Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

3er Trimestre 2022 nº 32

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- Reformas en la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y para los trabajadores al servicio del hogar familiar
  José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la fecha de efectos del complemento por maternidad reconocido a los hombres
  Juan Antonio Maldonado Molina
- El nuevo índice de revalorización de pensiones contributivas introducido por la Ley 21/2021 y el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones
  Elisabet Errandonea Ulazia

Estudios de Doctrina Judicial

- A vueltas con la relación entre salarios de tramitación y prestación por desempleo [comentario a la sentencia del tribunal supremo (sala de lo social) nº 178/2022, de 23 de febrero]
  Isabel María Villar Cañada
- Integración de las lagunas de cotización para el cálculo de la base reguladora. Comentario al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2022
  Jesús Barceló Fernández
- Accidente "*in itinere*" y "acto de servicio" en la ley de clases pasivas (comentario a la STS (C-A), nº 335/2022)
  Aurelia Carrillo López
- La coexistencia del régimen comunitario aplicable a los familiares de ciudadanos de la unión y el derecho a la capitalización de la prestación por desempleo en el marco del retorno voluntario al país de origen. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 442/2022 (Sala de lo Social) de 17 de mayo de 2022
  Fran Morenilla Belizón

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- El caso California v. Texas (2021) y su formalización de una nueva trilogía norteamericana de casos (la «trilogía obamacare») en materia de Seguridad Social
  Jesús Martínez Girón

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

María Nieves Moreno Vida

Crónica Administrativa en materia de Seguridad Social

Andrés Ramón Trillo García y Javier Aibar Bernad

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

- Novedades en materia de Seguridad Social del RD-Ley 32/2021 con repercusión en la actuación inspectora
  Francisco Javier Calderón Pastor

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

- La protección por desempleo de las personas trabajadoras al servicio del hogar: barreras jurídicas y económicas que se han superado
  Daniel Pérez del Prado

Clásicos de la Seguridad Social

- FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS (1839-1919): El institucionismo liberal krausista y la protección social en España
  José Luis Monereo Pérez

Ediciones Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

3er Trimestre 2022 Nº 32

© 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 Hernández 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:
Carlos Alfonso Mellado, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Jaime Cabeza Pereiro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*
Javier Fernández-Costales Muñiz, *Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*
Carlos Hugo Preciado, *Magistrado de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*
María Del Mar Pérez Hernández, *Profesora Doctora Asociada de la Universidad de Almería y Jefa de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Almería*
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*
Borja Suárez Corujo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón*
Carmen Viqueira Pérez, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante*

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.

Contenido

EDITORIAL **9**

REFORMAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS Y PARA LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR 11

José Luis Monereo Pérez

Guillermo Rodríguez Iniesta

1. INTRODUCCIÓN 12
2. NOVEDADES EN LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS 12
3. NOVEDADES EN LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR..... 35
4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES..... 40

ESTUDIOS DOCTRINALES **45**

LOS PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA FECHA DE EFECTOS DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD RECONOCIDO A LOS HOMBRES 47

Juan Antonio Maldonado Molina

1. INTRODUCCIÓN 47
2. LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL 49
3. LOS DIVERGENTES CRITERIOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA . 50
4. LAS SENTENCIAS DEL TS DE 17 DE FEBRERO DE 2022 57
5. REFLEXIONES Y VALORACIÓN GENERAL 59
6. BIBLIOGRAFÍA..... 63

EL NUEVO ÍNDICE DE REVALORIZACIÓN DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS INTRODUCIDO POR LA LEY 21/2021 Y EL MANTENIMIENTO DEL PODER ADQUISITIVO DE LAS PENSIONES 65

Elisabet Errandonea Ulazia

1. INTRODUCCIÓN 66
2. LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA 67
3. LA ANTERIOR NORMA DE REVALORIZACIÓN DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS INTRODUCIDA POR LA LEY 23/2013..... 68
4. LA LEY 21/2021 Y EL NUEVO ARTÍCULO 58 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 68
5. CIRCUNSTANCIAS ADVERSAS PARA LA NUEVA NORMA DE REVALORIZACIÓN DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS 79
6. CONCLUSIONES 81
7. BIBLIOGRAFÍA..... 82

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL **83**

A VUELTAS CON LA RELACIÓN ENTRE SALARIOS DE TRAMITACIÓN Y PRESTACIÓN POR DESEMPLEO [COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL) Nº 178/2022, DE 23 DE FEBRERO] 85

Isabel María Villar Cañada

1. CONTEXTO NORMATIVO: LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO Y LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN..... 85
2. EL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO. SÍNTESIS DEL RELATO FÁCTICO DE LA SENTENCIA..... 89

3. EL FONDO DEL ASUNTO: LA NORMATIVA APLICABLE EN LOS SUPUESTOS DE REGULARIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO 90
4. CONCLUSIÓN 92
5. BIBLIOGRAFÍA....93

INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS DE COTIZACIÓN PARA EL CÁLCULO DE LA BASE REGULADORA. COMENTARIO AL HILO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE MAYO DE 2022 95
Jesús Barceló Fernández
1. INTRODUCCIÓN 95
2. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO Y EL ITER DEL CASO 96
3. REFERENCIAS NORMATIVAS RELEVANTES 97
4. LAS DOCTRINAS CONTRADICTORIAS A EXAMEN 101
5. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA....102
6. CONCLUSIONES 104
7. BIBLIOGRAFÍA....105

ACCIDENTE "*IN ITINERE*" Y "ACTO DE SERVICIO" EN LA LEY DE CLASES PASIVAS (COMENTARIO A LA STS (C-A), N º 335/2022)....107
Aurelia Carrillo López
1. INTRODUCCIÓN 107
2. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO 108
3. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL....113
4. CONCLUSIONES 115
5. BIBLIOGRAFÍA....116

LA COEXISTENCIA DEL RÉGIMEN COMUNITARIO APLICABLE A LOS FAMILIARES DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN Y EL DERECHO A LA CAPITALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN EL MARCO DEL RETORNO VOLUNTARIO AL PAÍS DE ORIGEN. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 442/2022 (SALA DE LO SOCIAL) DE 17 DE MAYO DE 2022....119
Fran Morenilla Belizón
1. INTRODUCCIÓN 120
2. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA Y HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES .120
3. LA SENTENCIA REFERENCIAL Y LA CONTRADICCIÓN PARA UNIFICACIÓN....122
4. POSICIÓN DEL TRIBUNAL Y EL FALLO DE LA SENTENCIA 122
5. LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE, CONFIANZA LEGÍTIMA Y SEGURIDAD JURÍDICA Y LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN RELACIÓN A LA REVISIÓN DE OFICIO Y REVOCACIÓN DE LA CONCESIÓN INICIAL DEL BENEFICIO DE LA CAPITALIZACIÓN 124
6. LA EXIGENCIA DEL DESISTIMIENTO DE LA SOLICITUD DE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA....127
7. MODULACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA....129
8. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LOS DERECHOS PREEXISTENTES A LA TENENCIA DE LA TIE DE FAMILIAR DE CIUDADANO DE LA UNIÓN 131
9. CONCLUSIONES 132
10. BIBLIOGRAFÍA....133

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 135

EL CASO *CALIFORNIA V. TEXAS* (2021) Y SU FORMALIZACIÓN DE UNA NUEVA TRILOGÍA NORTEAMERICANA DE CASOS (LA «TRILOGÍA OBAMACARE») EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL....137
Jesús Martínez Girón
1. SOBRE LAS TRILOGÍAS DE CASOS DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS 137
2. LA LEY PROTAGONISTA DE LA NUEVA TRILOGÍA, POPULARMENTE LLAMADA «OBAMACARE»....138
3. EL PRIMER CASO DE LA NUEVA TRILOGÍA....139
4. EL SEGUNDO CASO DE LA NUEVA TRILOGÍA 140
5. EL TERCER CASO FORMALIZADOR DE LA NUEVA TRILOGÍA....141
6. LAS PARTES LITIGANTES EN EL TERCER CASO DE LA NUEVA TRILOGÍA....142
7. LA OPINIÓN DE LA CORTE EN EL TERCER CASO DE LA NUEVA TRILOGÍA 143
8. LA OPINIÓN CONCURRENTE EN EL TERCER CASO DE LA NUEVA TRILOGÍA....143
9. LA OPINIÓN DISIDENTE EN EL TERCER CASO DE LA NUEVA TRILOGÍA....144
10. LAS REACCIONES FRENTE A LA OPINIÓN DE LA CORTE EN EL TERCER CASO DE LA NUEVA TRILOGÍA....145
11. BIBLIOGRAFÍA CITADA 145

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 149
María Nieves Moreno Vida
1. CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS151
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL 175
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS....188

CRÓNICA DE DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL 191

DOCTRINA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL SEGUNDO TRIMESTRE DE 2022 193
Andrés Ramón Trillo García
1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES....193
2. JUBILACIÓN 194
4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA....199

NOVEDADES NORMATIVAS Y DE GESTIÓN DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 205
Javier Aibar Bernad

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

NOVEDADES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL DEL RD-LEY 32/2021 CON REPERCUSIÓN EN LA ACTUACIÓN INSPECTORA....217
Francisco Javier Calderón Pastor
1. NOVEDADES EN MATERIA DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL....217
2. PRESTACIÓN SOCIAL EN EL MECANISMO RED....235

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL 241

LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL HOGAR: BARRERAS JURÍDICAS Y ECONÓMICAS QUE SE HAN SUPERADO....243
Daniel Pérez del Prado
1. INTRODUCCIÓN: LA SITUACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR....243
2. RAZONES JURÍDICAS PARA UN TRATAMIENTO IGUALITARIO: EL ORIGEN DE LA REFORMA....247
3. LAS RAZONES ECONÓMICAS DEL CAMBIO....250
4. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES....256
5. BIBLIOGRAFÍA....257

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 259

FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS (1839-1919): EL INSTITUCIONISMO LIBERAL KRAUSISTA Y LA PROTECCIÓN SOCIAL EN ESPAÑA....261
José Luis Monereo Pérez
1. INTRODUCCIÓN....261
2. PENSAMIENTO SOCIAL-LIBERAL Y REFORMISMO SOCIAL Y JURÍDICO....271
3. BIBLIOGRAFÍA....315

Editorial

Laborum

nº 32 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Reformas en la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y para los trabajadores al servicio del hogar familiar

Social Security reforms for the self-employed and for workers in the family home

José Luis Monereo Pérez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Director de la Revista Derecho de la Seguridad Social, 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
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.: «Reformas en la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y para los trabajadores al servicio del hogar familiar». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 32 (2022): 11-44

"Salvo el trato que dispensa a la infancia, no existe mejor piedra de toque que revele con mayor claridad el verdadero carácter de una filosofía social que el espíritu con el que se contemplan las desgracias de aquellos de sus miembros que caen en el camino"

Richard Henry Tawney[1]

Definitivamente parece confirmarse que este invierno
que viene, será duro.
Adelantaron
las lluvias, y el Gobierno,
reunido en consejo de ministros,
no se sabe si estudia a estas horas
el subsidio de paro
o el derecho al despido,
o si sencillamente, aislado en un océano,
se limita a esperar que la tormenta pase
y llegue el día, el día en que, por fin,
las cosas dejen de venir mal dadas.
..."

Jaime Gil de Biedma[2]

[1] Cfr. Tawney, R.H.: *Religion adn the Rise of Capitalism*, Nueva York, 1926, p.268 (hay traducción en castellano, *La Religión en el orto del capitalismo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1ª ed.,1943).
[2] Gil de Biedma, J.: "Noche triste de octubre", *Moralidades* (1959).

1. INTRODUCCIÓN

El editorial del primer número 30 de esta revista para el año 2022 llevaba como título el siguiente. "EL TREPIDANTE FIN DE AÑO 2021 Y ESPERANZADOR *–ASÍ SE ESPERA–* AÑO 2022 PARA LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA" y podría –con algún ajuste– valernos para este último número de 2022. Las reformas que se han producido en los últimos meses (y las que se esperan antes de que termine el año) son muy importantes y afectan a dos colectivos muy necesitados de abordar una reforma en su régimen jurídico tanto en lo referente a su protección social como al relativo a la prestación de sus servicios. Reformas que desde los medios informativos, se han bautizado como *"el tarifazo a los autónomos"* y el *"desempleo de los empleados de hogar"*, aunque el contenido de las reformas va más allá de lo noticiado en términos de medios de comunicación y opinión pública.

Las novedades respecto a los trabajadores por cuenta propia se recogen en el RD-Ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese en la actividad (si bien debe tenerse en cuenta el RD-Ley 14/2022, de 1 de agosto, que lo modifica); y las relativas a los empleados de hogar, en el RD-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar[3].

2. NOVEDADES EN LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

En relación con los trabajadores autónomos su régimen jurídico básico (en materia de Seguridad Social) se encuentra en el RD-legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS) títulos IV y V (arts. 305 a 350); y en la Ley 20/2007, de 11 julio, Estatuto del trabajo autónomo (LETA), títulos IV (arts. 23 a 26) en relación con la protección social; Título V (arts. 30-39), relativos los incentivos y prestación de cese en la actividad; y respeto a los trabajadores por cuenta propia encuadrados en el Régimen Especial de los trabajadores de mar en la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo pesquero.

Una cosa que llama la atención, y debe advertirse cuando se analiza este marco jurídico, es su continuo proceso de reformas y contrarreformas a la que viene estando sometido en los últimos. Basta para ello volver la vista atrás y podrá verse que desde 2015 (se parte de la fecha en que fue aprobado el último texto refundido de la LGSS) ha sido objeto de múltiples reformas en:

a) La LGSS relativas a los títulos y otras disposiciones del mismo relacionadas con los trabajadores autónomos han sido un total de doce veces (en menos de siete años), Véanse en este sentido las reformas llevadas a cabo por: RD-Ley 14/2022, 1 agosto; RDL 13/2022, 26 julio; Ley 22/2021, 28 de diciembre; RD-Ley 21/2021, de 26 octubre; Ley 19/2021, 20 diciembre; RD-Ley 30/2020, de 29 de septiembre; RD-Ley 20/2020, 29 mayo; RD-Ley 15/2020, 21 abril; RD-Ley 13/2020, 7 abril; RD-Ley 28/2018, 28 diciembre; y Ley 6/2017, de 24 de octubre.

b) En relación con las reformas introducidas en la LETA, podemos encontrar hasta once reformas (también en los últimos siete años), concretamente por: LO 10/2022, de 6 septiembre, RD-Ley 14/2022, 1 agosto; RD-Ley 13/2022, de 26 de julio; RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo; Ley 3/2017, de 27 de junio; RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre; Ley 6/2017, de 24 de octubre; RD-Ley 6/2016, de 23 de diciembre; Ley 31/2015, de 9 de septiembre; Ley 25/2015, de 28 de julio; y RD-Ley 1/2015, de 27 de febrero. A lo que habría que añadir las reiteradas suspensiones de las previsiones

[3] Dicho RD-Ley en sus Disposiciones Finales segunda y tercera recoge otras medidas que nada tienen que ver con estos trabajadores.

de desarrollo normativo de los artículos 1.1, 24 y 25.4, en relación con el trabajo a tiempo parcial.

c) En cuanto a los trabajadores del mar, un total de cinco, las reformas llevadas a cabo por: RD-Ley 13/2022, de 26 de julio; RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo; Ley 6/2017, de 24 de octubre; Ley 3/2017; de 27 de junio; y Ley 48/2015, de 29 de octubre.

A ello habría que añadir las reformas llevadas a cabo para estos trabajadores en los reglamentos generales de: inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores; cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social; y de Recaudación y en aquellos que desarrollan reglamentariamente las prestaciones del sistema de Seguridad Social.

