinarias en materia de cotización y de protección, y las medidas complementarias asociadas a los expedientes de regulación temporal de empleo relacionados con la COVID-19 y que forman parte del VI ASDE, hasta el 31 de marzo de 2022, tras consultar a los agentes sociales; atendiéndose a las demandas de dichas organizaciones y facilitando una transición ordenada a las medidas estructurales previstas en el Estatuto de los Trabajadores.

Además de la situación derivada de la pandemia, también se tomó en consideración en el Real Decreto-ley 18/2021, la originada por la erupción volcánica iniciada el día 19 de septiembre de 2021 en la zona de Cumbre Vieja de La Palma. De esta forma se procede a prorrogar las medidas adoptadas para tal ocasión en beneficio de empresas y trabajadores, en materia de cotización y protección por desempleo.

También en el RDL2/2022 se prorrogan algunas de las medidas que el Gobierno ha venido aprobando desde el inicio de la pandemia, de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica inicialmente vinculadas al estado de alarma, pero cuya eficacia temporal ha sido preciso diferir ante la persistencia de los efectos negativos en la situación económica de los sectores más vulnerables de la población. Todo ello dada la incertidumbre que aún existe en relación tanto la evolución de la pandemia a nivel global, como el impacto del coste energético sobre la economía de las personas más vulnerables.

En otro apartado del citado Preámbulo también se hace mención a la necesidad de establecer la prórroga del plazo de vigencia de las medidas que garantizan el suministro a los consumidores vulnerables de agua, electricidad y gas natural, así como para permitir el acceso al bono social por parte de determinados colectivos en situación de vulnerabilidad económica y para hacer frente en el ámbito de la vivienda a determinadas situaciones de vulnerabilidad.

Artículo primero

En el artículo 1 del RDL2/2022 se regula la exención de la obligación de cotizar a favor de los trabajadores autónomos que hayan percibido alguna modalidad de prestación por cese de actividad al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 18/202, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo. Así, a partir del 1 de marzo de 2022, los trabajadores autónomos incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos, o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, que estuvieran de alta en estos regímenes y vinieran percibiendo el 28 de febrero de 2022 alguna de las prestaciones por cese de actividad previstas en los artículos 10 y 11 del Real Decreto-ley 18/2021, tienen derecho a una exención de la obligación de cotizar a la Seguridad Social y para la formación profesional con distintas cuantías, en un porcentaje descendiente según el transcurso de los meses, desde marzo a junio de 2022.

En tales supuestos, la base de cotización, a efectos de la determinación de la exención, será la por la que venía cotizando el trabajador autónomo antes de acceder a la prestación por cese de actividad. Por otra parte, la exención establecida en este precepto será incompatible con la percepción de la prestación por cese de actividad en cualquiera de sus modalidades.

Artículo segundo

El artículo 2 del RDL2/2022 se refiere a la prestación extraordinaria por cese de actividad para los trabajadores autónomos afectados por una suspensión temporal de toda la actividad, como consecuencia de una resolución de la autoridad competente como medida de contención de la propagación de la COVID-19.

De esa forma, a partir del 1 de marzo de 2022, los trabajadores autónomos que se vean obligados a suspender todas sus actividades como consecuencia de una resolución adoptada por la autoridad competente como medida de contención en la propagación del virus COVID-19, o mantengan por los mismos motivos la suspensión de su actividad iniciada con anterioridad a la fecha indicada, tendrán derecho a una prestación económica por cese de actividad de naturaleza extraordinaria, en los términos que se establecen en este precepto, siempre que se reúnan determinados requisitos: estar afiliados y en alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos o, en su caso, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, al menos treinta días naturales antes de la fecha de la resolución que acuerde la suspensión de la actividad y, en todo caso, antes de la fecha de inicio de la misma cuando esta se

hubiese decretado con anterioridad al 1 de marzo de 2022; y también deberán hallarse al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.

La cuantía de la prestación será del 70% de la base mínima de cotización que corresponda por la actividad desarrollada.

Destaca asimismo de la regulación del artículo 2 que, durante el tiempo que permanezca la actividad suspendida, se mantendrá el alta en el régimen especial correspondiente quedando el trabajador autónomo exonerado de la obligación de cotizar. El periodo durante el cual el trabajador autónomo esté exento de la obligación de cotizar se entenderá como cotizado.

La percepción de esta nueva prestación tendrá una duración máxima de cuatro meses, finalizando el derecho a la misma el último día del mes en que se acuerde el levantamiento de las medidas o el 30 de junio de 2022, si esta última fecha fuese anterior.

La gestión de la prestación corresponderá a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o al Instituto Social de la Marina.

Disposición adicional primera

En la disposición adicional primera se trata la transición a los nuevos expedientes de regulación temporal de empleo de los artículos 47 y 47 bis del Estatuto de los Trabajadores. En tal sentido, los expedientes de regulación temporal de empleo del artículo 1 del Real Decreto-ley 18/2021, y vigentes a la fecha de entrada en vigor del RDL2/2022 quedaron prorrogados automáticamente hasta el pasado 31 de marzo de 2022. Asimismo, se prorrogaron hasta el 31 de marzo de 2022 los expedientes de regulación temporal de empleo vigentes a la fecha de entrada en vigor del RDL2/2022 y que hubiesen sido autorizados con base en lo dispuesto en los artículos 2 y 5.1 del Real Decreto-ley 18/2021.

Disposición adicional segunda

En la disposición adicional segunda del RDL2/2022 se determinan los beneficios en materia de cotización a la Seguridad Social de los expedientes de regulación temporal de empleo que se establecen en la disposición adicional primera.

Disposición adicional cuarta

La disposición adicional cuarta hace mención a la fuerza mayor temporal en el supuesto de empresas y personas trabajadoras de las islas Canarias afectadas por la erupción volcánica registrada en la zona de Cumbre Vieja.

Disposición adicional sexta

La disposición adicional sexta se refiere a la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de hijos o personas sujetas a guarda con fines de adopción o acogida con carácter permanente por cáncer u otra enfermedad grave extinguida por cumplimiento de 18 años de edad.

Disposición final primera

La disposición final primera modifica la Ley General de la Seguridad Social, incluyendo una nueva disposición adicional cuadragésima sexta, con la finalidad de asegurar la necesaria protección social de las personas trabajadoras en los expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor, causados o no por impedimentos o limitaciones derivadas de decisiones adoptadas por las autoridades competentes.

REAL DECRETO-LEY 4/2022, DE 15 DE MARZO, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS URGENTES DE APOYO AL SECTOR AGRARIO POR CAUSA DE LA SEQUÍA

En el Preámbulo del Real Decreto-Ley 4/2022 (en adelante RDL4/2022) se cita que dada la situación provocada por la sequía sufrida desde el año hidrológico 2020/2021 y por las previsiones actuales, no se prevén cambios de tendencia notables en los próximos meses, lo que hace necesario el desarrollo de medidas que ayuden a paliar los graves e imprevisibles daños producidos por la sequía.

Aplazamientos de cuotas en el Sector Agrario

Para el ámbito de la Seguridad Social se establece en el artículo 2 del RDL 4/2020 la posibilidad de autorizar aplazamientos de cuotas en el Sector Agrario. De ese modo, las empresas incluidas en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social y los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, establecido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos, siempre que se encuentren al corriente en sus obligaciones con la Seguridad Social y no tuvieran otro aplazamiento en vigor, podrán solicitar directamente o a través de sus autorizados para actuar a través del Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social (Sistema RED), un aplazamiento en el pago de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta.

El devengo de este tipo de aplazamiento especial será el que tenga lugar entre los meses de marzo a junio de 2022, para las empresas incluidas en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, y entre los meses de abril a julio de 2022, para los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.

Este aplazamiento se ajustará a los términos y condiciones establecidos con carácter general en la normativa de la Seguridad Social, con las siguientes particularidades:

A) Las solicitudes de aplazamiento deberán presentarse antes del transcurso de los diez primeros días naturales de cada uno de los plazos reglamentarios de ingreso correspondientes a las cuotas y la correspondiente solicitud determinará que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social, respecto a las cuotas afectadas, hasta que se dicte la correspondiente resolución.

B) Será de aplicación un interés del 0,5%, en lugar del previsto en el artículo 23.5 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

C) El aplazamiento se concederá mediante una única resolución, con independencia de los meses que comprenda, se amortizará mediante pagos mensuales y determinará un plazo de amortización de cuatro meses por cada mensualidad solicitada, sin que exceda en total de 16 mensualidades. El primer pago se producirá a partir del mes siguiente al que aquélla se haya dictado.

D) En ningún caso este aplazamiento será aplicable a las empresas con deudas que no correspondan al Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, ni a los trabajadores por cuenta propia con deudas que no conciernan al Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios establecido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, en el momento de la resolución.

1. Procedimiento de presentación de las solicitudes por el autorizado RED[1].

El autorizado RED estará habilitado para la presentación de las solicitudes de aplazamiento como representante de persona jurídica o de persona física, utilizando exclusivamente el formulario del Registro Electrónico de la SEDE Electrónica de la Seguridad Social (servicio de aplazamiento en el pago de deudas de la Seguridad Social).

Las solicitudes que se presenten a través de cualquier otra vía no surtirán efectos de ningún tipo.

2. Ámbito subjetivo de aplicación.

Tal y como establece el punto segundo de la norma, este nuevo aplazamiento especial solo se aplica a las cuotas de empresas pertenecientes al Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, así como a los trabajadores por cuenta propia con deudas que correspondan al Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios establecido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos en el momento de la resolución.

Si se trata de una empresa cuyo titular sea un trabajador por Cuenta Propia Agrario, y se desea solicitar el aplazamiento de las cuotas, tanto de la empresa como de las relativas al empresario como trabajador por Cuenta Propia Agrario, se debe presentar una sola solicitud de aplazamiento, consignando en el formulario el NAF correspondiente al trabajador autónomo y los códigos de cuenta de cotización afectados por la solicitud, el régimen de seguridad social de cada uno de ellos, así como el periodo de la deuda por el que se desea solicitar el aplazamiento.

3. Plazos de presentación de las solicitudes.

La solicitud deberá presentarse en los siguientes plazos:

- Entre el 1 y el 10 de abril:
  - ✓ En el caso de las empresas: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al período de liquidación de marzo 2022.
  - ✓ En el caso de trabajadores cuenta propia agrarios: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al periodo de liquidación de abril 2022.
- Entre el 1 y el 10 de mayo:
  - ✓ En el caso de las empresas: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al período de liquidación de abril 2022.
  - ✓ En el caso de trabajadores cuenta propia agrarios: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al periodo de liquidación de mayo 2022.
- Entre el 1 y el 10 de junio:
  - ✓ En el caso de las empresas: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al período de liquidación de mayo 2022.
  - ✓ En el caso de trabajadores cuenta propia agrarios: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al periodo de liquidación de junio 2022.
- Entre el 1 y el 10 de julio:
  - ✓ En el caso de las empresas: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al período de liquidación de junio 2022.

[1] Vid. Boletín de Noticias RED de la Tesorería General de la Seguridad Social.

- ✓ En el caso de trabajadores cuenta propia agrarios: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al periodo de liquidación de julio 2022.

Las solicitudes de aplazamiento que se presenten con posterioridad a los plazos indicados respecto del mes corriente serán consideradas extemporáneas a los efectos de obtener un aplazamiento con interés reducido.

4. Requisitos para la concesión.

El aplazamiento a interés reducido no podrá autorizarse cuando el responsable presente deuda con la Seguridad Social o un aplazamiento en vigor por periodos diferentes a los previstos. En tales supuestos, la solicitud presentada se tramitará y resolverá de acuerdo con el procedimiento general, aplicándose, en caso de concederse, el tipo de interés de demora a que se refiere el apartado 5 del artículo 23 de la LGSS.

Respecto de los sujetos responsables que tuviesen autorización para ingresar las cuotas en plazos reglamentarios de ingreso diferidos respecto de los ordinarios, podrán solicitar este aplazamiento siempre que la solicitud se presente en los plazos anteriormente indicados.

5. Resolución única.

Si procede el aplazamiento con interés reducido, la Tesorería General de la Seguridad Social emitirá una única resolución comprensiva de los meses cuyo aplazamiento se haya solicitado. La resolución se emitirá transcurrido el último de los cuatro meses cuyo aplazamiento se puede solicitar.

6. Consideración de encontrarse al corriente.

Desde el momento de la solicitud, el deudor será considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social por los meses cuyo aplazamiento se solicita, hasta que se dicte la correspondiente resolución al final del periodo.

7. Plazo de amortización.

Si procede la concesión del aplazamiento, se otorgará un plazo de amortización de 4 meses por cada mensualidad solicitada, con un máximo de 16 mensualidades, a contar desde el mes siguiente al que se haya dictado la resolución.

8. Condiciones de efectividad.

Con excepción del tipo especial de interés, el aplazamiento previsto en el artículo 2 del RDL4/2022, se regirá por las normas generales que regulan los aplazamientos de pago de deudas de Seguridad Social, siendo aplicables las condiciones exigidas para su efectividad y vigencia, señaladamente el ingreso de las cuotas inaplazables (las correspondientes a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y la aportación de los trabajadores), la constitución de la garantía ofrecida cuando resulte exigible y la no generación de deuda con posterioridad a la concesión del aplazamiento.

El ingreso de la cuota inaplazable deberá realizarse en el plazo máximo de un mes desde la fecha de notificación de la resolución por la que se conceda el aplazamiento, sin que proceda su ingreso con carácter previo a la concesión del aplazamiento.

REAL DECRETO-LEY 5/2022, DE 22 DE MARZO, POR EL QUE SE ADAPTA EL RÉGIMEN DE LA RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL DE LAS PERSONAS DEDICADAS A LAS ACTIVIDADES ARTÍSTICAS, ASÍ COMO A LAS ACTIVIDADES TÉCNICAS Y AUXILIARES NECESARIAS PARA SU DESARROLLO, Y SE MEJORAN LAS CONDICIONES LABORALES DEL SECTOR

Mediante el Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector.

En ese sentido, el Gobierno expresó la necesidad de esta norma, que transformará la relación laboral especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, y a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo.

Este texto incorpora las garantías en el uso de la contratación temporal que estableció el Real Decreto-ley 32/2021 de Reforma Laboral, contemplando a su vez las peculiaridades, necesidades e intermitencias que son propias de las actividades artísticas.

La nueva norma permite, para tratar de dejar atrás la precariedad estructural del sector de actividades artísticas, encajarlo en los parámetros de estabilidad en el empleo marcados por la Reforma Laboral. Por otra parte, se crea la figura del contrato laboral artístico que responde a la intermitencia de la actividad.

El Real Decreto-ley reconoce los derechos del colectivo de personas trabajadoras que realizan actividades técnicas y auxiliares, un colectivo afectado por la contratación fraudulenta y que ha padecido de manera especial los efectos de la pandemia. También mejora la cuantía de las indemnizaciones, de 12 días para todos los colectivos y de 20 días cuando la duración del contrato exceda los 20 meses, entre otras medidas.

En el RDL 5/2022 se disponen diferentes medidas laborales y de Seguridad Social; haremos referencia especial a estas últimas.

Disposición adicional primera

Esta disposición trata la cotización de los artistas con bajos ingresos integrados en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia.

En tales casos se aplicará una cotización reducida en los términos que se fijen en la norma correspondiente, y de acuerdo con la disposición adicional segunda del RDL 5/2022, a los artistas con rendimientos anuales inferiores a 3.000 euros que se encuentren dados de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Disposición adicional segunda

En dicha disposición se acogen adaptaciones normativas sobre trabajadores por cuenta propia. Con el fin de facilitar el establecimiento de un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia, en función de los rendimientos obtenidos por su actividad económica o profesional, el Gobierno procederá a efectuar las adaptaciones que resulten precisas en el Reglamento General sobre Inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, y en el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995.

Disposición final primera

Por esta disposición se procede a la modificación de la Ley General de la Seguridad Social, en concreto el apartado 3 del artículo 151 (en el que se regula, entre otras, la cotización adicional en contratos de duración determinada de la relación laboral especial de las personas artistas que

desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades, técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad), en los términos siguientes: esta cotización adicional no se aplicará a los contratos a los que se refiere este artículo, cuando sean celebrados con trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, en el Régimen Especial para la Minería del Carbón, o en la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades, técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad; ni a los contratos por sustitución.

Disposición final segunda

La disposición final segunda modifica el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, en concreto los apartados 1 y 3 del artículo 32, en los términos siguientes: respecto a los trabajadores sujetos a la relación laboral especial de los artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como las personas que realizan actividades técnicas y auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad, la cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y las demás aportaciones que se recauden conjuntamente con las cuotas de la Seguridad Social, se regirá por las normas de las subsecciones precedentes de esta misma sección 2.ª, sin otras particularidades que las establecidas en los apartados siguientes. A efectos de cotización por contingencias comunes, quedan incluidas en los grupos de cotización del Régimen General de la Seguridad Social que se determinan, entre los establecidos en el artículo 26.2, las siguientes categorías profesionales:

I. Trabajos de teatro, circo, música, variedades y folklore, incluidos los que se realicen para radio y televisión o mediante grabaciones.

II. Trabajos de producción, doblaje o sincronización de películas, tanto en las modalidades de largometrajes como de cortometrajes o publicidad, o para televisión, y trabajos técnicos y auxiliares directamente vinculados a actividades de artes escénicas, audiovisuales y las musicales.

REAL DECRETO-LEY 6/2022, DE 29 DE MARZO, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS URGENTES EN EL MARCO DEL PLAN NACIONAL DE RESPUESTA A LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS Y SOCIALES DE LA GUERRA EN UCRANIA

Si cita en el Preámbulo del Real Decreto-Ley 6/2022 (en adelante RDL6/2022) que la invasión de Ucrania por parte de Rusia está generando importantes consecuencias en todos los órdenes. Con tal motivo el Gobierno ha decidido impulsar un Plan Nacional, que comprende tanto medidas normativas como no normativas, y que ha sido elaborado tras un proceso de diálogo con los sectores más afectados, los agentes sociales, las Comunidades Autónomas y los partidos políticos.

Como medida en materia de Seguridad Social, se dispone en el artículo 28 del RDL 6/2022 la posibilidad de que las empresas con trabajadores en alta en el Régimen General de la Seguridad Social, y los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia que desarrollen su actividad en el sector del transporte urbano y por carretera, soliciten un aplazamiento en el pago de las cuotas de la Seguridad Social por los conceptos de recaudación conjunta cuyo devengo tenga lugar entre los meses de abril a julio de 2022, en el caso de empresas, y entre los meses de mayo a agosto de 2022, en el caso de trabajadores autónomos, en unas condiciones más favorables que las contempladas con carácter general para la aplicación de dicha figura, atendiendo a las dificultades que atraviesa dicho sector.

Artículo 28: aplazamientos para el sector del transporte urbano y por carretera

En este artículo se regula el aplazamiento en el pago de cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta en el sector del transporte urbano y por carretera.

Las empresas con trabajadores en alta en el Régimen General de la Seguridad Social y los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia, que desarrollen su actividad en el sector del transporte urbano y por carretera, siempre que se encuentren al corriente en sus obligaciones con la Seguridad Social y no tuvieran otro aplazamiento en vigor, podrán solicitar, directamente o a través de sus autorizados para actuar a través del Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social (Sistema RED)[2], un aplazamiento en el pago de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta cuyo devengo tenga lugar entre los meses de abril a julio de 2022, en el caso de empresas, y entre los meses de mayo a agosto de 2022, en el caso de trabajadores autónomos.

Este aplazamiento se ajustará a los términos y condiciones establecidos con carácter general en la normativa de la Seguridad Social, con las siguientes particularidades:

1.ª Las solicitudes de aplazamiento deberán efectuarse antes del transcurso de los diez primeros días naturales de cada uno de los plazos reglamentarios de ingreso correspondientes a las cuotas señaladas en el párrafo primero de este artículo.

2.ª Será de aplicación un interés del 0,5%, en lugar del previsto en el artículo 23.5 de la Ley General de la Seguridad Social.

3.ª El aplazamiento se concederá mediante una única resolución, con independencia de los meses que comprenda, se amortizará mediante pagos mensuales y determinará un plazo de amortización de cuatro meses por cada mensualidad solicitada, sin que exceda en total de 16 mensualidades. El primer pago se producirá a partir del mes siguiente a aquel en que dicha resolución se haya dictado.

4.ª La solicitud de este aplazamiento determinará la suspensión del procedimiento recaudatorio respecto a las cuotas afectadas por el mismo, y que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social hasta que se dicte la correspondiente resolución.

Sobre el procedimiento de presentación de las solicitudes por el autorizado RED, hay que indicar que este estará habilitado para la presentación de las solicitudes de aplazamiento como representante de persona jurídica o de persona física, utilizando exclusivamente el formulario del Registro Electrónico de la SEDE Electrónica de la Seguridad Social. Las solicitudes que se presenten a través de cualquier otra vía no surtirán efectos de ningún tipo.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, este nuevo aplazamiento especial solo se destina a las cuotas de empresas pertenecientes al Régimen General, así como a los trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con deudas que correspondan a tales regímenes en el momento de la resolución. Por tanto, en el caso de empresas, la petición de aplazamiento tendrá efectos para todos los códigos de cuenta de cotización que consten en la solicitud, siempre y cuando correspondan al Régimen General de la Seguridad Social con las citadas CNAE. Si se trata de una empresa cuyo titular sea un trabajador autónomo y se necesita solicitar el aplazamiento de las cuotas tanto de la empresa como del propio trabajador, se deberá presentar una sola solicitud de aplazamiento, consignando en el formulario el NAF correspondiente al trabajador autónomo y los CCC afectados por la solicitud, el régimen de seguridad social de cada uno de ellos , así como el periodo de la deuda por el que se desea solicitar el aplazamiento.

[2] Vid. Boletín de Noticias RED de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Sobre los plazos de presentación de las solicitudes, deberán realizarse en los siguientes plazos:

• Entre el 1 y el 10 de mayo:

✓ En el caso de las empresas: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al período de liquidación de abril 2022.

✓ En el caso de trabajadores autónomos: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al periodo de liquidación de mayo 2022.

• Entre el 1 y el 10 de junio:

✓ En el caso de las empresas: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al período de liquidación de mayo 2022.

✓ En el caso de trabajadores autónomos: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al periodo de liquidación de junio 2022.

• Entre el 1 y el 10 de julio:

✓ En el caso de las empresas: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al período de liquidación de junio 2022.

✓ En el caso de trabajadores autónomos: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al periodo de liquidación de julio 2022.

• Entre el 1 y el 10 de agosto:

✓ En el caso de las empresas: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al período de liquidación de julio 2022.

✓ En el caso de trabajadores autónomos: se podrá solicitar el aplazamiento de las cuotas correspondientes al periodo de liquidación de agosto 2022.

✓ Las solicitudes de aplazamiento que se presenten con posterioridad a los plazos indicados respecto del mes corriente serán consideradas extemporáneas a los efectos de obtener un aplazamiento con interés reducido. Con la presentación de la solicitud se generará un justificante en el que se recogen los datos de la misma. Una vez solicitado el aplazamiento, la TGSS no emitirá adeudos de las liquidaciones ordinarias o complementarias confirmadas por la modalidad de cargo en cuenta que correspondan a períodos de liquidación por los que se hubiera solicitado el aplazamiento, aunque se haya obtenido el recibo de liquidación por esa modalidad de pago.

Cabe la posibilidad de que se emita una resolución única, si se autoirza el aplazamiento a un interés reducido; la resolución única será comprensiva de los meses cuyo aplazamiento se haya solicitado, y se emitirá transcurrido el último de los cuatro meses cuyo aplazamiento se puede solicitar.

Existirá la consideración del sujeto interesado de encontrarse al corriente en sus pagos a la Seguridad Social desde el momento de la solicitud, por los meses cuyo aplazamiento se solicita, hasta que se dicte la correspondiente resolución al final del periodo.

Si procede la concesión del aplazamiento, se otorgará un plazo de amortización de 4 meses por cada mensualidad solicitada, con un máximo de 16 mensualidades, a contar desde el mes siguiente al que se haya dictado la resolución.

Con excepción del tipo especial de interés, el aplazamiento previsto en el artículo 28 del RDL6/2022, se regirá por las normas generales que regulan los aplazamientos de pago de deudas de

Seguridad Social, siendo aplicables las condiciones exigidas para su efectividad y vigencia, señaladamente el ingreso de las cuotas inaplazables (las correspondientes a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y la aportación de los trabajadores), la constitución de la garantía ofrecida cuando resulte exigible y la no generación de deuda con posterioridad a la concesión del aplazamiento. El ingreso de la cuota inaplazable deberá realizarse en el plazo máximo de un mes desde la fecha de notificación de la resolución por la que se conceda el aplazamiento, sin que proceda su ingreso con carácter previo a la concesión del aplazamiento.

Artículo 37: aplazamientos para el sector marítimo y pesquero

En el artículo 37 del RDL6/2022 se recogen los aplazamientos previstos para el sector marítimo y pesquero en el pago de cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta.

Las empresas incluidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y los trabajadores por cuenta propia incluidos en el mismo régimen, siempre que se encuentren al corriente en sus obligaciones con la Seguridad Social y no tuvieran otro aplazamiento en vigor, podrán solicitar, directamente o a través de sus autorizados para actuar a través del Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social (Sistema RED), un aplazamiento en el pago de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta cuyo devengo tenga lugar entre los meses de marzo a junio de 2022.

Este aplazamiento dispone de un procedimiento y regulación similares a los expuestos para la solicitud y concesión de los aplazamientos del transporte urbano y por carretera, por lo que evitamos su reiteración.

Finalmente señalamos que los aplazamientos especiales de los sectores de actividad indicados en los apartados anteriores, son incompatibles entre sí, en el caso de que por una misma empresa se formulasen varias solicitudes relativas a más de un tipo de aplazamiento especial, en cuyo caso se dará prioridad a la presentada en primer lugar, tramitándose de acuerdo con las reglas del aplazamiento especial del sector de actividad que le corresponda.

REAL DECRETO 152/2022, POR EL QUE SE FIJA EL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL PARA 2022

Mediante el Real Decreto 152/2022 (en adelante RDSMI), se fijó el salario mínimo interprofesional para 2022, con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2022.

Con independencia del resto de aspectos regulados en el citado RDSMI, y de las especialidades aplicables a las personas trabajadoras eventuales, temporeros, y empleados de hogar, el salario mínimo para todas las actividades quedó fijado, conforme a lo establecido en el artículo 1 de la citada norma, en 33,33 euros/día o 1.000 euros/mes, según el salario esté fijado por días o por meses.

En el salario mínimo se computará únicamente la retribución en dinero, sin que el salario en especie pueda, en ningún caso, dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero de aquel.

Este salario se entiende referido a la jornada legal de trabajo en cada actividad, sin incluir en el caso del salario diario la parte proporcional de los domingos y festivos. Si se realizase jornada inferior se percibirá a prorrata.

Las nuevas cuantías representaron un incremento del 3,63% respecto de las previstas en el Real Decreto 817/2021, por el que se fijó el salario mínimo interprofesional para el pasado año 2021.

Según se destaca en el Preámbulo del RDSMI, el incremento tiene por objeto seguir haciendo efectivo el derecho a una remuneración equitativa y suficiente que proporcione a las personas trabajadoras y a sus familias un nivel de vida decoroso, en línea con lo establecido por el

Comité Europeo de Derechos Sociales que ha interpretado que dicho umbral se sitúa en el 60 % del salario medio, garantizando la capacidad adquisitiva de los salarios para hacer frente al coste de la vida y atendiendo a la coyuntura económica general.

Asimismo, se señala en el citado Preámbulo que el incremento del salario mínimo interprofesional contribuye a promover un crecimiento y una recuperación de la actividad económica sostenida, sostenible e inclusiva, al cumplimiento de la Agenda 2030, en particular de las Metas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, relativas, de manera respectiva, a la erradicación de la pobreza, la promoción de políticas orientadas a la creación de puestos de trabajo decentes y a la adopción de políticas salariales que logren de manera progresiva una mayor igualdad, en especial entre mujeres y hombres, y a una mayor cohesión social.

Por último, cabe indicar que por lo que respecta al tope mínimo de la base de cotización a la Seguridad Social en cada uno de sus regímenes, que el artículo 19.2 de la LGSS establece que el mismo se corresponderá con las cuantías del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incrementadas en un sexto, salvo disposición expresa en contrario.

ORDEN ISM/208/2022, DE 10 DE MARZO, POR LA QUE SE CREA EL COMITÉ ÉTICO VINCULADO A LOS ITINERARIOS DE INCLUSIÓN SOCIAL

A través de la Orden Ministerial 208/2022 (en adelante OM208/2022), se crea y regula el Comité Ético vinculado a la Ley 19/2021, que establece el Ingreso Mínimo Vital, dedicado especialmente a la protección de los derechos de las personas participantes en el desarrollo de los itinerarios de inclusión social.

El Comité Ético tiene por finalidad generar conocimiento y modos de actuación que repercutan en la calidad del desarrollo de los itinerarios de inclusión social y en el bienestar de las personas participantes en los mismos, velando porque se garantice su dignidad y el respeto a su autonomía e intimidad.

El Comité Ético vinculado a los Itinerarios de Inclusión Social, se define por la OM208/2022 como un órgano de consulta y deliberación, de naturaleza interdisciplinar y funcionalmente independiente, para el análisis y asesoramiento de las cuestiones de carácter ético que surjan en la ejecución, desarrollo y evaluación de los itinerarios de inclusión, configurándose a estos efectos como foro ético de referencia.

Este Comité quedará adscrito a la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social, órgano competente en materia de Inclusión Social.

El ámbito de actuación del Comité Ético vinculado a los Itinerarios de Inclusión Social se corresponderá con el ámbito establecido en los convenios para el desarrollo de los citados itinerarios, en sus diferentes fases (diseño, ejecución y evaluación) así como en cualesquiera otros instrumentos de cooperación para llevar a cabo su ejecución.

El Comité Ético tiene como objetivo general promover la protección de los derechos humanos y la integración de los principios y valores morales en la toma de decisiones con el objetivo final de mejorar la calidad de los proyectos y asegurar un tratamiento equitativo y apropiado a cada participante.

Las funciones principales del Comité Ético serán las de emitir informes que contengan su opinión y/o las recomendaciones pertinentes en relación a cuestiones éticas consideradas de especial relevancia, a solicitud del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, realizar propuestas dirigidas a garantizar el cumplimiento de los principios éticos y el respeto a los derechos individuales, y llevar a cabo la evaluación ética de los proyectos, consultando a expertos externos en su caso.

ORDEN PCM/244/2022 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 2022

Se publicó la Orden PCM/244/2022, 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 2022, con efectos desde el día 1 de enero de 2022.

La citada Orden se ajusta a lo prevenido en el artículo 19.1 de la LGSS, y en el artículo 106 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022.

Dada la extensión de la Orden nos limitamos a recoger algunos aspectos más generales.

Los topes máximos y mínimos de las bases de cotización para el Régimen General en 2022 quedan fijados de la siguiente manera:

- El tope máximo asciende a 4.139,40 euros mensuales, un 1,7% más que en el año 2021.
- El tope mínimo asciende a 1.166,70 euros mensuales, con un incremento del 3,6% respecto a 2021.

En el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos la base máxima de cotización para 2022 también es de 4.139,40 euros mensuales, en tanto que la mínima, con carácter general, se sitúa en 960,6 euros, frente a los 944,4 euros mensuales de 2021.

Los tipos de cotización se han mantenido inalterados. Los correspondientes al Régimen General serán los siguientes:

- Para las contingencias comunes, el 28,30%, del que el 23,60% será a cargo de la empresa y el 4,70% a cargo del trabajador.
- Para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se aplicarán los tipos de la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, siendo las primas resultantes a cargo exclusivo de la empresa.
- La cotización adicional por las horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor se efectuará aplicando el tipo del 14%, del que el 12% será a cargo de la empresa y el 2% a cargo del trabajador.
- La cotización adicional por las horas extraordinarias que no tengan la consideración referida en el párrafo anterior se efectuará aplicando el tipo del 28,30%, del que el 23,60% será a cargo de la empresa y el 4,70% a cargo del trabajador.

El tipo de cotización a aplicar en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos es del 28,3% para contingencias comunes y del 1,3% para contingencias profesionales, del que el 0,66% corresponde a la contingencia de incapacidad temporal y el 0,64%, a las de incapacidad permanente, muerte y supervivencia.

RESOLUCIÓN DE 8 DE MARZO DE 2022, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE MODIFICA LA DE 3 DE AGOSTO DE 2021, POR LA QUE SE ESTABLECEN LOS TÉRMINOS PARA LA APLICACIÓN A LAS MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS COEFICIENTES PARA LA GESTIÓN DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA DE INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE CONTINGENCIAS COMUNES DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA DE LAS EMPRESAS ASOCIADAS.

RESOLUCIÓN DE 29 DE ABRIL DE 2022, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y PENSIONES, POR LA QUE SE ESTABLECE LA PLANIFICACIÓN GENERAL DE LAS ACTIVIDADES PREVENTIVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL A DESARROLLAR POR LAS MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL EN SUS PLANES DE ACTIVIDADES DEL AÑO 2022.