Centrándonos en las materias que han sido objeto de reciente reforma, debe partirse del RD 504/2022, de 27 de junio, por el que se modifican 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, de 26 de enero (RAAB), y el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre (RCL), para actualizar su regulación respecto a los trabajadores por cuenta propia o autónomo. En definitiva una norma preparatoria para un nuevo sistema de cotización de estos trabajadores[4], que pretende su implementación con las siguientes reformas:

a) Su artículo primero modificará el RD 84/1996, 26 enero (RAAB), concretamente: art. 30 (solicitudes de alta y baja); art. 41.1; art. 46 (afiliación, altas y bajas en el RETA); art. 47 (cobertura de determinadas contingencias en el RETA); art. 47 bis (se suprime); art. 48 (Sistema Especial cuenta propia agrícolas en el RETA); y art. 49 (Régimen Especial de los Trabajadores del Mar)[5].

b) El artículo segundo modificará el RD 2064/1995, 22 diciembre (RCL) concretamente: art. 11.1 (tipos de cotización por AT/EP); art. 43.2 (elementos de la obligación de cotizar); art. 43 bis. Ap. 1 (cambios posteriores de base); art. 44 (cotización por IT, CP y cese en la actividad); y art. 45 ap. 4 y 5 (períodos de liquidación y contenido de la obligación de cotizar)[6].

c) Por otro lado (en la autorización para las adaptaciones normativas no se recogía), también se modifica el párrafo 5º del ap. 1. c) del art. 56 del RD 1415/2004, 11 junio (RGR)[7].

Las novedades más relevantes de este Real Decreto "preparador", son[8]:

A) En materia de actos de encuadramiento

En relación con los actos instrumentales de afiliación, altas, bajas y variaciones de datos:

[4] La Disposición adicional segunda del RD-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, dispuso lo siguiente: *"Con el fin de facilitar el establecimiento de un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos, 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, de 26 de enero y en el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre*.".

[5] Con efectos 1-1-2023.

[6] Con efectos 1-1-2023.

[7] Con efectos 1-1-2023. Ver Disposición final primera del RD 504/2022.

[8] El RD 504/2022, recoge además una disposición transitoria única relativa a la comunicación de datos por parte de los trabajadores por cuenta propia o autónomos que ya figuren en alta en algún régimen de la Seguridad Social.

— El elevado nivel de información a facilitar por los autónomos cuando quieran cursar su alta en el RETA, ya que no solamente tendrán que aportar los mismos que se exigen a los trabajadores por cuenta ajena, sino además otros relativos a una precisa identificación fiscal de las sociedades o comunidades de las que forman parte; de su participación, cargos o prestación de otros servicios en la sociedad; de la identidad de los familiares que convivan con el trabajador; datos fiscales del cliente del trabajador autónomo dependiente; colegio profesional al que esté incorporado; datos fiscales de las empresas para las que se realicen actividades complementarias; y declaración de rendimientos económicos netos que el autónomo prevea obtener durante el año natural en que se produzca el alta bien de forma directa o por su participación en la sociedad o comunidad de bienes y que determine su inclusión.

— La determinación de los rendimientos económicos netos por los que luego se cotizará que se deja a una posterior orden ministerial.

— Y en relación con las solicitudes de alta, baja y variación de datos se hará siempre vía electrónica y por tal medio se acompañará también los documentos y medios de prueba determinantes de su procedencia.

B) En materia de cotización y liquidación de cuotas

La novedad más importante está en la posibilidad de cambiar hasta seis veces al año (hasta ahora son 4) la base de cotización por la que vengan obligados a cotizar, eligiendo otra dentro de los límites mínimos y máximos que les resulte de aplicación. Junto con la solicitud de cambio de base de cotización mensual, los trabajadores deberán de efectuar una declaración de los rendimientos que prevean obtener por su actividad económica o profesional. Téngase en cuenta que estos posibles cambios son distintos a los posibles altas y bajas y sus efectos en la cotización a lo largo del año previstos en el art. 46[9] del RAAB.

Estas iniciales previsiones del RD 504/2022, no parecen que estuvieran muy meditadas, ya que a punto de cumplirse un mes de su publicación fueron objeto de reforma por el RD-Ley 13/2022, de 26 julio[10] y de ampliación de tales medidas las medidas[11].

La cotización del trabajador autónomo ha sido siempre objeto de múltiples controversias por la libertad que ha tenido dicho trabajador a la hora de decidir la base de cotización y también la posibilidad de modular su acción protectora. El art. quince del Decreto 2530/1970, de 20 agosto, obligaba al trabajador autónomo a que, como mínimo, debía de cotizar por las bases mínimas establecida anualmente sin perjuicio de que pudiera sustituirla por otra mayor tanto al momento del alta y con la posibilidad de modificarla con posterioridad. El único límite a la elección de bases era a partir de una determinada edad (55 años[12]), lógicamente para evitar abusos o "compra de pensiones", pues hasta 1985 el período mínimo de cotización para lucra pensión de jubilación era de 10 años y la edad mínima de acceso a ella eran los 65 años.

[9] Ver art. 46.2 letra a) RAAB, que dispone:
"2. Las afiliaciones y las altas, iniciales o sucesivas, serán obligatorias y producirán los siguientes efectos en orden a la cotización y a la acción protectora:
a) La afiliación y hasta tres altas dentro de cada año natural tendrán efectos desde el día en que concurran en la persona de que se trate los requisitos y condiciones determinantes de su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial, siempre que se hayan solicitado en los términos establecidos, respectivamente, por los artículos 27.2 y 32.3. 1.º de este reglamento.
... ".

[10] Véase su artículo sexto.

[11] Véanse sus artículos: cuarto que modifica el párrafo 9.º del art. 30.2 b del RAAB; y quinto que modifica toda la sección 4.ª del Capítulo II (arts. 43-48), una nueva redacción al apartado 3 y se suprime el 4 del art. 51, de los arts. 52 a 55 del RCL

[12] En la actualidad es 47 años.

Las razones para permitir a estos trabajadores la elección de su base de cotización pueden estar en la propia consideración que de los mismos se tenía al momento en que se extendió en el año 1967 a dicho colectivo los beneficios del Mutualismo Laboral:

> *"Procede ahora, para conseguir la plenitud en el propósito asistencial de las Leyes Fundamentales, extender los beneficios del Mutualismo Laboral, a grupo sociales hasta ahora no incluidos, que, aunque caracterizados por una relativa independencia en lo que a la prestación de su trabajo peculiar se refiere, no suelen alcanzar niveles de ingresos superiores a los establecidos, para los productores por cuenta ajena. por cuya causa pertenecen realmente al sector económicamente débil y protegible por la Seguridad Social"*[13].

Y también por las dificultades históricas "de conocer objetivamente los beneficios económicos del trabajador autónomo equivalentes a la remuneración real de trabajador por cuenta ajena"[14].

El resultado a lo largo del tiempo es conocido, el 85,42% de los trabajadores autónomos eligen la base mínima de cotización[15] y consecuencia de ello es que las prestaciones económicas que perciban sean inferior a la media. Así, si comparamos la pensión media de jubilación de un trabajador encuadrado en el R. General con otro en el RETA, en agosto de 2022 para el trabajador cuenta ajena asciende 1.195,63 euros/mes, y para el trabajador por cuenta propia es de 751,53 euros/mes[16]. Y para el caso de pensiones de jubilación con complementos a mínimos (datos a 1 de agosto de 2022) los trabajadores incluidos en el régimen general lo perciben en un 15,13% mientras que en el RETA alcanza el 22,08%[17].

Esto es a lo que ha llevado a que sea considerado como un régimen especial deficitario y no solidario, puesto que el trabajador autónomo elige su base de cotización con independencia de los ingresos reales que pudiera tener por su actividad económica o profesional[18].

---

[13] Párrafo 4 de la exposición de motivos del Decreto 1167/1969, de 23 de junio, por el que se aplican los beneficios del Mutualismo Laboral a los trabajadores independientes.

[14] Almansa Pastor, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 5ª edición, 1987, p. 556.

[15] A fecha 30 de junio de 2022 figuraban en alta y cotizando un total de 2.048.176 trabajadores autónomos, personas físicas (9.871 corresponden al Régimen Especial de Trabajadores del Mar), de los cuales 1.749.641 cotizan por la base mínima, ver https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/2021/4TRIMESTRE/Resumen-de-resultados-4o-trim-2021.pdf, consultado en 19 septiembre de 2022).

[16] Ver https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/bd279979-09d6-4596-8f73-7e6e9f265b9d/REG202208.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_2G50H38209D640QTQ57OVB2000-bd279979-09d6-4596-8f73-7e6e9f265b9d-obMNd4j, consultado en 19 de septiembre de 2022.

[17] Verhttps://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/b6b25f6d-bc19-4936-a8a014fad7944d01/MIN202208.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_2G50H38209D640QTQ57OVB2000-b6b25f6d-bc19-4936-a8a0-14fad7944d01-obMNdey, consultado a 19 de septiembre de 2022.

[18] Véase el *Componente 30 Recomendación 3* del Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia (Planteado por el Gobierno actual y aceptado por la Unión Europea en las condiciones propuestas), en su apartado b) Evidencia, análisis y datos que motiven la necesidad de la reforma, señala lo siguiente: *"El resultado del reconocimiento a los trabajadores autónomos de la facultad de elección de la base de cotización es que casi el 85% del colectivo lo hace por la base mínima; del resto, menos del 9% lo hace por bases que no superan 1.964,70 euros al mes –con una base media de 1.435,70 euros mensuales–, mientras que apenas el 6,6% cotiza por bases próximas a la máxima. Esta es la principal explicación de que la recaudación por cuotas solo represente el 57,02% del gasto en prestaciones, circunstancia que agrava el déficit del RETA pasando de un resultado negativo de 4.943 millones en el año 2010 a otro, también negativo, de 8.673,14 millones en el año 2019.*
Junto a este problema de insuficiencia de recursos (derivada de un inadecuado modelo legal en el diseño del sistema de cotización para los autónomos), la lógica contributiva del sistema se traduce en que las prestaciones económicas son sensiblemente inferiores a la del Régimen General, hasta el punto de que un 36% de los pensionistas del RETA no alcanzan la pensión mínima, y por tanto, son beneficiarios de complementos a mínimos en las cuantías de sus pensiones".

Las Recomendaciones 4 y 5 del Pacto de Toledo de 2020, con el objetivo de lograr una convergencia entre regímenes y lograr una equiparación tanto en la protección como en la contribución decían lo siguiente:

Recomendación 4:

> *"La sostenibilidad financiera del sistema de pensiones exige que, de manera gradual y acomodándose a la gran variedad de situaciones del colectivo, se promuevan, en el marco del diálogo social, medidas para aproximar las bases de cotización de los trabajadores autónomos a sus ingresos reales, de manera que no se vean perjudicados los elementales principios de contributividad y de solidaridad en los que se fundamenta el sistema".*

Recomendación 5:

> *"Se insta a los poderes públicos a adecuar, en el marco del diálogo social, la cotización del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, vinculando la cuantía de las cuotas a los ingresos reales".*

En cumplimiento de la recomendación 5ª del Pacto de Toledo[19], se acuerda establecer un sistema de cotización basado en los rendimientos reales declarados fiscalmente. La implantación de esta modificación se hará a partir del 1 de enero de 2022 de forma gradual. El nuevo sistema se aprobará en 2022, sin producir efectos económicos hasta 2023 y el despliegue será progresivo hasta un máximo de 9 años, con revisiones periódicas cada 3 años en las que las organizaciones empresariales y sindicales, y las asociaciones de autónomos podrán decidir, junto al Gobierno, la aceleración del calendario.

De acuerdo con este sistema: Primero, los autónomos cuyos rendimientos fiscales derivados de la actividad por cuenta propia estén por encima de la actual base mínima de cotización del RETA cotizarán por los mismos. Esta base mínima se equiparará progresivamente a la del Régimen General de la Seguridad Social.

Segundo, los trabajadores autónomos que elijan provisionalmente su base de cotización entre los tramos que se determinen normativamente en función de previsiones de rendimientos. Con la posibilidad de modificar su elección seis veces a lo largo del año para ajustarla a sus rendimientos.

Tercero, cuando existan diferencias una vez hecha la regularización anual, el trabajador deberá proceder a su ingreso en caso de haber cotizado menos de lo que le correspondía, y podrá solicitar la devolución si la cotización realizada fue superior.

Cuarto, durante el período transitorio y, de acuerdo con lo establecido en el marco del diálogo social, se establecerá una cotización intermedia por tramos cuyo número se irá incrementando progresivamente.

Finalmente, en el plazo de 12 meses y, en cumplimiento de la recomendación 4ª del Pacto de Toledo, se abordarán las diferencias de acción protectora entre el Régimen General y el RETA con el objetivo de lograr una protección social equiparable entre estos dos regímenes[20].

A este nuevo modelo de sistema de cotización obedece el aquí analizado RD-Ley 13/2022, que instaura un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos (y mejora, por otra parte, la protección por cese de actividad).

---

[19] Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, nº75, de 10 de noviembre de 2020. Publicado en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-175.PDF

[20] Cfr. Monereo Pérez, J.L., López Insua, B.M., y Guindo Morales, S.: *La protección socio-laboral de los trabajadores autónomos: Entre Derecho normal y Derecho de la Emergencia*, Murcia, Laborum, 2021, pp. 78-79.

Por su parte, el Acuerdo de concertación social sobre el primer bloque de medidas para equilibrio del sistema, refuerzo de su sostenibilidad y garantía del poder adquisitivo de los pensionistas, suscrito por el Gobierno con los interlocutores sociales el 1 julio de 2021, en su apartado IV, prevé explícitamente el establecimiento de un "*Nuevo sistema de cotización por ingresos reales y mejora de la protección social en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos*"[21], acordando establecer un sistema de cotización basado en los rendimientos reales declarados fiscalmente. Y por su parte el Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia[22] lo recogerá en el componente 30 reforma 3, describía la reforma en el sentido de *"Se trata de implantar gradualmente un nuevo sistema de cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) basado en los rendimientos por la actividad económica desempeñada. De este modo se ha de corregir la distorsión generada por la facultad de elección de la base de cotización que supone una merma de recursos para el sistema y un nivel más bajo de acción protectora para los autónomos".*

El RD-Ley 13/2022, 26 julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese en la actividad, viene a disponer lo siguiente[23]:

> *"A partir del día 1 de enero de 2032, y sin perjuicio de lo previsto en el apartado 4 de la disposición transitoria primera, las bases de cotización a las que se refiere el artículo 308.1.c) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, se fijarán en función de los rendimientos netos obtenidos anualmente por los trabajadores por cuenta propia o autónomos por su actividad económica o profesional, dentro de los límites de las bases de cotización máxima y mínima que se determinen en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado."*

Mientras tanto y hasta 2032 se establece normativamente un sistema transitorio de cotización de la siguiente forma:

Calendario de implantación (Disposición Transitoria primera RD-Ley 13/2022)									
2023	2024	2025	2026	2027	2028	2029	2030	2031	2032
		Revisión y evaluación	Fijación de calendario de aplicación		Revisión				Implantación definitiva
Período inicial transitorio. La DT. 1.ª recoge las tablas de cotización para este período distinguiendo tabla reducida y tabla general			Cotización rendimientos netos						

Y se prevén diversas situaciones transitorias como: 1) Opción en la cotización por ingresos reales (DT. segunda); 2) Mantenimiento de beneficios en la cotización (DT. tercera)[24]; 3) Garantías de bases mínimas de cotización a efectos de pensiones para trabajadores con menores ingresos, durante

[21] Véase la nota de prensa del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de 1 de julio de 2021, que *señalada "Conforme a la recomendación 5ª del Pacto de Toledo, el documento prevé la implantación gradual a partir del 1 de enero de 2022 de un sistema de cotización por rendimientos reales por parte de los trabajadores autónomos. El nuevo sistema se aprobará en 2022, sin producir efectos económicos hasta 2023, con un despliegue progresivo durante un máximo de nueve años. Cada tres años, se hará una revisión periódica en la que los interlocutores sociales y las asociaciones de autónomos, junto con el Gobierno, podrán decidir la aceleración de este calendario*." Accesible en https://revista.seg-social.es (consultado en 21 de septiembre de 2022).

[22] Fue aprobado por Consejo de Ministros del día 27 abril de 2021 (BOE, 30 abril).

[23] Disposición Adicional primera RD-Ley 13/2022. Téngase en cuenta que las previsiones de este RD-Ley entrarán en vigor el día 1-1-2023.

[24] Se mantiene la tarifa plana a quienes fueran beneficiarios a 31 de diciembre de 2022 hasta su extinción (DT. 3.ª RD-Ley 13/2022).

2023 y 2024 (DT. cuarta); 4) Cuotas reducidas para quien inicie una actividad entre 2023 y 2025 (DT. quinta); y 5) Bases superiores a las establecidas como límite en la LPGE (DT. sexta).

Para lleva a feliz término este nuevo sistema de cotización el legislador es consciente de que resulta preciso para ello:

a) Ampliar la información que han de aportar los trabajadores por cuenta propia respecto a su actividad y su previsión de rendimientos económicos.

b) Flexibilizar las modificaciones de la base de cotización con el fin de que puedan ir ajustando la cotización a su prevision de rendimientos

c) La mejora en la comunicación, considerando como prioritario la tramitación electronica de todos los actos instrumentales (altas, bajas, variación de datos).

Siendo para ello insprescindible establecer mecanismos efectivos de transferencia de datos desde la Agencia Tributaria a la Seguridad Social y de acceso compartido a determinadas informaciones para evaluar la coherencia de la cotización y los rendimientos económicos[25].

Mientras tanto (hasta 2032), el nuevo sistema de cotización normado tiene como elemento clave la determinación de la base de cotización del trabajador autónomo. Para ello, se ha dado una nueva redacción el art. 308 LGSS. Se trata de un artículo excesivamente largo y complejo, más propio de un reglamento que de una ley. Sorprendentemente, la redacción "inicial" a este artículo (y otros) llevada a cabo por el RD-Ley 13/2022, de 26 de julio[26], seis días después sería modificada por la Disposición final décima del RD-Ley 14/2022, de 1 de agosto, sin ninguna explicación lógica, limitándose a reproducir párrafos de la justificación o exposición de motivos del RD-Ley 13/2022[27].

El nuevo sistema de cotización establecido en el art. 308 LGSS, viene a consistir en lo siguiente[28]:

a) Al inicio de año o en el momento del alta, los autónomos comunicarán a la TGSS su previsión de rendimientos netos[29]. La LPGE establecerá anualmente una tabla general y otra reducida con las bases de cotización –máximas y mínimas– divididas en tramos en función de los rendimientos[30]. Teniendo en cuenta los mismos y la estimación de sus ingresos en promedio mensual el trabajador eligirá su base, que tendrá carácter provisional[31]. La cotización mensual resultará de aplicar a la base así determinada los tipos de cotización que procedan[32].

[25] Véase la nueva redacción dada al apartado 1 del art. 77.1 a) LGSS por la que Se establece la obligación de facilitar a la TGSS , a través de los procedimientos telemáticos y automatizados toda la información de carácter tributario necesaria de que dispongan para la realización de la regularización de cuotas y también el art. 77.1 LGSS al que se añade una nueva letra o), mediante el cual La TGSS suministrará a través de procedimientos automatizados, a las administraciones tributarias la información necesaria para la regularización de bases de cotización y cuotas.

[26] Se publicó en BOE de 27 julio.

[27] Se modificaron: la regla 5.ª del apartado 1.a art. 308; y la regla 4.ª del apartado 1.c).
También serían objeto de modificación (ya lo habían sido por el RD-Ley 13/2022):
-El apartado 1, letra f) del art. 300 LGSS
-Se añade un nuevo apartado 3 al art. 342 LGSS
-Se modifica la DA. 48 LGSS, concretamente: apartado dos, punto 1.3; y apartado cuatro, punto 3.
-Se modifica la DA. 49 LGSS, concretamente: apartado dos, punto 1.4; apartado cuatro, punto 3.

[28] Véanse los arts. 308 a 313 LGSS y arts. 44 y ss. del RCL en su nueva redacción dada por el RD-Ley 13/2022 y

[29] Incluyendo los correspondientes a sus distintas actividades profesionales o económicas proceda o no por ellas su inclusión en el sistema y con independencia de que sean a título individual o societario, salvo que por esa actividad tenga que estar incluido como trabajador por cuenta ajena o asimilado.

[30] La DT. primera del RD-Ley 13/2022, prevé dos tablas de rendimientos una reducida (con tres tramos) y otra general (con doce tramos). A cada uno de los tramos se le asigna una base mínima y otra máxima. El tramo 1 de la tabla general tiene como límite la base mínima de cotización establecida para el Régimen General.
Véase también art. 44.2 letras a) y b) RCL.

[31] Ver art. 308.1 letra a) regla 6.ª LGSS.

[32] Ver art. 308.1 letra b) LGSS.

b) Cada 2 meses (hasta 6 veces año y en los meses impares) deberán[33] ajustarla a los rendimientos que vaya obteniendo cada el trabajador[34]. Si la previsión de rendimientos es inferior al SMI en cómputo anual la selección de la base se hará dentro de la tabla reducida[35].

c) Finalmente y en función de los datos rendimientos netos anuales proporcionados por la Agencia Tributaria y las Haciendas forales, la Seguridad Social procederá a regularizar las cuotas si los rendimientos netos anuales están por encima o por debajo de los tramos a los que se haya optado por cotizar[36].

Dicho precepto recoge además tambien singularidades en la determinación de la base de cotización para[37]:

a) Trabajadores autómonos que sean cónyuges o parientes que no tengan la consideración de trabajador por cuenta ajena o también para los autónomos societarios y socio trabajadores de sociedades regulares colectivas o sociedades comanditarias[38].

b) Para supuestos derivados de altas de oficio[39].

Dos aspectos complejos de este nuevo sistema de cotización destacan, la determinación inicial o sucesiva del rendimiento neto anual (base provisional) y la posterior regularización anual (base definitiva).

-*La determinación inicial o sucesiva del rendimiento neto anual (base provisional)*

Para ello hay que tener en cuenta las reglas que ser recogen en el art. 308.1.c) LGSS, a cuyo resultado luego habrá que aplicar una deducción por gastos genéricos[40].

Regularización anual (base definitiva)

[33] Ver art. 44 y.4 y 45 RCL.

[34] Pudiendo optar por cualquiera de las bases de cotización comprendidas en las tablas, salvo el caso de los familiares de los trabajadores por cuenta propia y en los supuestos de alta de oficio. Véase también art. 44.4 RCL.

[35] Ver art. 308.1 letra a) reglas 2.ª y 3.ª LGSS.

[36] Art. 308.1 b) LGSS y art. 46 RCL.

[37] Otras bases de cotización singulares son:
-La recogida en la DA. segunda del RD-Ley 13/2022, relativa a la cotización de los miembros de institutos de vida consagrada de la Iglesia Católica. En este sentido véase también el art. 44.3 letra a) RCL.
-Las relativas a períodos en que el trabajador autónomo no hubiere presentado la declaración de IRPF (art. 44.3. letra e) RCL).
-Las que procedan por aplicación del apartado 1 del art. 38 ter LETA, relativo a reducciones en la cotización aplicables por inicio de la actividad por cuenta propia (art. 44.3. letra f).

[38] Ver art. 308. 1. a) regla 4.ª en relación con el art. 305.2. letras b, c y K de la LGSS. Véase también art. 44.3 b RCL.

[39] Véase art. 44.3.3 letra d) RCL. Para las presentadas fuera de plazo véase el art. 44.3. letra c) RCL.

[40] Las reglas del art. 308.1 LGSS son, en síntesis, las siguientes

MODALIDAD AUTÓNOMO	TIPO DE FISCALIDAD	RENDIMIENTOS COMPUTABLES (regla 1.ª)	DEDUCCIONES GASTOS GENÉRICOS (regla 2.ª)
General	Estimación directa	Rendimiento neto + cuotas SS y aportaciones a Mutualidades alternativas	7%
	Estimación objetiva	Rendimiento neto previo	
Actividades agrícolas, forestales y ganadera	Estimación objetiva	Rendimiento neto previo minorado	7%
	Atribución de rentas en estimación objetiva		
Régimen de atribución de rentas	Estimación directa	Rendimiento neto	7%
	Estimación objetiva	Rendimiento neto previo	

La posterior regularización y fijación de la base definitive se hará conforme a las reglas establecidas en el párrafo c) del apartado 1 del art. 308 LGSS y art. 46.2 RCL[41].

Autónomos societarios (art. 305.2 b LGSS)		Rendimientos derivados de la participación en fondos propios en entidades en las que tengan participación en el capital social de al menos el 33% o el 25% en caso de ser administrador más la totalidad de los rendimientos de trabajo derivados de su actividad en dichas entidades	3%
Autónomos socios cooperativos (Ar. 305.2 l LGSS)		Rendimientos de su propia actividad más rendimientos de trabajo o capital mobiliario, dinerarios o en especie, derivados en su condición de cooperativistas	7%
Socios industriales de SRC y de Sociedades comanditarias, comuneros de CB y socios de SC irregulares, socios trabajadores de las SLL en RETA (art. 305.2 c, d y e LGSS)		Rendimientos de trabajo o capital mobiliario dinerario o en especie, derivados de su condición de socios o comuneros	7% o 3% (bastará con haber figurado en alta 90 días en el RETA)

[41] En síntesis, el art. 308.1.c) reglas 1.ª a 6.ª de la LGSS y art. 46.2 reglas 1.ª a 5.ª RCL relativas al proceso de regularización, establece lo siguiente:

Reglas generales	
BC definitiva se encuentra entre las BC mínima y máxima del tramo	No procede regularización (regla 3ª)
BC definitiva inferior a la cuota de la BC mínima del tramo que corresponda	Deberá ingresar la diferencia entre ambas cotizaciones antes del último día del mes siguiente a la notificación de la regularización, sin aplicación de intereses de demora ni recargo alguno (regla 4.ª p. 1)
BC definitiva superior a la cuota de la BC máxima del tramo que corresponda	Devolución de oficio de la diferencia entre ambas cotizaciones. Antes del 30 de abril del ejercicio siguiente al que Hacienda haya comunicado los rendimientos a la TGS (regla 4 p. 2)
Excepciones / Especialidades	
BC definitiva entre BC mínima tramo 1 tabla reducida y BC mínima tramo 2 tabla reducida	No procede regularización
Autónomos colaboradores societarios BC definitiva	BC (regla 3ª) superior a BC mínima establecida, procede regularización
	BC (regla 3ª) inferior a BC mínima establecida, no procede regularización
Autónomos que coticen por BC superiores a las que les correspondería por rendimientos	BC (regla 6.ª art. 46 RCL) entre importe superior de rendimientos que le correspondería y la BC que tuvieran a 31/12/22 actualizada, puede: solicitar devolución de cuotas por la diferencia entre ambos importes hasta el último día del mes natural inmediatamente posterior a la comunicación de regularización; o no solicitar devolución
Autónomos que no hubieren presentado la declaración de IRPF o no hayan declarado ingresos y resulte de aplicación régimen de estimación directa	BC (regla 5.ª) mínima correspondiente al grupo 7 de cotización R. Gral.
Modificaciones posteriores en los rendimientos llevados a cabo por la Administración tributaria	Regla 6ª) Si son inferiores a los declarados se podrá solicitar devolución de lo ingresado indebidamente. Si son superiores se pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a efectos de que se determinen los importes a ingresar

La reforma también alcanza a otros preceptos de la LGSS, generalmente con la finalidad de su correspondencia o ajuste al nuevo sistema de cotización y de fomento del diálogo social, como:

a) Cotización en los supuestos de reconocimiento de una prestación económica con anterioridad a la regulación anual (art. 309 LGSS). Excluyendo de la regularización las cotizaciones correspondientes a los meses cuyas bases de cotización hubiesen sido tenidas en cuenta por el cálculo de la base reguladora de las prestaciones económicas del sistema de S. Social reconocidas con anterioridad a la fecha en que se hubiese realizado dicha regularización, y la posterior hasta el mes en que se produzca el hecho causante, la base provisionas pasa a ser definitiva.

b) Cotización en los supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo por cuenta propia (art. 310 LGSS en relación con la nueva forma de determinar la base cotización del art. 308.1 LGSS).

c) Cotización en los supuestos de pluriactividad, para su adaptación al abono de reintegro de cuotas que tuviera que efectúa la TGSS (art. 313 en relación con el art. 308 de la LGSS).

d) Especialidades en material de cotización respecto a trabajadores por cuenta propia agrarios (art. 325 LGSS).

e) Modificación de la DA. 17.ª párrafo segundo de la LGSS, en relación a que las previsiones que se hagan en material de cotización recogidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado se debatirán, con carácter previo, en el marco del diálogo social.

También se adapta la cotización de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de los Trabajadores del mar (nueva redacción del art. 8 Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero)[42].

Consecuencia de este nuevo sistema de cotización son las reformas introducidas por el art. cuarto del RD-Ley en los reglamentos de inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos (RAAB); y Cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (RCL).

En relación con el RAAB se trata de una nueva modificación del art. 30.2 b), que ya había sido llevada a cabo unas semanas antes por el RD 504/2022, para volver a modificar el número 9.º suprimiendo la remisión en la determinación de rendimientos a orden del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Resulta curiosa esta modificación pues se modifica el RD 504/2022 que daba una nueva redacción a dicho precepto del RAAB[43].

Y en relación con el RCL el art. quinto del RD-Ley 13/2022 da una nueva redacción a la sección 4.ª del capítulo II del mismo (arts. 43 a 48), al art. 51 suprimiendo su apartado 4 y nueva redacción al apartado 3; y nueva reacción de los arts. 52 a 55, para adaptarlo al nuevo sistema de cotización[44].

Por último (en relación con la cotización) el art. tercero del RD-Ley 13/2022 introduce importantes modificaciones en la Ley 20/2007, de 11 julio, Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA), en relación fundamentalmente con la cotización y sus beneficios en la cotización. En relación con la cotización se modifica el art. 25 de la LETA adaptando la referencia normativa (se hacía al anterior texto refundido de la LGSS de 1994), se elimina la referencia a bases de cotización diferenciadas de

[42] Artículo segundo del RD-Ley 13/2022, 26 julio.

[43] Art. sexto RD-Ley 13/2022.

[44] Téngase en cuenta que la Disposición final décima, nueve del RD-Ley 14/2022, modificó el apartado uno del artículo quinto del RD-Ley 13/2022 que modificaba el RCL, concretamente son objeto de nueva redacción: la letra e) del apartado 3 del art. 44; letra c) de la regla 5.ª del apartado 2 del art. 54;

los trabajadores autónomos dependientes y se elimina la referencia a la cotización de los trabajadores autónomos a tiempo parcial.

En el apartado de beneficios en la cotización, cabe destacar una nueva reducción a la cotización por inicio de la actividad por cuenta propia (nuevo art. 38 ter LETA)[45] y otra en supuestos de cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave (nuevo art. 38 quater LETA). Y por lo demás se adaptan las bonificaciones previstas en los arts. 30 (bonificación a los trabajadores por cuenta propia por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación), 35 (bonificación por altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos), 36 (beneficios para trabajadores autónomos de Ceuta y Melilla), 37 (bonificaciones en favor de determinados familiares del titular de la explotación agraria)[46], 38 (bonificaciones de cuotas apara trabajadores autónomos durante el descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural), y 38 bis (bonificaciones a trabajadores autónomas que se reincorporen al trabajo en determinados supuestos) de la LETA al nuevo sistema de cotización.

Al igual que antes se indicó, para los actos instrumentales de encuadramiento, el RD-Ley 13/2022, también en materia de beneficios en la cotización se modificó unos días después de su publicación por el RD-Ley 14/2022, concretamente en relación con los beneficios recogidos en el art. 38 LETA (trabajadores autónomos durante los descansos por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural); art. 38 bis (reincorporación de las trabajadoras autónomas al trabajo en determinados supuestos[47]); nuevo apartado 10 al art. 38 ter (trabajadores autónomos discapacitados o víctimas de violencia de género o de terrorismo); y la DT. quinta relativa a la cuota reducida aplicable por el inicio de una actividad por cuenta propia en el período 2023 y 2025[48].