NUEVO SERVICIO PARA SOLICITAR EL CAMBIO DE BASE DE COTIZACIÓN EN CONVENIOS ESPECIALES A TRAVÉS DEL SISTEMA RED

Con el objetivo de ampliar y mejorar las funcionalidades del Sistema RED, la Tesorería General de la Seguridad Social puso recientemente a disposición de los usuarios un servicio denominado "Cambio de base de cotización de los convenios especiales", ubicado en una sección específica dentro del menú de Inscripción y Afiliación de la Oficina Virtual, bajo el epígrafe Convenios Especiales.

Mediante este servicio se permite a los usuarios del Sistema RED solicitar la modificación y/o el incremento de la base de cotización de convenios especiales o bien solicitar la renuncia al incremento que anteriormente se hubiera solicitado, conforme a lo establecido tanto en la Orden TAS/2865/2003, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, como, en su caso, en la Orden de 18 de julio de 1991:

- Para los suscriptores de convenios especiales regulados por la Orden TAS/2865/2003, este servicio estará operativo desde enero a septiembre de cada año de acuerdo con el plazo que prevé la citada Orden para solicitar el cambio de base de los convenios suscritos al amparo de la misma.
- Para los suscriptores de convenios especiales regulados por la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 18 de julio de 1991, este servicio estará operativo desde enero a marzo de cada año de acuerdo con el plazo que prevé dicha Orden para solicitar el cambio de base de los convenios suscritos al amparo de la misma.

Para acceder a este servicio, el Autorizado RED deberá tener asignado el NSS del suscriptor del convenio especial, respecto del que solicita el cambio de base de cotización.

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

Laborum

La transposición al ordenamiento español del artículo 1 de la directiva 2020/1057 (*lex specialis*) sobre desplazamientos en el sector del transporte internacional por carretera

The transposition into Spanish law of Article 1 of Directive 2020/1057 (*lex specialis*) on travel in the international road transport sector

MANUEL VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ *Inspector de Trabajo y Seguridad Social*
Jefe de la Unidad de Lucha contra el Fraude en el Trabajo Transnacional en el OEITSS

Cita sugerida: VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. "La transposición al ordenamiento español del artículo 1 de la directiva 2020/1057 (lex specialis) sobre desplazamientos en el sector del transporte internacional por carretera". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 31 (2022):* 243-263.

Resumen

En este artículo se resume y se comenta el contenido de la transposición del Artículo 1 de la Directiva 2020/1057 sobre desplazamientos en el sector de transporte por carretera (lex specialis) en el nuevo capítulo V de la Ley 45/1999 mediante el Real Decreto Ley 3/2022. Se hace una descripción de las operaciones de transporte internacional por carretera que se consideran desplazamiento de trabajadores y aquellas que quedan excluidas de esta consideración, se señalan las nuevas obligaciones de comunicación de estos desplazamientos y los sujetos responsables de las mismas y se detallan también otros contenidos de la norma que son de aplicación específica en este sector.

Palabras clave

desplazamiento; transporte por carretera; inclusiones y exclusiones; comunicaciones de desplazamiento; sujetos responsables

Abstract

This article summarises and comments on the content of the transposition of Article 1 of Directive 2020/1057 on journeys in the road transport sector (lex specialis) in the new Chapter V of Law 45/1999 by Royal Decree Law 3/2022. A description is given of the international road transport operations that are considered to be the posting of workers and those that are excluded from this consideration. The new reporting obligations for these postings, and the parties responsible for them are indicated, as well as other contents of the regulation that are specifically applicable to this sector.

Keywords

travel; road transport; inclusions and exclusions; travel communications; responsible parties

1. LAS RAZONES PARA ELABORAR UNA "LEX SPECIALIS" SOBRE EL DESPLAZAMIENTO EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE POR CARRETERA

1.1. La insuficiencia de las Directivas de desplazamiento para regular el transporte internacional por carretera

El Art. 1 de la Directiva 2020/1057 ha sido transpuesto al ordenamiento español mediante el Real Decreto Ley 3/2022 de 1 de marzo por el que se reforma, entre otras normas, la Ley 45/1999 sobre desplazamientos en una prestación de servicios transnacional.

Esta Directiva es la norma que regula de forma específica los desplazamientos de trabajadores en este sector. El legislador europeo no ha optado en este caso por hacer una reforma de la Directiva 96/71 sino por elaborar una Directiva específica (Lex Specialis) que afecta también a otras áreas de la regulación social del transporte por carretera como el tiempo de conducción y la jornada laboral. En cambio, en la transposición al ordenamiento español se ha optado por hacer una reforma de la Ley 45/1999 que regulaba los desplazamientos de trabajadores en una prestación

transnacional de servicios y que transponía la Directiva 96/71. Esto ha obligado a hacer algunas precisiones en el texto legal de la Ley 45/1999 que no figuran expresamente en la Directiva como se verá más adelante.

A pesar de la evidente singularidad en la movilidad laboral de las personas que prestan servicios en el transporte internacional por carretera, este sector no tenía hasta la aprobación de esta Directiva una regulación especial sobre los desplazamientos.

La Directiva 96/71 solo excluyó de su ámbito a la marina mercante (Art. 2) y la Directiva 2014/67, de desarrollo y aplicación de la anterior, incluso mencionó expresamente en sus disposiciones al transporte por carretera, concretamente en el Art. 9.1.b) al señalar las obligaciones documentales de las empresas que desplazan trabajadores. Decía este precepto que el lugar en el que debería obrar la documentación laboral "en el caso de los trabajadores móviles del sector del transporte" era en "la base de operaciones o el vehículo en el que se presta el servicio".

Había también otras normas específicas del ordenamiento europeo sobre el transporte como el Reglamento 1072/2009 por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera que en el apartado 17 de su preámbulo señalaba que "las disposiciones de la Directiva 96/71/CE (…), se aplican a las empresas de transporte que efectúan transportes de cabotaje".

De idéntico modo, el Reglamento 1073/2009 por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses, señalaba en el apartado 11 de su preámbulo que "las disposiciones de la Directiva 96/71/CE (…), se aplican a las empresas de transporte que efectúan actividades de cabotaje".

Las actividades de cabotaje están reguladas de modo específico en dichos reglamentos. En concreto, el Art. 8 del Reglamento 1072/09 señala que el cabotaje es una operación que puede ser realizada por todo transportista de mercancías por carretera por cuenta ajena que sea titular de una licencia comunitaria.

Según este artículo, la operación de cabotaje consiste en que:

> "una vez entregadas las mercancías transportadas en el curso de un transporte internacional entrante, los transportistas de mercancías por carretera (…) estarán autorizados a realizar, con el mismo vehículo o, si se trata de un vehículo articulado, el vehículo de tracción de dicho vehículo, hasta tres transportes de cabotaje consecutivos a un transporte internacional procedente de otro Estado miembro o de un tercer país y con destino al Estado miembro de acogida".

El Art. 8.2 de dicho reglamento fija unos plazos para hacer el cabotaje:

> "la última descarga en el curso de un transporte de cabotaje previa a la salida del Estado miembro de acogida deberá tener lugar **en el plazo de siete días** a partir de la última descarga en el Estado miembro de acogida en el curso del transporte internacional entrante".

En estas normas se recoge el consenso de los Estados sobre la consideración de las operaciones de cabotaje como desplazamiento, lo cual, de modo implícito, suponía la exclusión del resto de operaciones de transporte de tal consideración y esta manera de interpretar las normas fue durante algún tiempo relativamente pacífica.

1.2. El fraude en el transporte internacional por carretera y la necesidad de controlarlo

Sin embargo, la existencia de un fraude generalizado en cuanto a las condiciones de establecimiento y movilidad de las empresas del sector motivó que algunos Estados miembros tomasen medidas para intentar controlarlo que de hecho suponían una restricción indebida de varias

de las libertades básicas de los tratados europeos como la libre circulación de personas y de mercancías.

El apartado 4 del Preámbulo de la Directiva 2020/1057 señala que las causas que motivan la lex specialis son las "lagunas en las disposiciones vigentes" y "las deficiencias en el control de su cumplimiento, como es el caso del uso de empresas buzón".

Las empresas buzón son aquellas que tienen su sede administrativa en un Estado y desarrollan la práctica totalidad de sus actividades en otro u otros Estados causando una distorsión en la competencia del mercado ya sea por la distinta imposición tributaria de sus actividades, los salarios que tienen derecho a cobrar en este caso los conductores (causando también una lesión a sus derechos laborales) y el distinto sistema público de contribuciones a la seguridad social en cada Estado. El diferencial de costes entre una empresa buzón y otra que sigue las pautas legales puede ser considerable y afectar a más de un 50 por 100 de la facturación en algunos casos.

El apartado 4 del preámbulo de la Directiva apunta también a la existencia de:

> "discrepancias entre los Estados miembros en la interpretación, aplicación y ejecución de dichas disposiciones", lo que supone "una enorme carga administrativa para conductores y transportistas, crea inseguridad jurídica y es perjudicial para las condiciones sociales y laborales de los conductores y para las condiciones de competencia leal aplicables a los transportistas del sector".

Los problemas en la aplicación de la Directivas de Desplazamiento al Transporte por Carretera, que solamente se apuntan de modo genérico en el preámbulo de la Directiva, se referían a motivos más profundos.

En principio, se mantenía el consenso en cuanto a la consideración de las operaciones de cabotaje como desplazamientos, tal y como apuntaban los preámbulos de los Reglamentos 1071 y 1072 de 2009 pero también había evidentes problemas de control. El cabotaje tiene un límite temporal de 7 días (Art. 8.2 Reg. 1071/2009) y la Directiva 96/71 excluye la aplicación de la legislación sobre salarios y vacaciones a los desplazamientos con una duración inferior a 8 días (Art. 3.2. Directiva 96/71).

En el ordenamiento español se da además la circunstancia de que hay una exclusión general del deber de comunicar el desplazamiento para los casos que no excedan de ocho días (Art. 5.3. Ley 45/1999) y al ser las operaciones de cabotaje siempre inferiores a ese plazo, esto impedía en la práctica cualquier tipo de control administrativo sobre esas actividades.

Por este motivo, algunos Estados como Francia, Alemania, Bélgica e Italia establecieron la obligación, a veces de modo especial para el transporte por carretera, de realizar la comunicación de desplazamiento de manera electrónica desde el primer día de modo separado para las administraciones de cada uno de esos países.

Presumiblemente España iba a emprender el mismo camino según se pudo ver en las enmiendas planteadas a la Ley 45/1999 por la conversión en proyecto de ley del RDL 7/2017 que transponía la Directiva 2014/67, pero debido a los trastornos sufridos por la inestabilidad de los períodos legislativos el proyecto de ley se quedó estancado en la tramitación parlamentaria[1].

Además de esta obligación de comunicación electrónica de los desplazamientos, que afectaba solo a determinados países y que debía realizarse en algunos casos ante supuestos de simple tránsito por su territorio, había que sumar también los distintos procedimientos de examen y

[1] El texto de las enmiendas se puede consultar en https://www.congreso.es/en/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XII&_publicaciones_id_texto=(BOCG-12-A-7-2.CODI.)

control de la documentación en carretera, diferentes en cada país, incluyendo en ocasiones una obligación de registro de cada vehículo ante las autoridades del país de tránsito.

Tampoco había claridad del régimen aplicable a las distintas operaciones de transporte puesto que había quien consideraba que cualquier tipo de operación de carga o descarga ya suponía una prestación de servicios e incluso también hubo Estados que consideraron que cualquier medio de transporte que circulase por su territorio debía de aplicar las condiciones de trabajo previstas en su legislación laboral de acuerdo con lo previsto en la Directiva 96/71, especialmente en cuanto respecta al salario mínimo[2].

Estos problemas fueron los que motivaron la intervención de la Comisión Europea y el acercamiento y posterior acuerdo de los Estados para realizar una regulación específica sobre los desplazamientos en el sector del transporte por carretera.

Este consenso tuvo su reflejo en la Directiva 957/2018 (que reformó la Directiva 96/71) en cuyo preámbulo (apartado 15) se decía lo siguiente:

> "debido a la elevada movilidad del trabajo en el transporte internacional por carretera, la aplicación de la presente Directiva en ese sector plantea problemas y dificultades jurídicas particulares, que se deben abordar, en el marco del paquete sobre movilidad, mediante normas específicas para el transporte por carretera que también refuercen la lucha contra el fraude y los abusos".

El Art. 3.3 de la Directiva 957/2018 estableció a este respecto lo siguiente:

> "la presente Directiva se aplicará al sector del transporte por carretera a partir de la fecha de aplicación de un acto legislativo que modifique la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y que establezca normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de conductores en el sector del transporte por carretera".

1.3. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Antes de la aprobación formal de la Directiva, el TJUE dictó la sentencia de 19.12.2019 C-16/18 Asunto Dobersberger en el que se trataba de trabajadores al servicio de una empresa húngara en trenes internacionales que realizaban una parte importante de su trabajo en Hungría con excepción de la actividad de servicio a bordo efectuada en el desplazamiento del tren pero que comienzan o terminan su servicio en este Estado miembro y que a juicio del Tribunal no mantienen con el territorio del o de los Estados miembros por los que circulan esos trenes un vínculo suficiente para ser considerados «desplazados», en el sentido de la Directiva 96/71 (apartados 31 y 33).

El Tribunal Europeo señaló en el fallo de la sentencia que "el artículo 1, apartado 3, letra a), de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no comprende la prestación, (…), en trenes internacionales que circulan por el segundo Estado miembro, cuando estos trabajadores realizan una parte importante del trabajo inherente a tales servicios en el territorio del primer Estado miembro, donde comienzan o terminan su servicio".

Poco después de la aprobación de la Directiva, el Tribunal de Justicia Europeo dictó otra sentencia de interés, la de 01.12.2020 C-815/18 Asunto FNV en la que se decía que no puede considerarse «desplazado», a efectos de la Directiva 96/71:

[2] Véase como ejemplo de lo sucedido en Alemania esta noticia https://www.nexotrans.com/noticia/74335/nexotrans/alemania-suspende-la-aplicacion-de-su-salario-minimo-a-los-transportes-en-transito-por-territorio-germano.html

— A un trabajador que ejerce prestaciones de carácter muy limitado en el territorio del Estado miembro al que es enviado, siguiendo la doctrina del vínculo la sentencia del asunto Dobersberger.

— Lo mismo ocurre con el conductor que, en el transporte de mercancías por carretera, se limita a transitar por el territorio de un Estado miembro.

— Otro tanto sucederá con el conductor que únicamente efectúa un transporte transfronterizo desde el Estado miembro de establecimiento de la empresa de transportes hasta el territorio de otro Estado miembro o viceversa (Transporte Bilateral).

Las dos últimas consideraciones van en consonancia con lo que actualmente señala la Directiva 2020/1057 y luego se explicará con más detalle. Sin embargo, la doctrina del vínculo es la que puede presentar potencialmente en casos futuros algún grado de divergencia con una aplicación literal de la regulación establecida en la Directiva.

Señala al respecto esta sentencia, que un trabajador se debe considerar desplazado al territorio de un Estado miembro con arreglo a las citadas disposiciones cuando la ejecución de su trabajo presenta, durante el período limitado en cuestión, un vínculo suficiente con ese territorio y señala al respecto:

> "la existencia de un vínculo de este tipo se determina en el marco de una apreciación global de elementos tales como la naturaleza de las actividades realizadas en el territorio en cuestión por el trabajador de que se trate y la intensidad del vínculo de las actividades de ese trabajador con el territorio de cada uno de los Estados miembros en los que opera, así como la parte que las mencionadas actividades en esos territorios representan en el servicio de transporte total".

La Directiva 2020/1057 ha recogido en su preámbulo la doctrina del vínculo y ha asociado su existencia al desarrollo específico de cada tipo de tipo de actividad de transporte estableciendo un régimen propio y diferenciado para el transporte bilateral, el transporte no bilateral, el transporte bilateral con operaciones añadidas de transporte no bilateral y el transporte en tránsito.

Además, la Directiva ha supuesto una aplicación específica de las normas de legislación aplicable a los supuestos de desplazamiento que no presenta exenciones temporales para los desplazamientos de corta duración en cuanto a las cuantías de los salarios y las vacaciones de los conductores y en el que las normas laborales del país de acogida se aplican desde el primer momento.

Por otro lado, se simplifican y facilitan los trámites y controles administrativos a través de una aplicación común de la Comisión Europea (Interfaz de IMI) a través de la cual se realiza la comunicación de los desplazamientos a las autoridades de los Estados y la solicitud de la documentación de las autoridades a las empresas de transporte.

2. EL ÁMBITO DE LA DIRECTIVA 2020/1057

Las normas especiales de la Directiva 2020/1057 que se transponen en el capítulo V de la Ley 45/1999 solo afectan al supuesto de contratación de servicios de empresas en el sector del transporte por carretera, que desplacen trabajadores por cuenta ajena en el ámbito de los estados de la Unión Europea y del Acuerdo del Espacio Económico Europeo.

Por un lado, la Directiva solo afecta al ámbito de las relaciones laborales, es decir, a las personas que trabajan por cuenta ajena y no a las que trabajan por cuenta propia.

Este es el ámbito típico de las normas que regulan el desplazamiento en la Directiva 96/71 y la lex specialis de la Directiva 2020/1057 se enmarca en este contexto jurídico que es distinto al de

las normas que regulan el transporte terrestre en la Unión Europea, como los citados Reglamentos 1071/09 y 1072/09 así como los que regulan los tiempos de conducción (Reglamento 561/06) que normalmente abarcan ambos tipos de actividad.

De modo general, el contenido del Art. 1 de la Directiva 2020/1057 y el del capítulo V de la Ley 45/1999 forman parte de la legislación laboral sin perjuicio de que se apliquen ciertas categorías y ciertos principios que son propios de la legislación del transporte por , como se verá más adelante en el examen de las personas o sujetos responsables solidarios de la obligación de comunicar el desplazamiento previstos en el Art. 5 de la mencionada Directiva y el Art. 22.4 de la Ley 45/1999.

En cualquier caso, el ámbito de la normativa especial no cubre a cualquier persona trabajadora por cuenta ajena sino solamente al conductor de vehículos de transporte por carretera. El resto de las personas que puedan acompañar al conductor para realizar otras funciones no están cubiertas por la lex specialis sino por las normas generales de desplazamiento de la Directiva 96/71 y en nuestro por los capítulos I a IV de la Ley 45/1999.

Por otro lado, esta regulación especial solo comprende a uno de los supuestos previstos en la Directiva 96/71, que es el de la contratación de servicios a la que se refiere el artículo 2.1.1º. a) de la Ley. No abarca, por tanto, los otros dos supuestos del Art. 2.1.1º. b) y c) que se refieren a los desplazamientos dentro del grupo de empresas y a los desplazamientos de ETT en los que se aplican las normas ordinarias de la Ley 45/1999 (Capítulos I a IV).

3. LAS MODALIDADES DE TRANSPORTE Y SU TRATAMIENTO COMO DESPLAZAMIENTO EN LA DIRECTIVA Y LA LEY DE TRANSPOSICIÓN

La Directiva 2020/1057 y el capítulo V de la Ley 45/1999 establecen qué movimientos del transporte entre Estados pueden considerarse un desplazamiento en los términos previstos por la Directiva 96/71 y cuáles no.

Se sigue para ello la jurisprudencia del TJUE que hace depender esta calificación de la existencia de un "vínculo suficiente" entre el servicio prestado y el territorio de un Estado miembro de acogida.

Teniendo en cuenta este criterio, el nuevo capítulo V de la Ley 45/1999, que comprende los artículos 18 a 25 de dicha norma legal, distingue los diversos tipos de operaciones de transporte, que a continuación se describen, a efectos de conocer su clasificación como actividades que suponen un desplazamiento en los términos de la Directiva 96/71 y aquellas que no tienen esa calificación en los términos que a continuación se describen.

3.1. El transporte bilateral (Art. 19 y 20 Ley 45/1999)

El transporte bilateral es el que se efectúa con recorrido de ida y vuelta entre el Estado miembro en cuyo territorio esté establecida la empresa y el territorio de otro Estado miembro o de un tercer país.

En este caso, se considera que el servicio solo está estrechamente vinculado al Estado miembro de establecimiento y por lo tanto se considera que no hay desplazamiento.

Sin embargo, con el fin de optimizar el viaje, el transportista puede efectuar durante el trayecto del transporte bilateral o al finalizar éste, otras operaciones adicionales para evitar ir o volver con media carga o de vacío.

Estas operaciones adicionales paralelas pueden ser de cabotaje, que son las que se hacen de forma interna dentro de un Estado, u otras operaciones de transporte entre diversos Estados que a continuación se van a examinar.

3.2. Operaciones de cabotaje adicionales al transporte bilateral (Art. 21.1 Ley 45/1999)

Cuando el transportista realiza durante el trayecto de transporte bilateral o al finalizar éste algunas operaciones de transporte adicionales de carga y descarga de las mismas mercancías o pasajeros dentro de un Estado distinto al de establecimiento, se considera que estamos ante un supuesto de transporte de interior o de cabotaje tal como se define en los Reglamentos 1072/2009 (Art. 8, 9 y 10) y 1073/2009 (Art. 14 a 17). Así lo prevé el Art. 21.1 de la Ley 45/1999. En España hay una norma que regula específicamente las acciones de cabotaje en el sector del transporte, se trata de la Orden FOM/2181/2008.

En estos casos se considera que el servicio de transporte está vinculado al territorio del Estado miembro en el que se hace tanto la carga como la descarga y se considera, por tanto, que hay desplazamiento.

3.3. Operaciones adicionales al transporte bilateral (Art. 19, 20 y 21.3 Ley 45/1999)

También es posible que un conductor efectúe otras operaciones adicionales de transporte bilateral durante el viaje de ida y vuelta.

Es decir, que realice durante el trayecto operaciones adicionales de carga y descarga de mercancías o pasajeros siempre que estas tengan lugar entre distintos Estados Miembros y no sean operaciones de tráfico interno dentro de un Estado o cabotaje.

Considera el preámbulo de la Directiva (apartado 10) que "constituiría una restricción desproporcionada a la libertad de prestación de servicios de transporte por carretera transfronterizos si se aplicaran a dichas operaciones adicionales las normas sobre el desplazamiento y, por consiguiente, las condiciones de trabajo y empleo garantizadas en el Estado miembro de acogida", ya que dichas operaciones tienen por objeto optimizar la gestión del transporte y facilitar, en lo posible, que los vehículos no se desplacen en vacío.

Por lo tanto, dichas operaciones adicionales se pueden llevar a cabo aplicando la legislación laboral del estado de establecimiento, pero la Directiva establece ciertos límites en el número de las operaciones adicionales para seguir estando excluidas de su consideración de desplazamiento.

En concreto, los apartados 3 y 4 del Art. 1 de la Directiva y los Art. 19 y 20 de la Ley 45/1999 señalan que puede hacerse un servicio adicional en el viaje de ida y hasta dos servicios adicionales en el viaje de vuelta en el caso de que no se haya hecho ninguno en el viaje de ida para el transporte de mercancías y un servicio adicional en el viaje de ida y hasta otro más en el viaje de vuelta en el transporte de viajeros. De esta forma, se trata de facilitar al conductor que no tenga que volver de vacío o con media carga hasta el país de establecimiento.

Sin embargo, estas limitaciones dan lugar a que los servicios adicionales durante la operación de transporte bilateral que excedan de los previstos por la Directiva y la ley que la transpone sí se consideren como un desplazamiento, como así lo establece expresamente el Art. 21.3 de la Ley 45/1999.

3.4. El transporte internacional en tránsito (Art. 19.3 y 20.3 Ley 45/1999)

Hay otro supuesto específico que se prevé en la Directiva y en el capítulo V de la Ley 45/1999 (Arts. 19.3 y 20.3) para excluirlo de la consideración de desplazamiento. Se trata del transporte internacional en tránsito, el cual sucede cuando el medio de transporte solamente atraviesa el territorio de un Estado miembro sin cargar o descargar mercancías o sin recoger o dejar pasajeros.

Se considera en el preámbulo de la Directiva (apartado 11) que en este caso no hay un vínculo significativo entre las actividades del conductor y el Estado miembro por el que transita y,

por lo tanto, no se consideran desplazamiento sin que incidan en esta calificación las paradas que se realicen durante el viaje, por ejemplo, por motivos de higiene.

3.5. El transporte internacional no bilateral (Art. 21.2 Ley 45/1999)

Se consideran en todo caso desplazamiento las operaciones de transporte internacional no bilateral que se lleven a cabo al margen de las operaciones de transporte bilateral.

Estas operaciones se caracterizan por el hecho de que el transporte se lleva a cabo entre dos Estados Miembros y en ninguno de ellos se encuentra establecida la empresa de transporte.

Los transportes no bilaterales se encuentran sujetos a las normas del capítulo V de la Ley de acuerdo con lo previsto en el Art. 21.2 de la Ley 45/1999 y el considerando (13) del preámbulo de la Directiva que señala al respecto:

> "Las operaciones de transporte internacional no bilateral se caracterizan por el hecho de que el conductor efectúa un transporte internacional fuera del Estado miembro de establecimiento de la empresa que realiza el desplazamiento. De este modo, los servicios realizados están más vinculados con los Estados miembros de acogida de que se trate que con el Estado miembro de establecimiento. En estos casos, solo se requieren normas sectoriales específicas por lo que respecta a los requisitos administrativos y las medidas de control".

Por lo tanto, estas operaciones están sujetas igualmente a la obligación de comunicación del desplazamiento prevista en el Art. 22.1 de la Ley 45/1999, las obligaciones de control documental de los Art. 23 y 24, así como la aplicación de la legislación española prevista en el Art. 3 de la Ley 45/1999 en los términos previstos por el Art. 18.1 de esta Ley.

4. LAS COMUNICACIONES DE DESPLAZAMIENTO DE LOS CONDUCTORES DE TRANSPORTE POR CARRETERA

Como ya se ha anticipado, la regulación de la lex specialis supone la aplicación de un régimen especial para las comunicaciones de desplazamiento distinto al previsto con carácter general para los desplazamientos en el Art. 9.1 de la Directiva 2014/67 y el Art. 5 de la Ley 45/1999.

La regulación de estas comunicaciones se encuentra en el Artículo 22 de la Ley 45/1999 (que es transposición del Art. 1.11.a) de la Directiva 2020/1057) y en el Reglamento de ejecución (UE) 2021/2179 de la Comisión Europea de 9 de diciembre de 2021 relativo a las funcionalidades de la interfaz pública conectada al Sistema de Información del Mercado Interior para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera del modo que se examina a continuación.

4.1. El Régimen de las Comunicaciones en la Interfaz IMI

El Sistema IMI (Internal Market Information System) es un sistema para la intercomunicación entre autoridades de los Estados Miembros de información sobre ciertos aspectos del funcionamiento del Mercado Único como es el desplazamiento de trabajadores. A raíz de la Directiva 2020/1057, se ha creado el Interfaz de IMI que en cambio sirve para el intercambio de comunicaciones entre las empresas que desplazan trabajadores del transporte internacional por carretera y las autoridades competentes de los Estados para el control y vigilancia de dichos desplazamientos.

De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 2 del Reglamento de Ejecución de la Comisión, la Interfaz pública multilingüe conectada al IMI ofrecerá, en particular, las siguientes funcionalidades técnicas a los transportistas:

1) El Registro en la aplicación de la empresa en la aplicación

El transportista (o empresa de transportes) tiene la posibilidad de crear una cuenta para acceder de forma segura al área reservada al transportista y de este modo, la propia aplicación permite el registro de la empresa de transportes sin necesidad de utilizar certificados digitales expedidos por las autoridades como suele suceder en los trámites ante las administraciones públicas españolas.

Se garantiza el registro adecuado de la actividad del usuario, y de este modo las anotaciones y comunicaciones que se hagan quedarán guardadas en la aplicación y serán accesibles para la empresa que la utilice.

En la cuenta se van a registrar los datos del transportista, los usuarios autorizados, el gestor de transporte y los conductores desplazados.

2) La gestión de las declaraciones de desplazamiento

En la aplicación se registra la información de las comunicaciones con el contenido que se detalla en el siguiente apartado. Estas comunicaciones solo se refieren a la empresa, al conductor, al período, al vehículo y al tipo de transporte y las mismas tienen una vigencia mínima de un día y máxima de seis meses.

La información proporcionada en la declaración de desplazamiento puede modificarse en cualquier momento con el fin de mantenerla actualizada. Se puede descargar una copia de una declaración de desplazamiento en formato electrónico y en un formato que permita su impresión y así mismo también se puede renovar o retirar en cualquier momento.

La comunicación se dirige a través de la aplicación de Interfaz de IMI de forma genérica a las autoridades del Estado por el que una empresa de transporte estima que probablemente va a hacer operaciones de transporte que puedan tener la calificación de desplazamiento durante un período mínimo de un día y máximo de seis meses.

Es decir, estas comunicaciones no se corresponden necesariamente con desplazamientos concretos y reales del medio de transporte sino con desplazamientos que es probable que puedan producirse durante un período de tiempo no inferior a un día ni superior a seis meses por los vehículos de una empresa de transporte a un determinado Estado Miembro.

De este modo, las anotaciones de la empresa en la aplicación actúan más a modo de registro de la empresa, el vehículo y el conductor en el interfaz de IMI para el supuesto hipotético y eventual de que realice un desplazamiento a un país determinado que como una genuina comunicación de desplazamiento detallando el servicio concreto que se va a prestar.

4.2. El contenido de las comunicaciones

El Art. 22.1 de la Ley 45/1999 (Art. 1.11.a) de la Directiva 2020/1057) establece que dicha comunicación se hará por las empresas de transporte utilizando el formulario multilingüe estándar de la interfaz pública conectada al Sistema de Información del Mercado Interior (IMI) que se ha descrito en el apartado anterior.

El contenido de la comunicación se prevé en el Art. 22.1 Ley 45/1999 y Art. 1.11.a) Directiva y presenta las siguientes particularidades:

a) Datos de la empresa de transporte

- La identidad de la empresa transportista, como mínimo en forma de número de licencia comunitaria, cuando se disponga de este número
- Los datos de contacto de un **gestor de transporte** o de otra persona de contacto que se halle en el Estado miembro de establecimiento para el enlace

con las autoridades laborales competentes y para el envío y la recepción de documentos o notificaciones,

El gestor de transporte, conforme al Art. 47 de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre (LOTT) es una persona física que cumple las siguientes condiciones:

- Dirigir efectiva y permanentemente las actividades de transporte de la empresa, conforme a lo que reglamentariamente se determine.
- Tener un vínculo real con la empresa, conforme a lo que reglamentariamente se determine.
- Estar en posesión del certificado expedido por la Administración que acredite su competencia profesional para el transporte por carretera de viajeros o mercancías, según corresponda, de conformidad con lo que reglamentariamente se establezca.
- Cumplir ella misma, a título personal, el requisito de honorabilidad en los términos señalados en el Art. 45 LOTT.

b) Datos del conductor

- La identidad, el domicilio y el número de permiso de conducción del conductor
- La fecha de inicio del contrato de trabajo del conductor y la legislación aplicable a dicho contrato

c) Período para realizar posibles desplazamientos

Las fechas previstas del inicio y de la finalización del desplazamiento. A este respecto se hace una comunicación con una vigencia mínima de un día y máxima de seis meses como señala el Art. 2.1.4) b) del citado Reglamento de ejecución de la Comisión Europea

d) Datos de los vehículos

Las matrículas de los vehículos a motor

e) Datos del tipo de transporte prestado

Solamente se exige indicar si se trata de transporte de mercancías, transporte de viajeros, transporte internacional o transportes de cabotaje.

A diferencia del resto de las comunicaciones de desplazamiento, hay ciertos datos que no figuran en esas declaraciones como el nombre del cargador, intermediario o contratista de la empresa desplazada para la que se presta el servicio, la ruta que se va a realizar y las fechas exactas de la realización del servicio.

De este modo, la comunicación opera de hecho como un registro de la empresa en el interfaz IMI. La verificación de la realidad del desplazamiento solo se podrá

constatar por el control en carretera de las autoridades competentes o por otros medios (documentación del cargador, declaraciones a Hacienda, etc.)

A efectos de control, la empresa transportista mantendrá actualizadas en la interfaz pública conectada al IMI las comunicaciones de desplazamiento (Art. 22.2 Ley 45/1999, Art. 1.12 Directiva y Art. 2. 4) c) del Reglamento de Ejecución de la Comisión)

La información de las comunicaciones de desplazamiento se guardará en el repositorio del IMI a efectos de verificación durante un periodo de veinticuatro meses (Art. 22.3 Ley 45/1999 y Art. 1.13 Directiva).

4.3. La responsabilidad solidaria en el cumplimiento de la obligación de comunicar el desplazamiento

De conformidad con el Art. 5.1 de la Directiva, el Art. 22.4 de la Ley 45/1999 ha establecido que "los cargadores que, en el marco de una actividad empresarial, contraten la realización de transportes de forma habitual, los transportistas, los operadores de transporte y los intermediarios del transporte de viajeros, deberán comprobar el cumplimiento por el transportista efectivo, con el que contraten, de la obligación prevista en el apartado 1" de realizar la comunicación de desplazamiento'.

Por este precepto se establece una obligación legal de vigilancia y control por parte de los contratistas del servicio similar a la que se produce en el Art. 42 ET y el Art. 24.3 LPRL respecto a las obligaciones salariales y se seguridad social y de prevención de riesgos laborales respectivamente.