Interesa también reseñar que el art. tercero del RD-Ley 13/2022, modifica también los arts. 1.1 y 24 de la LETA para suprimir la referencia al trabajador autónomo a tiempo parcial.

En relación con la acción protectora del sistema de Seguridad Social para los trabajadores autónomos, cabe reseñar:

a) **Prestación económica por nacimiento y cuidado de menor[49]**

Se parte –con carácter general– de que la base reguladora del subsidio de esta prestación será la base cotización por contingencias comunes del mes anterior al hecho causante, dividida por el número de días a que dicha cotización se refiera. Con previsión expresa (de forma similar al subsidio de incapacidad temporal) para cuando el trabajador haya ingresado en el mes anterior al hecho causante. Ahora bien, el art. 318 letra a) LGSS –relativo a los trabajadores autónomos que también es modificado– excepciona esta regla y para los trabajadores autónomos será de referencia la suma de las bases de cotización de los seis meses inmediatamente al mes previo al del hecho causante dividido por ciento ochenta[50]. Es una reforma obvia, pues se trata de una prestación en la que cabe prever el hecho causante y al trabajador se le permite cambiar la base de cotización a su voluntad seis veces al año.

---

[45] Similar a la que se regulaba en los arts. 31, 31 bis, 32 y 32 bis LETA. Durante el período 2023 a 2025 tendrá una cuantía de 80 euros/mes (véase la DT. quinta del RD-Ley 13/2022 en la nueva redacción dada por la Disposición final diez del RD-Ley 14/2022)

[46] La naturaleza del beneficio pasa de reducción a bonificación.

[47] Se elimina la cuota fija de 60 euros.

[48] Disposición final décima diez del RD-Ley 14/2022.
La DA. 3 RD-Ley 13/2022 permite a los trabajadores autónomos con trabajadores a su cargo practicar la deducción por contribuciones empresariales a sistemas de previsión social empresarial.

[49] Art. primero tres y once del RD-Ley 13/2022, modifica el art. 179 y el art. 318 LGSS.

[50] En caso de no haber permanecido en alta en el RETA será la suma de las bases de cotización correspondiente a esos seis meses dividido por el número de día que haya permanecido en alta.

b) **Cobertura de la incapacidad temporal y de las contingencias profesionales**[51]

Una nueva modificación del art. 315 de la LGSS para permitir que el trabajador se pueda o no acoger a su cobertura o renunciar a ella, siempre que ya la tuviera cubierta en otro régimen del sistema. Se incluye la referencia expresa a las excepciones previstas en la DA. vigésima octava de la LGSS (socio de cooperativas que tengan un sistema intercooperativo de prestaciones sociales complementario al público y a los miembros de institutos de vida consagrada de la Iglesia Católica) y se suprime la referencia a los trabajadores del sistema por cuenta propia agrícolas.

Respecto a la modificación de la obligatoriedad de la cobertura de las contingencias profesionales, se modifica el art. 316 LGSS y como novedad está la exoneración de la cobertura para socios de cooperativas que tengan un sistema intercooperativo de prestaciones sociales complementario al público y a los miembros de institutos de vida consagrada de la Iglesia Católica.

c) **Base reguladora en los supuestos de cotización reducida y de cotización con más de 65 años de edad**

El art. primero Doce del RD-Ley 13/2022, modifica el art. 320 LGSS para fijar la base reguladora aplicable a los supuestos de cotización reducida, aplicando el importe de la base mínima vigente del tramo 1 de la tabla general de bases recogida en el art. 308.1.a) regla primera de la LGSS. Y por otro lado adapta el número 2 –cotización de trabajadores autónomos con 65 años o más) de dicho precepto al nuevo sistema de cotización del art. 308 LGSS.

d) **Mejoras en la prestación por cese en la actividad y prestación para la sostenibilidad de la actividad de autónomos pertenecientes a sectores afectados por Mecanismo RED**

Por otra parte, la complejidad se acrecienta por la extensión diferenciada de la protección por desempleo ("cese de actividad" son los términos utilizados por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo Autónomo) para los trabajadores autónomos. Hay que partir de la formula subjetivamente abierta e indiferenciada del artículo 41 CE cuando referencia al "desempleo" como contingencia protegida. El modelo legal, por el momento, es relativamente abierto a distintas opciones de política del Derecho social. En efecto, los trabajadores autónomos o por cuenta propia que previamente trabajaron por cuenta ajena están incluidos siempre que al término de su actividad como autónomos acreciente cotizaciones suficientes como trabajadores por cuenta ajena. Este flexibilización en el reconocimiento se debe a la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS 18.3.1998, 24.3.1998, 11.7.2001, entre otras). El Estatuto del Trabajo Autónomo prevé el establecimiento de una "prestación por cese de actividad", indicando que corresponde al Gobierno proponer a las Cortes Generales la regulación de un sistema específico de protección por cese de actividad para los trabajadores autónomos, en función de sus características personales o de la naturaleza de la actividad ejercida y siempre que estén garantizados los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera y ello responda a las necesidades y preferencias de los trabajadores autónomos (Disposición adicional cuarta). Por tanto el modelo queda abierto a diversas opciones de política legislativa. Por lo pronto es de señalar que el artículo 26 del Estatuto no garantiza en sí la inclusión de la "Prestación por cese de actividad" dentro de la acción protectora del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propio o Autónomos. No obstante, se establece un principio general según el cual "la acción protectora del régimen público de Seguridad Social de los trabajadores autónomos tenderá a converger en aportaciones, derechos y prestaciones con la existente para los trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social" (art ículo26.5).

Un paso importante en el proceso legislativo orientado al reconocimiento de la protección por desempleo (o del denominado eufemísticamente "cese de actividad") los constituyó la programática

[51] Art. primero tres RD-Ley 13/2022.

y lacónica Disposición Adicional 4ª de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, donde se recoge el compromiso del Gobierno, "siempre que estén garantizados los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera y ello responda a las necesidades y preferencias de los trabajadores autónomos", de proponer a las Cortes Generales "la regulación de un sistema específico de protección por cese de actividad para los mismos, en función de sus características personales o de la naturaleza de la actividad ejercida", que atienda a las exigencias regulativas impuestas por una realidad diferenciada.

Interesa subrayar que la opción de política legislativa que trasluce el precepto no consiste en la extensión –aunque fuese "modalizada"– del régimen de protección por desempleo existente. Ello se refleja en la nomenclatura utilizada, al no denominarla "protección por desempleo" sino "protección por cese de actividad", como en la referencia a un "sistema específico de protección" que realza la especialidad (o "segregación") del tratamiento previsto dentro del sistema de protección social del trabajo autónomo. Quedaba abierta entonces la opción de que dicho sistema esté o no integrado en el de Seguridad Social, aunque la previsión parecía inclinarse por esta última posibilidad. Un argumento sistemático puede avalar esta consideración, dado que cuando la Ley 20/2007 (art. 23.1) establece que: "De conformidad con el artículo 41 de la Constitución, las personas que ejerzan una actividad profesional o económica por cuenta propia o autónoma tendrán derecho al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, que les garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad…". No obstante, cuando luego diseña el alcance de la acción protectora (artículo 26), no se hace referencia a la protección por desempleo, sino que es la programática Disposición Adicional 4ª la que se refiere a la protección por "cese de actividad", lo que pone de relieve que la norma no persigue una asimilación o integración del colectivo en el régimen de protección por desempleo previsto en el Régimen general, como también puede considerarse que no se trata necesariamente de un sistema de protección integrado en el sistema de Seguridad Social (aunque ésta sea la opción más recomendable). Queda reflejada aquí una voluntad "segregadora" del derecho general a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos.

La necesidad de la protección «por cese de actividad» de los trabajadores autónomos se impone por su condición de trabajadores para los cuales cabe garantizar también la especial protección por desempleo a que hace referencia el art. 41 CE, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, donde se garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Por tanto, las referencias constitucionales a la Seguridad Social no se circunscriben al trabajo por cuenta ajena y han de entrar en juego los principios comunes que informa a todas las ramas de protección de la Seguridad Social[52].

El art. primero doce a veinticinco del RD-Ley 13/2022, modifica el título V de la LGSS, regulador de la prestación por cese en la actividad, concretamente sus arts. 327 (objeto y ámbito de aplicación), 329 (acción protectora), 330 (requisitos para el nacimiento del derecho), 332 (acreditación de la situación legal de cese en la actividad), 337 (solicitud y nacimiento del derecho a la protección por cese en la actividad), párrafo primero del apartado 1 del art. 338 (duración de la prestación), 339 (cuantía de la prestación económica), letra c) del art. 340.1, (suspensión del derecho), párrafo e) art.341.1 (extinción del derecho), primer párrafo del apartado 1 y nuevo apartado 3 del art. 342 (incompatibilidades) y 347 (obligaciones de los trabajadores autónomos).

Son novedades la introducción de nuevas causas de cese en la actividad (arts. 321.a y 327 de LGSS), no exigiendo para tales casos el cierre del establecimiento abierto al público o su transmisión

[52] Monereo Pérez, J.L.: "El sistema español de protección por desempleo: Eficacia, equidad y nuevos enfoques", ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *La protección por desempleo en España,* (XII Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 2015), Murcia, Laborum, 2015, pp. 125 y ss., en particular pp. 159-164.

a terceros[53], también se concretan los supuestos en que se considera fuerza mayor el cese temporal parcial y se modifica el objeto y ámbito de la protección[54].

La comparación entre el sistema general de protección por desempleo y este sistema especial de protección por cese de actividad (Ley 32/2010, de 5 de agosto, desarrollada por el RD 1541/2011, de 31 de octubre, la cual instauró un sistema específico de protección social contributiva por cese de actividad para los trabajadores autónomos[55]) evidencia palmariamente que en esta rama prestacional estamos ante una *convergencia muy imperfecta* entre la protección que confiere el RGSS y el RETA. La normativa reguladora refleja una opción de política del Derecho consistente en establecer una separación estricta entre la protección por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores autónomos (incluidos los TRADE), de manera que para éstos últimos se establece un sistema exclusivamente contributivo (y por tanto sin existencia de niveles asistenciales) y de carácter voluntario. Es un sistema especial de cobertura del desempleo separado de la protección general por desempleo y vinculado –aunque en una normativa no inserta en él– al RETA (lo lógico es que se insertará en las previsiones del Decreto 2430/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el RETA, sucesivamente modificado).

Ciertamente, estamos ante un supuesto singular porque el trabajador autónomo es el sujeto protegido y responsable ante el RETA, y asimismo su carácter contributivo reforzado hace recaer toda la carga del pago de las cotizaciones en la persona del trabajador autónomo. Por otra parte, la protección por cese de actividad alcanza a los trabajadores autónomos comprendidos en el RETA. Una de las últimas modificaciones legislativas supuso desvincular esta prestación de las contingencias profesionales (Disposición Final segunda de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la LGSS en relación con el régimen jurídico de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social. Da nueva redacción al art. 2.1 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto: "La protección por cese de actividad forma parte de la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social, es de *carácter voluntario* y se rige por lo dispuesto en esta ley y en sus normas de desarrollo, así como, supletoriamente, por las normas que regulan el Régimen Especial de la Seguridad Social de encuadramiento")[56]. Por entonces se configuraba como una prestación autónoma y de voluntario acogimiento por los trabajadores autónomos y al margen de que tengan cubiertas o no sus contingencias profesionales. Se abandonó de este modo el extraño y disfuncional mecanismo que la vinculaba a la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Finalmente, la

[53] Se determina además la documentación que se supone acredite los requisitos para estos nuevos supuestos, se fija la fecha del nacimiento del derecho y cuantía de la prestación y se admite cierta compatibilidad con la actividad desarrollada.

[54] Se introduce una nueva DA. 50 en la LGSS por la que se crea un Observatorio para el análisis y seguimiento dela prestación por cese en la actividad.

[55] La Ley 35/2014, de 26 de diciembre, dio nueva redacción al art. 1 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto: «Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación. 1. El sistema específico de protección por el cese de actividad tiene por objeto dispensar a los trabajadores autónomos, afiliados a la Seguridad Social y en alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, las prestaciones y medidas establecidas en esta ley ante la situación de *cese total* en la actividad que originó el alta en el Régimen Especial, no obstante poder y querer ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo. 2. El cese de actividad podrá ser definitivo o temporal. El cese temporal comporta la interrupción de todas las actividades que originaron el alta en el Régimen Especial en el que el trabajador autónomo figure encuadrado, en los supuestos regulados en el artículo 5. 3. El régimen de protección de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios se regirá por lo dispuesto en la disposición adicional octava.»

[56] En la redacción anterior, derogada, se establecía que "La protección por cese de actividad alcanza a los trabajadores autónomos comprendidos en el RETA que tengan cubierta la protección dispensada a las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, incluyendo a los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, así como a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar" (art. 2.1).

cobertura lo es sólo por el cese total de la actividad y no da cobertura al cese parcial (articulo 1.2 Ley 32/2010). Criterio mantenido en la vigente redacción[57].

Problemas y trabas que permiten comprender la escasa incidencia que estaba teniendo en el ámbito de la acción protectora del RETA, lo cual se refleja en el reducido número de solicitudes del derecho a las prestaciones por cese de actividad y la escasa conflictividad en el ámbito jurisdiccional. El número de autónomos inscritos en este ámbito prestacional es muy reducido en un total de afiliados al RETA. Esto no es más que un dato estadístico que muestra el relativo fracaso de esta prestación por cese de actividad de los autónomos. Peca de insuficiencia y peca de falta de realismo respecto a la realidad del trabajo autónomo. Por lo demás, un verdadero aseguramiento social inserto en la acción prestacional de la Seguridad Social debería de ser de carácter obligatorio (art. 2 Ley 32/2010, por la que se estableció un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos). Recuérdese el aserto de que "los seguros sociales o son obligatorios o no son nada" (Carlos González Posada)[58]. La inserción en la Seguridad Social debería de conducir en coherencia hacia la obligatoriedad del encuadramiento en la acción protectora por cese de actividad del trabajador autónomo. La defensa del aseguramiento obligatorio había sido ya formulada y seriamente se defendió que debería tomarse en consideración *lege ferenda*[59]. El RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre (relativo

[57] Artículo 327. 2 LGSS: "El cese de actividad podrá ser definitivo o temporal. El cese temporal comporta la interrupción de todas las actividades que originaron el alta en el régimen especial en el que el trabajador autónomo figure encuadrado, en los supuestos regulados en el artículo 331".
Artículo 329 Acción protectora
"El sistema de protección por cese de actividad comprende las prestaciones siguientes:
a) La prestación económica por cese total, temporal o definitivo, de la actividad.
La prestación señalada se regirá exclusivamente por esta ley y las disposiciones que la desarrollen y complementen.
b) El abono de la cotización a la Seguridad Social del trabajador autónomo al régimen correspondiente. A tales efectos, el órgano gestor se hará cargo de la cuota que corresponda durante la percepción de las prestaciones económicas por cese de actividad. La base de cotización durante ese período corresponde a la base reguladora de la prestación por cese de actividad en los términos establecidos en el artículo 339, sin que, en ningún caso, la base de cotización pueda ser inferior al importe de la base mínima o base única de cotización prevista en el correspondiente régimen.
En los supuestos previstos en el artículo 331.1.d, no existirá la obligación de cotizar a la Seguridad Social, estando a lo previsto en el artículo 21.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.A *partir de: 7 octubre 2022Párrafo segundo de la letra b) del artículo 329 redactado por el apartado siete de la disposición final decimosexta de la L.O. 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual («B.O.E.» 7 septiembre).*c) El abono de la cotización a la Seguridad Social del trabajador autónomo por todas las contingencias al régimen correspondiente, a partir del sexagésimo primer día de baja conforme a lo dispuesto en el artículo 308.
Artículo 329 redactado por el apartado diecisiete de la disposición final segunda del R.D.-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo («B.O.E.» 29 diciembre).
A partir de: 1 enero 2023.
Artículo 329 redactado por el número quince del artículo primero del R.D.-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad («B.O.E.» 27 julio).