El fundamento de estas obligaciones es garantizar el cumplimiento de una obligación legal por la empresa subcontratada, pero esta obligación presenta en este caso algunas peculiaridades.

En primer lugar, se trata de una obligación de vigilancia y control del cumplimiento de la obligación de comunicar el desplazamiento que solo afecta al sector del transporte por carretera y no al resto de los sectores.

Esta responsabilidad especial de estos sujetos expresamente se contempla en el Art. 5 de la Directiva 2020/1057 y el fundamento de este deber de control se encuentra en la dificultad de controlar a empresas de transporte que tienen su sede social en otro Estado de la Unión Europea y cuya presencia en el territorio del país de acogida es extremadamente breve y transitoria. En cualquier caso, es posible que esta misma situación pueda plantearse igualmente respecto a otros sectores y que en el futuro se pudiera llegar a adoptar una medida de control similar en la legislación respecto a ellos.

En segundo lugar, esta responsabilidad "in vigilando" no afecta a toda la cadena de subcontratación, como sucede en los otros supuestos legales anteriormente descritos, sino solamente al contratista directo de la empresa de transporte. Ello es así porque en el sector del transporte no es posible que una empresa de la cadena de subcontratación pueda mantener el control sobre todos los eslabones que conforman esa cadena a diferencia de lo que sucede en un centro de trabajo en el que prestan servicios de forma sucesiva o simultánea todas las empresas de la misma cadena.

En lo que se refiere a los sujetos obligados a controlar y vigilar el cumplimiento de la obligación de comunicar el desplazamiento hay que realizar las siguientes precisiones:

a) Los cargadores

El cargador se contempla en el Art. 5 de la Directiva 2020/1057. El Art. 2 de la Ley 15/2009 Contrato de Transporte de Mercancías describe su función del siguiente modo: "El contrato de transporte de mercancías es aquél por el que el porteador se obliga frente al cargador, a cambio de un precio, a trasladar mercancías de un lugar a otro y ponerlas a disposición de la persona designada en el contrato".

El cargador puede ser cualquier persona, incluso particular, que contrate el traslado de una mercancía y por este motivo la ley matiza que solo se trata de cargadores que realicen esta función "en el marco de una actividad empresarial" y en la que "contraten la realización de transportes de forma habitual".

Por lo tanto, la responsabilidad "in vigilando" se constriñe al supuesto de empresas que ocupen la función de cargador y que además realicen dicha función de manera habitual, un concepto indeterminado que habría en cada caso que justificar, de forma tal que por esta circunstancia se las presuma conocedoras de las obligaciones legales que tiene una empresa internacional de transporte por carretera.

b) Los transportistas

Se trata, en este supuesto, de las empresas de transporte que puedan contratar a la empresa que realiza operaciones que se consideran un desplazamiento, en cuyo caso nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad "in vigilando" por subcontratación de la propia actividad similar a los ya contemplados en el Art. 42 ET y el Art. 24.3 LPRL.

c) Los operadores de transporte y los intermediarios del transporte de viajeros

Los operadores de transporte se contemplan en el Art. 119 LOTT y su papel es el de intermediarios en las operaciones de transporte de mercancías. Con frecuencia estos sujetos desempeñan el papel de contratistas directos de las operaciones de transporte internacional.

En consonancia con lo dispuesto, el nuevo Art. 42.4 LISOS, los sujetos a que se refiere el artículo 22.4 de la Ley 45/1999 responderán solidariamente con la empresa transportista de las infracciones previstas en el artículo 10 en lo que se refiere a la obligación de comunicar el desplazamiento en la forma prevista por el artículo 22.1 de dicha Ley. Estas infracciones son las previstas en los siguientes apartados del Art. 10 LISOS:

— En el Art. 10.1.a) LISOS como infracción leve: "Los defectos formales de la comunicación de desplazamiento de trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, en los términos legalmente establecidos".

— En el Art. 10.2.a) LISOS como infracción grave: "La presentación de la comunicación de desplazamiento con posterioridad a su inicio",

— En el Art. 10.3.a) LISOS como infracción muy grave: "La ausencia de comunicación de desplazamiento, así como la falsedad o la ocultación de los datos contenidos en la misma".

5. LAS OBLIGACIONES DOCUMENTALES DE LOS TRANSPORTISTAS Y SU CONTROL POR LAS AUTORIDADES

5.1. Control de documentación en carretera

Conforme al Art. 23.1 Ley 45/1999, la empresa transportista deberá garantizar que el conductor tenga a su disposición, en papel o en formato electrónico, debiendo conservar y facilitar, cuando se le solicite en un control en carretera:

a) Una copia de la comunicación de desplazamiento presentada a través del IMI.

b) Una prueba de las operaciones de transporte que se efectúen en el Estado miembro de acogida, como la carta de porte electrónica (e-CMR) o las pruebas a que se refiere el artículo 8, apartado 3, del Reglamento (CE) 1072/2009.

c) Los datos registrados por el tacógrafo y, en particular, los símbolos de país de los Estados miembros en que el conductor estuvo presente al realizar operaciones de transporte internacional por carretera o transportes de cabotaje, de conformidad con los requisitos de registro y archivo de datos establecidos en los Reglamentos (CE) 561/2006 y (UE) 165/2014.

El Art. 24 Ley 45/1999, que transpone el Art. 1.11.in fine de la Directiva 2020/1057, además establece que "a efectos de control, en los supuestos enumerados en los artículos 19 y 20 únicamente se podrá requerir a los conductores que conserven y faciliten, cuando así se les solicite en el control en carretera":

— La prueba en papel o en formato electrónico de los transportes internacionales pertinentes.

— La carta de porte electrónica (e-CMR).

— Las pruebas a que se refiere el artículo 8, apartado 3, del Reglamento (CE) 1072/2009 sobre los datos de las operaciones de cabotaje.

— Los datos registrados por el tacógrafo a que se refiere la letra c) del artículo 23 de la ley 45/1999.

5.2. El requerimiento de documentación por las autoridades laborales y de transporte

De acuerdo con lo que señala el Art. 23.2 Ley 45/1999 (Art. 1.11.c) Directiva 2020/1057) y Art. 2.1.5) y 7) Reglamento de Ejecución de la Comisión Eoropea, después del periodo de desplazamiento, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) o la Inspección de Transporte Terrestre (ITT), en el marco de sus respectivas competencias, podrán requerir a la empresa transportista para que envíe a través de la interfaz IMI estos documentos relativos a un período máximo de 12 meses anteriores (Art. 3 del Reglamento de Ejecución):

— Copia de las llamadas cartas de porte electrónicas e-CMR, en la que se detallan las operaciones de transporte por carretera internacional que se han llevado a cabo, y los tacógrafos (Art. 23.1.b) y c) Ley 45/1999)

— Documentación relativa a la remuneración del conductor correspondiente al período de desplazamiento

— El contrato de trabajo o un documento equivalente

— Las fichas con los horarios del conductor

— La prueba de los pagos

5.3. El envío de la documentación a las Autoridades Laborales y de Transporte

El Art. 23.2 Ley 45/1999 (Art. 1.11.c) Directiva) y el Art. 2.2. del Reglamento de Ejecución de la Comisión Europea señalan que "la empresa transportista enviará la documentación a través de la interfaz pública conectada al IMI en un plazo de ocho semanas a partir de la fecha de la solicitud" a la ITSS y la ITT.

La ITSS o la ITT deberán hacer la clausura de la solicitud una vez recibida la documentación (Reglamento de Ejecución Art. 2.1.8)

Si la empresa transportista no presenta la documentación solicitada en dicho plazo, la ITSS o la ITT podrán solicitar, a través del IMI, la asistencia de las autoridades competentes del Estado miembro de establecimiento y la Interfaz IMI señalará al Transportista esta solicitud, la documentación facilitada y el cierre de la solicitud y resultado final (Art. 3. apartados 3, 4 y 5 del Reglamento de Ejecución).

Recíprocamente, la ITSS española y la ITT, en el caso de empresas transportistas establecidas en España cuyos conductores se hayan desplazado, garantizarán que se proporcionen a las autoridades competentes de los Estados miembros en los que haya tenido lugar el desplazamiento la documentación solicitada a través del IMI, en un plazo de veinticinco días hábiles a partir de la fecha de la solicitud de asistencia mutua.

6. NORMAS ESPECIALES SOBRE SALARIOS Y VACACIONES

A los conductores de transporte que se consideran trabajadores desplazados conforme al capítulo V de la Ley 45/1999 se les aplica la legislación española en las materias previstas en el Art. 3 de la Ley con la única salvedad de que se exceptúa de lo anterior lo dispuesto en el artículo 3.3 sobre el período de exención de ocho días en la aplicación de las normas sobre salarios y vacaciones anuales retribuidas.

De esta manera, las condiciones de trabajo establecidas en la legislación laboral española relativas a las vacaciones anuales retribuidas y a la cuantía del salario serán de aplicación en los conductores desplazados del transporte por carretera desde el primer momento y cualquiera que sea la duración del desplazamiento (Art. 18.1 párrafo final Ley 45/1999).

Esta particularidad no figura expresamente en la Directiva 2020/1057 puesto que la misma se desprende de su carácter de lex specialis respecto a la Directiva 96/71 al no establecer las exenciones temporales que esta norma dispuso al efecto. En cambio, la transposición al ordenamiento español se ha hecho modificando la ley 45/1999 de recepción de la Directiva 96/71 y por eso se ha hecho necesario establecer de modo preciso esta excepcionalidad.

Esto va a significar que la cuantía de los salarios que deben percibir los conductores desplazados se ha de ajustar desde el primer día y la primera hora de trabajo a lo dispuesto en la legislación española sobre salario mínimo y lo establecido en el convenio colectivo del sector de transporte por carretera que sea de aplicación.

En la actualidad no existe un convenio colectivo estatal del sector y solamente hay convenios de ámbito provincial que por lo general suelen fijar su ámbito de aplicación en función de la existencia de una sede o centro de trabajo de la empresa en la provincia o en la prestación habitual de servicios en la misma. No se recoge en los mismos el supuesto de empresas de transporte establecidas en otros Estados que realizan operaciones de transporte que se consideran desplazamiento como el cabotaje o los transportes no bilaterales.

A falta de una previsión legal en la Ley 45/1999 solo la negociación colectiva, preferentemente la que se pueda establecer a nivel estatal dado el carácter intrínsecamente interterritorial del transporte internacional, puede cubrir este vacío normativo y determinar el convenio colectivo provincial aplicable. En cualquier caso, siempre resultaría exigible la legislación

sobre el salario mínimo interprofesional a las empresas que realicen operaciones de desplazamiento en España.

7. NORMAS ESPECIALES PARA EL CÓMPUTO DE LA DURACIÓN DE LOS DESPLAZAMIENTOS

El Art. 25 de la Ley 45/1999 (que transpone el Art. 1.8 de la Directiva 2020/1057) establece que a efectos de determinar la duración del desplazamiento conforme al artículo 3.8 de la Ley, en el que se establece un límite de doce meses prorrogable por otros seis al desplazamiento, "se considerará que un desplazamiento finaliza cuando el conductor deja el Estado miembro de acogida como parte de su actividad de transporte internacional de mercancías o de pasajeros".

Señala a continuación que "dicho período de desplazamiento no se acumulará a períodos de desplazamiento previos en el contexto de tales operaciones internacionales realizadas por el mismo conductor o por otro conductor al que haya sustituido".

A primera vista, del tenor literal de la Directiva 2020/1057 se puede desprender que el desplazamiento de larga duración es algo que nunca va a producirse en el transporte internacional por carretera. Por un lado, el cabotaje tiene una duración máxima de siete días y el resto de las actividades de transporte que se describen en el Art. 21 como las operaciones de transporte adicionales al transporte bilateral que sobrepasen los indicadores previstos o las operaciones de transporte internacional no bilateral están destinadas a tener una duración muy corta dentro del territorio de un estado que puede oscilar entre unos minutos y como máximo dos o tres días.

La cuestión que puede dar lugar a cierta confusión y por la que se ha elaborado este apartado en la Directiva es que podría interpretarse que en los casos en que el mismo tipo de desplazamiento se reitere a lo largo del tiempo por la misma empresa y el mismo conductor los períodos de desplazamiento se podrían ir acumulando y de este modo podrían llegar a superar los mencionados límites del Art. 3.8 de la Ley 45/1999.

Por poner un ejemplo práctico, si una empresa de transporte de viajeros italiana hiciera todos los días la ruta de autobús de Madrid a París, usando de este modo una modalidad de transporte no bilateral porque la empresa se encuentra establecida en un país tercero con respecto a aquellos en los que se hace la carga y descarga de pasajeros, se debería interpretar que la empresa está haciendo un desplazamiento diario con el conductor por España y por Francia y que cada vez que sale en su ruta de estos Estados finaliza el desplazamiento sin que se puedan acumular los desplazamientos diarios que hace por ambos países a efectos del cómputo del período máximo de desplazamiento.

8. REGULACIÓN DE LOS SUPUESTOS EXCLUIDOS DE LA LEX SPECIALIS

De acuerdo con el Art. 1.2 de la Directiva 2020/1057 y el Art. 18.1. de la Ley 45/1999 quedan excluidos de la lex specialis los supuestos de desplazamiento dentro del grupo de empresas y los que se hagan a través de una empresa de trabajo temporal.

El fundamento de esta exclusión no se explica en el preámbulo de la Directiva ni tampoco en los documentos que precedieron a su redacción.

El supuesto de movilidad dentro de las empresas del grupo suele plantearse con cierta frecuencia en los casos de fraude de empresas buzón en los que la empresa matriz ha creado de manera artificiosa una filial en otro estado de la UE para luego llevar a cabo de manera fraudulenta las actividades de esa filial solamente en o desde el Estado en el que se encuentra establecida la empresa matriz pero con las condiciones salariales y de seguridad social del país en el que se encuentra la sede de la filial.

El supuesto de uso de empresas de trabajo temporal para el transporte por carretera resulta en principio muy atípico y apenas se conocen casos de empresas de este tipo que desarrollen actividad en este sector.

En estos casos, el régimen legal no sería el de la Directiva 2020/1057 y el capítulo V de la Ley 45/1999 sino el de la Directiva 96/71 y el resto de los capítulos de la Ley 45/1999.

La comunicación del desplazamiento se haría, de conformidad con el Art. 5 de la Ley, a la Autoridad Laboral del territorio al que se haya hecho el desplazamiento. En el caso del grupo de empresas sería lógico que fuera la sede en la que se encuentra establecida la empresa del grupo y en el caso de desplazamiento de la empresa de trabajo temporal sería el del centro de trabajo en el que se encuentre la empresa usuaria.

En estos casos, operaría la exención de ocho días respecto a la obligación de pagar los salarios y vacaciones establecidos en la legislación y los convenios colectivos españoles (Art. 3.3. Ley 45/1999) y de comunicar los desplazamientos que tengan una duración inferior a ese plazo (Art. 5.3 Ley 45/1999). En cambio, no operaria la excepción del cómputo de los desplazamientos para el caso de que estos se reiteren que establece el Art. 25 de la Ley 45/1999.

9. NORMAS ESPECÍFICAS PARA PAÍSES TERCEROS

La movilidad del transporte por carretera entre los Estados de la Unión Europea y al Espacio Económico Europeo, que comprende también a los países del Tratado Europeo de Libre Comercio (EFTA), por un lado, y países terceros a esos tratados, por otro, se rige por los convenios internacionales que se hayan formalizado con esos Estados.

Por el momento, hay dos tratados suscritos entre la Unión Europea y estados terceros: el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el transporte de mercancías y de viajeros por ferrocarril y por carretera (2002)[3] y el Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra de 31.12.2020[4] en cuyo Art. 462 y siguientes (Epígrafe Tercero) se establece un régimen de desplazamiento similar al de la Directiva 2020/1057.

En estos casos no se puede utilizar la comunicación mediante la interfaz de IMI de acuerdo con lo previsto en el Art. 22.1 de la Ley 45/1999 y la nueva Disposición Adicional 11ª de esta Ley (que se añade por el RDL 3/2022) establece el régimen de las comunicaciones de desplazamiento de las empresas establecidas en terceros países señalando que

> "cuando las empresas establecidas en terceros países a que se refiere el artículo 18.3 no tengan permitido utilizar el formulario multilingüe estándar de la interfaz pública conectada al Sistema de Información del Mercado Interior (IMI) para la realización de la comunicación de desplazamiento prevista en el artículo 22.1, tales empresas realizarán esta comunicación por medios electrónicos ante la autoridad laboral española competente por razón del territorio donde se inicie o finalice el servicio en España y en el caso de un transporte de cabotaje, la comunicación se realizará ante la autoridad laboral española competente por razón del territorio donde se inicie el servicio".

Este criterio de la DA 11ª para fijar el lugar de la comunicación del desplazamiento en los transportes de estados terceros se basa en la doctrina del vínculo que inspira la Directiva al considerar que hay mayor vinculación del servicio de transporte con el lugar donde se produce la carga y se realiza la contratación del servicio que con el lugar de la descarga en el caso de realizarse ambos servicios dentro del mismo Estado. Esta doctrina es la que podría también tenerse en cuenta a la hora de establecer el convenio colectivo aplicable a las empresas del transporte que realicen operaciones que se consideren desplazamiento.

[3] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22002A0430(03)&from=ES
[4] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX%3A22021A0430%2801%29&from=EN

10. LA APLICACIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL PARA LOS CASOS DE FRAUDE EN EL DESPLAZAMIENTO

Por último, el RDL 3/2022 establece por primera vez un cuadro completo de sanciones para empresas y trabajadores por cuenta propia que cometen conductas de fraude en el desplazamiento en violación de la Ley 45/1999 (nuevo Art. 10.3.b) LISOS) o en incumplimiento de los Reglamentos de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social 883/2004 y 987/2009 (nuevos Art. 23.1.l) y m) LISOS).

El sector del transporte por carretera es el más afectado por estas conductas de fraude y como ya se ha visto el propio preámbulo de la Directiva 2020/1057 (apartado 4) hacía mención expresa a la necesidad de combatir las situaciones de fraude de las empresas buzón. En cualquier caso, la regulación de estas nuevas infracciones es general y afecta a cualquier sector y un análisis profundo de estos preceptos requería una mayor extensión.

11. A MODO DE CONCLUSIÓN

Para concluir el presente artículo hay que señalar que la Directiva y su transposición legal a los ordenamientos nacionales de los Estados de la UE/EEE era una norma necesaria para regular las peculiaridades de un sector que tiene una importancia creciente en el desarrollo del mercado único europeo.

La norma trata de atajar la falta de control sobre los abusos de las llamadas empresas buzón mediante el establecimiento sistemas de control que por primera vez tienen una concepción y escala europea. El sistema de comunicaciones de las empresas y de las intercomunicaciones entre las empresas y las autoridades de los Estado se hace a través de un servidor comunitario, lo cual simplifica los trámites burocráticos para las empresas y facilita el control y vigilancia de los movimientos por las autoridades.

No obstante, también se debe señalar que la puesta en práctica efectiva de este sistema no podrá hacerse de forma inmediata, sino que va a conllevar cierto tiempo y esfuerzo para la puesta a punto de los nuevos mecanismos de comunicación y control por parte de la Comisión Europea y las administraciones de los Estados Miembros.

MODIFICACIONES DE INTERÉS INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 3/2022, DE 1 DE MARZO, DE MEDIDAS PARA LA MEJORA DE LA SOSTENIBILIDAD DEL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA Y DEL FUNCIONAMIENTO DE LA CADENA LOGÍSTICA, Y POR EL QUE SE TRANSPONE LA DIRECTIVA (UE) 2020/1057, DE 15 DE JULIO DE 2020, POR LA QUE SE FIJAN NORMAS ESPECÍFICAS CON RESPECTO A LA DIRECTIVA 96/71/CE Y LA DIRECTIVA 2014/67/UE PARA EL DESPLAZAMIENTO DE LOS CONDUCTORES EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE POR CARRETERA, Y DE MEDIDAS EXCEPCIONALES EN MATERIA DE REVISIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRAS

El día 2 de marzo de 2022 ha sido publicado en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras.

Dicha norma tiene como objeto, entre otros, la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2020/1057, sobre desplazamiento de conductores en el sector del transporte por carretera, que incluye normas especiales en relación con el desplazamiento de conductores en el transporte por carretera, para tratar de evitar situaciones de competencia desigual entre empresas comunitarias.

Para ello, y en lo relativo al ámbito competencial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el Real Decreto-ley prevé la modificación de las siguientes normas, en el sentido previsto por la exposición de motivos:

- La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, incluyendo un nuevo capítulo V sobre normas específicas aplicables a los conductores de transporte por carretera que afecta a los supuestos en que las operaciones o actividades se realizan en España;
- El texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), aprobada mediante Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, con el objeto tanto de incluir los supuestos de responsabilidad previstos por la Directiva 2020/1057 como nuevos tipos dirigidos a la lucha contra las denominadas "empresas buzón";
- La Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con el objeto de regular la colaboración entre las autoridades de transporte terrestre y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Por su especial afectación a la actividad y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se formulan unas breves referencias a las modificaciones operadas en las dos últimas normas.

1. Modificación del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

El Real Decreto-ley 3/2022 modifica el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) con el objeto, por un lado, de determinar la responsabilidad de aquellos sujetos que intervienen en el transporte con capacidad para llevar a cabo un control de la efectiva realización de la comunicación de desplazamiento por la empresa obligada a ello y, por otro, para establecer unos tipos adecuados para hacer frente al fenómeno de las empresas buzón, aspecto respecto del cual, como señala la propia Directiva en su considerando 4, se han observado algunas lagunas en las disposiciones vigentes y deficiencias en el control de su cumplimiento.

El sector del transporte por carretera es el más afectado por estas conductas de fraude y el propio preámbulo de la Directiva 2020/1057 hacía mención expresa a la necesidad de combatir las situaciones de fraude de las empresas buzón. En cualquier caso, la regulación de estas nuevas infracciones es general y afecta a cualquier sector.

Así, las modificaciones llevadas a cabo en la LISOS son las siguientes:

Se crea una nueva infracción muy grave en el ámbito de la normativa sobre desplazamiento de trabajadores (artículo 10 de la LISOS) para combatir las empresas buzón. Este nuevo tipo recoge el desplazamiento ficticio realizado por empresas buzón o respecto a trabajadores que en realidad no se desplazan desde su Estado de origen porque ya residen en España.

Se crean dos nuevas infracciones muy graves en el ámbito de la Seguridad Social (artículo 23 de la LISOS) para sancionar el específico fraude a los sistemas de protección social que cometen las empresas buzón. Una infracción se dirige a las empresas buzón extranjeras que operan en España y otra a las empresas buzón españolas que operan fuera de España.

No se introduce un tipo nuevo por la falta de comunicación del desplazamiento del conductor, siendo válido el tipo existente, pero sí se incluye un sistema específico de responsabilidad solidaria en caso de incumplirse la obligación de comunicar los desplazamientos de los conductores (artículo 42 de la LISOS) para incluir a aquellos sujetos enumerados en el artículo 22.4 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre.

2. Modificaciones en la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

El Real Decreto-Ley modifica el artículo 16 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para incluir una mención expresa a la cooperación de las autoridades de transporte en el ámbito del desplazamiento de trabajadores.

Dicha cooperación se estima imprescindible para el correcto ejercicio de la función inspectora dada la necesidad de disponer de la información que dichas autoridades remitan referida a los controles que lleven a cabo en carretera en relación con el desplazamiento de trabajadores.

RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN DEL ORGANISMO ESTATAL INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL POR LA QUE SE ESTABLECEN PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LA JORNADA LABORAL DE CONDUCTORES EN EL SECTOR DE TRANSPORTES POR CARRETERA DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 2 DE LA DIRECTIVA 2020/1057

El 19 de mayo de 2022 se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado la Resolución de 6 de mayo de 2022 de la Dirección del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social por la que se establecen procedimientos de control de la jornada laboral de conductores en el sector de transportes por carretera de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Directiva 2020/1057.

Dicha Resolución se dicta con el fin de incorporar al ordenamiento jurídico español el artículo 2 de la Directiva (UE) 2020/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y por la que se modifican la Directiva 2006/22/CE en lo que respecta a los requisitos de control del cumplimiento y el Reglamento (UE) nº 1024/2012, en lo que se refiere a las competencias que tiene atribuidas la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Así, el contenido de lo dispuesto en el citado artículo afecta a los procedimientos de actuación del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social puesto que se refiere a los procedimientos de vigilancia y control exhaustivo del tiempo de trabajo de las personas trabajadoras, que comprende también los tiempos de espera, presencia o disponibilidad o los dedicados a la realización de otras tareas distintas a la conducción, que corresponde efectuar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio y en los artículos 10, 10 bis y 11 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en la modificación hecha de esta norma reglamentaria por el Real Decreto 902/2007, de 6 de julio.

Por ello, la citada Resolución prevé una serie de medidas:

Por un lado, se prevé la participación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el ejercicio de sus competencias, en el sistema de controles regulares y apropiados sobre la aplicación correcta y coherente de la jornada laboral por las personas que realizan actividades móviles por cuenta ajena en el sector de transportes por carretera.

Dichos controles abarcarán tanto los que se hagan en carretera, fundamentalmente a través de la colaboración de otras instituciones articuladas mediante los Protocolos y Convenios que se formalicen con ellas, como los que se desarrollen por la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los locales de las empresas de todas las categorías de transporte de acuerdo con la Estrategia Nacional acordada y los acuerdos que se establezcan con las autoridades competentes del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

Por otro lado, y por lo que respecta a los controles de la jornada laboral en los locales de las empresas, deberán organizarse teniendo en cuenta la experiencia adquirida, la información y los resultados del sistema de clasificación de infracciones o de riesgos y las informaciones facilitadas por las autoridades españolas competentes y las de otros Estados Miembros.

Así, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social actuará de acuerdo con la información que obtenga del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana conforme a los acuerdos vigentes sobre el registro de empresas infractoras y los controles de tiempos de

conducción del vehículo y tiempos de descanso de las empresas que sean objeto de actuación inspectora.

Se prevé de manera específica que los citados controles deban comprender, al menos, lo relativo a la duración completa de la jornada semanal, al control de la duración media de los tiempos de trabajo semanal, pausas y trabajo nocturno, así como al control de los tiempos de trabajo que no sean de conducción del vehículo.

Además, se especifica, en línea con la Directiva, la información que deberá proporcionar la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a los organismos competentes sobre estas actuaciones.

En tercer lugar, se prevé que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social procurará organizar controles en los locales de las empresas mediante inspecciones concertadas con los organismos competentes de otros Estados Miembros.

Por último, se especifica la colaboración del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social con el Organismo de Enlace Intracomunitario.

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

Laborum

nº 31 (2º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 - ISSNe: 2387-0370

Balance laboral de dos años de pandemia
Labour account after two years of the pandemic

SANTOS M. RUESGA *Miembro del Grupo SET-LASE, Departamento de Estructura Económica y Economía del Desarrollo, Universidad Autónoma de Madrid ruesga@uam.es*
https://orcid.org/0000-0002-9837-2261

ANA I. VIÑAS *Miembro del Grupo SET-LASE, Departamento de Estructura Económica y Economía del Desarrollo, Universidad Autónoma de Madrid ana.vinas@uam.es*
https://orcid.org/0000-0002-2942-841X

Cita sugerida: RUESGA, S.M. y VIÑAS, A.I., D. "Balance laboral de dos años de pandemia". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 31 (2022):* 267-286.

Resumen

Marzo de 2020 supuso una imprevisible ruptura del ciclo económico en el que España había logrado por fin entrar en 2014, tras la Gran Recesión (2008-2013). La fase de expansión iniciada en aquella fecha se paraliza por la llegada de la pandemia de COVID-19. Sin embargo, en esta crisis, la caída del empleo y el aumento del paro quedan amortiguados por ciertos elementos de protección, ofreciendo una foto muy diferente de la mostrada en la anterior Gran Recesión.

¿Qué ha motivado el sostenimiento del empleo y la contención del paro a lo largo de la pandemia? En este trabajo se destacan tres factores decisivos. Desde el ámbito público, los sectores y ocupaciones esenciales, vinculadas a sanidad, educación y gestión, entre otros. Segundo, también en el marco de las políticas públicas, los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTEs), dando cobertura a las actividades que por las restricciones no han podido desarrollarse. Tercero, por parte del sector privado (y también de las Administraciones Públicas), la mayor contribución al sostenimiento del empleo se ha producido en actividades y ocupaciones con posibilidades de teletrabajo.

Además de su favorable impacto sobre el mercado laboral, estas respuestas han contribuido a que el balance de los dos años arroje cifras positivas en cuanto al mayor peso de los sectores de más elevado contenido tecnológico y de conocimiento en la estructura del empleo del país. No obstante, habrá que esperar para ver sí se trata de un fenómeno puntual, vinculado a la crisis y al cambio circunstancial en la estructura productiva por las necesidades temporales, o cabe preguntarse si la pandemia servirá de punto de inflexión hacia un modelo distinto, más similar al europeo, donde tomen mayor protagonismo el empleo público esencial y las ocupaciones de mayor nivel de conocimiento y tecnológico. En este sentido, el Plan de Transformación, Recuperación Y Resiliencia y su implementación en el país, podría acompañar hacia esta orientación.

Sin embargo, por otro lado, contemplando el balance desde la

Abstract

March 2020 marked an unpredictable break in the economic cycle that Spain had finally managed to enter in 2014, after the Great Recession (2008-2013). The expansion phase initiated at that time was halted by the arrival of the COVID-19 pandemic. However, in this crisis, the fall in employment and the rise in unemployment were cushioned by certain elements of protection, offering a very different picture from that of the previous Great Recession.

What has motivated the maintenance of employment and the containment of unemployment throughout the pandemic? Three decisive factors are highlighted in this work. From the public sphere, the essential sectors and occupations, linked to health, education and management, among others. Secondly, also within the framework of public policies, the Temporary Redundancy Programmes (Expedientes de Regulación Temporal de Empleo - ERTEs), covering activities that could not be carried out due to restrictions. Thirdly, from the private sector (and also from public administrations), the largest contribution to sustaining employment has been in activities and occupations with remote working possibilities.

In addition to their favourable impact on the labour market, these responses have contributed to the positive balance of the two years in terms of the greater weight of sectors with a higher technological and knowledge content in the country's employment structure. However, we will have to wait and see whether this is a one-off phenomenon, linked to the crisis and the circumstantial change in the production structure due to temporary needs, or whether the pandemic will serve as a turning point towards a different model, more similar to the European one, where essential public employment and occupations with a higher level of knowledge and technology will play a greater role. In this regard, the Transformation, Recovery and Resilience Plan and its

Fecha Recepción: 15/2/2022 - Fecha Revisión: 12/3/2022 - Fecha Aceptación: 16/3/2022
Pags. 267-286

óptica de los no protegidos por estos tres mecanismos (considerados aquí como outsiders), se observa la existencia de tasas de desempleo más elevadas entre quienes poseen niveles educativos inferiores, y son más vulnerables ante los shocks que afectan al mercado laboral (caso de personas en desempleo de larga duración, jóvenes, mujeres, …). Aquí, se plantea la necesidad de reforzar las políticas dirigidas a las personas que han estado desprotegidas en esta crisis de la pandemia.

Palabras clave

mercado de trabajo; empleo; temporalidad; teletrabajo; ERTEs; COVID-19

implementation in the country could accompany this approach.
However, looking at the situation from the point of view of those not protected by these three mechanisms (considered here as outsiders), higher unemployment rates are observed among those with lower levels of education and who are more vulnerable to shocks affecting the labour market (the long-term unemployed, young people, women). This raises the need to strengthen policies aimed at people who have been unprotected in this pandemic crisis.

Keywords

labour market; employment; temporality; remote working; ERTEs; COVID-19

1. IMPACTO DE LA PANDEMIA EN EL EMPLEO

1.1. IRRUPCIÓN DEL CORONAVIRUS

Marzo de 2020 supuso una imprevisible ruptura del ciclo económico en el que España había logrado por fin entrar en 2014, tras la Gran Recesión (2008-2013). La fase de expansión iniciada en aquella fecha, con tasas anuales de crecimiento del producto interior bruto (PIB) entorno al 2,5 por cien, queda paralizada por la llegada de la pandemia de COVID-19. Los datos para el país muestran una caída interanual del 4,3 por ciento en el primer trimestre de 2020, que se precipita hasta un -21,5 por cien en el segundo trimestre, mostrando el claro impacto de los inevitables confinamientos para frenar los contagios.

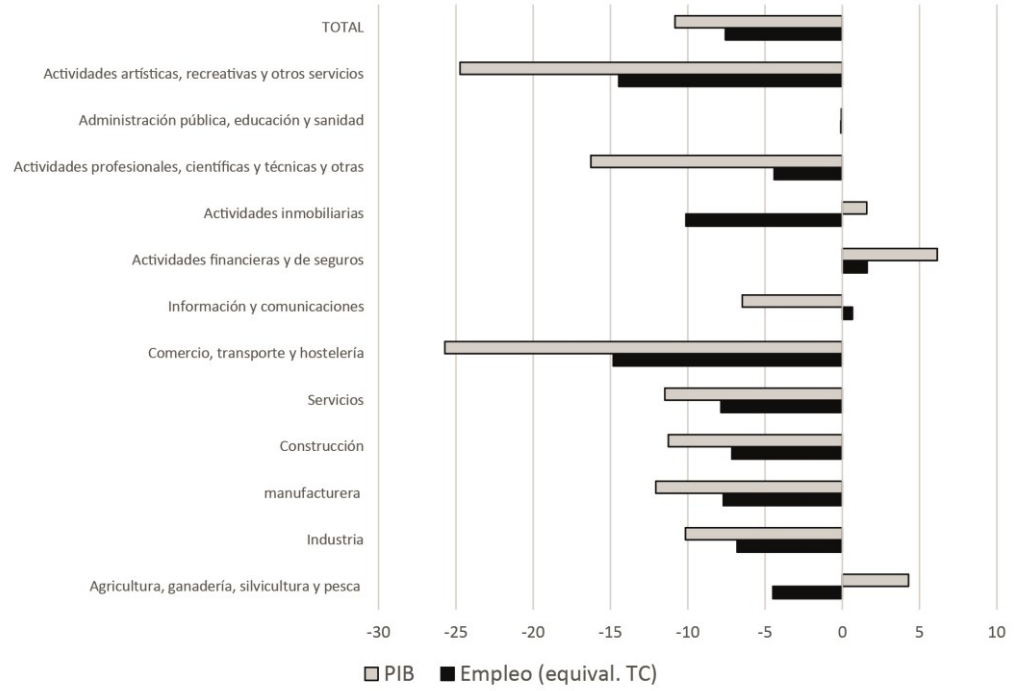
En términos de empleo, las horas trabajadas reflejan una trayectoria similar, con descensos interanuales de la tasa de variación del 4,6 y del 25,3 por cien en los dos primeros trimestres de 2020. En los tres siguientes trimestres, hasta el primero de 2021, persisten las caídas tanto del PIB como de las horas trabajadas, aunque en la primera variable la reducción se vuelve más pronunciada, ofreciendo un adelanto del particular comportamiento del empleo durante la pandemia. De hecho, midiendo la evolución del número de personas empleadas, la variación interanual indica una reducción entre el segundo trimestre de 2020 y el primero de 2021 (-7,5 por ciento, -4,9, -4,4 y -2,3) muy inferior al derrumbe del PIB y de las horas de trabajo en el mismo periodo. Una foto que dista de la mostrada por estas mismas variables en la anterior Gran Recesión, cuyo rasgo principal fue una pérdida de empleo más profunda en comparación con las horas de trabajo y el PIB.

¿Qué ha motivado en esta crisis el sostenimiento del empleo? A grandes rasgos, se encuentran varias razones. En un primer momento la crisis se caracteriza por un choque de oferta ocasionado por los cierres de la actividad (presencial) no esencial. En cambio, al comienzo de 2020 la demanda potencial subsiste, aunque debido a las limitaciones sólo fuese posible realizar determinados intercambios. En este sentido, algunos sectores de actividad quedan paralizados, mientras otros no sufren tal debacle. Ejemplos de este último caso, son el sector primario, que logra tasas positivas de variación del PIB a lo largo de 2020 (con un crecimiento medio del 4,3 por ciento), y en el sector servicios se salvan de las cifras negativas las actividades financieras y de seguros (crecen en el año un 6,1 por cien) y las inmobiliarias (un 1,6 por ciento), así como los servicios de Administración Pública, educación y sanidad (a partir del tercer trimestre de 2020). En el otro extremo, se posicionan los sectores de comercio, transporte y hostelería (con un decrecimiento medio anual de 25,7 por cien) y las actividades artísticas, recreativas y otros servicios (decrecen un 24,7 por cien).

Observando las cifras de empleo, la situación es parcialmente diferente (figura 1). La Contabilidad Nacional perfila un descenso anual del PIB del 10,8 por ciento, frente a uno del 7,6 por

cien en términos de empleo. Una situación que se manifiesta en industria, construcción y la mayor parte de los servicios (a excepción de los que crecen en actividad, mencionados arriba).

Figura 1. PIB y empleo por rama de actividad en España, 2020. Porcentajes de variación anual 2020 sobre 2019.



Fuente: Contabilidad Nacional de España, INE.

Como se profundizará en siguientes apartados, desagregando las actividades económicas, se mantiene la ocupación en sectores públicos como sanidad, servicios sociales, educación, fuerzas de seguridad del Estado, y servicios de gestión (por ejemplo, Seguridad Social, Servicios Públicos de Empleo). Asimismo, subsisten otros servicios de mercado pertenecientes a sectores esenciales. Algunos de bajo contenido tecnológico (bienes y servicios básicos, como alimentación, o transporte), mientras otros poseen una mayor intensidad tecnológica (servicios profesionales y técnicos, …).

Precisamente, el teletrabajo ha permitido sostener parte de los servicios intensivos en conocimiento, así como otros que requieren menor nivel de cualificación, pero con posibilidades de desarrollarse fuera del lugar de trabajo, en el propio domicilio.

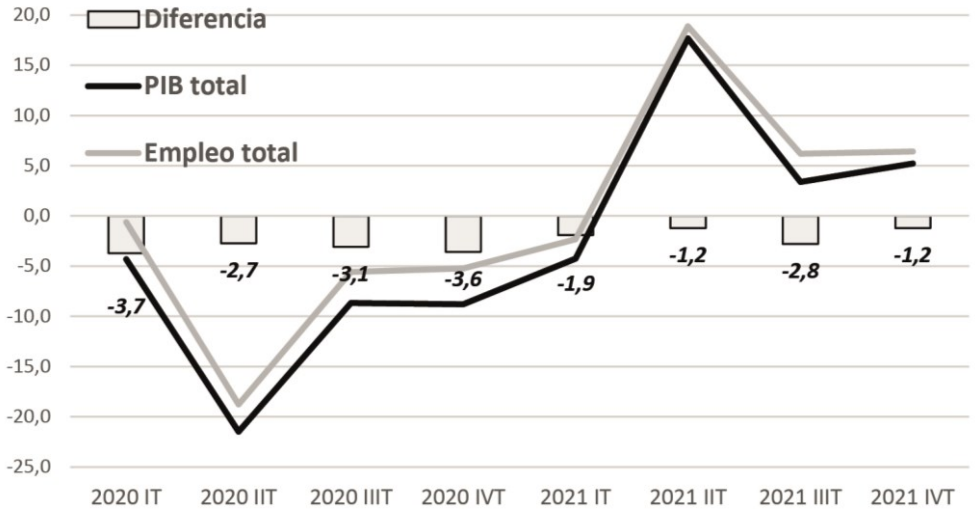
Por último, y con mayor alcance, como se analizará, hay que destacar el paraguas de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTEs), puestos a disposición de las empresas a partir del *Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19*. Estos instrumentos han contribuido a sostener la demanda de consumo y el tejido empresarial, llegando a dar cobertura a casi 3,6 millones de personas, cerca del 20 por cien de las afiliadas a la Seguridad Social (datos de abril de 2020) (Ruesga y Viñas, 2021a). Destaca, en este sentido, el importante papel del Estado que, sumando empleo público y prestaciones por ERTEs, llega a salvar más de un tercio del empleo del país en el peor momento de la pandemia.

1.2. PROLONGACIÓN DE LA PANDEMIA

Tras el primer choque de la pandemia, las sucesivas olas de contagios y la aparición de diferentes variantes del coronavirus, por un lado, y por otro las medidas necesarias para ponerles freno, así como el alcance de la vacunación, han ido perfilando la evolución del PIB y del empleo en las diferentes ramas de actividad.

En términos generales, las tasas de variación anual del PIB y del empleo han mostrado una trayectoria caracterizada por una mejora sucesiva, que se traslada a cifras positivas en el segundo trimestre de 2021, si bien en el tercero se desacelera la recuperación en parte por el efecto estadístico respecto a 2020 (figura 2). En este escenario, el diferencial de crecimiento entre el PIB y el empleo sigue mostrando un alza de la ocupación por encima de la actividad, debido a la continuidad de los elementos e instrumentos de protección mencionados.

Figura 2. PIB y empleo en España, I trimestre 2020-IV trimestre 2021. Porcentajes de variación interanual.



Fuente: Contabilidad Nacional Trimestral de España, INE.

Únicamente ciertas ramas de actividad se desvían de esta tendencia, arrojando incrementos significativos del cociente de productividad aparente (cuadro 1). Es el caso del sector primario en el inicio de pandemia, por su particular funcionamiento. Tras el primer choque, también el sector industrial, incluidas las manufacturas, refleja una recuperación más precoz de su actividad productiva, por encima del empleo, que se sostiene hasta mitad de 2021. Y la construcción, por su parte, a diferencia de lo acontecido en la anterior crisis, dibuja una mayor caída del PIB que del empleo durante la fase de decrecimiento del PIB, y una recuperación del empleo más amplia en la segunda parte de la pandemia.

Cuadro 1. PIB y empleo en España, por ramas de actividad, diferencias en las tasas de variación interanual, I trimestre 2020-IV trimestre 2021

DIFERENCIA TASAS VARIACIÓN INTERANUAL PIB Y OCUPACIÓN (P.P.)	2020 IT	2020 IIT	2020 IIIT	2020 IVT	2021 IT	2021 IIT	2021 IIIT	2021 IVT
Producto interior bruto a precios de mercado	-3,7	-2,7	-3,1	-3,6	-1,9	-1,2	-2,8	-1,2
Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	7,3	14,1	5,4	8,3	-5,2	-13,1	-10,6	-9,7
Industria	-5,8	-9,8	1,5	0,8	5,9	13,6	-1,7	-1,3
Industria manufacturera	-6,8	-13,1	1,7	0,6	5,8	17,9	-1,1	-2,1
Construcción	0,9	-4,7	-4,4	-8,0	-12,1	-18,2	-12,5	-6,3
Servicios	-3,9	-2,0	-4,1	-4,5	-2,7	-2,3	-1,4	0,0
Comercio, transporte y hostelería	-9,0	-12,6	-12,6	-9,5	-1,5	14,5	7,6	8,2
Información y comunicaciones	-3,9	-10,0	-7,5	-7,2	-7,7	5,3	-8,3	-9,4
Actividades financieras y de seguros	-2,1	6,4	7,4	6,5	5,0	-0,1	2,3	4,6
Actividades inmobiliarias	12,9	24,5	7,5	1,8	-7,4	-10,3	-1,9	-1,5
Actividades profesionales, científicas y técnicas y otras	-7,9	-18,0	-10,9	-10,7	-10,9	6,8	-6,1	0,1
Administración pública, educación y sanidad	-2,1	2,9	0,4	-1,1	-1,5	-5,2	-3,1	-1,7
Actividades artísticas, recreativas y otros servicios	-4,4	-3,5	-10,1	-23,1	-21,0	-15,1	-2,2	4,2

Fuente: Contabilidad Nacional Trimestral de España, INE.

En el sector servicios, el comportamiento es dispar. Excepcionalmente, las actividades financieras y de seguros y las inmobiliarias, han seguido creciendo en términos de producción y de empleo, con un diferencial a favor del PIB. Pero, en conjunto, el terciario sigue, y asimismo determina, la línea del PIB y del empleo, indicando que los factores e instrumentos que han permitido mantener el empleo durante la pandemia han estado muy vinculados a este sector. Como se mencionaba, el empleo público, los sectores de mercado esenciales, el teletrabajo y los ERTEs, han marcado este hecho.

La rama de comercio, transporte y hostelería, junto a las actividades artísticas y de ocio (principales destinatarias de los ERTEs), han sostenido el empleo, arrojando valores elevados en el diferencial entre la variación anual del PIB y la ocupación. Mientras que en el segundo caso la situación se extiende hasta casi finales de 2021, en el primero la situación se invierte durante la temporada estival de 2021, con un mayor avance del PIB a partir del segundo trimestre.

Por su parte, las actividades de información y comunicaciones y las profesionales y técnicas (ramas adecuadas para el desarrollo de trabajo a domicilio), reflejan una tendencia similar, con un sostenimiento del empleo en el periodo, a excepción del trimestre segundo de 2021.

La Administración Pública, educación y sanidad, tras el impacto inicial, logran mejoras del empleo superiores al PIB, debido al refuerzo de gasto público en recursos humanos de estas actividades esenciales a lo largo de las sucesivas olas de la pandemia.

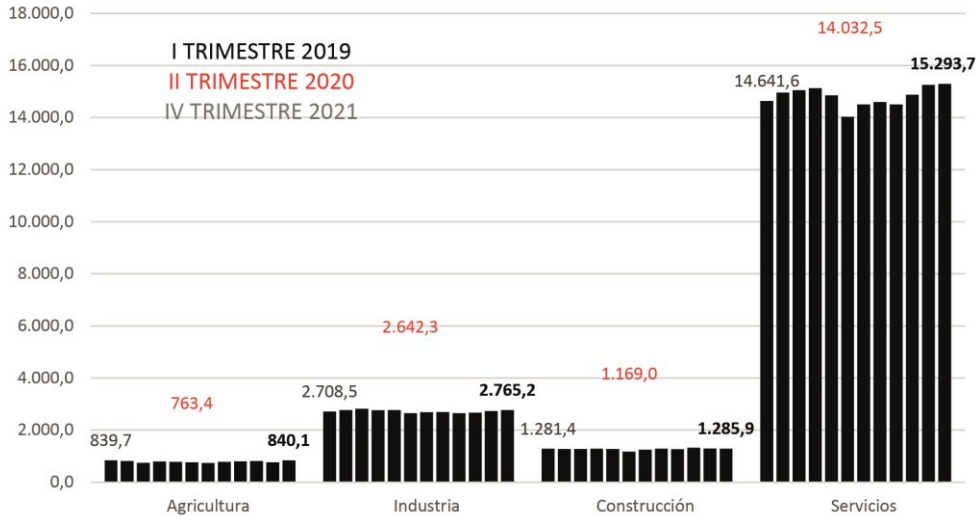
2. BALANCE DEL EMPLEO TRAS DOS AÑOS DE PANDEMIA

Un análisis de mayor profundidad sobre la evolución del empleo a lo largo de la pandemia requiere la observación de las cifras ofrecidas por la Encuesta de Población Activa (EPA) para las diferentes ramas de actividad y ocupaciones, considerando la etapa prepandemia en 2019 y la fase denominada de “nueva normalidad” que abarca en este trabajo hasta fin de 2021.

2.1. POR RAMAS DE ACTIVIDAD

De la figura 3 se deduce la constancia del empleo en el sector primario, cuyo ciclo de actividad permite cierta independencia de la pandemia. Por su lado, en la construcción se produce una rápida recuperación del empleo en 2021 respecto a 2019, y más lenta en la industria, perfilando una trayectoria relativamente estable en ambos sectores. Y, aunque con matices dentro del sector servicios, también aquí en el último trimestre contemplado de 2021 se supera el volumen de empleo de 2019.

Figura 3. Volumen de empleo en España, II trimestre 2019-IVtrimestre 2021. En miles.



Fuente: Encuesta de Población Activa, INE.

El balance global en España, entre los años 2019 y 2021, muestra cómo se mantiene el empleo e incluso avanza en la segunda parte de 2021 (cuadro 2). Un fenómeno que, como marca la EPA por ramas de actividad, sucede en el conjunto del sector agrícola y ganadero (excepto algunas actividades como pesca y acuicultura), en el suministro de energía en algunos trimestres y de agua, actividades de saneamiento, gestión de residuos y descontaminación y, en menor medida, en la construcción (salvo la especializada).

La misma tendencia se observa en algunos epígrafes del terciario. Los servicios de información y comunicaciones (con excepción de la edición y la programación y emisión), y las actividades financieras y de seguros, logran crecer entre 2019 y 2021 un 11,3 y 13,6 por ciento, respectivamente. Las científicas, profesionales y técnicas mejoran prácticamente de manera general, avanzando un 5,4 por ciento. Por su parte, el empleo en los servicios administrativos y auxiliares aumenta de manera moderada, con una diferencia global positiva, a pesar del dispar comportamiento entre las actividades: crecen significativamente la seguridad, los servicios a edificios y las actividades administrativas y auxiliares a empresas, mientras decrecen las relativas al alquiler, al empleo y al sector turístico (agencias de viajes, operadores, reservas, …).

En el cómputo de recuperación del empleo a lo largo de 2021 respecto a 2019 se encuentran también las ramas de servicios esenciales de la Administración Pública y defensa y Seguridad Social, la educación, y el conjunto de actividades sanitarias y servicios sociales, como se detallará más abajo.

En cifras negativas puede verse la industria. Las extractivas decrecen, con la excepción de minerales metálicos, un 2,4 por cien, y las manufacturas el 2,9 por ciento. En este apartado el comportamiento no es homogéneo, si bien la mayor parte de las actividades presenta un recuento negativo, destacando la pérdida relativa de empleo en los sectores de artes gráficas, refino de petróleo, cuero y calzado, productos informáticos, electrónicos y ópticos. Por el contrario, consiguen un aumento de ocupación la industria del tabaco, papel, productos farmacéuticos, metálicos, material y equipos eléctricos, maquinaria y vehículos.

Cuadro 2. Empleo en España por ramas de actividad, diferencias trimestrales (valores absolutos) para I trimestre 2019-IV trimestre 2021 y diferencia bianual (valor relativo) de 2019 a 2021

VARIACIÓN 2019 - 2021 (EN MILES)	I trim	II trim	III trim	IV trim	*Var. Media %*
Total	-264,3	-133,2	156,7	218,0	*-0,03*
A Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	-41,8	1,8	15,3	46,2	*0,67*
B Industrias extractivas	0,7	-1,6	-0,3	-1,9	*-2,38*
C Industria manufacturera	-84,3	-98,5	-99,2	-6,0	*-2,89*
D Suministro de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado	2,8	-1,4	-1,4	1,1	*0,30*
E Suministro de agua, actividades de saneamiento, gestión de residuos y descontaminación	14,6	2,0	13,4	8,3	*6,64*
F Construcción	-19,6	48,4	23,7	2,0	*1,07*
G Comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos de motor y motocicletas	-72,1	-133,2	-89,2	-150,4	*-3,62*
H Transporte y almacenamiento	-13,2	-29,7	-18,5	27,4	*-0,82*
I Hostelería	-348,3	-304,0	-184,2	-176,7	*-14,77*
J Información y comunicaciones	44,1	40,1	85,2	103,2	*11,31*
K Actividades financieras y de seguros	63,3	51,6	55,2	62,9	*13,57*
L Actividades inmobiliarias	3,0	-10,4	0,0	6,0	*-0,23*
M Actividades profesionales, científicas y técnicas	81,2	54,1	51,3	76,8	*6,44*
N Actividades administrativas y servicios auxiliares	14,2	-29,0	48,5	44,7	*1,90*
O Administración Pública y defensa; Seguridad Social obligatoria	15,3	40,8	45,0	7,1	*2,01*
P Educación	16,4	63,3	65,1	119,2	*4,81*
Q Actividades sanitarias y de servicios sociales	190,3	207,5	189,5	149,9	*10,96*
R Actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento	-67,7	-8,2	-9,6	-14,1	*-6,15*
S Otros servicios	5,2	-6,3	-19,2	-29,1	*-2,58*
T Actividades de los hogares	-71,9	-16,7	-13,3	-61,7	*-6,87*
U Actividades de organizaciones y organismos extraterritoriales	3,8	-3,8	-0,3	3,3	*24,59*

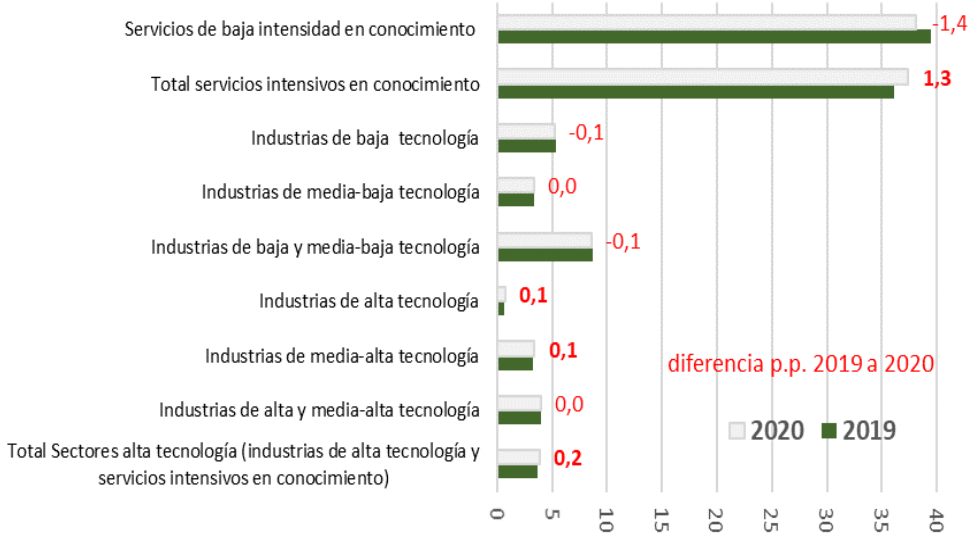
Fuente: Encuesta de Población Activa, INE

En el sector servicios, el comercio al por mayor y al por menor, reparación de vehículos de motor y motocicletas pierde un 3,6 por ciento del empleo y la hostelería un 14,8 por cien. Vinculado

a esta rama, en las actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento se pierde un 6,15 por ciento de ocupación y en el transporte un 0,8. En este último caso, se perciben diferencias dentro de la rama: la pérdida es profunda en transporte marítimo, aéreo y terrestre, pero el almacenamiento y servicios postales generan empleo. Por último, otros servicios, como los personales, las actividades de los hogares, y de organizaciones (salvo las asociativas), y las inmobiliarias, retroceden también en términos de ocupación.

Estos cambios de la ocupación por actividad productiva desde el inicio de la pandemia llevan a analizar los resultados desde la perspectiva del nivel tecnológico del tejido económico (figura 4).

Figura 4. Peso del empleo según ramas, por nivel tecnológico en España, 2019 y 2020. En porcentaje y diferencia anual en puntos porcentuales.



Fuente: Eurostat.

Agrupando el peso de la ocupación según este criterio, se observa un giro a favor de ramas industriales y de servicios de mayor contenido tecnológico e intensivas en conocimiento (Fernández Sánchez, 2021). Crece una décima el peso del empleo en industrias de alta tecnología y de tecnología media-alta, y en especial se incrementa la proporción en servicios intensivos en conocimiento (1,3 puntos), por el comportamiento favorable de las ramas terciarias descritas en el cuadro 2, vinculadas, como se profundizará, tanto a los servicios públicos esenciales, como en especial al teletrabajo (Eurofound, 2020). Con un signo opuesto, los servicios de baja intensidad en conocimiento decrecen 1,4 puntos, así como las industrias de menor contenido tecnológico, que pierden una décima.

2.2. POR OCUPACIONES

Vinculado al fenómeno anterior, resulta procedente aproximarse a la evolución del empleo desde el comportamiento de las ocupaciones durante la pandemia.

El cuadro 3 refleja un primer nivel, con creación de empleo en 2021 respecto a 2019 en las primeras categorías: directores y gerentes, técnicos y profesionales científicos e intelectuales y profesionales de apoyo. Asimismo, en determinados trimestres aumenta el empleo entre el personal administrativo y en el sector primario, lo que permite un balance anual positivo.

Los resultados se pueden considerar previsibles en el marco de la evolución de los sectores de actividad productiva vistos en el punto anterior, y de las vías empleadas por el sector público y privado para sostener el empleo.

En el grupo de profesionales científicos e intelectuales y en el de técnicos y de apoyo, la mejora del empleo respecto a 2019 se produce a lo largo de todo 2021. Es el caso en ambos colectivos del personal profesional de la salud y la educación, las ciencias e ingenierías, derecho, administración de empresas y finanzas, y ciencias sociales. No se incrementan, en cambio, los efectivos de las profesiones del espacio de la cultura y el espectáculo, ni de las tecnologías de la información en el primer grupo.

Cuadro 3. Empleo en España por ocupaciones, diferencias trimestrales (valores absolutos) para I trimestre 2019-IV trimestre 2021 y diferencia bianual (valor relativo) de 2019 a 2021

VARIACIÓN 2019 - 2021 (EN MILES)	I tr	II tr	III trim	IV trim	*Var. Media %*
Total	-264,3	-133,2	156,7	218,0	-0,03
1 Directores y gerentes	-8,6	29,8	59,3	74,3	4,95
2 Técnicos y profesionales científicos e intelectuales	147,3	181,4	169,8	231,7	4,98
3 Técnicos; profesionales de apoyo	191,0	150,6	187,3	153,2	8,04
4 Empleados contables, administrativos y otros empleados de oficina	61,0	-12,9	36,5	40,3	1,53
5 Trabajadores de los servicios de restauración, personales, protección y vendedores	-359,6	-289,7	-205,2	-236,7	-6,19
6 Trabajadores cualificados en el sector agrícola, ganadero, forestal y pesquero	-13,4	-15,3	34,8	23,4	1,67
7 Artesanos y trabajadores cualificados de las industrias manufactureras y la construcción (excepto operadores de instalaciones y maquinaria)	-53,8	-35,4	-69,4	-66,6	-2,58
8 Operadores de instalaciones y maquinaria, y montadores	-18,6	-16,1	-19,6	0,5	-0,88
9 Ocupaciones elementales	-198,6	-123,4	-33,1	0,6	-3,55
0 Ocupaciones militares	-11,1	-2,3	-3,9	-2,5	-4,41

Fuente: Encuesta de Población Activa, INE.

Entre las ocupaciones del grupo 5, a pesar del resultado negativo global en 2021, únicamente hay pérdida de empleo en los servicios de restauración y comercio; los epígrafes relativos a servicios de salud y el cuidado de personas y de protección y seguridad, considerados esenciales en la pandemia, han logrado incrementar las cifras respecto a 2019.

A partir del grupo 6, las diferencias son en su mayor parte negativas, con una pérdida de empleo que afecta a ocupaciones del sector industrial, de la construcción y del sector servicios, salvo profesiones puntuales (en el grupo 6 los trabajadores cualificados en actividades agrícolas; en el 7 mecánicos y ajustadores de maquinaria; en el 8 montadores y ensambladores en fábricas; en el 9 los recogedores de residuos urbanos y los peones agrarios, del transporte, descargadores y reponedores).

3. INSTRUMENTOS DE SOSTENIMIENTO DEL EMPLEO EN LA PANDEMIA

Tres elementos se pueden contemplar como escudos ante la destrucción de empleo y el incremento del paro en España, siguiendo un impacto muy similar al sucedido en el entorno de la Unión Europea. El primero de ellos, relativo a los trabajos esenciales, en general vinculados al ámbito público, cuya actividad no sólo no ha parado, sino que ha tenido que reforzarse ante la situación sanitaria (actividades sanitarias y de servicios sociales, educativas, servicios públicos de gestión, …). Un segundo instrumento, también en el marco de las políticas públicas de empleo: los ERTEs. Estos han mantenido el empleo y los salarios en las ramas y ocupaciones más afectadas por las restricciones de movilidad. Y, por último, tanto en el sector público como en el privado, el teletrabajo ha posibilitado el sostenimiento del empleo en actividades y ocupaciones de mayor intensidad tecnológica y de conocimiento.

3.1. EMPLEO PÚBLICO Y TRABAJOS ESENCIALES

El comportamiento sobre los sectores que han mantenido su actividad a lo largo de la pandemia se basa en la normativa sobre sectores esenciales[1] publicada en la primera ola de la pandemia.

A lo largo de los dos años, las ramas que han sostenido la actividad, bien por ser esenciales, por poder prestarse a distancia o por ambas razones (como sugiere también la clasificación mostrada en el trabajo de Fana, Torrejón y Fernández-Macías 2020), se pueden agrupar en tres bloques:

- Sectores base del consumo de bienes y servicios de primera necesidad, como la agricultura y el suministro de energía, agua y otros básicos.
- Sectores vinculados a los servicios públicos, de especial relevancia en la pandemia: Administración Pública y defensa; Seguridad Social obligatoria; Educación; y en especial Actividades sanitarias y de servicios sociales.
- La construcción y actividades terciarias que no se han detenido durante las restricciones, como los servicios de información y comunicaciones, las actividades financieras y de seguros y las profesionales, científicas y técnicas.

Todas ellas logran avanzar entre 2019 y 2021 (ver cuadro 2). Vinculadas a las actividades de los bloques se encuentran las ocupaciones siguientes (ver cuadro 3):

- El grupo de directores y gerentes crece un 5 por cien entre 2019 y 2021.
- Entre el grupo de técnicos y profesionales científicos e intelectuales, destaca el crecimiento del grupo de profesionales de la salud (un 6,4 por ciento entre ambos años), la enseñanza (un 5,8 por cien) y de otras áreas como ciencias físicas, químicas, matemáticas y de las ingenierías (8,4 por cien), derecho (3,6 por cien) y administración pública y de empresa (8,6), entre otros.
- También el grupo de técnicos y profesionales de apoyo y el relativo a apoyo administrativo, aumentan en empleo: un 8 por ciento y un 1,5 respectivamente. Sobresale el colectivo de técnicos de las tecnologías de la información y las comunicaciones que asciende un 16 por ciento entre los dos años.

A partir de ese nivel, únicamente logran cifras positivas algunas ocupaciones afines a sectores esenciales y de mayor intensidad en conocimiento, mencionados arriba:

[1] Para conocer en detalle las actividades esenciales, véase el Anexo del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19.

— En el área de servicios esenciales, el empleo en los servicios de salud y el cuidado de personas aumenta un 2,5 por ciento y el de protección y seguridad un 1,5.

— En la rama agrícola, la ocupación en trabajadores cualificados en actividades agrícolas sube un 7,3 por ciento y en agropecuarias un 4 por cien. También el grupo de peones agrarios, forestales y de la pesca asciende un 2,6 por ciento.

— Muestran resultados positivos entre ambos años ciertas ocupaciones de la construcción (caso de los trabajadores en obras estructurales de construcción, un 3,6 por cien), la industria (montadores y ensambladores en fábricas, 12,3 por cien) y los servicios (peones del transporte, descargadores y reponedores, 4,7 por ciento).

3.2. LOS ERTES

Las figuras jurídicas de suspensión del empleo y de reducción del tiempo de trabajo son ya conocidas en Europa, en especial desde la pasada crisis iniciada en 2007 (Ruesga, Martín Navarro y Pérez Ortiz, 2010). Sin embargo, en España, a pesar de que su regulación ya existía, su uso sólo ha proliferado a partir de abril de 2020, como medida política específica orientada a paliar los efectos socioeconómicos de la pandemia generada por COVID-19.

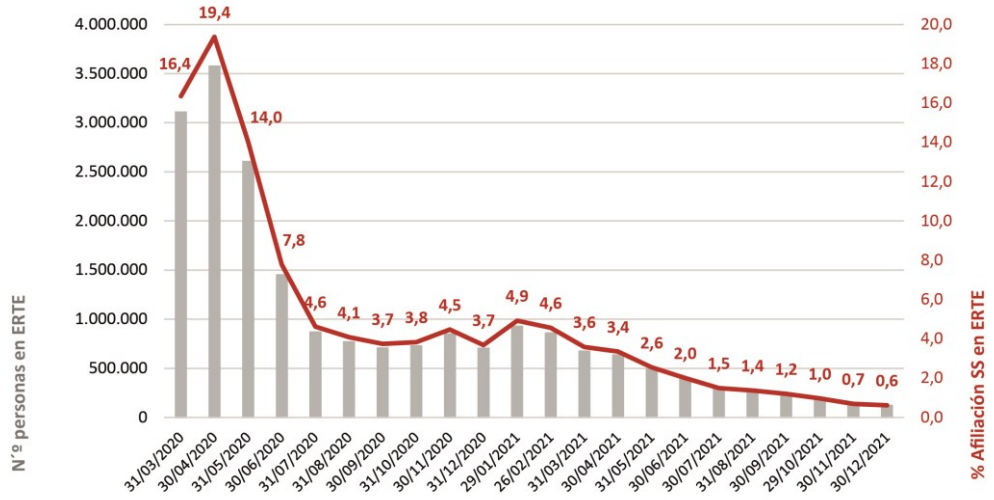
El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, introduce los ERTEs como medida de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad, para evitar despidos. Medidas que son prorrogadas mediante Acuerdos Sociales en Defensa del Empleo, firmados entre el Ministerio de Trabajo y Economía Social y los interlocutores sociales en sucesivas ocasiones[2].

Durante estos dos años, los ERTEs se han alzado como instrumentos esenciales para contener la caída del empleo, adaptándose en cada momento a la pandemia y a las medidas para frenarla (Malo, 2021), y priorizando así la flexibilidad interna frente a la externa. Al igual que en gran parte de los países de la Unión Europea (ETUI Y ETUC, 2020; Müller y Schulten, 2020; OECD, 2020; Eurofound, 2021b), estas figuras jurídicas han absorbido desde marzo de 2020 gran protagonismo, gracias al apoyo que le han conferido los poderes públicos y los interlocutores sociales. Desde el inicio de la pandemia, están sirviendo como pilar del mantenimiento de empleo y empresas, de salarios y consumo, tratando de lograr como objetivo macroeconómico el freno del paro y una menor destrucción de actividad económica (Ruesga y Viñas, 2021a, 2021b).