[58] Véase Monereo Pérez, J.L.: "Carlos González Posada (1890-1948): La teoría del seguro social y su institucionalización en España", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (13), (2017), pp. 315–336. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/263

[59] Monereo Pérez, J.L.: "El sistema español de protección por desempleo: Eficacia, equidad y nuevos enfoques", ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *La protección por desempleo en España,* (XII Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, Octubre de 2015), Murcia, Laborum, 2015, pp. 125 y ss., en particular pp. 159-164. Este criterio había sido mantenido también antes en Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: "El desempleo de los trabajadores autónomos", Ponencia General en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos* (Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Madrid, 2007), Murcia, Laborum, 2007. Asimismo, Valdés Dal-Ré, F.: "El sistema de protección por cese de actividad del trabajo autónomo: propuestas para una futura regulación", en *Revista de Derecho Social,* núm. 45 (2009).

a la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo), en su disposición Final 2ª[60], dio nueva redacción al apartado 1 del art. 327 de la LGSS, introduciendo la obligatoriedad del sistema específico de protección por el cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Estamos ya ante un auténtico instrumento típico de aseguramiento obligatorio propio del Sistema de Seguridad Social Contributiva.

Ese sistema específico de protección social estaba previsto ya en la Disposición adicional 4.ª de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo. El sistema legal (la Ley 32/2010, que dio cumplimiento al mandato regulado en dicha disp. adic., hoy derogada) delimita la *situación protegida*, indicando que la Ley tiene por objeto atender a la situación jurídica de «trabajadores autónomos que pudiendo y queriendo ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo y estando incluidos en los niveles de protección en ella recogidos, hubieren cesado en esa actividad, con arreglo a lo establecido en el artículo 5», que regula la situación legal de cese *involuntario* de actividad [salvo por incumplimiento contractual grave del cliente, debidamente acreditado; art. 5.2.*b*) de la Ley 32/2010 (art. 1.1)].

La LGSS, procede a regular detenidamente la «Protección por cese de actividad» (Título V, artículos 327 a 350). Respecto a la delimitación del objeto y ámbito de aplicación (art. 327 LGSS), se dispone que el sistema específico de protección por el cese de actividad forma parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, es de carácter voluntario y tiene por objeto dispensar a los trabajadores autónomos, afiliados a la Seguridad Social y en alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, las prestaciones y medidas establecidas en esta ley ante la situación de cese total en la actividad que originó el alta en el régimen especial, no obstante poder y querer ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo.

El cese de actividad podrá ser definitivo o temporal. El cese temporal comporta la interrupción de todas las actividades que originaron el alta en el régimen especial en el que el trabajador autónomo figure encuadrado, en los supuestos regulados en el artículo 331 LGSS.

La protección por cese de actividad alcanzará también a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado que hayan optado por su encuadramiento como trabajadores por cuenta propia en el régimen especial que corresponda, así como a los trabajadores autónomos que ejerzan su actividad profesional conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho, siempre que, en ambos casos, cumplan con los requisitos regulados en este título con las peculiaridades contempladas, respectivamente, en los artículos 335 y 336 LGSS.

En lo relativo a la acción protectora (artículo 329 LGSS), se establece que el sistema de protección por cese de actividad comprende las prestaciones siguientes:

a) La prestación económica por cese total, temporal o definitivo, de la actividad. La prestación señalada se regirá exclusivamente por la LGSS y las disposiciones que la desarrollen y complementen.

b) El abono de la cotización a la Seguridad Social del trabajador autónomo, por contingencias comunes, al régimen correspondiente. A tales efectos, el órgano gestor

[60] «1. El sistema específico de protección por el cese de actividad forma parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, es de carácter obligatorio y tiene por objeto dispensar a los trabajadores autónomos, afiliados a la Seguridad Social y en alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, las prestaciones y medidas establecidas en esta ley ante la situación de cese total en la actividad que originó el alta en el régimen especial, no obstante poder y querer ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo. El cese de actividad podrá ser definitivo o temporal. El cese temporal comporta la interrupción de todas las actividades que originaron el alta en el régimen especial en el que el trabajador autónomo figure encuadrado, en los supuestos regulados en el artículo 331.».

se hará cargo de la cuota que corresponda durante la percepción de las prestaciones económicas por cese de actividad a partir del mes inmediatamente siguiente al del hecho causante del cese de actividad. La base de cotización durante ese período corresponde a la base reguladora de la prestación por cese de actividad en los términos establecidos en el artículo 339 LGSS, sin que, en ningún caso, la base de cotización pueda ser inferior al importe de la base mínima o base única de cotización prevista en el correspondiente régimen. [En los supuestos previstos en el artículo 331.1.*d*), no existirá la obligación de cotizar a la Seguridad Social, estando a lo previsto en el art. 21.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.]

c) El abono de la cotización a la Seguridad Social del trabajador autónomo por todas las contingencias al régimen correspondiente, a partir del sexagésimo primer día de baja conforme a lo dispuesto en el artículo 308 LGSS.

El sistema de protección por cese de actividad comprenderá, además, medidas de formación, orientación profesional y promoción de la actividad emprendedora de los trabajadores autónomos beneficiarios del mismo, cuya gestión corresponderá a las entidades previstas en el artículo 344.5 LGSS.

Los requisitos para el nacimiento del derecho a la protección (artículo 330 LGSS), son los siguientes:

1. El derecho a la protección por cese de actividad se reconocerá a los trabajadores autónomos en los que concurran los requisitos siguientes:

a) Estar afiliados y en alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, en su caso.

b) Tener cubierto el período mínimo de cotización por cese de actividad a que se refiere el artículo 338 LGSS. [El RD-Ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial, para aquellos trabajadores que estuvieran percibiendo a 30 de junio de 2020 la prestación por cese de actividad recogida en el artículo 17 del RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la *COVID-19; medida que se ha ido prorrogando sucesivamente, la última con el RDL 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos].*

c) Encontrarse en situación legal de cese de actividad, suscribir el compromiso de actividad al que se refiere el artículo 300 LGSS y acreditar activa disponibilidad para la reincorporación al mercado de trabajo a través de las actividades formativas, de orientación profesional y de promoción de la actividad emprendedora a las que pueda convocarle el servicio público de empleo de la correspondiente comunidad autónoma, o en su caso el Instituto Social de la Marina.

d) No haber cumplido la edad ordinaria para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador autónomo no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello.

e) Hallarse al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. No obstante, si en la fecha de cese de actividad no se cumpliera este requisito, el órgano gestor invitará al pago al trabajador autónomo para que en el plazo improrrogable de treinta días naturales ingrese las cuotas debidas. La regularización del descubierto producirá plenos efectos para la adquisición del derecho a la protección.

2. Cuando el trabajador autónomo, tenga a uno o más trabajadores a su cargo y concurra alguna de las causas del artículo 331.1 LGSS (situación legal de cese de actividad), será requisito

previo al cese de actividad el cumplimiento de las garantías, obligaciones y procedimientos regulados en la legislación laboral.

La misma regla será aplicable en el caso del trabajador autónomo profesional que ejerza su actividad profesional conjuntamente con otros, con independencia de que hayan cesado o no el resto de profesionales, así como en el supuesto de las cooperativas a que hace referencia el artículo 335 LGSS (socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado) cuando se produzca el cese total de la actividad.

En lo concerniente al acotamiento de la *situación legal de cese de actividad* (art. 331 LGSS) se prescribe que, sin perjuicio de las peculiaridades previstas legalmente, se encontrarán en situación legal de cese de actividad todos aquellos trabajadores autónomos que cesen en el ejercicio de su actividad por alguna de las causas siguientes:

a) Por la concurrencia de motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos determinantes de la inviabilidad de proseguir la actividad económica o profesional. En caso de establecimiento abierto al público se exigirá el cierre del mismo durante la percepción del subsidio o bien su transmisión a terceros. No obstante, el autónomo titular del inmueble donde se ubica el establecimiento podrá realizar sobre el mismo los actos de disposición o disfrute que correspondan a su derecho, siempre que no supongan la continuidad del autónomo en la actividad económica o profesional finalizada. Se entenderá que existen motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Pérdidas derivadas del desarrollo de la actividad en un año completo, superiores al 10 por 100 de los ingresos obtenidos en el mismo período, excluido el primer año de inicio de la actividad. 2.º Ejecuciones judiciales o administrativas tendentes al cobro de las deudas reconocidas por los órganos ejecutivos, que comporten al menos el 30 por 100 de los ingresos del ejercicio económico inmediatamente anterior. 3.º La declaración judicial de concurso que impida continuar con la actividad, en los términos del RD Leg. 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

b) Por fuerza mayor, determinante del cese temporal o definitivo de la actividad económica o profesional.

c) Por pérdida de la licencia administrativa, siempre que la misma constituya un requisito para el ejercicio de la actividad económica o profesional y no venga motivada por la comisión de infracciones penales.

d) La violencia de género determinante del cese temporal o definitivo de la actividad de la trabajadora autónoma.

e) Por divorcio o separación matrimonial, mediante resolución judicial, en los supuestos en que el autónomo ejerciera funciones de ayuda familiar en el negocio de su excónyuge o de la persona de la que se ha separado, en función de las cuales estaba incluido en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social.

Sin embargo, en ningún caso se considerará *ope legis* en situación legal de cese de actividad:

a) A aquellos que cesen o interrumpan voluntariamente su actividad, salvo en el supuesto previsto en el artículo 333.1.*b*) LGSS (por incumplimiento contractual grave del cliente, debidamente acreditado, en el caso de los trabajadores autónomos económicamente dependientes).

b) A los trabajadores autónomos previstos en el artículo 333 LGSS (trabajadores autónomos económicamente dependientes) que tras cesar su relación con el cliente y percibir la prestación por cese de actividad, vuelvan a contratar con el mismo cliente en el plazo de un año, a contar desde el momento en que se extinguió la prestación, en cuyo caso deberán reintegrar la prestación recibida.

Cuestión singularmente problemática es la relativa a la *acreditación de la situación legal de cese de actividad* (art. 332 LGSS). En tal sentido, las situaciones legales de cese de actividad de los trabajadores autónomos se acreditarán mediante declaración jurada del solicitante, en la que se consignará el motivo o motivos concurrentes y la fecha de efectos del cese, a la que acompañará los documentos que seguidamente se establecen, sin perjuicio de aportarse, si aquél lo estima conveniente, cualquier medio de prueba admitido legalmente: *a*) Los motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos se acreditarán mediante los documentos contables, profesionales, fiscales, administrativos o judiciales que justifiquen la falta de viabilidad de la actividad. En todo caso se deberán aportar los documentos que acrediten el cierre del establecimiento en los términos establecidos en el artículo 331.1.*a*) LGSS, la baja en el censo tributario de Empresarios, Profesionales y Retenedores y la baja en el régimen especial de la Seguridad Social en el que estuviera encuadrado el solicitante. En el caso de que la actividad requiriera el otorgamiento de autorizaciones o licencias administrativas, se acompañará la comunicación de solicitud de baja correspondiente y, en su caso, la concesión de la misma, o bien el acuerdo de su retirada. Sin perjuicio de los documentos señalados en el párrafo anterior, la concurrencia de motivos económicos se considerará acreditada mediante la aportación, en los términos que reglamentariamente se establezcan, de la documentación contable que confeccione el trabajador autónomo, en la que se registre el nivel de pérdidas exigido en los términos del artículo 331.1.*a*).1.º LGSS, así como mediante las declaraciones del Impuesto sobre el Valor Añadido, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y demás documentos preceptivos que, a su vez, justifiquen las partidas correspondientes consignadas en las cuentas aportadas. En todo caso, las partidas que se consignen corresponderán a conceptos admitidos en las normas que regulan la contabilidad. El trabajador autónomo podrá formular su solicitud aportando datos estimados de cierre, al objeto de agilizar la instrucción del procedimiento, e incorporará los definitivos con carácter previo al dictado de la resolución. *b*) La pérdida de la licencia administrativa que habilitó el ejercicio de la actividad mediante resolución correspondiente. *c*) La violencia de género, por la declaración escrita de la solicitante de haber cesado o interrumpido su actividad económica o profesional, a la que se adjuntará la orden de protección o, en su defecto, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género. De tratarse de una trabajadora autónoma económicamente dependiente, aquella declaración podrá ser sustituida por la comunicación escrita del cliente del que dependa económicamente en la que se hará constar el cese o la interrupción de la actividad. Tanto la declaración como la comunicación han de contener la fecha a partir de la cual se ha producido el cese o la interrupción. *d*) El divorcio o acuerdo de separación matrimonial de los familiares incursos en la situación prevista en el artículo 331.1.*e*) se acreditará mediante la correspondiente resolución judicial, a la que acompañarán la documentación correspondiente en la que se constate la pérdida de ejercicio de las funciones de ayuda familiar directa en el negocio, que venían realizándose con anterioridad a la ruptura o separación matrimoniales.

En el sistema normativo se contempla también la Situación legal de cese de actividad en *supuestos especiales*:

— Trabajadores autónomos económicamente dependientes (artículo 333 LGSS):

Se encontrarán en situación legal de cese de actividad los trabajadores autónomos económicamente dependientes que, sin perjuicio de lo previsto en el primer apartado del artículo 331 LGSS, cesen su actividad por extinción del contrato suscrito con el cliente del que dependan económicamente, en los siguientes supuestos: *a*) Por la terminación de la duración convenida en el contrato o conclusión de la obra o servicio. *b*) Por incumplimiento contractual grave del cliente, debidamente acreditado. *c*) Por rescisión de la relación contractual adoptada por causa justificada por el cliente, de acuerdo con lo establecido en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. *d*) Por rescisión de la relación contractual adoptada por causa injustificada por el cliente, de acuerdo con lo establecido en la Ley 20/2007, de 11 de julio. *e*) Por muerte, incapacidad o jubilación del cliente, siempre que impida la continuación de la actividad.

La situación legal de cese de actividad establecida será también de aplicación a los trabajadores autónomos que carezcan del reconocimiento de económicamente dependientes, siempre que su actividad cumpla las condiciones establecidas en el artículo 11 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, y en el artículo 2 del Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del trabajo autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos.

Por otra parte, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 332.1, las situaciones legales de cese de actividad de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, así como de los trabajadores autónomos que carezcan del reconocimiento de económicamente dependientes, siempre que su actividad cumpla las condiciones establecidas en el artículo 11 LETAU, se acreditarán a través de los siguientes medios: *a*) La terminación de la duración convenida en contrato o conclusión de la obra o servicio, mediante su comunicación ante el registro correspondiente del servicio público de empleo con la documentación que así lo justifique. *b*) El incumplimiento contractual grave del cliente, mediante comunicación por escrito del mismo en la que conste la fecha a partir de la cual tuvo lugar el cese de la actividad, mediante el acta resultante de la conciliación previa, o mediante resolución judicial. *c*) La causa justificada del cliente, a través de comunicación escrita expedida por éste en un plazo de diez días desde su concurrencia, en la que deberá hacerse constar el motivo alegado y la fecha a partir de la cual se produce el cese de la actividad del trabajador autónomo. En el caso de no producirse la comunicación por escrito, el trabajador autónomo podrá solicitar al cliente que cumpla con dicho requisito, y si transcurridos diez días desde la solicitud el cliente no responde, el trabajador autónomo económicamente dependiente podrá acudir al órgano gestor informando de dicha situación, aportando copia de la solicitud realizada al cliente y solicitando le sea reconocido el derecho a la protección por cese de actividad. *d*) La causa injustificada, mediante comunicación expedida por el cliente en un plazo de diez días desde su concurrencia, en la que deberá hacerse constar la indemnización abonada y la fecha a partir de la cual tuvo lugar el cese de la actividad, mediante el acta resultante de la conciliación previa o mediante resolución judicial, con independencia de que la misma fuese recurrida por el cliente. En el caso de no producirse la comunicación por escrito, el trabajador autónomo podrá solicitar al cliente que cumpla con dicho requisito, y si transcurridos diez días desde la solicitud el cliente no responde, el trabajador autónomo económicamente dependiente podrá acudir al órgano gestor informando de dicha situación, aportando copia de la solicitud realizada al cliente y solicitando le sea reconocido el derecho a la protección por cese de actividad. *e*) La muerte, la incapacidad o la jubilación del cliente, mediante certificación de defunción del Registro Civil, o bien resolución de la entidad gestora correspondiente acreditativa del reconocimiento de la pensión de jubilación o incapacidad permanente.