Este sistema de protección ha llegado a dar cobertura a casi 3,6 millones de personas, cerca del 20 por cien de las afiliadas a la Seguridad Social (datos de abril de 2020, en el pico de la pandemia). Un porcentaje que, tras la desescalada en los meses de verano de ese año, se mantiene por debajo del 4 por ciento, con un leve repunte en noviembre debido a la incidencia de la segunda ola de la pandemia y otro en enero de 2021 tras la tercera ola. Desde el verano de 2021, los valores van descendiendo paulatinamente hasta situarse a fin de año en el 0,6 por ciento, con un volumen total de acogidos a ERTE de 122.672 personas (figura 5).

[2] I Acuerdo en el RDL 18/2020 de 12 de mayo; II plasmado en RDL 24/2020 de 26 de junio; III con el RDL 30/2020, de 29 de septiembre; IV Acuerdo, en el RDL 2/2021, de 26 de enero, que permite prorrogar los ERTEs hasta el 31 de mayo de 2021; V en el RDL 11/2021, de 27 de mayo, hasta el 30 de septiembre; y último Acuerdo hasta la fecha, recogido en RDL 18/2021, de 28 de septiembre, hasta el 28 de febrero de 2022. A fecha de cierre de este artículo, se conoce que a través del Dialogo Social, se ha ampliado el plazo de esta normativa hasta el 31 de marzo de 2022.

Figura 5. Personas afiliadas en situación de ERTE, abril 2020 a diciembre de 2021. Total, y porcentaje sobre afiliación total.



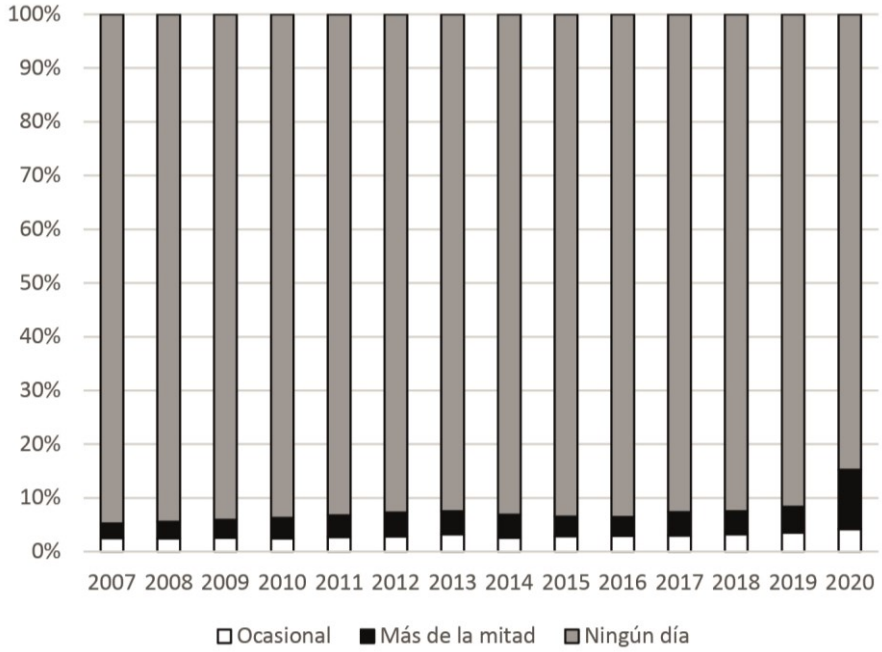
Fuente: Elaboración propia a partir de Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

Un apoyo que se ha concentrado en los sectores de actividad más afectados por la pandemia, por las medidas de restricción y por la caída de la demanda, y que no considerándose esenciales ni poder ajustarse vía teletrabajo, los ERTEs han constituido la única salida de sostenimiento del empleo. Han sido fundamentalmente actividades de servicios con baja intensidad de conocimiento, vinculadas al turismo y al ocio (hostelería, ocio y entretenimiento, agencias de viajes, …), junto a comercio y transporte, las que han concentrado los recursos destinados a los ERTEs a lo largo de estos dos años.

3.3. EL TELETRABAJO

El tímido avance del teletrabajo que se vislumbraba en España desde 2015, con un máximo en 2019 (8,3 por ciento del empleo ocasional o habitual), salta en 2020 al 15 por ciento, con 10 de cada 100 personas empleadas teletrabajando más de la mitad del tiempo (figura 6).

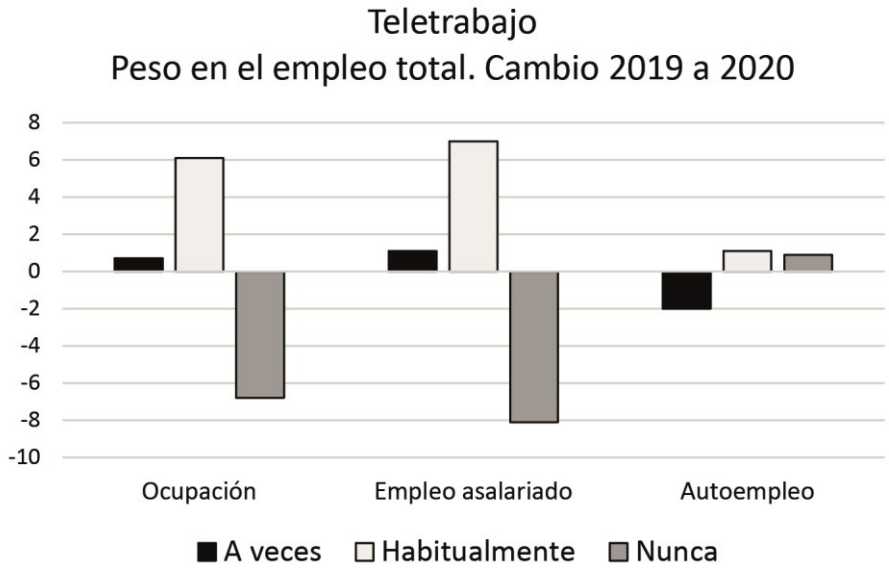
Figura 6. Ocupación por frecuencia con la que se trabaja en el domicilio particular. Peso sobre el total de ocupación, en porcentaje, España 2007-2020.



Fuente: Encuesta de Población Activa, INE.

Entre ambos años, el porcentaje de personas ocupadas que teletrabaja a veces o habitualmente asciende de un 8,3 por cien a 15,1, rebajándose la proporción de empleados que nunca trabaja desde el domicilio. Esta tendencia es más acusada en el empleo asalariado, donde en 2019 sólo 2,5 personas de cada 100 teletrabajaba habitualmente, frente a 9,5 en 2020 (figura 7).

Figura 7. Personas ocupadas trabajando desde el domicilio, por situación profesional. Peso sobre el total de ocupación. Cambio de 2019 a 2020 (en puntos porcentuales).



Fuente: Eurostat.

En estos dos años se ha producido cierta aproximación hacia los estándares europeos, aunque la convergencia está aún lejos (Eurofound, 2020). Los datos señalan que, en 2019, en la Unión Europea un 14,4 por cien del empleo se realizó mediante teletrabajo, un porcentaje que en España se situó en un 8,3 por ciento. En 2020, las cifras suben hasta el 20,6 en la Unión y el 15,1 en España (Eurostat); a pesar del salto, aún cinco puntos por debajo.

Parte del origen de esta distancia se encuentra en a las dificultades relativas a la especialización sectorial de España, donde se estima que entorno al 75 por cien del trabajo no puede llevarse a cabo desde el domicilio (Bote Álvarez-Carrasco, 2021). Dingel y Neiman (2020) y Eurofound (2020) coinciden en señalar que la posibilidad de teletrabajar en España alcanzaría al 32 por ciento. Un valor por debajo de la media y lejos de los máximos de Luxemburgo (en torno a un 55 por ciento) y otros países del norte de Europa (que superarían un 40 por ciento).

Peiró y Soler (2020) cuantifican en España el potencial del teletrabajo, analizando las posibilidades de teletrabajar por sectores de actividad y ocupación. En el primer caso, las probabilidades son bajas en el sector agrícola y la construcción. En la industria las posibilidades oscilan entre el casi 30 por ciento de las químicas y el cercano a 10 de la madera y corcho. La horquilla para las ramas de servicios permite diversas interpretaciones entre actividades de mercado (con un 21,4 por ciento de probabilidades) y públicas (más elevado, con un 36 por ciento de potencial). El máximo lo ostenta la intermediación financiera, seguido de inmobiliarias y servicios empresariales y de educación y sanidad. Lejos se encuentran transporte y comunicaciones, comercio y en el mínimo valor la hostelería.

Los autores reflejan cómo las ventajas respecto al teletrabajo se concentran en el grupo de directivos (100 por cien), de técnicos y profesionales científicos e intelectuales y las ocupaciones contables, administrativas y otras de oficina. Por debajo los técnicos y profesionales de apoyo y con las menores posibilidades de teletrabajo los artesanos y trabajadores cualificados de las industrias manufactureras y la construcción (un 3 por ciento). Sin posibilidad de teletrabajar se sitúa la restauración, servicios personales y ocupaciones elementales, entre otras ocupaciones.

Resultados similares sobre el potencial del teletrabajo en cuanto a las diferencias existentes por rama de actividad y ocupación, se pueden consultar para el conjunto de la Unión Europea en Eurofound (2020). Actividades productivas, industriales y de servicios, de menor intensidad tecnológica y de conocimiento, y ocupaciones con niveles inferiores de cualificación han quedado al margen del paraguas del teletrabajo. En España, como en Europa, esta transición está ampliando una brecha digital (*digital divide*), separando el empleo por niveles educativos y ocupaciones, con grandes diferencias en empleo, salarios y condiciones laborales (Eurofound, 2020). En este sentido parte de las personas participantes en el mercado laboral, sin posibilidades de teletrabajar, tendrían la categorización de "*outsiders*[3] digitales", de manera que la imposibilidad de teletrabajar estaría condicionando su mantenimiento en el empleo.

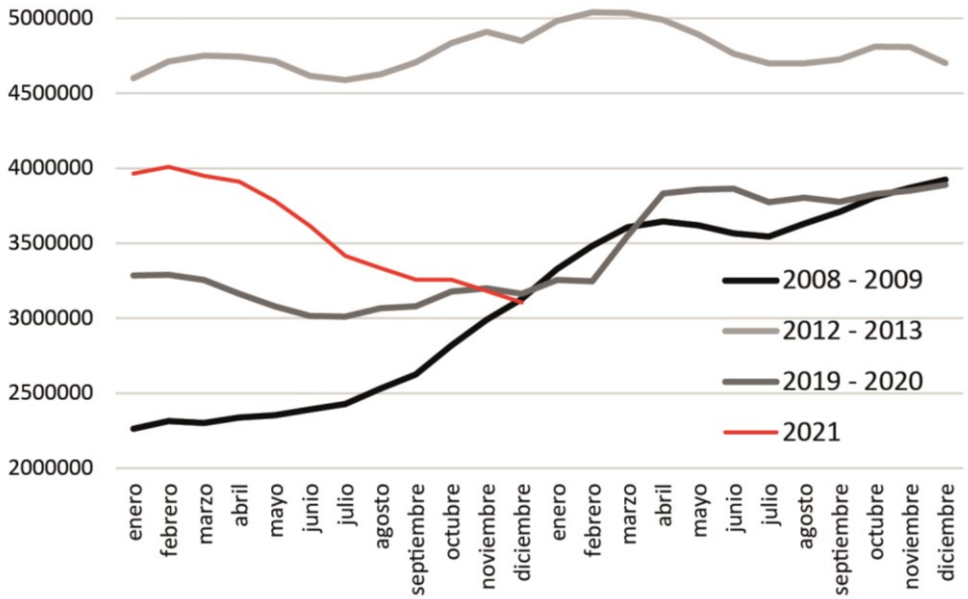
4. LA OTRA CARA: EL DESEMPLEO

Por último, es necesario cuantificar el fenómeno del desempleo a lo largo de estos dos años, y describir qué ha sucedido con quienes no han estado protegidos por los elementos analizados hasta aquí y se encuentran en una situación de desempleo.

En una primera lectura es necesario resaltar que la menor destrucción de empleo en esta crisis está llevando aparejado una contención en el aumento del desempleo, tanto en volumen como en tasa. La evolución del registro del paro a lo largo del periodo de pandemia muestra cómo el número de personas en desempleo se incrementó de forma más acusada al inicio, un aumento que se mantuvo durante los meses de confinamiento estricto, desde marzo hasta mayo. Desde entonces, la reapertura de actividades con el proceso de desescalada, y a pesar de las sucesivas olas y restricciones, impulsan una trayectoria de estabilización en las cifras del paro que ya anticipaba un menor impacto sobre el empleo que en crisis anteriores (figura 8), tanto en lo referente a la duración del periodo de destrucción de empleo (que sería, de momento, de menor amplitud que en la crisis de 2008-2009), como en el volumen de personas desempleadas (considerando los máximos alcanzados durante la recaída sufrida en el empleo por la recesión de 2012-2013).

[3] El enfoque entre *insiders y outsiders* suministra una amplia variedad de divisiones (Lindbeck y Snower, 2001), entre la que en este trabajo se considera la derivada de la división digital o entre quienes se encuentran no empleados, como se analiza en el siguiente punto.

Figura 8. Paro registrado en España, 2008-2009, 2012-2013 y 2019-2020 y 2021.



Fuente: Ministerio de Trabajo y Economía Social.

La tasa de desempleo máxima se manifiesta en el tercer trimestre de 2020, con un 16,3 por ciento, inferior a la contabilizada en 2009 y cerca de 10 puntos más baja que en 2013. Su evolución a lo largo de la pandemia es, además, favorable, con descensos desde ese trimestre hasta el último contemplado, situándose en un valor similar al logrado en 2019. Unos números que reflejan la diferente respuesta dada en esta crisis frente a la Gran Recesión.

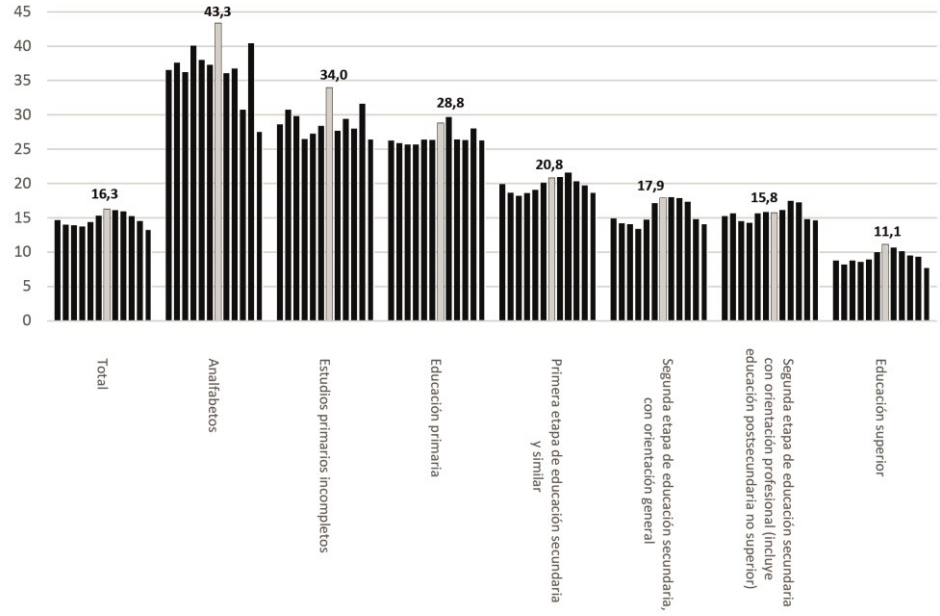
La destrucción de empleo y el volumen de paro son, por tanto, de menor alcance que en recesiones previas, pero una segunda lectura permite observar que la generación de desigualdades se agrava para quienes a lo largo de la pandemia se han encontrado fuera del empleo. Personas que han sido expulsadas del mercado laboral por la vía de la flexibilidad externa, en especial quienes han finalizado contratos temporales (Malo, 2021) (a pesar de la mayor protección de los ERTEs vía flexibilidad interna en este ámbito[4]), jóvenes en busca de un primer trabajo (la tasa juvenil de paro sube más de 5 puntos entre 2019 y 2020, hasta el 38 por cien), personas en desempleo de larga duración (38 de cada 100 buscando empleo durante más de 1 año), además de aquellas en desempleo oculto (bajo la inactividad, aunque potencialmente activas, donde se encuentra más de medio millón). Y, de manera transversal, son las mujeres las que presentan un mayor peso en estos grupos (en 2020, 52 de cada 100 en paro son mujeres, y una tasa femenina que llega al 17,4 por cien, 4 puntos por encima de la masculina). En definitiva, personas que afrontan mayores dificultades de búsqueda y oportunidades de acceder a un puesto, y que han sido objeto de atención y análisis desde diferentes aproximaciones[5].

[4] El esfuerzo de algunos países europeos para incorporar el trabajo temporal en los esquemas de protección vía ERTE y limitar los despidos de empleos inestables, como también ha hecho España, ha evitado tanto una mayor pérdida de ocupación, como un volumen más elevado de desempleo (Ruesga y Viñas, 2021a y 2021b). Según datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones alrededor de un 22 por ciento de las personas en ERTE posee un contrato temporal, frente al 78 que tiene contrato indefinido.

[5] Diversos trabajos coinciden en la posición más vulnerable de mujeres y jóvenes, entre otros colectivos, en Europa (Jestl y Stehrer, 2021) y España (Alujas, 2021; Llorente, 2020).

Las distancias son significativas al contemplar la tasa por niveles educativos, dando prueba de la protección que han implicado los elementos de sostenimiento del empleo en algunos grupos de trabajadores de actividades y ocupaciones específicas. Pero, fuera de estos paraguas, la población con menor nivel educativo ha sufrido las consecuencias de la pandemia (figura 9), siendo más vulnerable ante las medidas de flexibilidad externa adoptadas por las empresas. Así se refleja en las tasas de desempleo de la población con niveles de formación inferiores, tanto en lo que respecta a la sensibilidad de los datos del paro en determinados trimestres, como en la magnitud que alcanzan las cifras.

Figura 9. Tasas de desempleo por nivel de formación alcanzado en España. Trimestres 2019 a 2021 (en porcentaje sobre población activa).



Fuente: EPA, INE.

Como se analiza en Ruesga y Viñas (2021a), parte del impacto de la pandemia sobre el desempleo está siendo inevitable, teniendo en cuenta la existencia de grupos que no han podido beneficiarse de los instrumentos aquí analizados y podrían considerarse, desde esta perspectiva, *outsiders* en el mercado laboral.

5. REFLEXIONES E IMPLICACIONES PARA LAS POLÍTICAS

Del balance del mercado laboral realizado tras dos años de pandemia, se divisan algunas cuestiones que merecen una reflexión con la vista puesta en el escenario pospandemia. Siguiendo las argumentaciones expuestas, la generación de empleo de calidad y su sostenimiento, no dependerá exclusivamente de un factor, sino que varios elementos deberán complementarse para tejer un completo sistema de apoyo al empleo ante el panorama del mercado de trabajo que está dejando la pandemia.

En primer lugar, sin grandes expectativas de profundizar aquí sobre el valor de las políticas públicas y de los servicios públicos, estos dos años han evidenciado la necesidad de invertir en actividades y empleos vinculados a sectores esenciales de naturaleza pública como sanidad, educación, servicios sociales y de gestión. En España, potenciar estos sectores quedará a la voluntad política de los Gobiernos, nacional y regionales, y de sus decisiones presupuestarias y fiscales, en el

nuevo marco que apunte la Unión Europea en su previsible vuelta al Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC), tras la actual suspensión.

Una segunda reflexión se refiere al mantenimiento de los ERTEs como vía preferente de ajuste de las empresas ante un choque económico. La flexibilidad interna que otorgan estos instrumentos ha permitido sostener el empleo (los salarios, el consumo y las empresas) de buena parte de sectores que por sus características no han podido operar (sectores no esenciales o afectados por restricciones y sin potencial de teletrabajo). El resultado en términos de empleo ha sido muy diferente del obtenido en la Gran Recesión, cuando la principal vía de ajuste fue la flexibilidad externa.

La extensión de estos mecanismos, negociada en el espacio del diálogo social, les ha conferido un protagonismo hasta ahora desconocido en España. Su éxito ha conducido a incluir estas herramientas en la reforma laboral acordada también en el diálogo social y publicada en el *Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.* La permanencia de los ERTEs queda así regulada en el mercado de trabajo español, con la confianza de que sirvan de escudo y protección en crisis venideras, anteponiéndose a las medidas de flexibilidad externa habitualmente empleadas por las empresas hasta 2020.

También el Gobierno se ha visto empujado por la pandemia y el auge del teletrabajo a establecer una regulación que se ha materializado en el *Real Decreto-ley 28/2020 de trabajo a distancia*. Pero queda por descifrar si se producirá un cambio estructural en el uso del teletrabajo, tanto por parte de empresas y Administraciones Públicas, como de los mismos trabajadores, que permita aprovechar las ventajas que implica de cara a los retos futuros (García Delgado 2020). Eurofound estima que una de cada cinco personas asalariadas en Europa continuaría teletrabajando en un escenario sin coronavirus. En España, algo más de tres cuartas partes considera que es una buena forma de organizar y realizar el trabajo (CIS, Estudio nº 3298 Octubre 2020), un 62,3 por cien cree que es positivo para las empresas, pero sólo un 28,8 cree que aumentará en el futuro (CIS, Estudio nº 3316 Marzo 2021). Existen, por tanto, dudas sobre la capacidad de la normativa desarrollada durante la pandemia para fomentar que el tejido empresarial mantenga el teletrabajo.

En todo caso, los cambios sucedidos durante la pandemia implican en sí una aceleración del proceso de digitalización de la actividad económica y el empleo (Muñoz de Bustillo y Fernández Macías, 2021). Y como muestra el informe del Índice de la Economía y la Sociedad Digitales (DESI) (Comisión Europea, 2021a), se espera un avance de este proceso de digitalización en España a diferentes niveles, propiciado por el Plan de Transformación, Recuperación y Resiliencia y su apoyo a la transición digital. Este mismo Plan deberá servir de impulso a la empleabilidad de *outsiders* digitales. No hay que olvidar que el teletrabajo durante la pandemia ha servido de propulsor de la digitalización, pero su impacto no ha sido homogéneo en el mercado de trabajo (De la Torre y Pérez Ortiz, 2021).

Todo lo anterior deberá complementarse con el fortalecimiento de las políticas destinadas a las personas sin empleo. La implementación de recursos y medidas destinadas a evitar el deterioro de su empleabilidad deberá colocarse con urgencia en la agenda política, siguiendo las indicaciones de la Comisión Europea (2021b), en su *Recomendación 2021/402 de 4 de marzo de 2021*, donde hace hincapié en la necesidad de efectuar medidas de apoyo activo al empleo en los Estados miembros. Por ello, las políticas activas de empleo en España deberán reforzarse, mejorando las oportunidades de quienes están fuera del empleo, y con especial vigilancia para las personas con menor nivel de cualificación (buena parte jóvenes, mujeres y trabajadores de más edad), y con más necesidades de servicios de orientación, formación y programas de empleo (Alujas, 2021; Ruesga y Viñas, 2021a y 2021b). De nuevo, los fondos europeos encauzados a través del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, mediante el componente 23, suponen un marco financiero que permitirá trabajar en esta dirección.

Asimismo, cabe esperar que la recién publicada Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo[6] desarrolle la voluntad política del actual Gobierno y de las Comunidades Autónomas de invertir en el proceso de transformación y guiar la modernización de las políticas activas de empleo y de los servicios públicos de empleo en el país. En este marco, los Planes Anuales de Políticas de Empleo de cada año deberán articular los servicios y programas necesarios para lograr esa necesaria transformación que plantea la Estrategia. Y también en este terreno deberán tener un impulso destacado la transición digital y la transición ecológica.

Precisamente, las previsiones realizadas por Jestl y Stehrer (2021) en cuanto a la recuperación del empleo en Europa para diferentes escenarios, señalan una dinámica positiva en España, incluso en el peor de estos escenarios. Las estimaciones de los autores se refuerzan al incluir en el modelo el impacto de los fondos del Plan de Transformación, Recuperación y Resiliencia y su aplicación en el país, impulsando sobre todo el empleo de las ramas ligadas a la transición verde (extractivas, energía y actividades de residuos y descontaminación).

Es aún una incógnita si la pandemia y las respuestas políticas servirán de punto de inflexión hacia un modelo distinto en España, más similar al europeo, donde tomen mayor protagonismo el empleo público esencial y las ocupaciones y actividades de mayor nivel de conocimiento y tecnológico. Pero de las reflexiones anteriores se vislumbra que los deberes involucran tanto a las Administraciones Públicas como a las empresas, que deberán saber aprovechar el papel esencial que va a jugar el Plan de Transformación, Recuperación y Resiliencia en el escenario postcovid.

6. REFERENCIAS

ALUJAS RUIZ JA (2021): Efectos del COVID-19 sobre el empleo en España: análisis de las diferencias respecto al inicio de la crisis de 2008. *Revista de Estudios Empresariales. Segunda época.* Número 3, Pg. 4-23. https://doi.org/10.17561/ree.n2.2021.6569

BOTE ÁLVAREZ-CARRASCO V (2021): Teletrabajo y ERTEs, protagonistas del mercado de trabajo en un año aciago. *Economistas* volumen 172/173, extra, Pg. 161-169.

CIS (2020 y 2021): *Estudio nº 3298* Octubre 2020, *Estudio nº 3316* Marzo 2021.

COMISIÓN EUROPEA (2021a): Índice de la Economía y la Sociedad Digitales (DESI) 2021.

COMISIÓN EUROPEA (2021b): Recomendación UE 2021/402 de la Comisión de 4 de marzo de 2021, sobre un apoyo activo eficaz para el empleo tras la crisis COVID-19 (EASE).

DE LA TORRE E, PÉREZ ORTIZ L (2021): *Los efectos de la revolución digital en el futuro del trabajo*, Fundación Alternativas.

DINGEL JI, NEIMAN B (2020): How many jobs can be done at home? *White Paper: Becker Friedman Institute.*

ETUI, ETUC (2020): *Benchmarking Working Europe*, Brussels, ETUI.

EUROFOUND (2020): Teleworkability and the COVID-19 crisis: a new digital divide? *Living, working and COVID-19.*

EUROFOUND (2021a): *Telework, ICT-based mobile work in Europe: Trends, challenges and the right to disconnect*. Oscar Vargas, EMCO virtual meeting.

EUROFOUND (2021b): COVID-19: Implications for employment and working life, *COVID-19 series, Publications Office of the European Union*, Luxembourg.

FANA M, TORREJON PEREZ S, FERNANDEZ-MACIAS E (2020): Employment impact of COVID-19 crisis: from short term effects to long terms prospects *Journal of Industrial and Business Economics* (2020) 47, Pg. 391-410. https://doi.org/10.1007/s40812-020-00168-5

[6] El BOE de 7 de diciembre de 2021 publica el Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la *Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024*.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ MJ (2021): Impacto sectorial de la COVID-19 según el contenido tecnológico y el nivel de cualificación. Economistas volumen 172/173, extra. Pp. 140-147.

GARCÍA DELGADO JL (2020): La apuesta por el Teletrabajo: una realidad social que se impone. Ventajas e inconvenientes, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum* nº25, 4º Trimestre 2020, Pg. 253-266.

GOBIERNO DE ESPAÑA (2021): Plan de recuperación, transformación y resiliencia. 30042021-Plan_Recuperacion_ Transformacion_ Resiliencia.pdf (lamoncloa.gob.es)

INE: https://www.ine.es/covid/covid_sociodemo.htm

JESTL S, STEHRER R (2021): EU Employment Dynamics: The Pandemic Years and Beyond (October 4, 2021). *ETUI Research Paper* 2021.09, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3935804

LINDBECK A, SNOWER DJ (2001): Insiders versus Outsiders. *Journal of Economic Perspectives,* Volume 15, Number 1, Winter 2001, Pg. 165-188.

LLORENTE HERAS R (2020): Impacto del COVID-19 en el mercado de trabajo: un análisis de los colectivos vulnerables. *Instituto Universitario de Análisis Económico y Social,* Documento de Trabajo 02/2020. ISSN: 2172-7856

MALO MA (2021): El empleo en España durante la pandemia de la COVID-19. *Panorama social,* Nº 33, Pg. 55-73.

MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES: https://www.inclusion.gob.es/es/covid19/seguridad-social/datos/index.htm

MÜLLER T, SCHULTEN T (2020): Ensuring fair short-time work - a European overview. *ETUI Policy Brief European Economic, Employment and Social Policy* - N° 7/2020.

MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE R, FERNÁNDEZ MACÍAS E (2021): Modelo productivo, empleo y calidad de empleo. Claves de un futuro pospandémico. *Panorama Social*, nº 34, segundo semestre, Pg. 29-45.

OECD (2020): Job Retention Schemes During the COVID-19 Lockdown and Beyond. *Tackling coronavirus COVID-19. Contributing to a Global Effort.*

PEIRÓ JM, SOLER A (2020): *El impulso al teletrabajo durante el COVID-19 y los retos que plantea*. IvieLAB, Generalitat Valenciana.

RUESGA S, MARTÍN NAVARRO JL, PÉREZ ORTIZ L (2010): ¿Sirve en España el Modelo Alemán? *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213-0750, Nº 104, Pg. 175-204.

RUESGA S, VIÑAS AI (2021a): El uso de medidas de flexibilidad interna ante la crisis COVID-19. Impacto sobre la temporalidad y el desempleo en España. *Revista Temas Laborales* Nº 157, 2021, Pg. 245-264.

RUESGA S, VIÑAS AI (2021b): Desempleo y ERTEs: un dilema para España ante la pandemia de COVID-19. *Economía UNAM*, vol. 52, Pg. 87-106.

Clásicos de la Seguridad Social

Laborum

nº 31 (2º Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 - ISSNe: 2387-0370

MAXIMILIANO ARBOLEYA MARTÍNEZ (1870-1951): El catolicismo social avanzado: la política de reforma social desde la democracia cristiana

MAXIMILIANO ARBOLEYA MARTÍNEZ (1870-1951): Advanced social catholicism: the politics of social reform from the perspective of christian democracy

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

Cita sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. "MAXIMILIANO ARBOLEYA MARTÍNEZ (1870-1951): El catolicismo social avanzado: la política de reforma social desde la democracia cristiana". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 31 (2022):* 289-312.

"El sufrimiento se halla aquí por casualidad
Y somos el suelo donde todo se ha edificado
Y estamos en cualquier parte
Donde se eleva el cielo de los demás.
Allí donde negarse a vivir es inútil".

Paul ELUARD[1]

1. ELEMENTOS DE UNA BIOGRAFÍA INTELECTUAL

Maximiliano Arboleya (Pola de Laviana, Asturias, 9 de octubre de 1870-Meres, Concejo de Siero, Asturias, 19 de enero de 1951), canónico y deán de la catedral de Oviedo, sobrino del obispo dominico Ramón Martínez, Arboleya Martínez, fue un reformador social y fundador de los "sindicatos independientes" de inspiración católica. Es una de las grandes personalidades del catolicismo social y de los inicios de la democracia cristiana en España. Fue al mismo tiempo un pensador (constructor y artífice de teorías sociales) y un hombre de acción social. Defensor de las ideas sociales en la democracia y crítico con el integrismo católico y en general un gran polemista frente a las ideologías del liberalismo social krausista y del socialismo. Pertenece a la corriente del catolicismo social "progresista" y "avanzado" y estuvo fuertemente comprometido con la Democracia Cristiana y la acción social, en una perspectiva coherente con la defensa de la justicia social de manera inseparable respecto de la defensa de los principios democráticos, en contraposición a los católicos sociales conservadores. Arboleya era un luchador de la acción social que creía sinceramente en la viabilidad de un sindicalismo social católico de masas. Su propuesta "sindicalista" era más ambiciosa que la que estaba llevándose a cabo de los "Círculos Obreros" a impulso del Padre Vicent[2]. Su posición nunca fue radical buscando soluciones intermedias desde la

[1] ELUARD, P.: *El amor y la poesía (1929),* trad. de Manuel Álvarez Ortega, Madrid, Visor Libros, 3ª ed., 1997, pág. 47.
[2] Ya en su libro, ARBOLEYA MARTÍNEZ, M.: *Liberales, Socialistas y Católicos ante la cuestión social,* Valladolid, Imprenta y Librería Cat. de José Manuel de la Cuesta, 1901, pp. 61 y s., Arboleya defendió la creación de sindicatos independientes de trabajadores.

defensa de la justicia social y el régimen democrático[3]: un verdadero luchador en la apuesta por este doble objetivo que dio sentido a su vida activa.

En 1884 ingresó en el seminario diocesano de Oviedo cursando en él dos años de Humanidades, tres de Filosofía y cuatro de Teología. Se vincularía después al "Ateneo Asturiano". Estuvo becado por la Diócesis al Pontificio Colegio Español de Roma. En Roma -a la que se trasladó en octubre de 1893- obtuvo en tres cursos los títulos de Licenciado en Sagrada Teología por la Universidad Gregoriana y Doctor "in utroque jure" por el Pontificio Seminario de San Apolinar. Hizo estudios especializados en Griego y Arqueología. En Roma recibió igualmente casi todas las órdenes sagradas, aunque el prebisterado se lo confirió el padre Martínez Vigil el día 20 de julio de 1895 en la capilla de su palacio episcopal de Oviedo. Tuvo un su pensamiento una gran influencia las doctrinas de León XIII, que le abrieron nuevos horizontes reflexivos y críticos. Es así que la vocación sacerdotal y la vocación social que descubrió quedaron en él indisociablemente unidas[4]. En Roma conoció al sociólogo Monseñor Portier, el cual había sido llamado por León XIII para impartir enseñanza de sociología en el Instituto que lleva su nombre. Sus primeras publicaciones reflejan ya un fuerte sentido social y sus planteamientos innovadoras se reflejan en su libro *Liberales, socialistas y católicos ante la cuestión social"* (1901). En ella, frente a las soluciones postuladas en los "círculos obreros" (del Padre Vicent), defenderá el asociacionismo profesional[5], el sindicalismo independiente de trabajadores, como instrumento más adecuado para la solución de los problemas sociales. Dirigiría también el periódico local, "El Carbayón", en cuyas páginas se reflejaría su pensamiento social católico. En 1902 fundaría adicionalmente el periódico semanario "El Zurriago Social", en el que se trata de la cuestión social y se pretendía contrarrestar la influencia de las doctrinas socialistas y republicanas en las clases trabajadoras. Participaría, además, en otros muchos periódicos, llevando a cabo una extraordinaria labor de propagandista de la acción social.

De propagandista social pasaría a ser impulsor y organizados de sindicatos obreros. Pensionado por la Junta de Ampliación de Estudios, realizó en 1913 un viaje por Europa a fin de conocer las acciones sociales que se estaban emprendiendo en los países más avanzados del momento. A partir de ahí desplegaría una amplia labor de difusión, con la dirección del Sindicato Obrero Independiente (1913), que culminaría en la fundación de los Sindicatos Independientes ("Estatutos del sindicato obrero independiente", presentados en el Gobierno Civil de Oviedo el 17 de octubre de 1913) y la creación de la Casa del Pueblo, que sería la sede de la Federación diocesana de Sindicatos Agrícolas (creada también en 1913). Fundó la Federación Asturiana Católico-Agraria. En el año 1922 el obispo de Oviedo, Juan Bautista Luis Pérez, le nombra director de la Federación Diocesana de Sindicatos Agrarios a Maximiliano Arboleya, nombrándolo también deán del cabildo catedralicio en 1923; también por el mismo obispo. Este mismo año Maximiliano Arboleya organiza la Federación Asturiana Católico-Agraria, la cual llega a acoger a medio centenar de sindicatos agrícolas de todo el Principado y edita la revista Asturias Agraria. La Federación Diocesana de Sindicatos Agrarios agrupa a sindicatos obreros independientes, integrados exclusivamente por obreros de todas clases. El Sindicato Obrero Independiente de Oviedo, "se constituye única y exclusivamente para defender los intereses sociales de todo género y particularmente los económicos de los asociados por todos los medios que las leyes permitan

[3] BENAVIDES GOMEZ, D.: *Maximiliano Arboleya (1870-1951): un luchador social entre las dos Españas*, Madrid, 2003. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L.: "Arboleya Martínez, Masimiliano (1870-1951), en *Diccionario crítico de Juristas Españoles, Portugueses y latinoamericanos,* Vol. II (=tomo 4º de la colección), MANUEL J. PELÁEZ (Director, editor y coordinador), Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Málaga, Barcelona-Zaragoza, Impreso en Zaragoza-Talleres Editoriales Cometa, 2012, pp. 48-57.

[4] BENAVIDES GÓMEZ, D.: *El fracaso social del catolicismo español 1870-1951*, Barcelona, Editorial Nova Terra, 1973, p. 20.

[5] No deja de ser significativo que un católico social conservador reformista como Eduardo Sanz y Escartín, fuese también un acérrimo defensor decidido y coherente del asociacionismo libre de trabajadores. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *El catolicismo social conservador: Eduardo Sanz y Escartín,* Granada, Ed. Comares, 2010, pp. 68 y ss., y 116 y ss. *passim.*

utilizar" (art. 1º de los "Estatutos"). En cuanto a su ideario se afirma que "el Sindicato obrero independiente atento únicamente a mejorar por los medios posibles las condiciones de vida de los socios, nada hará que sea contrario o redunde en daño de los que considera principios fundamentales de la sociedad: la propiedad privada, la familia y la Religión Católica con sus dogmas y principios de moral" (art. 13º de los "Estatutos"). Al servicio de este tipo de sindicalismo obrero independiente, pero confesional, se dirigió la Casa del Pueblo de Oviedo y se creó el órgano de difusión "Justicia Social" (el primer número apareció el 20 de noviembre de 1915). Para el despliegue de su actividad de acción social, Arboleya -como también Gafo, Gerard y Severino Aznar, situados, por entonces, en la línea progresista o más avanzada del catolicismo social- habían contado con la simpatía y el apoyo del Cardenal Victoriano Guisasola (1852-1920), y con su fallecimiento se recrudecieron las tensiones ya existentes con los sectores tradicionalistas y más conservadores de la Iglesia Católica.

En 1919 se creó el "Grupo de la Democracia Cristiana", Arboleya será uno de sus promotores -aunque el artífice principal fue sin duda Severino Aznar-. La persona encargada de elaborar los aspectos sociales y asociativo-profesionales del proyecto de programa de acción social del Grupo fue precisamente Maximiliano Arboleya. El Manifiesto acompañado del Programa fue publicado con la firma de de personalidades de gran prestigio en la acción social católica (el propio Maximiliano Arboleya -Canónico apologista de Oviedo-, Serverino Aznar -Catedrático de la Universidad de Madrid-, José Calvo Sotelo -diputado a Cortes, y profesor de la Universidad de Madrid, Amando Castroviejo -Catedrático de Santiago-, Francisco José Gafo -dominico-, Juan de Hinojosa -publicista-, Inocencio Jiménez -Catedrático de la Universidad de Zaragoza-, Luís Jordana de Pozas -Catedrático de la Universidad de Valencia-, José Latre -publicista-, Álvaro López Nuñez -Secretario General del Instituto Nacional de Previsión-, Salvador Minguijón -Catedrático de la Universidad de Zaragoza-, Juan Reig y Genovés -miembro del Instituto de Reformas Sociales-, Pedro de Sangro y Ros de Olano -miembro del Instituto de Reformas Sociales-, José María Zumalacárregui -Catedrático de la Universidad de Valencia, etcétera. Miembros del Consejo Ejecutivo del Grupo serían Severino Aznar (Presidente), Castroviejo y Jiménez (Vicepresidentes), López Nuñez (Bibliotecario), Albó (tesorero), P. Ibeas (Secretario), Morán (vocal-vicetesorero), Sangro y Ros de Olano (Vocal-Vicesecretario), y Arboleya Martínez (publicaciones) y Llovera. Este grupo organizaría las "Semanas Sociales", las cuales incorporaban reflexiones y propuestas de reforma de la legislación sociolaboral. Paradigmáticamente, en el año 1912 se organiza en Pamplona una Semana Social, en las que no sólo aparecen otras personalidades (como Alberto Martín Artajo, Carlos Ruíz del Castillo, el Vozconde de Eza, Alejandro Gallart y el mismo Ángel Herrera Oria), sino que se trata temas sociales como los seguros sociales, el paro, la organización obrera, el problema agrario, el trabajo de la mujer, orientaciones corporativas de la legislación del trabajo, principios y relaciones del Servicio Social, el derecho de asociación, la propiedad privada y sus deberes con la sociedad, las orientaciones sociales de Pío XI, la cuestión de las clases medias y su problemas, "la apostasía de las masas" (de ello se ocupa precisamente Maximiliano Arboleya Martínez)[6], etcétera.

Durante la Dictadura de Primo de Rivera, varios miembros importantes del Grupo también habían colaborado activamente en sus instituciones (Severino Aznar, miembros de la Asamblea Consultiva, Minguijón, el Padre Gafo), otros, sin embargo, mantuvieron una h de oposición (Burgos y Mazo) o de cierto distanciamiento crítico reubicándose en las cuestiones sociales desde una perspectiva crítica (Maximiliano Arboleya). Tras el paréntesis crítico de la Dictadura de Primo de Rivera (que significativamente sí vio nacer al primer partido democristiano español de derechas, el Partido Social Popular, en 1922, algunos meses antes del Golpe de Estado de Primo de Rivera) y los inicios de la Primera República, se reanudan las Semanas Sociales, iniciando un segundo ciclo de reorientación ideología en el movimiento social católico (Semana Social de Madrid, 1933, y

[6] Esta conferencia sería editada ARBOLEYA MARTÍNEZ, M.: *La apostasía de las masas,* Prólogo de Severino Aznar, Barcelona, 1934.

Semana Social de Zaragoza, 1934). En los días 19 y 20 de diciembre de 1935 se creó la "Confederación Española de Sindicatos Obreros" (CESO), en la práctica estrechamente vinculada a la Derecha política. Con la Guerra Civil y la Dictadura franquista, se acaba el período histórico del sindicalismo católico-profesional independiente, y se abre una fase de dilución y absorción de algunos de sus líderes dentro del sindicalismo vertical, corporativo y autoritario, impuesto por el Régimen de la Dictadura franquista (dentro del marco de la Organización Nacional-Sindicalista prevista en el Fuero del Trabajo de 1938, apartado 13; Ley de 26 de enero de 1940, sobre Unidad Sindical).

De este modo, figuras significativas de ese grupo de la democracia cristiana se adhieren al ideario político-social del nuevo régimen autoritario tanto de la Dictadura de Primo de Rivera, como de la Dictadura franquista, tras su radicalización durante la Segunda República y la Guerra Civil. Así, Pedro Sangro y Ros de Olano y Severino Aznar (y otros intelectuales orgánicos que en los orígenes pertenecieron a la democracia cristiana) acabaron por defender -con manifiesta contradicción en sus propios términos- una suerte de "democracia cristiana" *sin* "democracia" política y dentro de un enfoque autoritario en lo político y corporativo en lo social. Defendiendo una pretendida y artificiosa escisión entre la democracia en el campo social y la democracia política, desde presupuestos antidemocráticos. Pensadores como Severino Aznar tienden a "refugiarse" en las cuestiones sociales y con amplias remisiones al pasado, no sin dejar de justificar el régimen franquista y manifestar expresamente su posición adhesiva hacia el mismo[7]. Todos estos intelectuales renunciaron a la premisa política subyacente a la democracia cristiana y siempre apoyaron sin fisuras al régimen autoritario de la Dictadura franquista[8]. Resultan esclarecedoras las reflexiones hechas por Severino Aznar respecto a la compatibilidad de la "democracia cristiana" con el régimen autoritario del franquismo en el marco de una explícita adhesión ideológica al pensamiento social y sindicalista de la Falange y de los principios del Movimiento Nacional. En efecto, Aznar distinguía entre la "democracia política laica" y la "democracia cristiana". Para él la democracia cristiana -la auténtica democracia- es distinta a la democracia laica, individualista e inorgánica, inspirada en la doctrina liberal que no es otra cosa que un naturalismo político que no reconoce a Dios como elemento central de las sociedades humanas. Recogiendo sus ideas, Salvador Minguijón reflexiona estableciendo los rasgos distintivos de ambos tipos de democracia: "La una, la democracia política laica, no tiene otra base que la soberanía absoluta del número…La obra, la democracia cristiana, se basa en principios superiores a la voluntad individual o colectiva y, aunque no pretenda en sus aplicaciones sustraerse a toda discusión serena y fecunda, camina a la luz de las verdades reveladas, pone su ideal más que en lo que el pueblo quiere, en lo que debe querer, en vez de adular al pueblo lo ama y lo protege, le enseña, lo educa y lo moraliza y busca su bien sin levantar tronos de ocasión sobre unas urnas electorales" (nótese el enfoque de teología política subyacente). La una, la democracia liberal, representa el resultado numérico de una voluntad cambiante, sujeta a todos los amaños, a todas las corruptelas, a todas las maniobras, a todas las pasiones del momento, todos los peligros también, voluntad de una mayoría opresora que al día siguiente puede trocarse en una minoría oprimida. La otra, la democracia cristiana, es ajena a la lucha de los partidos y a las predicaciones utópicas que espolean los instintos revolucionarios…"[9]. Adviértase la *redefinición en clave autoritaria y teológico-política del ideario inicial de la democracia cristina.* En esa línea de pensamiento para el mismo Severino Aznar la forma de gobierno queda relegada a un simple medio, "es medio, no fin, y no esencial, sino accidental y variable, según las circunstancias. Si, como ha sucedido en España, se tiene el medio y no sirve para

[7] AZNAR, S.: *Instituto Nacional de Previsión. Recuerdos del tiempo viejo,* Madrid, Publicaciones del INP, 1946, recogido también en AZNAR, S.: *Impresiones de un demócrata cristiano,* cit., pp. 379 y ss.; *Ibid., Estudios religioso-sociales,* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949.

[8] MONEREO PÉREZ, J.: *El catolicismo social conservador,* cit., 2010, p. 34.

[9] MIGUIJÓN, S.: "Prólogo a la Segunda Edición" del libro de AZNAR, S.: *Impresiones de un demócrata cristiano,* cit., pp. 18-19.

el fin, la forma de gobierno es una democracia "full""[10]. Se afirma, así, la *accidentalidad de las formas de gobierno político.* Lo relevante es la democracia cristina, la cual "en rigor no es otro casa que la acción de los católicos encaminada a la difusión teórica y a la incorporación práctica de los principios sociales del catolicismo a las costumbres, a las leyes y a las instituciones, procurando la justicia social para todos, y de un modo especial la elevación social, económica y moral de las clases menospreciadas y necesitadas…Su esencia está en que todas las fuerzas sociales funcionen jerárquicamente, para lograr como fin genérico el bien común y como fin específico el bien más particular de las clases más necesitadas protección" (Ibidem, p. 21). Pero donde aparece más nítida su "reconversión ideológica" es en el Discurso pronunciado en Santander en 1938, en el aniversario del decreto que impuso la unidad política del régimen franquista, intitulado "Por una unidad social"[11]. En él se adhiere al ideario de José Antonio Primo de Rivera, se pronuncia contra la lucha de los partidos, y aboga por la fusión de todos en la Falange Tradicionalista y de las J.O.N.S. La lucha de clases ha de ser sustituida por su colaboración y armonización. "Buscamos -afirma- esa unidad social, esa unidad profesional dando a patronos y a asalariados -los técnicos y empleados son también asalariados- unidad de organización y unidad de programa. *Les damos unidad de organización con el sindicato vertical".* Es una idea de José Antonio "prescrita en los 26 puntos de Falange que poco después el Caudillo Franco elevaba a la categoría de Programa básico nacional". Para él, "sindicato vertical será, por consiguiente, aquel que encuadre en la misma organización *unitaria* a patronos, técnicos y obreros, es decir, a todos los factores humanos que colaboren en una profesión o rama de industria". El sindicato vertical "es igual a sindicato mixto comprensivo de patronos y de obreros". Otra nota esencial y diferencial de los sindicatos verticales frente a los sindicatos puros y de clase es que "han de estar 'al servicio de la integridad económica nacional", de manera que tales sindicatos integradores han "de tener como orientación preeminente y como fin primordial el servicio de la economía nacional y el bien de España". Se convierte, así, el "programa de Falange", en "programa de España". Con todo -afirma- que "los sindicatos verticales darán a la sociedad española la unidad de organización, como la Falange Española Tradicionalista y de la J.O.N.S. se la dará al Estado. El nexo, el vínculo estrecho entre las dos nos darán la España *una* que a gritos pedimos al cantar el *Cara al sol* con la solemnidad de un rito"[12].

Esa idea de "España Una", es intrínsicamente totalitaria y apoyada en una nueva "religión política" (cristalizada en la fórmula de "Estado Nacional-Sindicalista" totalitario). Lo viene a expresar Aznar nítidamente cuando hace notar que "comparando textos de José Antonio (Primo de Rivera) y de Vázquez Mella y (Victor) Pradera, he pedido advertir una maravillosa coincidencia doctrinal en lo político y en lo social. Iguales apóstrofes contra el liberalismo, contra el capitalismo abusivo, contra el comunismo, contra el marxismo, contra las sociedades secretas, contra el laicismo [defensa del Estado confesional], contra el parlamentarismo y el sufragio universal inorgánico, contra las elecciones y los partidos políticos"[13]. Aznar entendía la Unidad de los españoles como "un solo Estado, el Estado Nacional-Sindicalista. Un solo Caudillo, Franco. Un solo Partido, la Falange Tradicionalista y de las J.O.N.S. Una sola Economía, la Economía Nacional, como si fuera un gigantesco sindicato de productores al servicio de la Patria. Una colaboración de clases, que sustituya a la lucha de clases que ha empobrecido y llenado de odio y de ruinas a España. Una sola organización para cada ramo de producción, el Sindicato Vertical. Un solo programa político fundamental, los 26 Puntos de la Falange. Un solo programa social fundamental, el Fuero del Trabajo". Es el mismo Aznar el que había criticado severamente al régimen del fascismo italiano en Mayo de 1924[14].

[10] Entrevista en el periódico madrileño *Pueblo,* recogidas en Prólogo a la segunda edición de Salvador Minguijón a *Impresiones de un demócrata cristino,* cit., p. 21.
[11] Texto recogido en AZNAR, S.: *Impresiones de un demócrata cristiano,* cit., pp. 251 y ss.
[12] AZNAR, S.: *Impresiones de un demócrata cristiano,* cit., pp. 255-257
[13] AZNAR, S.: *Impresiones de un demócrata cristiano,* cit., p. 260.
[14] AZNAR, S.: *Impresiones de un demócrata cristiano,* cit., pp. 263-264, pp. 28 y ss., respectivamente.

Toda esa evolución autoritaria de la mayoría del originario "Grupo de la democracia cristiana", paradigmáticamente reflejadas en el desarrollo del pensamiento de Severino Aznar, es trascendental para comprender el contexto inequívocamente adverso en el que se tuvo que mover Arboleya, el cual, evidentemente, no profesaba ese ideario totalitario y quedó completamente marginado y en la práctica "recluido" en Meres, Concejo de Siero, Asturias, hasta la fecha de su muerte, el 19 de enero de 1951. Él mantuvo hasta el final, los presupuestos ideológicos de la democracia cristiana, tal como habían sido formulados originariamente por el Grupo de la democracia cristiana; grupo, como se indicó, integrado principalmente por un conjunto intelectuales y hombres de acción que prendían hacer compatibles la ideología católica con las reformas sociales, el sindicalismo obrero y una democracia pluralista, aunque pensaban que poco a poco -y por vías democráticas- se podría caminar hacia formas de democracia más corporativa e integradas, que consideran más acordes con los principios y valores del cristianismo social y político.

El catolicismo social siempre ha estado presidido por una fuerte tensión ideología interna entre las múltiples orientaciones conservadoras y la rama progresista del catolicismo social, como se refleja nítidamente en las experiencias europeas comparables. Arboleya Martínez pertenece a la corriente del catolicismo social "progresista" y estuvo fuertemente comprometido con la Democracia Cristiana y la acción social, en una perspectiva coherente con la defensa de la justicia social de manera inseparable respecto de la defensa de los principios democráticos, en contraposición a los católicos sociales conservadores. Ante la emergencia de la cuestión social, el catolicismo social se propone restablecer el vínculo social, garantizando la armonía entre el capital y el trabajo y haciendo realidad la idea de fraternidad. En Arboleya la búsqueda de la armonía social no se hacía sobre la base de una pretendida "comunidad de intereses", sino sobre la base de una cooperación y ponderación de los intereses singulares de trabajadores y empresarios. En este sentido iba más allá de la *Rerum novarum* de León XIII, a la cual subyacía la idea de un asociacionismo mixto vertical, de trabajadores y empleadores: Arboleya, apostaba por sindicatos profesionales de defensa de los intereses de los trabajadores; y por asociaciones profesionales de empresarios también independientes. No le convencía el enfoque corporativista aplicado al libre asociacionismo profesional y se inclinaba por la defensa del sindicalismo independiente (el propio Arboleya organizó un sindicato católico obrero en Asturias en el año 1916)[15]. Sin embargo, cuestión distinta, Arboleya rechaza la revolución violenta y la dialéctica frentista amigo-enemigo a exterminar, pues pensaba que la democracia podría encauzar los conflictos sociales y mejorar progresivamente el orden social de convivencia y condiciones de justicia social.

La caridad es indispensable y necesaria para todo orden cristiano, pero es necesaria adicionalmente la justicia social, incluida su dimensión como justicia legal. No obstante, según Arboleya la justicia social queda estrechamente vincula a la idea de bien común, el cual no sólo se realiza a través de la legislación, en un régimen democrático de gobierno. Defendería un tipo de sindicalismo profesional, alejado de la tentación del "sindicalismo amarillo" y de la antigua concepción paternalista. El Grupo de la Democracia Cristina y los Sindicatos Libres eran la corriente más avanzada del catolicismo social, por contraposición a la versión más conservadora, integrista, que acabó imponiéndose en España. Él se mostró siempre fiel a su ideario frente a las Dictaduras y éste fue también su drama personal.

2. CATOLICISMO SOCIAL, DEMOCRACIA CRISTIANA Y PROBLEMA SOCIAL. EL MARCO DE REFERENCIA IDEOLÓGICO

Arboleya profesaba una gran admiración por Jaime Balmes -aun reconociendo los límites de su pensamiento en el contexto histórico que le tocó vivir. Para él en toda obra de fraternidad humana

[15] Protagonismo especial en la creación de sindicatos libres e independientes tuvo el Padre Gerard O.P., fundador de los "sindicatos libres". Tras estudiar en Bélgica la obra de P. Rutten, se empeñó en incorporar esta experiencia en nuestro país. Fruto de ello fue la creación de la "Confederación nacional de sindicatos libres".

hay en una repercusión de la *idea cristiana.* Ese sentido de la solidaridad como valor social se opone al individualismo. En esta dirección de pensamiento, coincide el eje directriz de Balmes en esta materia, que no es otro que el de considerar que la economía política, muy avanzada como ciencia de lo material, lo está poco como ciencia social, y en la necesidad de establecer cauces de armonización social (v.gr. los "tribunales de paz"). En gran medida Balmes es precursor de León XIII, tratando de mostrar las coincidencias entre Balmes y la *"Rerum Novarum".* Para Balmes el fin a que debe aspirar la sociedad en esta vida es a procurar: La mayor inteligencia posible para el mayor número posible. La mayor moralidad posible para el mayor número posible, y el mayor bienestar posible para el mayor número posible. Es así que se dispone en este triple principio la división de una completa sociología balmesiana, cuya primera parte trataría de la instrucción de la sociedad (orden intelectual); la segunda se ocuparía de la moralidad (orden moral), y en la tercera expondría los principios de la economía (orden material), y cuyo conjunto constituiría la sociología (orden social). Los tres se requieren y no puede prescindirse de ninguno de ellos sin que la perfección desaparezca. Las cuestiones sociales ("organización del trabajo" en la terminología de Balmes) son problemas en los que se trata esencialmente de la reforma de las relaciones y de los intereses de las diversas clases sociales; relaciones que no están en armonía y que han llegado a tomar tal actitud, que, de no resolverse satisfactoriamente, peligra la misma tranquilidad pública. Según Balmes, "Organización del trabajo, si ha de significar algo nuevo, si ha de corresponder a la mejora del operario, consiste en la alteración de las actuales relaciones entre el capital y el trabajo, hecha en beneficio del trabajador" *(Obras completas,* t. 32, pp. 54 y 60 y 430). Para Balmes la cuestión social no es de carácter meramente económico: lo primero que hay que reformar son las ideas evitando recurrir a la fuerza (*Obras completas*, t. 5, p. 225). Por ello tiene una importancia primordial la instrucción de las clases numerosas (*Obras completas*, t. 11, p. 81). Principio regulador entre las clases ha de ser la fraternidad universal *(Obras completas*, t. 13, pp. 127-128). Pero los remedios espirituales y morales no son suficientes, porque es necesario establecer los remedios de orden material: el obrero necesita primeramente trabajo continuo, seguridad del trabajo; condiciones equitativas en el trabajo y manera de evitar que los patronos le exploten a su capricho, y, finalmente, recursos suficientes para atender a las necesidades de la familia y para hacer disponer de ahorros para los días de infortunio. Balmes defiende el derecho de asociación obrera, aunque muestra predilección por la reorganización de las estructuras corporativas de tipo gremial, la creación de Cajas de Ahorros que deben ser protegidas por el Gobierno (*Obras completas*", t. 13, pp. 228 a 230); apuesta por instaurar el salario familiar (*Obras completas*, t. 13, pp. 223-224; t. 11, p. 345 y t. 4, p. 333). Pero el salario familiar a abonar se basaría no en la justicia sino en la caridad, siendo inadmisible la injerencia del Estado en las cuestiones planteadas entre trabajadores y empresarios (*Obras completas*, t. 32, pp. 430-431, y t. 13, p. 233). No rechazaba la intervención estatal *subsidiaria* y la idea del seguro social (aseguramiento público social). No se debe olvidar su carácter precursor respecto de la Encíclica de León XIII. Señala Ireneo González que especialmente hay diferencia entre la *Rerum Novarum* y la doctrina expuesta por Balmes en el punto relativo a las asociaciones de obreros. Sin embargo, Balmes no conoció los sindicatos católicos de obreros ni otra sindicación fuera de la llamada Asociación de Resistencia y de Lucha, que en la primera mitad del siglo XIX estuvo en boga entre los obreros; por eso Balmes las considera como algo peligroso y que conviene impedir. León XIII escribió su Encíclica cuando las asociaciones de obreros estaban ya legalmente reconodicas en casi todos los países y habían mostrado en los hechos su "amenazante" utilidad reivindicativa en lo social; por eso su doctrina va encaminada a defenderlas y principalente a cristianizarlas (Ibid., p. 184)[16].

Arboleya reclama la doctrina social de la Encíclica (del griego *enkuklos,* en círculo) *Rerum Novarum* de 1891, que constituye el momento culminante del pontificado de León XIII. En esta

[16] Véase ARBOLEYA MARTÍNEZ, M.: *Los orígenes de un movimiento social.-Balmes, precursor de Ketteler,* Prólogo de Armando Castroviejo, Barcelona, Librería Católica Internacional Luis Gili,1912; AUHOFER, H.: *La sociología de Jaime Balmes,* Madrid, Rialp, 1959. Resulta singularmente esclarecedor el análisis de GONZÁLEZ, I.: *La cuestión social según Jaime Balmes,* Madrid, Editorial "Razón y Fé", Madrid, 1943.

circular dirigida por el Papa al mundo católico supuso una preparación doctrinal, y en gran medida ésta la tuvo ya en 1884, en la importante Unión de Friburgo, de significados elementos sociales de orientación católica, con la presencia de Cepeda, Mun y el obispo de empuje social Ketteler, Toniolo. Se realza que Toniolo y Ketteler, con Balmes como precedente y anticipador de doctrinas católico-sociales, constituyen tres grandes figuras de la acción social cristiana del siglo XIX. Todo ello tuvo continuación en encuentros, congreso e instituciones católicas preocupadas por el problema social. Subraya Arboleya -al igual que otros católicos sociales comprometidos con la defensa de los intereses específicos de los trabajadores y con la reforma social- la necesidad de una intervención moderada del Estado en el problema social en coexistencia con las iniciativas de las asociaciones obreras y cristianas. Por otra parte, la encíclica significa la aplicación actual de la doctrina evangélica al problema social, y que constituye un caluroso y eficaz llamamiento a la fraternidad ante las luchas de clases y la usura devoradora, explicando lo que entiende por derechos y deberes ineludibles de todos en esta materia. Él reclama al espíritu de la Encíclica para resolver correctamente el problema social de su tiempo, y pone como experiencia útil la actuación de los Círculos y Sindicatos católicos. Inicialmente se mostró partidario de la economía popular cristiana defendida por el P. Antoine y por el P. Vicent ("apóstol del movimiento cooperativo español"), auténtico iniciador en España del catolicismo social. En 1872 comenzaron a fundarse en España unas asociaciones importadas en su diseño básico y fisonomía de la experiencia francesa, los Círculos de Obreros, que unían la actividad benéfica con la de verdadera agrupación de trabajadores, pr medio de una doble afiliación: había socios activos y socios protectores. Estas entidades deseaban realizar en la práctica uno de los principios de la doctrina social católica: la armonía de clases. Por un doble sistema: incluir en una misma asociación a patronos y obreros, y probar con sus actividades que éstos tenían medios suficientes para mejorar su suerte sin necesidad de acudir a la violencia. La finalidad religiosa no era un mero añadido confesional sino que constituía de hecho la preocupación más importante. Tenían una finalidad social inequívoca: la Caja de ahorros para socorrerse mutuamente a que hacía referencia el Reglamento inicial de Círculo de Alcoy y los inspirados en él no era más que la base habitual de aquellas sociedades de socorros mutuos que venían funcionando en nuestro país desde 1840 al menos. Antonio Vicent fue el principal impulsor de estas agrupaciones, y propuso que *los Círculos contaran además con una caja de ahorros y monte de piedad.* Pero como hacen notar J. Ándrés Gallego y A.M.Pazos, la realización de estos objetivos fue muy desigual en la práctica, pues de ciento cincuenta Círculos de los que había noticia en 1900 en el Consejo Nacional de las Corporaciones Católico-Obreras, sólo había treinta y dos que contasen con caja de ahorros y nueve con cooperativa. Eso sí, lo que en la mayoría de ellos funcionó fue el fondo de socorro mutuo para casos de enfermedad, accidente, viudedad y, secundariamente, situaciones paro. En rigor, ninguna de éstas podía considerarse como actividad novedosa. La propia Sociedad barcelonesa de Tejerdores de 1840, pionera del mutualismo obrero español, había mantenido una cooperativa de producción en los mismos años cuarenta del siglo XIX. (Cfr. GALLEGO, J.A.y PAZOS, A.M.: "Ciencia años (y algo más) de catolicismo social en España", en PAZOS,A.M.(Dir.).: *Un siglo de catolicismo social en Europa 1891-1991,* Pamplona, Eds. Universidad de Navarra (Eunsa), 1993, pp. 54-55). Se ha señalado, por otra parte, que el fracaso, en la desembocadura del siglo, de los "Círculos Católicos" como cauce eficaz de las reivindicaciones obreras, cuando comenzaba a ser omnipresente la lucha de clases abierta, no supone necesariamente que su balance en ese período arrojarse un saldo por entero negativo (cfr. CUENCA TORIBIO, J.M.: *Catolicismo social y político en la España contemporánea (1870-2000)*, Madrid, Unión Editorial, 2003, p. 27).

Personalidades católicas como Antonio Vicent consideraban al individualismo liberal como una de las causas fundamentales de la cuestión social[17]. En relación a ello consideraba necesario, con la doctrina de León XIII, la intervención de los Estados en la medida que lo exija el bien común

[17] Véase VICENT, A.: *Socialismo y Anarquismo. La Encíclica de nuestro Santísimo Padre León XIII "De conditione opificum" y los Círculos de Obreros Católicos,* Valencia, Imprenta de José Ortega, 1895, pp. 86 y ss.

de la sociedad. Para él la verdadera solución a la cuestión social reside en la aplicación de la doctrina social de la Iglesia. Ahora bien, la doctrina católica no permite que se separe la Iglesia del Estado, ni el Estado de la Iglesia, en todo aquello que se refiera a los asuntos públicos, y, por lo tanto, en las cuestiones sociales. Al Estado no pertenece sólo resolver la cuestión, buscando en el "socialismo de Estado" (sinónimo, en esa época, de intenso intervencionismo público en las cuestiones socio-económicas) el remedio al socialismo de la muchedumbre. Pero también a los patronos incumben deberes sociales de atención y protección hacia la persona del trabajador. En tal sentido para que el patrono pueda con su "paternal" *influencia mirar los intereses materiales, morales y religiosos de sus trabajadores, deberá: no emplear a ni*ños; vigilar para que los hijos de sus trabajadores se instruyan en el Catecismo y en la lectura y escritura en las escuelas cristinas; procura que los trabajadores frecuenten las escuelas nocturnas de adultos de los Círculos de Obreros Católicos o Patronatos, etc. (*Ibid*., pp. 386-389). Se inclina por la caridad cristiana (*Ibid*., p. 394). Pero entiende que a de darse un paso más a través de las atribuciones y deberes del Estado en la cuestión social (Cap. VIII, pp. 406 y ss.). Especialmente tiene el deber general de procurar de un modo específico respecto de los proletarios, que se guarde estrictamente la justicia distributiva. Entre los medios prácticos para resolver la cuestión social (Segunda Parte, pp. 465 y ss.): asociaciones de obreros, la creación de instituciones económicas de los círculos católicos buscando un remido contra la usura: La tercera causa de la cuestión social es, según León XIII, la multiforme y voraz usura. El fin económico del Círculo Católico establece para los obreros: 1º. El socorro mutuo; 2º. La Caja de Ahorros; 3º. El Monte de Piedad; 4º. Asociaciones cooperativas de consumos (*Ibid.,* pp. 514 y ss.); 5º Seguros sobre la vida humana; 6º. Cajas de Retiros, etc. Restaurando la paz social en la unión con el lazo de la fraternidad cristiana de los trabajadores y los patronos.