— Trabajadores autónomos por su condición de socios de sociedades de capital (artículo 334 LGSS):

La situación legal de cese de la actividad de los trabajadores autónomos incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos por aplicación del artículo 305.2.*b*) LGSS, se producirá cuando cesen involuntariamente en el cargo de consejero o administrador de la sociedad o en la prestación de servicios a la misma y la sociedad haya incurrido en pérdidas en los términos previstos en el artículo 331.1.*a*).1.º LGSS o bien haya disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital social. El cese de actividad de los socios de las entidades capitalistas se acreditará mediante el acuerdo adoptado en junta, por el que se disponga el cese en el cargo de administrador o consejero junto con el certificado emitido por el Registro Mercantil que acredite la inscripción del acuerdo. En el supuesto de cese en la prestación de servicios se requerirá la aportación del documento que lo acredite así como el acuerdo de la Junta de reducción del capital por pérdidas. En ambos casos se requerirá la acreditación de la situación de pérdidas o de disminución del patrimonio neto.

— Socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado (artículo 335 LGSS):

Se considerarán en situación legal de cese de actividad los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: *a*) Los que hubieren cesado, con carácter definitivo o temporal, en la prestación de trabajo y, por tanto, en la actividad desarrollada en la cooperativa, perdiendo los derechos económicos derivados directamente de dicha prestación por alguna de las siguientes causas: 1.º Por expulsión improcedente de la cooperativa. 2.º Por causas económicas, técnicas, organizativas, productivas o de fuerza mayor. 3.º Por finalización del período al que se limitó el vínculo societario de duración determinada. 4.º Por causa de violencia de género, en las socias trabajadoras. 5.º Por pérdida de licencia administrativa de la cooperativa. *b*) Los aspirantes a socios en período de prueba que hubieran cesado en la prestación de trabajo durante el mismo por decisión unilateral del Consejo Rector u órgano de administración correspondiente de la cooperativa.

La declaración de la situación legal de cese de actividad de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado se efectuará con arreglo a las siguientes normas: *a*) En el supuesto de expulsión del socio será necesaria la notificación del acuerdo de expulsión por parte del Consejo Rector de la cooperativa u órgano de administración correspondiente, indicando su fecha de efectos, y en todo caso el acta de conciliación judicial o la resolución definitiva de la jurisdicción competente que declare expresamente la improcedencia de la expulsión. *b*) En el caso de cese definitivo o temporal de la actividad por motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción, en los términos expresados en el artículo 331.1.*a*) LGSS. No se exigirá el cierre de establecimiento abierto al público en los casos en los que no cesen la totalidad de los socios trabajadores de la cooperativa de trabajo asociado. Tales causas se acreditarán mediante la aportación, por parte de la sociedad cooperativa, de los documentos a que se refiere el artículo 332.1.*a*) LGSS. Asimismo, se deberá acreditar certificación literal del acuerdo de la asamblea general del cese definitivo o temporal de la prestación de trabajo y de actividad de los socios trabajadores. *c*) En el supuesto de finalización del período al que se limitó el vínculo societario de duración determinada, será necesaria certificación del Consejo Rector u órgano de administración correspondiente de la baja en la cooperativa por dicha causa y su fecha de efectos. *d*) En el caso de violencia de género, por la declaración escrita de la solicitante de haber cesado o interrumpido su prestación de trabajo en la sociedad cooperativa, a la que se adjuntará la orden de protección o, en su defecto, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género. La declaración ha de contener la fecha a partir de la cual se ha producido el cese o la interrupción. *e*) En el caso de cese durante el período de prueba será necesaria comunicación del acuerdo de no admisión por parte del Consejo Rector u órgano de administración correspondiente de la cooperativa al aspirante.

No estarán en situación legal de cese de actividad los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado que, tras cesar definitivamente en la prestación de trabajo, y por tanto, en la actividad desarrollada en la cooperativa, y haber percibido la prestación por cese de actividad, vuelvan a ingresar en la misma sociedad cooperativa en un plazo de un año, a contar desde el momento en que se extinguió la prestación. Si el socio trabajador reingresa en la misma sociedad cooperativa en el plazo señalado, deberá reintegrar la prestación percibida.

Los socios trabajadores que se encuentren en situación legal de cese de actividad deberán solicitar el reconocimiento del derecho a las prestaciones al órgano gestor del artículo 346 LGSS (mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o, en su caso, entidad gestora de la Seguridad Social) y hasta el último día del mes siguiente a la declaración de la situación legal de cese de actividad.

En caso de presentar la solicitud fuera del indicado plazo se estará a lo dispuesto en las normas de carácter general de este título.

— Trabajadores autónomos que ejercen su actividad profesional conjuntamente (artículo 336 LGSS):

Se considerarán en situación legal de cese de actividad los trabajadores autónomos profesionales que hubieren cesado, con carácter definitivo o temporal en la profesión desarrollada conjuntamente con otros, por alguna de las siguientes causas: *a*) Por la concurrencia de motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos a que se refiere el artículo 331.1.a) LGSS, y determinantes de la inviabilidad de proseguir con la profesión, con independencia de que acarree o no el cese total de la actividad de la sociedad o forma jurídica en la que estuviera ejerciendo su profesión. No se exigirá el cierre de establecimiento abierto al público en los casos en los que no cesen la totalidad de los profesionales de la entidad, salvo en aquellos casos en los que el establecimiento esté a cargo exclusivamente del profesional. No obstante, en este caso no podrá declararse la situación legal de cese de actividad cuando el trabajador autónomo, tras cesar en su actividad y percibir la prestación por cese de actividad, vuelva a ejercer la actividad profesional en la misma entidad en un plazo de un año, a contar desde el momento en que se extinguió la prestación. En caso de incumplimiento de esta cláusula, deberá reintegrar la prestación percibida. *b*) Por fuerza mayor, determinante del cese temporal o definitivo de la profesión. *c*) Por pérdida de la licencia administrativa, siempre que la misma constituya un requisito para el ejercicio de la actividad económica o profesional y no venga motivada por la comisión de infracciones penales. *d*) La violencia de género determinante del cese temporal o definitivo de la profesión de la trabajadora autónoma. *e*) Por divorcio o acuerdo de separación matrimonial, mediante la correspondiente resolución judicial, en los supuestos en que el autónomo divorciado o separado ejerciera funciones de ayuda familiar en el negocio de su excónyuge o de la persona de la que se ha separado, en función de las cuales estaba incluido en el correspondiente régimen de la Seguridad Social, y que dejan de ejercerse a causa de la ruptura o separación matrimoniales.

Resulta de interés a efectos de esta evolución normativa la invención y tratamiento de la llamada prestación extraordinaria por cese de actividad de los trabajadores autónomos. El artículo 17 del RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la *COVID-19*, estableció una prestación extraordinaria por cese de actividad para los afectados por la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la *COVID-19* (su regulación ha sido objeto de sucesivas modificaciones, regulándose inicialmente en el RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, modificado posteriormente por RD-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por Real Decreto-Ley 13/2011, de 7 de abril, y por RD-Ley 15/2020, de 21 de abril de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo). A esta medida le han ido sucediendo otras de índole similar, con carácter excepcional y vigencia limitada:

— prestación extraordinaria por cese de actividad en favor de aquellos trabajadores autónomos que se vean obligados a suspender totalmente sus actividades, en virtud de la resolución que pueda adoptarse al respecto;

— prestación extraordinaria de cese de actividad para aquellos trabajadores autónomos que no siendo afectados por el cierre de su actividad vean reducidos sus ingresos y no tengan acceso a la prestación ordinaria de cese de actividad regulada en la LGSS:

— prestación extraordinaria de cese de actividad para los trabajadores autónomos de temporada que desarrollen su actividad al menos durante tres meses en la primera mitad del año;

Todas estas medidas han sido objeto de prórrogas sucesivas, la última de las cuales se establece en el RD-Ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos (que recoge el V Acuerdo Social en Defensa del Empleo –V ASDE– de 26 de mayo de 2021) teniendo en cuenta que los efectos provocados por la pandemia generada por el virus del SARS-CoV-2 se están prolongando, con la previsión incluso de la necesidad de suspender nuevamente determinadas actividades.

Todas ellas son medidas dirigidas a la protección de los trabajadores autónomos, al considerar que su situación, al frente de pequeñas y medianas empresas, "es especialmente grave, ya que una gran parte de ellos vieron interrumpida su actividad debido a las medidas de contención y limitaciones adoptadas por las autoridades sanitarias, quedando suprimidos sus ingresos e incluso, muchos de aquellos que no se vieron obligados a suspender la actividad, o la han reanudado tras la finalización del estado de alarma, han visto reducida su facturación por la contracción de la demanda y las limitaciones impuestas a causa del COVID-19" (Exposición de Motivos del RD-Ley 11/2021, de 27 de mayo).

xxxxxxxxxxx

Quizás lo más relevante de la reciente reforma esté en la *introducción de una nueva prestación para la sostenibilidad de la actividad de los trabajadores autónomos en sectores afectados por el Mecanismo RED*[61]. Para ello se han incorporado dos nuevas disposiciones adicionales 48 y 49 al texto refundido de la LGSS, que también serían unos días después modificadas parcialmente por el RDL 14/2022, de 1 de agosto[62].

Y así se norman dos modalidades:

A) *Modalidad cíclica* (DA. 48 LGSS). Dirigida a trabajadores autónomos que desarrollen una actividad en un sector público afectado por el Acuerdo del Consejo de Ministros que active el Mecanismo RED previsto en el art. 47 bis del ET, que cumplan los requisitos que en dicha disposición apartado dos se indican con distinción de unos requisitos comunes para todos y otros específicos a las singularidades del tipo de trabajador autónomo[63]. El importe de la prestación se obtendrá de aplicar

[61] Art. 47 bis del Estatuto de los Trabajadores.

[62] Concretamente el apartado Dos. 1.3) y Cuatro. 3 de la DA. 48 LGSS; y el apartado Dos 1.4) Cuatro 3 de la DA. 49 LGSS.

[63] Es decir:

A) Son requisitos comunes para todos los trabajadores autónomos los siguientes: 1) Estar de alta en el régimen especial al que se encuentre adscrita la actividad; 2) Estar al corriente en el pago de obligaciones tributarias y de Seguridad Social; 3) No prestar servicios por cuenta ajena o por cuenta propia en otra actividad no afectada por el mecanismo RED o, siéndolo, no haber adoptado las medidas previstas en el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores salvo lo dispuesto en al apartado cuarto de esta disposición adicional sobre incompatibilidades; 4) No percibir una prestación de cese de actividad o para la sostenibilidad de la actividad; y 5) No haber cumplido la edad ordinaria para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador autónomo no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello.

B) Si estamos ante trabajadores autónomos, trabajadores autónomos por su condición de socios de sociedades de capital, trabajadores de cooperativas de trabajo asociado o trabajadores autónomos que ejercen su actividad profesional conjuntamente, cuyas empresas tengan trabajadores asalariados, se exigirá igualmente: 1) Resolución de la autoridad laboral autorizando la aplicación del mecanismo RED para los trabajadores de la empresa; 2 Que la adopción de las medidas del mecanismo RED afecte al 75 por ciento de las personas en situación de alta con obligación de cotizar de la empresa; 3 Que se produzca una reducción de ingresos ordinarios o ventas durante los dos trimestres fiscales previos a la solicitud presentados ante la Administración tributaria del 75 por ciento respecto de los registrados en los mismos periodos del ejercicio o ejercicios anteriores; 4) Que los rendimientos netos mensuales del trabajador autónomo durante los dos trimestres fiscales anteriores a la solicitud de la prestación, por todas las actividades económicas, empresariales o profesionales que desarrolle, no alcancen la cuantía del salario mínimo interprofesional o el de la base por la que viniera cotizando, si esta fuera inferior; y 5) Cumplir la empresa con las obligaciones laborales adquiridas como consecuencia de la adopción de medidas al amparo del Mecanismo RED y estar al corriente en el pago de salarios de los trabajadores.

C) En los supuestos de trabajadores autónomos, trabajadores autónomos por su condición de socios de sociedades de capital, trabajadores de cooperativas de trabajo asociado o trabajadores autónomos que ejercen su actividad profesional conjuntamente, cuyas empresas no tengan trabajadores asalariados, se exigirá igualmente: 1) Que se produzca una reducción de ingresos ordinarios o ventas durante los dos trimestres fiscales previos a la solicitud presentados ante la Administración tributaria del 75 por ciento respecto de los registrados en los mismos periodos del ejercicio o ejercicios anteriores; y 2) Que los rendimientos netos mensuales del trabajador autónomo durante los dos trimestres fiscales anteriores a la solicitud de la prestación, por todas las actividades económicas o profesionales

el 50% a la base reguladora[64] y la entidad gestora asume el 50% de la cotización a la S. Social del trabajador autónomo, siendo a cargo del trabajador el resto.

B) *Modalidad sectorial* (DA. 49 LGSS). Dirigida a trabajadores autónomos que desarrollen su actividad en un sector afectado por el Acuerdo del Consejo de Ministros que active el Mecanismo RED en su modalidad sectorial, previsto en el artículo 47 bis ET y que reúnan los requisitos comunes y específicos que en el apartado dos de dicha disposición se establecen[65]. En esta modalidad la prestación es una cantidad a tanto alzado del 70% de la base reguladora que se determina conforme al número tres de la DA. 49 (depende del tipo de trabajadores autónomos de que se trate, de la duración del mecanismo Red, de los períodos de cotización previos, de si tiene o no trabajadores asalariados, entre otros elementos). También aquí la cotización es asumida un 50% por la entidad gestora y el resto por el trabajado.

3. NOVEDADES EN LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR

El artículo 41 CE establece que *erga omnes* para todos los trabajadores la protección por desempleo de la Seguridad Social: "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad

que desarrolle, no alcancen la cuantía del salario mínimo interprofesional o el de la base por la que viniera cotizando, si esta fuera inferior socios de sociedades .

[64] Base en el tramo tercero de la tabla reducida.

[65] Son requisitos para causar derecho a esta prestación los siguientes:

A) Comunes a todos los trabajadores autónomos: 1) Estar de alta en el régimen especial al que se encuentre adscrita la actividad; 2) Tener cubierto el periodo mínimo de cotización por cese de actividad a que se refiere el artículo 338 LGSS; 3) Estar al corriente en el pago de obligaciones tributarias y de Seguridad Social; 4) No prestar servicios por cuenta ajena o por cuenta propia en otra actividad no afectada por el mecanismo RED o siéndolo no haber adoptado las medidas previstas en el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores salvo lo dispuesto en el apartado cuatro de esta Disposición adicional sobre incompatibilidades; 5) No percibir una prestación de cese de actividad o para la sostenibilidad de la actividad; 6) El acceso a la prestación requerirá la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el artículo 300 LGSS; y 7) No haber cumplido la edad ordinaria para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador autónomo no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello.

B) En los supuestos de trabajadores autónomos, trabajadores autónomos por su condición de socios de sociedades de capital, trabajadores de cooperativas de trabajo asociado o trabajadores autónomos que ejercen su actividad profesional conjuntamente, cuyas empresas tengan trabajadores asalariados, se exigirá igualmente: 1) Resolución de la autoridad laboral autorizando la aplicación del mecanismo RED en su modalidad sectorial para los trabajadores de la empresa; 2) Que la adopción de las medidas del mecanismo RED afecte al 75 por ciento de la plantilla de la empresa; 3) Que se produzca una reducción de ingresos ordinarios o ventas durante los dos trimestres fiscales previos a la solicitud presentados ante la Administración tributaria del 75 por ciento respecto de los registrados en los mismos periodos del ejercicio o ejercicios anteriores: 4) Que los rendimientos netos mensuales del trabajador autónomo durante los dos trimestres fiscales anteriores a la solicitud de la prestación, por todas las actividades económicas, empresariales o profesionales que desarrolle, no alcancen la cuantía del salario mínimo interprofesional o el de la base por la que viniera cotizando, si esta fuera inferior; 5) Cumplir la empresa con las obligaciones laborales adquiridas como consecuencia de la adopción de medidas al amparo del Mecanismo RED y estar al corriente en el pago de salarios de los trabajadores; 6) Presentar a la entidad gestora de la prestación un proyecto de inversión y actividad a desarrollar; y 7) Participar en el plan de recualificación presentado a la autoridad laboral para los trabajadores por cuenta ajena.