No obstante, al tiempo, otros católicos sociales más decididos tratarían de llevar a cabo una estrategia política y social específica con la formación del "Grupo de la Democracia Cristiana" (grupo fundado en 1919 por S. Aznar), cuyo programa estaba intensamente penetrado por la ideología del catolicismo social y una fuerte inspiración en la filosofía neotomista. Se asume la idea general de la democracia cristiana como el movimiento en que militan los seglares que por propia cuenta y riesgo se esfuerzan en solucionar los problemas políticos, económicos y sociales a la luz de los principios cristianos, y que deducen, a la luz de estos principios y de la experiencia práctica, que en el mundo moderno la democracia es el mejor de los regímenes políticos. La idea de la democracia cristiana nace como realidad político-ideológica en los inicios del siglo veinte a través de la confluencia entre el catolicismo liberal y el catolicismo social. En todo caso, encontramos dos significados de la idea de la democracia cristiana. En primer lugar, la significación originaria es lo que el Papa decía de ella en la Encíclica *"Graves de comuni":* la democracia cristiana se configuraba en el pensamiento papal como una especie de alternativa que no necesaria y nítidamente era democrática, en el sentido político, alternativa a lo que el Papa entendía como pernicioso, esto es, la democracia socialista o el marxismo. En segundo lugar, si sitúa históricamente el sentido de la democracia cristiana como una realidad política no nacida directamente en la jerarquía sino en determinados sectores a su imagen. Dejando claro aquí que se trata de sectores fundamentalmente procedentes del catolicismo social, mucho más que del catolicismo liberal. En tal sentido autores como Mayer distinguen entre un catolicismo moderado que es el que produce el catolicismo liberal y político y un catolicismo "intransigente", de repudio de la sociedad burguesa vigente que es el que dará lugar, en primer término, al catolicismo social, y, después, a esa expresión "democracia cristiana". Nótese, sin embargo, que hay una ideología demócrata cristina que cristaliza en partidos plenamente democráticos, que se inspiran en el humanismo cristiano y su ideario social, que son reformista en lo social, y que aceptan los valores de la democracia política. Estos partidos demócrata cristianos tendrían un lugar importante a partir de la segunda postguerra mundial en la vida política europea[18].

[18] Cfr. TUSSEL, J.: "Orígenes de la democracia cristiana en España", en VV.AA.: *Aproximación a la historia social de la Iglesia española contemporánea,* Madrid, Ed. Biblioteca "La Ciudad de Dios", Real Monasterio San *(...)*

Es, la democracia cristiana, el movimiento político, pues, de quienes entienden que han conocido la revelación cristiana, aceptan los principios personalistas y pluralistas, y concluyen de esto que las condiciones en el mundo moderno piden una acción en el mundo visible con técnicas tales como las de la democracia política, el sindicalismo libre, la responsabilidad solidaria en la industria, o el debilitamiento de la familia patriarcal[19]. Es significativo el hecho de que la encíclica *Rerum Novarum* había incitado nítidamente a los católicos a un compromiso social, y la extensión del sufragio electoral impulsaba esa tendencia de compromiso político. En 1884, los católicos acceden por vía democrática al poder político en Bélgica y en él permanecen hasta 1914. Bajo el gobierno católico se pone en vigor una primera legislación social protectora. En el curso de los años 1880, la miseria de la clase trabajadora y los progresos del socialismo conducen a una toma de conciencia en muchos católicos de la necesidad de realizar reformas sociales[20].

Más concretamente, demócratas cristianos son los demócratas de inspiración cristiana en lo político que trataban al mismo tiempo de cumplir un programa social de carácter reformista (extensión de la pequeña propiedad, un cierto corporativismo diferente del fascista, sindicatos libres, reforma agraria, etc.). Es así que el ideal cristiano-demócrata de una sociedad justa es personalista, y de base orgánica. Maximiliano Arboleya Martínez (canónico apologista de Oviedo y una de las figuras más relevantes del catolicismo social en España), junto con Severino Aznar (catedrático de sociología de la Universidad de Madrid) y Pedro Sangro (miembro del Instituto de Reformas Sociales; IRS) habían colaborado activamente en el "Grupo de la Democracia Cristiana" y en las "Semanas Sociales" reanudadas (el movimiento de las Semanas Sociales se había iniciado en 1906, y se interrumpieron en 1912) e impulsadas por dicho Grupo (todos ellos habían sido Conferenciantes en varias ocasiones, "Importancia de las familias numerosas y cómo protegerlas", Oviedo del 5 al 11 de abril de 1926. Habían intervenido desde el inicio del proyecto suscribiendo el "Manifiesto" y el "Programa" constituyente del "Grupo de la Democracia Cristiana", como grupo de acción social católica (Julio de 1919). La implicación de Severino Aznar, Arboleya y Sangro y Ros de Olano fue manifiesta desde el primer momento, asumiendo este el cargo de vicesecretario del Grupo. Este Grupo tuvo que pasar por muchas adversidades, padeciendo los constantes ataques de los pensadores integristas (incluidas las denuncias ante la Santa Sede por su filosofía social, considerada, a entender los integristas denunciantes, como "heterodoxa"; lo que, finalmente, fueron rechazadas, por infundadas, en la Santa Sede). El Grupo se vincularía también a otras instituciones y actividades similares (v.gr. Semanas Sociales francesas). El núcleo dirigente del "Grupo" democrática-cristiano se mantuvo unido a pesar de su derivación política diferenciada. El caso de Pedro Sangro es paradigmático. Él mantuvo esa colaboración con el Grupo incluso cuando fue nombrado Ministro de Trabajo en la fase final de la Dictadura de Primo de Rivera (la ya llamada "dictablanda"). Él y Severino Aznar participaron en la Semana Social de Madrid (1933) y lo hace como organizador y conferenciante (Sangro impartiría la Conferencia sobre "Principios y relaciones del Servicio Social"). Por entonces la Comisión Permanente de las Semanas Sociales de España tenía por Presidente a Severino Aznar y por Secretario General a Pedro Sangro, de la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Intervendría también en la Semana Social de Zaragoza (1934), su celebración fue autorizada a pesar del ambiente político de gran tensión que presidía la coyuntura política. Las Semanas Sociales serían constantemente aplazadas; entretanto se inicia el conflicto armado, la cruenta Guerra Civil (1936). Tras el fin de la Guerra, varios miembros destacados del Grupo de la Democracia Cristiana (Severino Aznar; Pedro Sangro) participan activamente en los proyectos legislativos e institucionales de constitución del régimen autoritario del franquismo y

Lorenzo del Escorial, 1978, pp. 141 y ss. Véase, críticamente, CUENCA, J.M.: *Aproximación a la historia de la Iglesia contemporánea en España,* Madrid, Rial, 1978.

[19] FOGARTY, M.: *Historia e ideología de la democracia cristiana, 1820-1953,* Madrid, Tecnos, 1964, p. 54.

[20] Cfr. GERARD, E.: "El catolicismo social en Bélgica", en GERARD, E.: "El catolicismo social en Bélgica", en ANDRÉS-GALLEGO, J. y PAZO, A.M.: "Cien años (y algo más) de catolicismo social en España", en PAZOS, A.M. (Dir.): *Un siglo de catolicismo social en Europa 1891-1991,* Pamplona, Eds. Universidad de Navarra, 1993, pp. 164 y ss.

Maximiliano Arboleya se queda como "el único superviviente" de aquella dirección que rechaza coherentemente el nuevo régimen, porque Aznar, Sangro y otros miembros del Grupo de la Democracia Cristina, se adhieren a la ideología y al esquema mental de la entonces llamada "zona nacional". Sangro le escribe a Arboleya manifestándole su criterio de "ayudar al renacer de España...y me he adaptado plena y sinceramente a los nuevos ideales, nuevos en el sentido de acción, que en casi todo recogen lo que predicábamos en desierto" (Burgos, 23 de agosto de 1937).

Importa retener el Grupo de la democracia cristiana (1919-1936) (más allá de una postrera evolución que desnaturalizó, en no poco, lo planteado en los orígenes) planteó todo un *programa de política social* con pretensión de llevar a cabo reformas legislativas y de acción social tanto en lo relativo a la ordenación de las relaciones de trabajo individuales y colectivas/sindicales, como de *Seguridad Social* (apostando por la implantación de seguros sociales obligatorios). Relevante es destacar que la iniciativa de su constitución provenía de Severino Aznar y un conjunto de intelectuales católicos entre los que se encontraba Maximiliano Arboleya desde inicios, pues ambos mantenían estrechos lazos de colaboración, más allá de algunas diferencias ideológicas. Precisamente -y resulta harto significativo- Arboleya se ocupó de redactar un parte significativa del programa social común del Grupo de la Democracia Cristiana. El *Manifiesto* de presentación pública del Grupo fue redactado en su última versión por Severino Aznar. Este *Manifiesto* fue suscrito por un conjunto de personalidades ya muy relevantes en la época: Gregorio Amor, Ramón Albó y Martín, el propio Maximiliano Arboleya, Severino Aznar, José María Boix, José Calvo Sotelo, Amando Castroviejo, Juan Francisco Correas, Fr. José Gafo, Daniel García Hughes, P. Gerardo Gil, Juan de Hinojosa, P. Bruno Ibeas, Inocencio Jiménez, Luis Jordana de Pozas, José Latre, Álvaro López Nuñez, José Lovera, Salvador Minguijón, José Monge y Bernal, Francisco Morán, Narciso Pla y Deniel, Juna Reig y Genovés, Pedro de Sangro y Ros de Olano, José María Zamalacárregui. A ellos se uniría después otras personalidades como Victoriano Flamarique, Manuel Siurot, León Leal Ramos, y Manuel Burgos y Mazo. Se autoexcluyó Ángel Herrera y sus colaboradores.

El Grupo no sólo fue atacado por la jerarquía eclesiástica, sino que incluye llego a ser "denunciado a Roma"[21].

La dictadura de Primo de Rivera (como también, después, la de Franco) necesitaba de una legitimación social y pretendía una regeneración nacional. Se prosiguió con la política de reforma social y se creó un sistema corporativista de representación de carácter selectivo (Comités Paritarios de constitución y decisión obligatorias, Comisiones Mixta, Consejos de Corporaciones, Comisión delegada de Consejos, el Ministerio de Trabajo; integrados en la Organización Corporativa Nacional creada en 1926). Esta visión integradora y corporativista permite comprender y explicar la continuidad de la política de reformas "desde arriba" con el Consejo de Trabajo de la Dictadura y la permanencia de un grupo muy significativo de miembros del IRS (Pedro de Sangro y Ros de Olano, Álvaro López Nuñez, Severino Aznar, Ricardo Ayuelos; Juan Uña, etcétera; con la excepción cualitativa de Adolfo Posada). Es significativo que Sanz y Escartín (ex Ministro de Trabajo y ex Presidente del IRS) fuese precisamente el primer Presidente del Consejo de Trabajo. Recuérdese que Sanz y Escartín se insertaba en la línea del catolicismo social conservador.

El Grupo de la democracia cristiana, planteó el problema social y asociativo como una alternativa también de carácter "defensivo", pues refiriéndose a los socialistas el propio Severino Aznar señaló que "saben que no hay revolución si hay sindicalismo católico antirrevolucionario. De ello tienen además frecuentes demostraciones experimentales (...). Esto es lo que saben socialistas y sindicalistas, y por eso unos y otros han declarado la guerra tan implacable, tan de fieras, a los

[21] BENAVIDES GÓMEZ, D.: *El fracaso social del catolicismo español 1870-1951*, Barcelona, Editorial Nova Terra, 1973, pp. 198-228. Asimismo, BENAVIDES GÓMEZ, D.: *Maximiliano Arboleya. Un luchador social entre las dos Españas*, Madrid, BAC, 2003.

sindicalistas católicos"[22]. De este modo el sindicalismo católico operaría sobre la base del orden existente, y el hecho sindical sería aceptado no tanto como institución asociativa de identidad colectiva del trabajo, sino como institución de "orden" e "integración", al mismo tiempo que sus propuestas se sitúan en el campo propio de la marginalidad en la organización de la empresa moderna (el sindicato del catolicismo social debería ser una institución exterior a la empresa y a la dirección de la política económica del Estado), salvo que se transmutara en una estructura corporativa profesional, que conduciría a la desvirtuación del hecho sindical como organización de defensa de intereses de la clase trabajadora. El modelo defendido paradigmáticamente desde las filas del catolicismo social se vencería hacia un tipo de sindicalismo de integración; un sindicalismo del orden establecido.

El catolicismo social se apartaba del "integrismo" estricto y providencialista (éste enlaza con pensadores como Orti y Lara, Sardá y Salvany, y, por supuesto antes Donoso Cortés, entre otros muchos). Personalidades como Severino Aznar, Pedro Sangro, y otros miembros destacados del "Grupo" demócrata cristiano se insertan en este movimiento desde una perspectiva moderada, comprometiéndose con el programa de reformas sociales realizado en las primeras décadas del siglo XIX, en la estela dejada por el Padre Antonio Vicent, cuya obra "*Socialismo y anarquismo*" (1895) intentaba realizar en la práctica la doctrina social de León XIII, el cual sin dejar de hacer notar que la cuestión social estaba vinculada al alejamiento de la verdadera religión, insistía también en sus "causas sociales" derivadas de un determinado modo individualista y egoísta (especialmente manifestado en la "usura") de organizar la sociedad. Para él la Iglesia asume una responsabilidad decisiva en el mantenimiento y mejora del orden social, pero el Estado no puede delegar tampoco su responsabilidad en el campo de "lo social", especialmente cuando el orden social está en peligro. Desde su enfoque corporativista debe superarse el individualismo liberal y el socialismo en sus diversas manifestaciones. También respecto a todo "estatismo" o intervencionismo público excesivo; esto es, contra el "Estado Providencia" o "Estado Social" para todos los individuos que penetra en el ámbito más reservado al individuo y a la familia e invade el ámbito de acción social propio de la Iglesia, pues de ser así se pondría en cuestión su papel para encauzar las relaciones sociales. Su visión de "lo social" y la solución del problema social era en gran medida paternalista, que incluía también todo un decálogo de las obligaciones sociales del patrono (como deberes éticos, en un sentido, por cierto, no distante en lo principal respecto a la visión de Concepción Arenal). Los mismos "círculos de obreros católicos" españoles que serían fundados originariamente por el padre jesuita Antonio Vicent (1837-1912) (un reformista católico conservador como él, y verdadero iniciador en España del catolicismo social propiamente dicho) presentaban esas características integradoras: tenían finalidades instructivas o formativas, moralizadoras y finalidades económicas de orientación cooperativa, de ayuda mutua y autoprevisión social (socorros obreros, Cajas de Ahorros y Monte de Piedad, obras sociales de adquisición de productos, organismos de beneficencia. En la década de los setenta Albert de Mun implantaría en Francia la obra de los Círculos obreros. Los círculos obreros adoptaron la forma de asociaciones mixtas de patronos y obreros. Después se pasaría de la fórmula de los Círculos obreros y los sindicatos mixtos a los sindicatos *puros* de Arboleya y Gerard. Estos intentos de catolicismo social fracasaron para organizar un movimiento sindical católico de masas oponible al sindicalismo de clase y de masas imperante (UGT y CNT). El movimiento del catolicismo social pretendía a través de estas organizaciones realizar su doctrina social armonicista, adaptándose y respondiendo a las exigencias de su tiempo histórico.

Vicent sería el verdadero iniciador en España del "catolicismo social" y a su estela se realizaron los programas reformadores sociales de Severino Aznar y Embid (creador de las Semanas Sociales en 1907), y otras personalidades que formarían el "Grupo de la democracia Cristiana" (constituido también por Aznar, cuyo manifiesto y programa se publicaron en la prensa el 7 de julio

[22] Cfr. AZNAR, S.: "El grupo de la Democracia Cristiana", artículo editorial en *El Debate,* 22-X-1919, p. 1; CASTROVIEJO, A. DE: *La democracia cristiana y la política nacional*, Granada, 1902, p. 28.

de 1919). Este Grupo pretendía apartarse de los programas del liberalismo y del socialismo, con base en esa ideología católica y corporativista. Este Grupo, al que pertenecía Arboleya desde su creación, se configuraba con una asociación de reflexión cultural y de iniciativa social. No se organizó como un partido político, sino como un foro de discusión y de acción de la doctrina tradicional del catolicismo social. El Grupo se construía sobre los principios del corporativismo y del sindicalismo libre: para ellos sólo la corporación puede dar a los patronos y trabajadores de cada profesión conciencia de la unidad de su función social y de sus intereses comunes, abriendo cauces de paz y de servicio a la sociedad. El derecho de asociación es un derecho natural y su fomento es una expresión del pluralismo social y político; este Grupo parte de ese enfoque y de la pretensión de intervenir activamente en la vida colectiva. Defendían la constitución de sindicatos libres: mientras que la corporación profesional debería ser obligatoria, los sindicatos deberían ser libres en su establecimiento, rechazando, pues, la sindicación obligatoria y el sindicato único, contrario al pluralismo profesional. Apostaban por un programa reformista y condenaban todo intento de revolución social. Este programa se basaba en la protección de los tres pilares esenciales de la sociedad: la religión católica, la familia y la propiedad privada, que debería ser extendida lo más ampliamente posible y, en todo caso, debería cumplir con su función social. Esta era en lo esencial la propuesta del "Manifiesto" fundacional del llamado "Grupo de la Democracia Cristiana", hecho público en la prensa ("Ciencia Tomista", "España y América", "El Debate", etc.) el día 7 de julio de 1919. La creación de sindicatos libres sería defendida por diversos documentos de la doctrina social de la Iglesia. Paradigmático es el documento de Pio XI, de 5 de junio de 1929, relativa a los empresarios y sindicatos y "sobre los conflictos entre patronos y obreros". En ella se establecen y se motiva las siguientes tesis fundamentales: 1ª. "La Iglesia reconoce y afirma el derecho de los patronos y de los obreros a constituirse en asociaciones sindicales, ya sea separadas, ya mixtas, y en ellas ve un medio eficaz para la solución de la cuestión social". 2ª. "La Iglesia, en el actual estado de cosas, estima moralmente necesaria la constitución de tales asociaciones sindicales". 3ª. "La Iglesia exhorta a constituir tales asociaciones sindicales". 4ª. "La Iglesia quiere que las asociaciones sindicales sean establecidas y reguladas según los principios de la fe y de la moral cristiana". 5ª. "La Iglesia quiere que las asociaciones sindicales sean instrumento de concordia y de paz, y para esto ella sugiere la creación de Comisiones mixtas como un medio de unión entre aquéllas". 6ª. "La Iglesia quiere que las asociaciones sindicales, fundadas para católicos, se constituyan entre católicos, sin desconocer, sin embargo, que peculiares necesidades puedan obligar a obrar de modo diferente". Se añade que, "de ello se sigue que es necesario establecer y favorecer por todos los medios estas asociaciones confesionales católicas". 7ª. "La Iglesia recomienda la unión de todos los católicos para un trabajo común en los lazos de la caridad cristiana". Se precisa que son asociaciones de tendencia confesional contrapuestas "al sindicalismo socialista y comunista". Los sindicatos católicos permiten a los trabajadores cristianos "tratar sus legítimos intereses económicos y temporales, sin daño para sus bienes espirituales y eternos".

Es de significar que los firmantes de dicho *"Manifiesto",* fueron personalidades relevantes del catolicismo social, Maximiliano Arboleya, Severino Aznar, Gregorio Amor, Ramón Albó y Martín, Armando Castroviejo, Pedro Sangro, Bruno Ibeas, José Calvo Sotelo, Inocencio Jiménez, Luis Jordana de Pozas, José Latre, Narciso Pla y Deniel, entre otros. El grupo organizó actividades sociales y muchos de ellos dieron a conocer en nuestro país las propuestas del catolicismo social de otros países europeos (véase LÓPEZ NÚÑEZ, A.: *Inventario bibliográfico del grupo de la Democracia Cristiana. I. Obras originales*, Madrid, Imp. de Antonio Marzo, 1925; AZNAR, S.: *Impresiones de un demócrata cristiano*, 2ª ed., Madrid, Editorial Bibliográfica Española, 1950). Algunos de los miembros pertenecientes al Grupo pasarían después a formar parte del Partido Social Popular (Sobre el Partido Social Popular como primer intento de partido demócrata cristiano, véase TUSSEL, J.: *Historia de la democracia cristiana,* t. I, Madrid, SARPE, 1986, pp. 102 y ss.), que tenía el objetivo de crear una genuina organización de las derechas; creado el 15 de diciembre de 1922, contando con Severino Aznar, Salvador Minguijón, Amando Castroviejo, Díez del Corral, los padres Gafo y Bruno Ibeas, Ángel Osorio y Gallardo, José María Gil Robles, Aizpun, Larraz, Ruiz

del Castillo, Giménez Fernández, Leopoldo Calvo Sotelo, Víctor Pradera, Álvarez Ude y Abril, etc. Desde esta instancia de poder defendieron lo que siempre habían defendido hasta el momento: el armonicismo social, el corporativismo y la colaboración de clases en la solución de las controversias sociales. Durante la Dictadura de Primo de Rivera, miembros importantes del Grupo también habían colaborado activamente (Severino Aznar, miembros de la Asamblea Consultiva, Minguijón, el Padre Gafo); otros, sin embargo, mantuvieron una actitud de oposición (Burgos y Mazo) o de cierto distanciamiento reubicándose en las cuestiones sociales (Maximiliano Arboleya). Todos ellos, aún en este período era contrarios a las posiciones "integristas" en lo atinente a la materia y al ideario social (la crítica más contundente la realiza Arboleya en su ensayo, *El integrismo; otra masonería contra la Compañía de Jesús y contra el papa*). Durante la segunda República, se restablecieron las Semanas Sociales, nuevamente con el impulso de Severino Aznar (Madrid, 1933; Zaragoza, 1934), donde también se implicaron como co-organizadores y ponentes otros miembros destacados del "Grupo" (el cual, por entonces, prácticamente había dejado de funcional como tal). En ellas se insistiría en el ideario conciliador originario (que se reflejaría no sólo en las Semanas Sociales sino también en otras intervenciones, como la publicación de un Manifiesto colectivo en 1935). Ante la República las divisiones políticas en el interior del Grupo se harían explícitas, y el Grupo, en ese campo de la acción política, en la práctica podría considerarse disgregado. Al tiempo la ideología del catolicismo social sería una base cultural de los partidos políticos de Acción Popular y Confederación Española de Derechas Autónomas (CEDA), llamadas a aglutinar a la derecha católica en la Segunda República española (véase el completo estudio de MONTERO, J.R.: *La CEDA. El catolicismo social y político en la II República,* 2 volumenes, Madrid, Ediciones de la Revista de Trabajo, 1977, espec., vol. II, pp. 159 y ss.).

3. PENSAMIENTO SOCIAL CRISTIANO Y "SINDICALISTA" DE ARBOLEYA

Maximiliano Arboleya podía asumir la opinión de Georges Goyau cuando afirmaba que "al Catolicismo social le corresponde intervenir, no sólo por medio de declaraciones, sino de remedios, y León XIII, dado un paso más, propuso los remedios. Prácticamente, la libertad de trabajo y de la competencia, sólo le parece compatible con la vida social si las leyes la regulan y limitan" (GOYAU, G.: *Aspectos del Catolicismo Social,* versión española de Cristóbal Reyna, Casa Editorial Saturnino Fernández, 1925(¿?), pp. 136-137 y 265 y ss.). El catolicismo social se propone restablecer el vínculo social, garantizando la armonía entre el capital y el trabajo y haciendo realidad la idea de fraternidad. La caridad es indispensable y necesaria para todo orden cristiano, pero es necesaria adicionalmente la justicia social, incluida su dimensión como justicia legal. Según Arboleya la justicia social queda estrechamente vincula a la idea de bien común, el cual no sólo se realiza a través de la legislación. Pero respetando hasta donde lo exigiera el bien común, los sistemas de gobierno establecidos. El Grupo de la Democracia Cristina y los Sindicatos Libres eran la corriente más avanzada del catolicismo social, por contraposición a la versión más conservadora de Herrera, "El Debate" y la A.C.N.D.P, el Marqués de Comillas y los Jesuitas; y, por supuesto, el Siglo Futuro y el Integrismo[23]. A partir de la constitución del Grupo en 1919, la vida y la intervención social de Arboleya (que siempre caminaron juntas) quedarán estrechamente ligada al desenvolvimiento del mismo. Arboleya desplegó una gran actividad como propagandista de la acción social católica, dirigió la revista "Asturias Agraria" y participó activamente en la Revista quincenal "Renovación Social" (1924-1930), dirigida inicialmente por Pedro de Sangro y Ros de Olano y más tarde por Severino Aznar. Más tarde dirigiría la revista "Cuestiones Sociales" (que se publicó por vez primera en mayo de 1931-1932). Pero en esa labor de difusión intervino de modo constante en las "Semanas Sociales". Así en la importante Semana Social de Oviedo del 5 al 11 de abril de 1926, se ocupó de exponer el tema "El Estado, la Iglesia y la Familia" (Severino Aznar lo hizo de "La familia como institución básica de la sociedad"; Álvaro López Nuñez, de la "Influencia de la legislación social en la familia", Pedro de Sangro y Ros de Olano, de la "Importancia de las

[23] BENAVIDES GÓMEZ, D.: *El fracaso social del catolicismo español 1870-1951*, Barcelona, Editorial Nova Terra, 1973, pp. 283 y ss.

familias numerosas y cómo protegerlas" y Francisco Borrachina, sobre "La familia obrera"). El 8 de enero de 1927 impartiría una conferencia sobre "El sindicato y su acción sobre la sociedad" (En la misma fecha, Álvaro López Nuñez, se ocupó de "El deber moral del trabajo"). Toda esa actividad de acción y reforma social desplegada por Arboleya se realizó en permanente lucha contra el integrismo católico, completamente opuesto al ideario de una democracia cristiana de tipo avanzado como la postulada por él. Precisamente su actividad se dirigió contra el integrismo, especialmente a través del conjunto artículos publicados en la revista "Renovación Social" (julio de 1928-agosto de 1930), con el título bien expresivo de "Otra Masonería; el Integrismo contra la Compañía de Jesús y contra el Papa" (*El Integrismo: Otra Masonería contra la Compañía de Jesús y contra El Papa",* Madrid, 1930). En la Semana Social de Madrid, en 1933, impartiría una conferencia sobre "La apostasía de las masas", siempre en su condición de Deán de la Santa Iglesia Catedral de Oviedo (se publicaría rápidamente, *La Apostasía de las Masas,* Prólogo de Severino Aznar, Barcelona, 1934). Por su parte, en la Semana Social de Zaragoza, 1934, se ocuparía de desarrollar el tema de la "Necesidad y procedimientos prácticos de elevar la vida moral y religiosa de la población campesina" (en dicha Semana Social, López Nuñez se centraría en la problemática de "El seguro de personas y cosas en el campo"). El integrismo fue una corriente de pensamiento católica reaccionaria de ámbito europeo que se oponía al sindicalismo libre de inspiración cristiana y se mostraba abiertamente contrario a la reforma social defendida desde la "Rerum Novarum" de León XIII como respuesta la cuestión social. También eran refractarios -y, a menudo, decididamente contrarios- respecto de las ideas y valores democráticos. Defendían un Estado de tipo Confesional como forma decisoria fuerte de "religión política".

La mente lúcida y combativa de Arboleya le permitió detectar las consecuencias desestabilizadoras y disgregadoras de una cuestión social a la cual no se habían puesto los remedios necesarios (ya lo advirtió directamente respecto de la Revolución asturiana de 1934). Dentro de su ideario de reforma social, defendería soluciones integradoras contrarias al individualismo liberal, la constitución de sindicatos libres de trabajadores de inspiración católica (en esto su posición no era generalizable a otras corrientes más conservadoras del catolicismo social, más proclives a formas de asociación mixta, cuando no a fórmulas puras de corporativismo obligatorio), la acepción de estructuras corporativo-profesionales, complementarias y no sustitutivas del sindicalismo libre, como elemento de encuentro y armonía social entre los intereses de trabajadores y empresarios, la defensa de familia como pilar esencial de la sociedad y la defensa del orden social existente pero "reformado" para hacerlo más justo, en decidida y abierta confrontación con la ideología y los movimientos sociales de orientación socialista y colectivista. Dentro del catolicismo social se puede decir, a pesar de todo, que Maximiliano Arboleya se encuadraba en la corriente progresista enfrentada al integrismo (que siempre mantuvo una gran influencia dentro y fuera de los núcleos eclesiásticos) y, en general, a los presupuestos católico-sociales más tradicionales y ortodoxos. Lo que importa subrayar aquí es que Arboleya -más que ningún otro miembro incluso de la democracia cristiana en España- era partidario de la creación de *sindicatos puros* (no desnaturalizados en su función y estructura) integrados exclusivamente por trabajadores de todas clases. Hasta tal punto es así, que aún primando las vías de solución autónomas y extrajudiciales pacíficas (conciliación, mediación y arbitraje; jurados mixtos), no dejaba de admitir la legitimidad no sólo de la libertad de asociación sindical y la negociación colectiva, sino también de la huelga no violenta para exigir reivindicaciones de carácter profesional.

En 1935 preside la recién creada "Comisión Social Diocesana". Finalmente, toda su idea de crear un sindicalismo católico libre se frustró, debido a sus propias contradicciones internas, y las circunstancias adversas con las que se encontró: primero con la Dictadura de Primo de Rivera y, después, con una República presidida por el enfrentamiento de fuertes polarizaciones ideológicas y la Guerra Civil impulsada por fuerzas reaccionarias que incorporaban a los elementos más tradicionalistas del catolicismo. Con el régimen franquista, desapareció toda idea de un sindicalismo libre de inspiración católico-social. Tras la Guerra Civil, el anciano Arboleya quedaría relegado. No era solo la consecuencia de la muerte de muchos de sus amigos en la contienda (el Padre Gafo,

Ramón Sales, el doctor Echeguren, entre otros), sino su marginación ideológico-social y política bajo el nuevo régimen de la dictadura de Franco. Frente a la mayoría de sus colegas supervivientes del Grupo de la Democracia Cristiana (Severino Aznar, Pedro de Sangro y Ros de Olano, entre ellos), se comprometieron rápidamente con la Dictadura totalitaria y colaboraron activamente en el seno de ella. Él no veía posible compaginar el ideario de la Democracia Cristiana en el marco de un régimen autoritario, y tampoco pensaba que el papel de la Iglesia era ser complaciente con el poder totalitario disfrutando de sus apoyos político-institucionales. Pero, aún marginado y aislado, no dejaría de publicar algunos libros, no sin ciertas dificultades con la censura oficial: *Técnica del Apostolado Popular* (Barcelona, Editorial Subirana, 1946), *Dos modos de enfocar la Acción Católica* (Barcelona, 1946), *Catecismo Social para niños mayores* (Madrid, Resurrexit,1947), *La Democracia en el futuro* (Madrid, Resurrexit,1947), obra, ésta, en la que defiende la forma de gobierno democrática como la más conforme con las concepciones del catolicismo. Todavía le da tiempo -y tiene el empeño- de publicar su último libro, *El pueblo en la Pasión* (Madrid, Cultura Bíblica,1950), en el que defendía al pueblo de la acusación de ser el instigador de la crucifixión de Cristo (No deja de ser significativa esta reflexión y la proximidad en ciertos aspectos puntos de vista de la reflexión realizada desde un planteamiento laico por Gustavo Zagrebelsky, en su obra *La crucifixión y la democracia,* Barcelona, Ed. Ariel,1996). Tras ello, es fácil de apreciar, subyacía una defensa de los valores de la democracia en la perspectiva religiosa. Este compromiso con la democracia determinó una actitud crítica de Arboleya respecto de las dos Dictaduras que presenció (la Dictadura de Primo de Rivera y la Dictadura de Franco), a diferencia de otro miembros de la democracia cristiana como el mismo Gafo (que se hizo colaborador decidido en el programa corporativista postulado por Eduardo Aunós -defensor de un corporativismo estatalista- bajo el régimen dictatorial del General Primo de Rivera) o, tras la Guerra (in)civil, Severino Aznar, Pedro de Sangro y Ros de Olano, Inocencio Jiménez, Luís Jordana de Pozas, entusiastas colaboradores activos (Aznar redactó directamente algunas de las primeras normas del nuevo régimen franquista y estuvo comprometido hasta su muerte con los valores del nuevo régimen autoritario) de la Dictadura de Franco. No estuvo totalmente sólo porque otras personalidades políticas de la democracia cristiana fueron realmente críticas con las dos Dictaduras (Un caso harto significativo es el de Ángel de Osorio y Gallardo, exiliado político, y, por otra parte, gran defensor y estudioso de los derechos humanos; *Los derechos del hombre, del ciudadano y del Estado,* Buenos Aires, Ed. Claridad, 1946). En estas coordenadas ideológicas, entiende que la creación de sindicatos libres católicos constituye un elemento central de la estrategia político-social de reafirmación de la Iglesia sobre las clases trabajadoras.