C) En los supuestos de trabajadores autónomos, trabajadores autónomos por su condición de socios de sociedades de capital, trabajadores de cooperativas de trabajo asociado o trabajadores autónomos que ejercen su actividad profesional conjuntamente, cuyas empresas no tengan trabajadores asalariados, se exigirá igualmente: 1) Que se produzca una reducción de ingresos ordinarios o ventas durante los dos trimestres fiscales previos a la solicitud presentados ante la Administración tributaria del 75 por ciento respecto de los registrados en los mismos periodos del ejercicio o ejercicios anteriores; 2) Que los rendimientos netos mensuales del trabajador autónomo durante los dos trimestres fiscales anteriores a la solicitud de la prestación, por todas las actividades económicas, empresariales o profesionales que desarrolle, no alcancen la cuantía del salario mínimo interprofesional o el de la base por la que viniera cotizando, si esta fuera inferior; 3) Presentar a la entidad gestora de la prestación un proyecto de inversión y actividad a desarrollar; y 4) Participar en un plan de recualificación que deberá ser presentado a la entidad gestora de la prestación.

Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, *especialmente en el caso de desempleo* […]". Desde la perspectiva de la garantía constitucional los empleados de hogar deberían tener derecho a la protección por desempleo de la Seguridad Social. Su exclusión legal *constitutiva* no encuentra amparo en nuestra Norma Fundamental[66]. Esta exclusión constitutiva –y de muy dudosa constitucionalidad– se ha mantenido hasta la nueva regulación.

El jueves 8 de septiembre, el Boletín Oficial del Estado publicaba el RD-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, que en muchos medios de comunicación se noticiaba como "*Aprobado el derecho a paro de las empleadas de hogar". Busca –así lo se anuncia expresamente en su justificación– "equiparar las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras del hogar familiar a las del resto de las personas trabajadoras por cuenta ajena".* Se recuerda que era ya un viejo objetivo recogido en la Ley 27/2011, de 1 de agosto y reiterado luego en el RD 1620/2011, de 14 de noviembre y que pese al tiempo transcurrido nada se ha hecho. Singularmente se recuerda el contenido de la DA. segunda, apartado 2 de dicho Real Decreto, que acordaba crear un grupo de expertos para que antes de 31 de diciembre de 2012 elaboraran un informe relativo a las siguientes cuestiones:

> *"1.ª La viabilidad de aplicar plenamente el régimen de extinción del contrato de trabajo de la relación laboral común establecido en el Estatuto de los Trabajadores a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, así como la posibilidad de incluir el desistimiento del empleador, entendido como pérdida de confianza en el empleado, en alguna de las causas comunes de extinción del contrato de trabajo establecidas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores.*
> *2.ª La viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiero"*

Informe del que por cierto nada se sabe. Partiendo de esta vieja aspiración se recuerda la reciente sentencia del TJUE de 24 de febrero, asunto 389/20, que considera discriminatoria la exclusión de la protección de las empleadas de hogar de la protección por desempleo, en la medida en las que las sitúa en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación.

Partiendo de lo anterior, la norma se presenta con el objetivo declarado de determinar de entre los preceptos aplicables a las personas trabajadoras del hogar, aquellos cuya diferencia respecto del ordenamiento laboral o social común no están justificados por razón de las peculiaridades de esta prestación de servicios, constituyendo para este colectivo, constituido casi de manera exclusiva por mujeres, una diferencia de trato o una desventaja particular carente de justificación objetiva y razonable y que, por ello, deben ser objeto de revisión, corrección y, en su caso, derogación. De aquí que se proceda a llevar a cabo las modificaciones que se entiende necesarias en[67]:

---

[66] Monereo Pérez, J.L.: "El sistema español de protección por desempleo: Eficacia, equidad y nuevos enfoques", ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *La protección por desempleo en España,* (XII Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 2015), Murcia, Laborum, 2015, pp. 125 y ss., en particular pp. 215-216.

[67] El RD-Ley 16/2022 tiene una particular entrada en vigor:
A) En general entra en vigor el día 9 de septiembre de 2022.
B) Las modificaciones efectuadas en el art. sexto, y las letras a) y c) de la disposición derogatoria única, en 1 de enero de 2023.
C) El apartado 1 de la DA. 1.ª en 1 de octubre de 2022.
D) Los apartados 2 y 3, así como el párrafo segundo del apartado 4 de la DA 1.ª y la letra b) de la disposición derogatoria única en 1 de abril de 2023.

A) Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Profesionales. Concretamente, el artículo primero del RD-Ley 16/2022 elimina el apartado 4 del artículo 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, y añade una disposición adicional decimoctava, a fin de garantizar, a través del correspondiente desarrollo reglamentario, un nivel de protección de la seguridad y salud de las personas al servicio del hogar familiar equivalente a la de cualquier otra persona trabajadora[68].

B) El art. segundo del RD-Ley 16/2022, modifica el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, y el artículo cuarto modifica el RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, con el fin de facilitar cobertura de garantía salarial al colectivo de empleados de hogar[69].

C) El art. quinto viene a modificar el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, regulador de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, concretamente[70]: a) El art. 3.b para que sea de aplicación el art. 33 del ET (relativo al Fondo de Garantía Salarial); b) Los arts. 5.1, 2 y 4 relativos a la forma del contrato[71]; c) Se modifica de forma significativa el art. 11 relativo a la extinción del contrato, que se remite como causas hábiles para ello las previstas en el art. 49.1 del ET. Si bien introduce otras singulares y siempre que se justifiquen, como: 1) Disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida; 2) Modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescinda de la persona trabajadora del hogar; y c) El comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora. Debiendo seguir las previsiones establecidas en dicho art. 11.

Como se puede apreciar desaparece la figura del desistimiento por parte del empleador.

Las modificaciones y novedades relativas a la Seguridad Social se recogen en el art. tercero, sexto, disposiciones adicionales primera a quinta y disposiciones transitorias segunda y tercera del RD-Ley 16/2022.

El artículo tercero introduce las siguientes modificaciones en la LGSS:

a) En relación con la protección por desempleo de los empleados de hogar se suprime la letra d) del art. 251 LGSS relativo a la protección de Seguridad Social de los empleados de hogar que les excluía de dicha protección.

b) Y en relación con la situación legal de desempleo recogida en el art. 267 LGSS, incorpora un nuevo párrafo 8.º al apartado 1 letra a) del mismo, incluyendo como situación legal de desempleo la extinción del contrato de trabajo de los empleados de hogar, de acuerdo con la nueva redacción dada al art. 11.2 del RD 1620/2011, de 13 noviembre.

[68] Véase también la DF. Primera sobre modificación de la DA. quinta de la Ley 31/1995, de 8 noviembre, relativa a la Fundación Estatal para la Prevención de Riesgos Profesionales.

[69] Véase art. segundo del RD-Ley 16/2022, su entrada en vigor es de 9 septiembre 2022. La indemnización se calculará a razón de 12 días de salario por año de servicio, prorrateándose pro meses los períodos de tiempo inferior al año, con el límite máximo de seis mensualidades, sin que el salario diario pueda exceder del doble del SMI incluida prorratas de pagas extras.

[70] Véase también la DA. sexta sobre acreditación de competencias para los empleados de hogar al cuidado o atención de miembros de la familia o "que formen parte del ámbito doméstico o familiar", la DT. primera sobre la aplicación a los contratos vigentes.

[71] El nuevo apartado 2 establece la presunción de indefinido del contrato no formalizado por escrito y la obligación de informar al trabajador de las condiciones de trabajo esenciales de su contrato.

c) En la DT decimosexta de la LGSS que norma las bases y tipos de cotización y acción protectora en el Sistema Especial para Empleados de Hogar. Básicamente las novedades son:

- Relativas a las bases de cotización para el año 2022 y 2023 [apartado 1, letra a) de la DT. 16 LGSS]. Por lo que respecta a 2022 se limita a reseñar que "las retribuciones mensuales y las bases de cotización de la escala se actualizarán en idéntica proporción al incremento que experimente el salario mínimo interprofesional", si bien no concreta a que escala se refiere. En cuanto a 2023 establece una escala con las retribuciones mensuales y bases de cotización, con un total de 8 tramos que se inicia con una retribución mensual de 269,00€ a la que corresponde una base de cotización mensual de 250€ y llega en su tramo más alta para a una retribución mensual de 1.166,67€ o más cuya base de cotización será dicha retribución.

Se prevé además que los intervalos de retribuciones se actualizarán en la misma proporción que lo haga el SMI en el año 2024. Y finalmente la previsión de que a partir de 2024 la base de cotización contingencias comunes se determinará conforme a lo dispuesto en el art. 147 LGSS con el límite de la base mínima de cotización que se establezca.

-Relativas a los tipos de cotización aplicables [apartado 1, letra b) de la DT. 16 LGSS]. Se actualiza el contenido de dicha Disposición transitoria y se modifica para incluir la previsión de cotización por desempleo y Fondo de Garantía Salarial, remitiéndose a la normativa general de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Siendo obligatorio cotizar por desempleo y Fondo de Garantía Salarial desde 1 de octubre de 2022. Para ello la DT. segunda del RD-Ley 16/2022 establece las previsiones de cotización en el sistema especial hasta 31 de diciembre de 2022.

-En relación con el cómputo de los períodos de cotización (apartado 2 de la DT. 16 LGSS). La nueva redacción extiende hasta 2023 la anterior regla para la determinación del coeficiente de parcialidad de este colectivo.

-En relación con el cálculo de la base reguladora extiende hasta 2023 la regla anterior, relativa a que solo se tendrán en cuenta los períodos realmente cotizados en la determinación de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación. En definitiva, no habrá para este colectivo integración de lagunas por vacíos de cotización.

También en relación con la cotización la DA 1.ª del RD-Ley 16/2022 recoge los beneficios en la cotización aplicables en el Sistema Especial para Empleados de Hogar[72]. Se mantiene la reducción de un 20% en la aportación empresarial a la cotización por contingencias comunes[73], teniendo derecho a una bonificación del 80% en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial[74]. Además, se crea una bonificación como alternativa a la reducción del 45% al 35% en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente a este sistema especial, cuando cumplan los requisitos de patrimonio y/o renta de la unidad familiar o de convivencia de la persona empleadora en aquellos términos que

[72] Téngase en cuenta que la DA. vigésima cuarta de la LGSS sobre aplicación de los beneficios en la cotización en el Sistema Especial para Empleados de Hogar es derogada por la Disposición derogatoria del RD-Ley 16/2022.

[73] A financiar con las aportaciones del Estado a los Presupuestos de la Seguridad Social.

[74] En vigor desde 1 de octubre de 2022. Su financiación corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal y al Fondo de Garantía Salarial, respectivamente.

se fijen reglamentariamente[75]. La determinación del derecho a tales bonificaciones corresponde al Servicio Público de Empleo Estatal y el control de los requisitos y condiciones corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La DT. tercera del RD-Ley 16/2022 mantiene las bonificaciones en la contratación que lleven a cabo las familias numerosas de cuidadores que serán compatibles con las reducciones y bonificaciones en la cotización[76].

Por su parte la DA quinta establece la previsión de que el Gobierno a los dos años de la entrada en vigor del RD-Ley 16/2022 llevará a cabo una evaluación estas nuevas bonificaciones.

En relación con los actos instrumentales de afiliación, altas, bajas y sus variaciones, el art. sexto y la DA segunda del RD-Ley 16/2022 introduce la siguiente novedad. Por un lado, se modifica el apartado 2 del art. 43 del RD 84/1996, de 26 de enero (RAAB) eliminando la particularidad relativa a los servicios de menos de 60 horas mensuales que permitía que fuera el trabajador el que formulara directamente su afiliación, alta, baja y variaciones y la cobertura de los riesgos profesionales y en cuanto a los datos a facilitar se incluye no solo las horas semanales sino también las mensuales. Completando esta novedad, la DA. segunda establece que a partir de 1 de enero de 2023 tales empleadores asumirán las obligaciones en materia de encuadramiento y cotización de aquellos trabajadores que les vinieren prestando servicios durante menos de 60 horas y tal fin se establece la obligación para los mismos de facilitar a lo largo del mes de enero de 2023 los datos necesarios para el cálculo y pago de las cuotas (con inclusión de los bancarios y la entidad gestora o colaboradora por la que opten para la cobertura de los riesgo profesionales)[77].

En realidad se trata de volver a la situación que ya se había diseñado por la DA trigésima novena de la Ley 27/2011, de 1 agosto para la integración en el Régimen General del Régimen Especial de Empleados de Hogar, que sería modificada pronto por el RD-Ley 29/2012, de 28 de diciembre, para suavizar el "rigor" de una plena equiparación en cuanto a la obligaciones que debían de asumir los empleadores en relación con los actos de encuadramiento de los empleados de hogar para aquellos supuestos en que los servicios que se presten fueran inferiores a 60 horas mensuales por hogar familiar y lo acuerden así con sus respectivos empleadores, a fin de agilizar y facilitar la realización de tales actuaciones cuando las tareas domésticas se realicen durante un escaso número de horas. Eso sí la documentación correspondiente a los actos en materia de encuadramiento debía de ir firmada, en todo caso, por los titulares del hogar familiar, quienes también podrán solicitar las bajas de sus empleados en caso de extinción de la relación laboral. Por otro lado, cuando lo hubieran acordado con los empleadores, tales empleados de hogar pasaban a ser los responsables de la liquidación e ingreso de la totalidad de la cotización correspondiente a ellos, tanto de las aportaciones propias como de las relativas a los empleadores a los que presten sus servicios. Para estos supuestos, los empleadores quedaban obligados a entregar a los trabajadores, en el momento de abonarles su retribución, la parte de cuota que corresponda a la aportación empresarial. No obstante, no era una opción muy aconsejable para el empleado ya que se les consideraba responsables subsidiarios del ingreso de la cotización empresarial de incumplirse el abono de la cotización, salvo que acrediten el pago de su aportación ante la Tesorería General de la Seguridad Social.

[75] En vigor a partir de 1 de abril de 2023. Serán financiadas por el Servicio Público de Empleo Estatal. Estas bonificaciones solo se aplican respecto de una único empleado, si hubiere más de uno se aplicará de quien figure en primer lugar.

[76] Téngase en cuenta que el art. 9 de la Ley 40/2003, de 18 noviembre, sobre familias numerosas y el art. 5 del RD 1621/2005, 30 de diciembre, reglamento para su aplicación, han sido derogados por la disposición derogatoria única del RD-Ley 16/2022.

[77] Congruente con ello la disposición derogatoria única del RD-Ley 16/2022 deroga el art. 34 bis, del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, sobre singularidades en la cotización del Sistema Especial de Empleados de Hogar.

Finalmente, la DA. cuarta del RD-Ley 16/2022, contiene una previsión relativa a la creación en el plazo de seis meses a la entrada en vigor del mismo de una comisión para la integración de la perspectiva de género en el listado de enfermedades profesionales.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Como se habrá podido apreciar de lo noticiado anteriormente, las reformas introducidas en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y en el Sistema Especial para Empleados de Hogar son de importante calado y afectarán sensiblemente a la acción protectora que el sistema de Seguridad Social les dispensará a tales colectivos.

Sea bienvenida la reforma operada en el RETA pues viene avalada por un entendimiento previo de los interlocutores sociales y Gobierno, lo cual es deseable siempre en cualquier reforma que afecte al sistema de Seguridad Social.