En el pensamiento social de Arboleya anidaba la idea de que el sindicalismo (tanto en el mundo industrial, como en el rural predominante en España antes de la Primera Guerra Mundial) no podía limitarse a la cuestión económica, entre otras cosas porque para él -como para otros reformistas sociales de distintas orientaciones ideológicas (krausismo liberal-social; socialismo jurídico; solidarismo jurídico, etc.)-, la cuestión social no era exclusivamente económica, sino también moral y educativa. Arboleya defendería un tipo de sindicalismo profesional, alejado de la tentación del "sindicalismo amarillo" (orientado a defender, paradójicamente, los intereses de los empresarios) y de la antigua concepción paternalista. Esta visión compleja de la cuestión social impregnó el ideario y los programas del sindicalismo profesional católico, que pretendía una reforma social estructural y correctora del capitalismo liberal individualista. Por ello criticó severamente la ideología y las prácticas de los "Círculos obreros", señalando que la cuestión social es más compleja y que requería de la constitución de verdaderos sindicatos profesionales independientes, capaces de llevar acciones reivindicativas en defensa de intereses legítimos de los trabajadores: "aun respecto a los obreros pertenecientes a los Círculos existe la cuestión social, ya que ésta no consiste precisamente en las protestas de los trabajadores, que acaso puedan ser ahogadas buenamente en esos Centros, sino en las *injusticias que producen esas protestas, injusticias que no desaparecen aunque las protestas desaparezcan".* Por otra parte, "la cuestión social no consiste en la falta de resignación en los obreros, sino en que no están de hecho

atendidos… No, no basta instruir al obrero en esas cosas, es preciso guiarlo en el camino que éstos sean reconocidos, y *ponerles en condiciones de luchar para defenderlos*…" Y añade que: "A los obreros de nuestros Círculos se les habla de Religión, de moralidad, de resignación, de sus obligaciones, que a veces se exageran un poco; *pero casi nunca se les habla de sus legítimos derechos en concreto, de las injusticias de que son víctimas, de las obligaciones de los capitalistas:* se les pide resignación para toda la vida, en vez de mandarles simplemente esperar un poco, y enseñarles a conseguir lo que legítimamente les corresponde*"*[24]. Había en ellos -en su estructura y dinámica de funcionamiento- demasiado control de las clases pudientes y de los elementos conservadores; y, además, su carácter mixto, hacía imposible su funcionamiento como verdaderas asociaciones sindicales de defensa de intereses específicos de los trabajadores. El enfoque subyacente a la ideología del sindicalismo católico postulado por Arboleya era el propio de las direcciones más avanzadas de la democracia cristiana de su época, con la defensa de un tipo de sindicatos profesionales de trabajadores y la defensa de formas de democracia de base organicista. De manera que bajo una estructura de corporación profesional diferenciada tuvieren cabida organizaciones profesionales libres y diferenciadas de trabajadores y empresarios (*Liberales, Socialistas y Católicos…,* cit., págs. 160 y sigs.). Su propuesta es la de un sindicalismo de trabajadores reivindicativo y de colaboración, rechazando la lucha de clases y realzando la idea de armonía y de colaboración entre ellas. De ahí su defensa de la asociación de obreros en sindicatos profesionales con absoluta independencia del elemento patronal y su propuesta de transformación cualitativa de los Círculos Obreros en verdaderos sindicatos puros de trabajadores de carácter profesional. Lo que defendía era una "agremiación de obreros para defender sus derechos", una agremiación "constituida sólo por obreros" orientada a la defensa de sus legítimos derechos, pero también hacia la armonía social dentro de la diversidad imperante en la vida humana y como resultado de un esfuerzo pluralista por delimitar el bien común. Arboleya no parte de nada parecido a una armonía natural y preexistente entre los grupos sociales; la armonía es el resultado del esfuerzo y del consenso obtenido. Se sitúa lejos del moralismo (y su connotación paternalista) y del gremialismo estricto (traducido en formas de asociación mixta). Apuesta por el sindicalismo católico independiente y un moderado intervencionismo del Estado en la línea trazada por León XIII, en la encíclica *Rerum Novarum* (1891). Reconocía la "realidad" de las clases sociales desigualmente situadas, la función social de la propiedad (Severino Aznar diría que la propiedad no es una función social, "sino que *tiene* una función social, que además de servir para que el propietario realice sus fines personales, debe servir para el bien común, y que a fin de que cumpla esta función, que es para ella como una carga o servidumbre, hay que imponer a ese derecho frenos, límites morales y, cuando sea preciso, límites jurídicos"; cfr. AZNAR,S.: *Impresiones de un demócrata cristiano,* cit.,p. 66), pero frente a la lucha de clases, defendía la armonía social entre ellas con un programa de realización de la justicia social legalmente institucionalizada (que incluía el reconocimiento del derecho sindicación de los trabajadores y del conjunto de los derechos sociales profesionales), no de simple caridad. Por ello, junto a los sindicatos libres de trabajadores, apostaba por soluciones pacificadoras de los conflictos laborales: los jurados mixtos y las organizaciones corporativas, adicionales y complementarias de las asociaciones profesionales independientes.

La sociedad es concebida por un ente orgánicamente constituido por unidades sociales diferenciadas e interdependientes; la crisis del liberalismo, constataba, había favorecido el resurgimiento, bajo nuevas formas, de los modelos corporativistas. Nunca aceptó como fórmulas adecuadas y justas de organización de defensa de intereses profesionales las fórmulas propias del corporativismo autoritario al estilo de las postuladas por la Dictadura de Primo de Rivera, el corporativismo fascista o salazarista, y tampoco después la fórmula autoritaria del "sindicato vertical" del régimen de la Dictadura franquista. Siempre consideró una intromisión inaceptable el

[24] ARBOLEYA MARTÍNEZA, M.: *Liberales, Socialistas y Católicos ante la cuestión social,* Valladolid, Imprenta y Librería Cat. de José Manuel de la Cuesta, 1901, pp. 61-63.

intervencionismo autoritario y las fórmulas de encuadramiento obligatorio (forzoso) de los trabajadores en estructuras corporativas que desplazarán la función del sindicalismo libre. Ya fue originaria su crítica (en su libro *Liberales, socialistas y católicos ante la cuestión social,* 1901, pp. 61 a 63) a las asociaciones mixtas de obreros y patronos a comienzos del siglo veinte (los aquí denominados "Círculos Obreros", impulsados principalmente por el jesuita Antonio Vicent, pero que, a pesar de su innegable extensión, nunca se liberaron del control patronal ejercido a través de su calidad de "socios protectores"). Su postergación y sus reiteradas protestas bajo las dos dictaduras así lo confirman, en gran medida equiparables a una situación de "exilio interior". El catolicismo social de Arboleya no se limitó a postular un rechazo contra el liberalismo individualista, sino que también se propuso llevar a cabo una reforma social en el cuadro de una re-cristianización de la sociedad moderna *desde abajo*, que estimaba compatible con el régimen democrático. Su alternativa católica no debería de realizarse en detrimento de la democracia, que consideraba consustancial -y no accidental como forma de gobierno político- con la "Democracia Cristiana". Su ideal de Estado, no se correspondía con un modelo de Estado fuerte dictatorial. Pero el modelo autoritario de acción social de integración es el que acabó por imponerse para la mayoría de los católicos sociales.

Para él la defensa de los derechos de los trabajadores era cuestión de justicia social, pero también era una misión social activa de de la Iglesia y el Clero, pues de lo contrario la masa de los trabajadores se vería continuamente alejada de la Iglesia. Por ello, la acción social católica debería asumir sus reivindicaciones legítimas (*La misión social del clero,* 1900-1901). Él trata de individualizar una solución católica diferenciada y contrapuesta a las alternativas reaccionarias y a las soluciones liberales y socialistas. Esa solución católica de compromiso social y de acción sindical se contraponía también a otras soluciones "internas" al pensamiento de la Iglesia, como el integrismo católico. Pero hay más: Arboleya *da el paso decidido del catolicismo social en su vertiente socio-económica al catolicismo social en su vertiente política*, y lo hace mediante su participación activa en el "Grupo de la Democracia Cristiana". Con ello, el catolicismo social español progresista trata de situarse en la senda marcada por el catolicismo social francés, italiano y germánico, más avanzados en las dos dimensiones, social y estrictamente política, de la acción católica. La cristalización política del catolicismo social como democracia cristiana sería llevada más adelante con la constitución del Partido Social Popular (1919-1923), que miraba muy de cerca la experiencia italiana del "Partito Popolare Italiano" fundado a principios de 1919, el cual proponía un amplia programa de reforma social. También era un referente la experiencia coetánea del Partido Popular francés. Este partido demócrata cristiano (PSP) fue creado a impulso de diversos sectores de la Derecha política y social (no la extrema derecha en ese momento): el mismo "Grupo de la Democracia Cristiana", señaladamente Severino Aznar, Inocencio Jiménez, Salvador Minguijón, José Larraz López; antiguos mauristas (Genaro Poza, Ángel Ossorio y Gallardo, Leopoldo Calvo Sotelo y José Alvarez Ude); tradicionalistas (Victor Pradera, Ricardo Oreja); "Asociación Católica Nacional de Propagandistas" (José María Gil Robles); Sindicalistas (Luis Díaz del Corral, Francisco Barrachina), entre otros sectores. Su doctrina era esencialmente corporativista en el campo político y en el campo social, su programa social era más moderado que su homólogo italiano, pero, a pesar de todo, fue objeto de las mayores críticas severas por parte del integrismo (organizados entorno a *El Siglo Futuro,* criticando el intento de unión del tradicionalismo católico, el catolicismo social y el maurismo liberal). Rápidamente este partido se autodisolvería abriendo una colaboración activa de sus integrantes con la dictadura de Primo de Rivera (con honrosas excepciones como la del propio Ángel Ossorio y Gallardo y otros mauristas). Había triunfado la corriente mayoritaria en el seno del Partido Social Popular español; corriente formada por los partidarios de la colaboración-implicación con la Dictadura (Severino Aznar, M. Sacho Izquierdo, Inocencio Jiménez y Salvador Minguijón). Esta corriente mayoritaria intervendrían en las estructuras corporativo-autoritarias del régimen de la Dictadura, en la Unión Patriótica y, tras la proclamación de la Segunda República, muchos de ellos se incorporarían a la Confederación Española de Derechas Autónomas (CEDA); un partido que sólo en un sentido muy matizado se puede considerar como expresión de la corriente de pensamiento

demócrata cristiana. Por el contrario, la tradición democristiana, más coherente con sus postulados ideológico-políticos, se encuentra en gran medida refugiada en la periferia y ante todo en el País Vasco y en Cataluña. En octubre 1931 se fundo la Unión Democrática de Cataluña (UDC) inspirada en la ideología de la democracia cristiana, muy alejada del ámbito de la CEDA. Reminiscencias y connotaciones democristianas, combinadas con un enfoque marcadamente autonomista, coexistían ya en el Partido Nacionalista Vasco.

Después de la Guerra Civil, y la destrucción de la República democrática, los católico sociales que sobrevivieron a la contienda se implicaron con la Dictadura franquista (Severino Aznar, José Larraz López, Pedro de Sangro y Ros de Olano, Salvador Minguijón…). Significativas excepciones fueron las de Ángel Ossorio (que había formado parte del Partido Social Popular y se autocalificaba como demócrata cristiano; se agrupó con sus partidarios en la Sociedad de Estudios Políticos, Sociales y Económico) y Arboleya, que había quedado marginado con su proyecto de democracia cristiana no autoritaria. Esa evolución refleja, de nuevo, en los hechos que el catolicismo social siempre ha estado presidido por una fuerte tensión ideología interna entre las múltiples orientaciones conservadoras y la rama progresista del catolicismo social, como se refleja nítidamente en las experiencias europeas comparables (Monereo, J.L.,2010, pp. 3 y ss.).

La defensa de la democracia hecha por Arboleya se hacía, no obstante, desde una apuesta finalista por la corporativización -utopía corporativista católica- a la que habría que caminar, gradualmente y por vía democrática y pacífica, a través de la promoción de las organizaciones profesionales independientes (incluidos los sindicatos independientes de trabajadores) como "cuerpos sociales intermedios" entre la sociedad civil y la sociedad política. No rechazaba la democracia representativa, sino que más bien pretendía completarla con la introducción de elementos corporativos propios de la democracia orgánica. Es harto significativa su actitud moderada e independiente respecto al nuevo régimen republicano, sin alinearse en contra de la República como lo hicieron las fuerzas más conservadoras y reaccionarias del catolicismo social.

4. BIBLIOGRAFÍA

4.1. Obras de Maximiliano Arboleya Martínez (Selección)

-*Liberales, socialistas y católicos ante la cuestión social,* Valladolid, 1901.

-*En las garras de cuatro sabios (Buylla, Posada, Sela y Altamira). Historia de un cuento,* Madrid, 1904.

-*De la Acción Social. Definiciones y principios. I. Diferentes aspectos de la Acción Femenina. II. Las tres escuelas clásicas ante la cuestión social. III. La participación de los trabajadores en la gestión de las industrias,* Barcelona, Luis Gili, 1921.

-*Los orígenes de un movimiento social. Balmes, precursosr de Ketteler,* Prólogo de Armando Castroviejo y Nobayas, Barcelona, Librería Católica Internacional Luis Gili, 1912.

-*Liberales, socialistas y católicos ante la cuestión social,* Valladolid, Imprenta y Lib. Cat. de José Manuel de la Cuesta, 1901.

-*Sindicatos obreros y otras obras sociales,* 1915.

-*Los sindicatos obreros,* Barcelona, 1918.

-*De la acción social: el caso de Asturias,* 1918.

-*El integrísimo. Otra masonería: contra la Compañía de Jesús contra el Papa,* Madrid, 1930.

-*El pueblo en la pasión,* 1951.

-*XL Aniversario de la "Rerum Novarum". La carta magna de la Justicia Social. I. Antecedentes. II. La Encíclica. III. Sus consecuencias,* Barcelona, Instituto de Propaganda Católica Miguel A. Salvatella, 1931.

-*La democracia en el futuro, fundamentada en la doctrina de la Iglesia,* Madrid, 1947.

-*Sermón perdido. Los católicos "de acción" bajo la Dictadura española,* Madrid, Mundo Latino, 1930.

-*Otra masonería. El integrismo contra la Compañía de Jesús y contra el Papa,* Madrid, CIAP, 1930.

-*Estabilidad de la Iglesia ante las cambiantes formas de gobierno,* Oviedo, "Voz de Asturias", 1931.

-*De la acción social. Definiciones y principios,* Oviedo, 1921.

-*Las democracias (política, social, civil y económica) en el futuro, fundamentales en la doctrina de la Iglesia,* Madrid, Gráficas Ibéricas, 1947.

-*Proyecto de programa social agrario,* Oviedo, 1923.

-*La sindicación católico-agraria,* Oviedo, 1923

-*El modernismo social,* Barcelona, 1926.

-*La acción del clero en la sindicación agraria,* Barcelona, 1929.

- *La carta magna de la justicia social*, "Prólogo" de Juan Bautista Luis y Pérez, Barcelona, 1931.

-*Los deberes actuales de una muchacha que quiere ser social,* con un "Prólogo" de Paz Zaldúa, Madrid, 1935

-*Las democracias en el futuro, fundamentada en la doctrina de la Iglesia*, Madrid, 1947[25].

4.2. Secundaria sobre Maximiliano Arboleya Martínez, su época, el catolicismo social, la reforma social y la previsión social en España

ALDEA VAQUERO, Q., GARCÍA GRANDA, J.y MARTÍN TEJEDOR, J.: *Iglesia y Sociedad en la España del Siglo XIX. Catolicismo Social (1909-1940),* 2 tomos, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Centro de Estudios Históricos, Departamento Enrique Florez, 1987.

ANDRÉS GALLEGO, J.: *Pensamiento y acción social de la Iglesia en España,* Madrid, Espasa-Calpe, 1984;

ANDRÉS-GALLEGO, J. y M. PAZO, A.: "Cien años (y algo más) de catolicismo social en España", en PAZOS, A.M. (Dir.).: *Un siglo de catolicismo social en Europa 1891-1991,* Pamplona, Eds. Universidad de Navarra, 1993, págs. 50 y sigs.

ANDRÉS GALLEJO, J. y PAZOS, A.M.: *La Iglesia en la España contemporánea,* 2 vols., Madrid, Ediciones Encuentro, 1999.

ALZAGA VILLAMIL, O., *La primera democracia cristiana en España,* Barcelona, Ariel, 1973.

AZNAR, S.: *Impresiones de un demócrata cristiano,* 2ª ed., Madrid, Editorial Bibliográfica Española, 1950.

BALMES, J.: *Obras Completas,* Madrid, Ed. Católica, 1980; *Estudios Sociales, Obras Completas,* tomo VI, Barcelona, Biblioteca Balmes, 1925; *Escritos políticos,* Madrid, Imprenta Sociedad de Operarios del mismo Arete, 1847.

BENAVIDES GÓMEZ, D.: *Democracia y cristianismo en la España de la Restauración, 1875-1931*, Madrid, Ed. Nacional, 1978.

BENAVIDES GÓMEZ, D.: *El fracaso social del catolicismo español 1870-1951*, "Prólogo" de José María Díez Alegría, Barcelona, Barcelona, Editorial Nova Terra, 1973.

BENAVIDES GÓMEZ, D.: *Maximiliano Arboleya. Un luchador social entre las dos Españas*, Madrid, BAC, 2003.

[25] Una biografía prácticamente completa de los trabajos y documentos realizados por Maximiliano Arboleya Martínez, puede encontrarse en BENAVIDES GÓMEZ, D.: *El fracaso social del catolicismo español 1870-1951*, Barcelona, Editorial Nova Terra, 1973, pp. 831 y ss.

BOTTI, A.: *Cielo y tierra. El nacionalcatolicismo en España (1881-1975),* Madrid, Alianza editorial, 1992.

BURGOS Y MAZO, M.DE.: *El problema social y la democracia cristiana,* Prólogo del Excmo. Sr. D. Eduardo Dato Iradier, Barcelona, Luis Gili, 1914.

CALLAHAN, W.J.: *La Iglesia católica en España,* Barcelona, Ed. Crítica, 2002.

CARRASCO CALVO, S.: "El P. Gerard, fundador y propagador del sindicalismo católico-libre", en *Communio,* Sevilla, núm. VII (19975), pp. 331-448.

CARRASCO CALVO, S.: "Teoría y práctica del sindicalismo católico, libre y profesional (1911-1936)", en *La crisis de la restauración. España entre la primera Guerra Mundial y la Segunda República,* ed. José Luis García Delgado, Madrid, 1986, pp. 315-336.

CARRASCO CALVO, S.: "El sindicalismo católico libre en el País Vasco (1913-1923)", en *Congreso de Historia de Euskal Herría*, Bilbao, 1988, vol. VI, pp. 265-278

CASTILLO, J.J.: *El sindicalismo amarillo en España. Aportación al estudio del catolicismo social español (1912-1923),* Madrid, Edicusa, 1977.

CASTELLS ARTECHE, L.: "El desarrollo de la clase obrera en Azcoitia y el sindicalismo católico (1900-1923)", en *Estudios de Historia Social*, núm. 42-43 (1987), pp. 151-180.

CUENCA, J.M.: *Catolicismo social y político en la España Contemporánea, 1870-2000,* Madrid, Unión Editorial, 2003.

CUESTA BUSTILLO, J.: *Sindicalismo católico agrario en España (1917-1919),* Madrid, Narcea, 1978.

DATO IRADIER, E.: *Justicia social. Discurso leído en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y contestación de D. Amós Salvador y Rodrígañez,* Madrid, *RACMP*, 1910-14.

DONOSO CORTÉS, J.: *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo,* edición y estudio preliminar, "La filosofía política de Donoso Cortés: teología política y crisis del sistema liberal" a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006.

FOGARTY, M.: *Historia e ideología de la democracia cristiana, 1820-1953,* Madrid, Ed. Tecnos, 1964.

GARCÍA-NIETO PARIS, J.N.: *El sindicalismo cristiano en España. Notas sobre su origen y evolución hasta 1936,* Bilbao, Universidad de Deusto, 1960.

GOYAU, G.: *Aspectos del Catolicismo Social,* versión española de Cristóbal de Reyna, Casa Editorial Saturnino Calleja Fernández, 1925 (¿).

GUISASOLA, Cardenal: *Justicia y caridad en la organización cristiana del trabajo,* Madrid, Imprenta Juan Bravo, 1933.

ELORZA, A.: "El sindicalismo católico en la Segunda República: la C.E.S.O (135-1938)", en *Revista de Trabajo,* núm. 33 (1971).

GIL PECHARROMÁN, J.: *Conservadores subversivos. La derecha autoritaria alfonsina (1913-1936),* Madrid, Eudema, 1994.

LABOA, J.M.: *La Iglesia del Siglo XIX. Entre la Restauración y la Revolución,* Universidad Pontificia de Comillas (UPCo), Madrid, 1994.

LLORENS, M.: "El Padre Vicent: 25 años de catolicismo social en España (1886-1912)", en *Hispania Sacra,* XXXIII (1981), pp. 323-372.

HERMET, G.: *Los católicos en la España franquista,* 2 vols., Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 1985.

MONEREO ATIENZA, C.: *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España,* Granada, Comares, 2007.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Donoso Cortés: decisión y forma política", en *Empresas políticas,* núm. 6 (2005), pp. 17 a 34.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "La cuestión social en la España del siglo XIX: el pensamiento social de Donoso Cortés", en *Civitas.REDT,* núm. 128 (2005).

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *El catolicismo social conservador. Eduardo Sanz y Escartín,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2010.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Cuestión social y catolicismo conservador: el pensamiento reformista de Sanz y Escartín", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 149 (2011), pp. 5-58.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Catolicismo Social y Previsión Social: Álvaro López Núñez", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 152 (2011), pp. 907-994.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "SEVERINO AZNAR Y EMBID (1870-1959): Política y Seguridad Social desde el Catolicismo Social", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (5), 2015. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/76

MONEREO PÉREZ, J.L.: "JOSÉ CANALEJAS Y MÉNDEZ (1854-1912): los orígenes de la Reforma Social desde el Liberalismo Social Moderado", en *Revista de Derecho de La Seguridad Social, Laborum*, (30), (2022), pp. 295-324. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/570

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Teoría socio-jurídica del Estado constitucional y sindicalismo de integración: la concepción de Adolfo Posada", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *12*(1), (2022), pp. 347-435. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6330

MONEREO PÉREZ, J.L.: "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*, (27), (2021), pp. 257-300. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/471

MONEREO PÉREZ, J.L.: "EDUARDO DATO IRADIER (1856-1921): Reformismo conservador y nacimiento de los seguros sociales en España", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum. 29* (2021), pp. 311-350. https://revista.laborum.es › article › download

MONEREO PÉREZ, J.L.: "INOCENCIO JIMENEZ VICENTE (9 de noviembre de 1876-27 de abril de 1941): Artífice del desarrollo del instituto nacional de previsión y de la previsión social durante la dictadura de primo de rivera y la segunda república", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (20), 2019, pp. 267-301. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/375

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Carlos González Posada (1890-1948): La teoría del seguro social y su institucionalización en España", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (13), (2017), pp. 315-336. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/263

MONEREO PÉREZ, J.L.: "LUIS JORDANA DE POZAS (1890-1983): La construcción y consolidación del sistema de previsión social en España. *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (7) (2016). Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/107

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Adolfo González Posada" (1860-1944). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (2), (2015). Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/32

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Álvaro López Nuñez" (1865-1936)", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (3), (2015). Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/46

MONEREO PÉREZ, J.L.: "José Maluquer y Salvador" (1863-1931)", en *Revista de Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (1). (2014). Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/18

MONTERO GARCÍA, F., *"El primer catolicismo social y la "Rerum Novarum" en España, 1889-1902",* Madrid, CSIC, 1983.

MONTERO GIBERT, J.R.: *La CEDA. El catolicismo social y político en la II República,* 2 tomos, Madrid, Revista de Trabajo, 1977.

NITTI, F.: *El socialismo católico,* traducido por P. Dorado, Prólogo de Adolfo Buylla, Salamanca, Imprenta de F. Nuñez Izquierdo, 1893.

MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009),* 2ª ed., Madrid, Thomson-Aranzadi-Civitas, 2009.

OSSORIO Y GALLARDO, A.: *Mis Memorias,* Madrid, Tebas, 1975.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del trabajo e ideología,* 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.

PELÁEZ ALBENDEA, M.J.: "Democracia cristiana, catolicismo social y Confederación de Obreros Católicos: relaciones entre los intelectuales y líderes sindicales en 1921: Maximiliano Arboleya, Emérico Puigferrat, Santiago Leoz y Ángel Osorio y Gallardo (En torno a unas misivas)", en *Contribuciones a las Ciencias Sociales,* diciembre de 2009, www.eumed.net/rev/cccss/06/mjpe.htm. (Documentado ensayo sobre la materia).

PELÁEZ, M.J. y MIRIAM SEGHIRI, M.: "Relación de las semblanzas de canonistas y eclesiaticistas que aparecerán publicadas en el tomo 2º del *Diccionario de canonistas y eclesiasticistas europeos y americanos*", en *Kritische Zeitschrift für überkonfessionelles Kirchenrecht*, núm. 3 (diciembre de 2016), pp. 222-226. ["Maximiliano Arboleya Martínez (1870-1951)", por JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ]. En línea puede leerse esta nota en el siguiente sitio: http://www.eumed.net/rev/rcdcp/3/mjp-ms.pdf.

PELÁEZ ALBENDEA, M.y SEGHIRI, M.: "Ángel Ossorio y Gallardo (1873-1946), abogado e intelectual católico, embajador y Ministro de la República", en *Cuadernos republicanos,* núm. 64 (2007).

PELÁEZ ALBENDEA, M.: "Democracia cristiana, catolicismo social y Confederación de Obreros Católicos: relaciones entre los intelectuales y líderes sindicales en 1921: Maximiliano Arboleya, Emérico Puigferrat, Santiago Leoz y Ángel Ossorio y Gallardo (en torno a unas misivas)", en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, diciembre 2009, www.eumed.net/rev/cccss/06/mjp3.htm

PERFECTO GARCÍA, M.A.: "Corporativismo y catolicismo social en la dictadura de Primo de Rivera", en *Studia Historica. Historia Contemporánea,* Vol. II, núm. 4 (1984).

REDONDO, G.: *Historia de la Iglesia en España: 1931-1939,* 2 vols., Madrid, Rialp, 1993.

SANZ DE DIEGO, R.: *El pensamiento social cristiano. I. Las alternativas socialista, anarquista, comunista y católica ante el problema social español,* 5ª ed, Madrid, ICAI, 1989

SANZ Y ESCARTÍN, E.: *El Estado y la reforma social (1893),* edición y estudio preliminar, «Cuestión social y catolicismo social conservador: el pensamiento reformista de Sanz y Escartín», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2010.

SECO SERRANO, C.: "Eduardo Dato y su catolicismo social", en VV.AA.: *La cuestión Social en la Iglesia española contemporánea,* Real Monasterio de El Escorial, Ediciones Escurialenses, 1981.

SHUBERT, A.: "Entre Arboleya y Comillas: el fracaso del sindicalismo católico en Asturias", en *Octubre 1934. Cincuenta años para la reflexión,* Oviedo, 1985.

TUSSEL GÓMEZ, J., *Historia de la democracia cristiana en España,* 2 vols., Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1974

TUSELL, J., MONTERO, F., y MARÍN, J.M. (eds.): *Las derechas en la España contemporánea,* Barcelona, Antrophos-UNED, 1997.

VICENT, A.: *De la agremiación dentro y fuera de los Círculos Católicos de Obreros,* Madrid, Imprenta de San Francisco de Sales, 1905.

VICENT, A.: *Socialismo y anarquismo. La Encíclica de S.S. León XIII "De Conditione opificum y los Círculos de obreros católicos,* Valencia, 1893.

VICENT, A.: *Manual de las Escuelas de Perfección cristiana de la Reforma Social,* 2ª ed., Valencia, 1898.

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.

CÓDIGO ÉTICO PARA LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL (LABORUM)

La revista «Derecho de la Seguridad Social (Laborum)» se adhiere a las recomendaciones de ELSEVIER y a las normas éticas de COPE: *Commitée on Publication Ethics*: http://publicationethics.org/resources/code-conduct

A continuación, se detallan de manera específica los compromisos adquiridos por todo el Equipo Editorial para asegurar una actuación responsable tanto de autores, revisores, como de editores.

Compromisos para los autores

— Originalidad en los trabajos: Los autores de manuscritos enviados a la Revista de «Derecho de la Seguridad Social (Laborum)» han de ser originales. Los manuscritos no han de contener copias o reproducciones a trabajos de otros autores o de otros fragmentos de trabajos ya publicados por los mismos autores. Además, se confirmará veracidad de los datos mediante la firma de un documento de "declaración de originalidad" que habrá de enviarse a la editorial.

— Publicaciones múltiples o repetitivas: El autor no debe publicar un mismo artículo o con resultados similares en más de una revista científica. La propuesta simultánea de la misma contribución a múltiples revistas científicas es considerada éticamente incorrecta y reprobable.

— Listado de fuentes: Al final de cada trabajo el autor deberá incorporar una relación bibliográfica completa, en la que se recojan todas las fuentes y artículos manejados.

— Autoría: En cuanto a la autoría del manuscrito, los autores garantizan la inclusión de aquellas personas que han hecho una contribución científica e intelectual significativa en la conceptualización y la planificación del trabajo como en la interpretación de los resultados y en la redacción del mismo. Al mismo tiempo se han jerarquizado los autores conforme a su categoría y/o nivel de responsabilidad e implicación.

— Conflicto de intereses y divulgación: Todos los autores están obligados a declarar explícitamente que no existen conflictos de intereses que puedan haber influido en los resultados obtenidos o en las interpretaciones propuestas. Los autores también deben indicar cualquier financiación de agencias y/o de proyectos de los que surge el artículo de la investigación.

— Errores o erratas en los artículos publicados: Cuando un autor identifica en su artículo un importante error o una inexactitud, deberá comunicarlo a los editores de la revista y proporcionarles toda la información necesaria para listar las correcciones pertinentes en la parte inferior del mismo artículo.

— Responsabilidad: todos los autores aceptan la responsabilidad de lo que se ha escrito. Los autores se comprometen también a que se ha realizado una revisión de la literatura científica más actual y relevante del tema analizado, teniendo presente de forma plural las diferentes corrientes del conocimiento.

Compromisos para los revisores

— Contribución a la decisión editorial: La revisión por pares y a ciegas le permite a la editorial Laborum tomar decisiones sobre los artículos propuestos y, de igual modo, le permite al autor mejorar en la contribución enviada para su publicación. Los revisores asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva tanto de la calidad científica, como de la calidad literaria del escrito.

— Tiempos de revisión: La coordinación marcará los tiempos de revisión. El revisor que no pueda terminar la evaluación en el tiempo programado habrá de notificarlo de inmediato a la

coordinadora. Los revisores se comprometen a evaluar los trabajos en el tiempo menor posible para respetar los plazos de entrega.

— Confidencialidad: Cada manuscrito asignado debe ser considerado como confidencial. Por lo tanto, estos textos no se deben discutir con otras personas sin el consentimiento expreso del director, el subdirector y la coordinadora.

— Objetividad: La revisión por pares se realizará de manera objetiva. No se considera adecuado ningún juicio personal sobre los autores de las contribuciones. Los revisores están obligados a dar razones suficientes para sus valoraciones. Los revisores entregarán un informe crítico completo con referencias adecuadas según protocolo de revisiones de la Revista de «Derecho de la Seguridad Social (Laborum)» y las normativas públicas para los revisores; especialmente si se propone que el trabajo sea rechazado. Están obligados a advertir a los editores si partes sustanciales del trabajo ya han sido publicadas o están bajo revisión para otra publicación.

— Visualización de texto: Los revisores se comprometen a indicar con precisión las referencias bibliográficas de obras fundamentales posiblemente olvidadas por el autor. El revisor también debe informar a los editores de cualquier similitud o solapamientos del manuscrito con otros trabajos publicados.

— Conflicto de intereses y divulgación: Información confidencial o información obtenida durante el proceso de revisión por pares debe considerarse confidencial y no puede utilizarse para propósitos personales Los revisores solo revisan un manuscrito cuando no exista conflictos de interés.

Compromisos de los editores

— Decisión de publicación: los editores garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas científicamente para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo, con los menores sesgos posibles. La revista de «Derecho de la Seguridad Social (Laborum)» opta por seleccionar 2 revisores por cada trabajo de forma que se garantice una mayor objetividad en el proceso de revisión.

— Honestidad: los editores evalúan los artículos enviados para su publicación sólo sobre la base del mérito y la calidad científica de los contenidos.

— Confidencialidad: todo el equipo editorial se compromete a no divulgar la información relativa a los artículos enviados para su publicación a otras personas que no sean autores, revisores y editores. Los editores y el Comité Editorial se comprometen a la confidencialidad de los manuscritos, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad intelectual de todo el proceso.

— Conflicto de intereses y divulgación: los editores se comprometen a no utilizar en sus investigaciones contenidos de los artículos enviados para su publicación sin el consentimiento por escrito del autor.

— Respeto de los tiempos: los editores son responsables máximos del cumplimiento de los límites de tiempo para las revisiones y la publicación de los trabajos aceptados, para asegurar una rápida difusión de sus resultados. Los trabajos no permanecerán aceptados, sin publicarse y en listas de espera infinitas, más allá del tiempo justo para su edición en los siguientes números de la 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 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

La presente revista, dedicada específicamente al Derecho de la Seguridad Social, consta de:

— *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*

Consta de 4 números anuales de periodicidad trimestral.
Se edita en papel y digital, y la inscripción a cualquiera de ambas versiones puede realizarse por los medios que figuran al inicio de la revista.

Ediciones Laborum

ISSN 2387-0370
31 >
9 772387 037009