Básicamente las novedades introducidas en el RETA afectan a la cotización y menor medida (aunque relevante) a su acción protectora.

Parece que se vislumbra el fin de una anomalía en el sistema de Seguridad Social y es que el trabajador decida su aportación al mismo con grave olvido de su deber de solidaridad hacia el resto de sujetos protegidos. Máxime, cuando luego con cierta hipocresía, se denuncia luego la ridícula protección que la Seguridad Social les ofrece, por ejemplo *"La Unión de Asociaciones de Trabajadores Autónomos y Emprendedores, UATAE@uatae_es resalta "la enorme desigualdad entre las pensiones de jubilación que soporta el colectivo de trabajadores y trabajadoras autónomas", subrayando el sesgo de género como un factor especialmente grave. Según las cifras que maneja esta organización, "las trabajadoras por cuenta propia terminan siendo las jubiladas más pobres", tal y como ha denunciado María José Landaburu (@MJLandaburu), secretaria general de UATAE, en un comunicado con motivo del Día Internacional de las Personas Mayores, que se conmemora cada 1 de octubre desde su reconocimiento hace 30 años por la Asamblea General de la ONU"*[78]; o "*Los autónomos españoles, los jubilados más pobres de Europa, así lo denunciaba la Confederación Intersectorial de Autónomos del Estado Español (CIAE)*[79]*,* entre otras similares. Lo cual es cierto, pero es consecuencia de su propia elección, cotizar por la base mínima de cotización a lo largo prácticamente de la totalidad de su vida laboral. Reclamando luego cuando se acercan a una edad avanzada incrementar sensiblemente sus bases de cotización con el objeto de su repercusión en futuras pensiones, no deja de ser discriminatorio respecto a la gran mayoría de los trabajadores. De todas formas, está por ver, dada la provisionalidad (se revisará dentro de tres años) y transitoriedad (hasta 2032), si el nuevo sistema si finalmente llegará a buen puerto el nuevo sistema de cotización conforme a ingresos. En realidad, el problema básico está en la necesidad de un cambio de mentalidad del trabajador que tradicionalmente viene considerando la Seguridad Social como un gasto y por tanto a reducirlo, sin pensar en su futura protección social. En muchos casos confiando la misma a seguros privados u otras inversiones que le aseguren rentas en un futuro. Es decir, plantearse si cotizar más o bien buscar otra alternativa que complete la futura pensión pública.

Técnicamente el nuevo sistema de cotización es complejo y farragoso y de una calidad técnica discutible. Comenzó con un Real Decreto 504/2022, de 27 de junio, que se anunciaba como adaptador y facilitador de la "*...la implantación gradual del de un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos, en función de sus ingresos reales, prevista en el Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia*"[80] que vería la luz más tarde por el RD-Ley 13/2022,

[78] Noticia accesible en https://www.65ymas.com/economia/pensiones/autonomas-jubiladas-mas-pobres-denuncia-organizacion-autonomos-uatae_32334_102.html [consultado en 25 septiembre de 2022)

[79] Noticia accesible en https://www.diariosur.es/economia/pensiones/autonomos-brecha-pensiones-20180619162155-ntrc.html [Consultado en 25 septiembre de 2022).

[80] Véase párrafo cuarto de la justificación del RD 504/2022, de 27 junio.

26 julio que no había transcurrido una semana sería modificado por RD-Ley 14/2022, 1 de agosto, sin justificación alguna de la urgencia (estamos ante un RD-Ley) sería modificado, a no ser que hubiera habido un error en la remisión al BOE del texto normativo aprobado u otros intereses necesarios de atender que surgieran con posterioridad. Como antes se ha indicado la clave del nuevo sistema de cotización está en el nuevo artículo 308 "Cotización y recaudación" de la LGSS. Un artículo que desde luego no cumple con aquellas Directrices de Técnica Normativa aprobadas en Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 a propuesta del Ministerio de la Presidencia[81], que en relación con la parte I.d. núm. 30 Extensión. Dice así "Los artículos no deben ser excesivamente largos. Cada artículo debe recoger un precepto, mandato, instrucción o regla, o varios de ellos, siempre que responda a una misma unidad temática. No es conveniente que los artículos tengan más de cuatro apartados. El exceso de subdivisiones dificulta la comprensión del artículo, por lo que resulta más adecuado transformarlas en nuevos apartados", el artículo 308 LGSS en su nueva redacción ocupa casi cuatro páginas del BOE, con múltiples apartados, letras, reglas, etcétera. No hay que añadir más palabras.

La complejidad no solo queda aquí con este nuevo sistema de bases provisionales y definitivas, sino que a ello se unirá conjugar debidamente el amplio y variado elenco de beneficios en la cotización recogidos en la LETA.

El nuevo sistema de cotización no se puede decir que sea accesible al trabajador por cuenta "propia medio" y la "brecha normativa" es patente. El trabajador va requerir de asesoramiento de profesionales para dar cumplida cuenta a las nuevas exigencias del sistema de cotización. Y todo augura que noviembre será un mes muy complejo ya que es el último en que puede regularizar ingresos y cotización. El *Derecho de los pobres* hará más pobres aún a los mismos.

La nueva regulación deja fuera (la deroga) la figura del trabajador cuenta propia a tiempo parcial que reiteradamente había sido demorada su ordenación. Se da por hecho que el trabajador por cuenta propia cotizará por sus ingresos, lo que hace innecesario normar la figura del trabajador a tiempo parcial. Dicho esto, queda entonces en el aire que se entiende por habitualidad. El apartado 1 del art. 1 de la LETA (en su nueva redacción) dice así:

> *"1. La presente ley se aplicará a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.*
> *También será de aplicación esta ley a los trabajos, realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas en el párrafo anterior que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el artículo 1.3.e) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre."*

Si recordamos la antigua STS de 29 octubre 1997 (rec. 406/1997, sala cuarta)[82] para entender cuando hay o no habitualidad y por tanto procedencia de un encuadramiento y el propio art.214. 3 de la

[81] Véase Directrices de técnica normativa, aprobadas por Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, Ministerio de la Presidencia, 2011, D. Legal M-45078-2011, accesibles en http://publicacionesoficiales.boe.es.

[82] El FD tercero de aquella sentencia decía así:
"El criterio del montante de la retribución es apto para apreciar el requisito de la habitualidad. Como ha señalado la jurisprudencia contencioso-administrativa (STS 21-12-1987 y 2-12-1988) tal requisito hace referencia a una práctica de la actividad profesional desarrollada no esporádicamente sino con una cierta frecuencia o continuidad. A la hora de precisar este factor de frecuencia o continuidad puede parecer más exacto en principio recurrir a módulos temporales que a módulos retributivos, pero las dificultades virtualmente insuperables de concreción y de prueba de las unidades temporales determinantes de la habitualidad han inclinado a los órganos jurisdiccionales a aceptar también como indicio de habitualidad al montante de la retribución. Este recurso al criterio de la cuantía de la remuneración, que por razones obvias resulta de más fácil cómputo y verificación que el del tiempo de dedicación, es utilizable además, teniendo en cuenta el dato de experiencia de que en las actividades de los trabajadores

LGSS que declara compatibles ingresos por actividad no superiores a salario mínimo interprofesional con pensión de jubilación, habrá que repensar si tiene o no virtualidad la habitualidad como elemento a tener en cuenta en el encuadramiento de un trabajador en el RETA.

Por otro lado, no se olvide, que desparecen los límites a la elección de base reguladora en atención a la edad, que ahora estaba en 47 años.

En la acción protectora destaca el nuevo marco jurídico de la protección por cese en la actividad. Es muy visible la mejora que desde hace unos años hacía acá ha experimentado la protección por esta contingencia, desde un acceso cuasi imposible a ella por una mejora y ampliación de la cobertura. La reforma en este aspecto se puede considerar plausible.

Un último detalle en la mejora en la protección, que no se recoge en los últimos Real Decretos Leyes pero que tiene una cierta trascendencia y que es una conquista de los trabajadores autónomos, un "premio" por así decirlo a la inobservancia de las normas. Se trata de la validez a efectos de prestaciones de las cuotas abonadas por períodos anteriores a la formalización del alta. Se trata de la reforma llevada a cabo en la DT. vigésima de la LGSS por la DF. 28.6 de la Ley 22/2021, de 28 de septiembre, que viene ampliar la validez de las cuotas abonadas respecto a altas anteriores a 1 de enero de 1994 para prestaciones causadas a partir de enero de 2022[83]. Recuérdese que hasta la reforma introducida por la DA décima de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo[84], aquellas cotizaciones ingresadas fuera de plazo que correspondiesen a períodos en el que el trabajador no estuvo de alta, carecen de eficacia a los efectos de su cómputo en el período de cotización necesario para acceder a las prestaciones. Esa conducta del trabajador autónomo que –en muchos casos- era por

autónomos o por cuenta propia el montante de la retribución guarda normalmente una correlación estrecha con el tiempo de trabajo invertido. Así ocurre en concreto, respecto de los subagentes de seguros, cuya retribución depende estrechamente del tiempo de trabajo dedicado a la formación, gestión y mantenimiento de la cartera de clientes.

A la afirmación anterior debe añadirse que la superación del umbral del salario mínimo percibido en un año natural puede ser un indicador adecuado de habitualidad. Aunque se trate de una cifra prevista para la remuneración del trabajo asalariado, el legislador recurre a ella con gran frecuencia como umbral de renta o de actividad en diversos campos de la política social, y específicamente en materia de Seguridad Social, de suerte que en la actual situación legal resulta probablemente el criterio operativo más usual a efectos de medir rentas o actividades. La superación de esta cifra, que está fijada precisamente para la remuneración de una entera jornada ordinaria de trabajo, puede revelar también en su aplicación al trabajo por cuenta propia –y, en concreto, al trabajo de los subagentes de seguros–, la existencia de una actividad realizada con cierta permanencia y continuidad, teniendo además la ventaja, como indicador de habitualidad del trabajo por cuenta propia, de su carácter revisable.

La conclusión del razonamiento es que la sentencia impugnada ha dado una respuesta correcta a la cuestión controvertida. La sentencia de contraste, que ha incluido en el requisito de habitualidad la exigencia de que la actividad del subagente de seguros constituya también su medio de vida, no se ajusta en cambio a derecho. La valoración de lo que la actividad realizada pueda significar económicamente para el asegurado es un dato subjetivo que, aparte razones de interpretación gramatical, no debe ser tenido en cuenta a efectos de encuadramiento en Seguridad Social, donde es preciso operar con criterios aplicables indistintamente a todos los miembros de un grupo o colectividad de personas.

[83] La DT vigésima de la LGSS procede de la DA. novena de la LGSS/1994, que sería a su vez modificada por la DA. 2 de la Ley 66/1997, de 30 de noviembre, que precisaría que la validez de las cuotas ingresadas en estos términos solo lo serían respecto a alta formalizadas a partir de 1-1-1994.

[84] Dicha DA décima decía así:

"Validez a efectos de las prestaciones de las cuotas anteriores al alta en el régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Cuando, reuniéndose los requisitos para estar incluidos en el régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos, no se hubiera solicitado la preceptiva alta en los términos reglamentariamente previstos, las cotizaciones exigibles correspondientes a períodos anteriores a la formalización del alta producirán efectos respecto a las prestaciones, una vez hayan sido ingresadas con los recargos que legalmente procedan.

Sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan por su ingreso fuera de plazo, las referidas cotizaciones darán también lugar al devengo de intereses, que serán exigibles desde la correspondiente fecha en que debieron ser ingresadas, de conformidad con el tipo de interés legal del dinero vigente en el momento del pago."

su propia iniciativa se veía como una "compra de pensiones" pues se le permitía abonar cinco años de cotizaciones. La reforma de la Ley 22/1993 se incorporaría luego al texto refundido de la LGSS de 1994 y luego al actual texto de 2015. La reforma mejora sensible la situación de trabajador por cuenta propia a la hora de alcanzar los períodos de cotización precisos, así como sus efectos, en futuras prestaciones, fundamentalmente pensiones.

Finalmente, el RD-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, aborda diversas mejoras de trabajo y Seguridad Social de los trabajadores al servicio del hogar. La STJUE de 24 de enero de 2022, asunto C 389/20, ha servido al Gobierno como justificación e impulso de una reforma muy importante del régimen jurídico laboral de estos trabajadores y de otras, también relevantes, de la Seguridad Social de los mismos. Limitándonos a la protección social, la reforma se libera de los obstáculos que había para que estos trabajadores no pudieran cotizar y lucrar prestaciones por desempleo. Y además aborda dos temas relevantes relativos a los actos de encuadramiento y beneficios en la cotización.

La DA. 39.ª de la Ley 27/2011, vino a disponer la integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General, introduciendo importantes modificaciones en el ámbito de la cotización (bases, tipos y beneficios) y acción protectora de la que únicamente quedaba excluida expresamente la protección por desempleo. El RD-Ley 29/2012, de 28 de diciembre, introdujo importantes reformas en la gestión y protección del Sistema Especial para los Empleados de Hogar, comenzó por reformar la propia Ley 27/2011 en relación con los tramos de cotización en aquella previstos y también modificó el RAAB y el RCL. Respecto a este último reglamento vino a disponer (que ahora se modifica, derogando tal posibilidad) que

> *"2. El empleado de hogar que preste sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador y que hubiera acordado con este último la asunción de las obligaciones en materia de encuadramiento en este sistema especial, será el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar a dicho sistema, debiendo ingresar la aportación propia y la correspondiente al empleador o empleadores con los que mantenga tal acuerdo, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales.*
> *En estos casos, el empleador estará obligado a entregar al trabajador, además del recibo de salarios en todo caso, la aportación y cuota que, por los días del mes en que hubiera estado a su servicio, le corresponda por las contingencias comunes y profesionales"*

En realidad, era una posibilidad poco aconsejable para el empleador ya que la responsabilidad del ingreso de las cuotas le podía alcanzar. Facultad ahora que desaparece.

También el nuevo además de recoger los nuevos tipos de cotización en relación con la mayor cobertura social del empleado de hogar (desempleo y FOGASA) recoge una serie de beneficios en la cotización de carácter temporal, quizás para atemperar la quizás más relevante reforma del régimen de extinción de la relación laboral y que dará que hablar mucho en un futuro. Desaparece la facultad del empleador de desistir del contrato y además de las causas prevista en el art. 49.1 del ET norma otras que se –deben de justificar– como:

a) Disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida.

b) Modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescinda de la persona trabajadora del hogar.

c) El comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora.

Las dos primeras causas serán problemáticas en su cuantificación y no digamos la última, el tiempo lo dirá.

La ampliación de la acción protectora (para incluir el desempleo) no precisaba de las reformas que se han llevado a cabo en la relación laboral especial normada por el RD 1620/2011, pero se ha aprovechado para ello. Desde el punto de vista del trabajador las mejoras son evidentes, ahora bien, desde la posición del empleador la cosa es más discutible. Aunque en la justificación de la reforma se habla de ello (de pasada) en esta relación laboral hay unos componentes muy singulares: dónde se prestan los servicios (un domicilio particular) y la relación de confianza (de mucha de ella) y cuasi familiar entre empleado y empleador. No se pueden trasladar los parámetros de una relación laboral tipo a esta. Esta relación laboral no solamente se entabla para trabajos genéricos de atención del hogar familiar, sino también de cuidado de menores y de personas mayores (dependientes o no) y aquí el grado de satisfacción en la relación tiene que ser plena. Lo demás es mirar a otro lado y no querer ver la realidad.

Se podría pensar que detrás de este proceso de plena equiparación están los de satisfacer otros intereses privados, que los mismos sean prestados por empresas de servicios. La DA. decimoséptima de la Ley 27/2011 ya hablaba de ellos:

> *"Prestación de servicios domésticos a través de empresas.*
> *Las tareas domésticas prestadas por trabajadores no contratados directamente por los titulares del hogar familiar sino al servicio de empresas, ya sean personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, determinarán el alta de tales trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social por cuenta de esas empresas."*

Laborum

Estudios Doctrinales

nº 32 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la fecha de efectos del complemento por maternidad reconocido a los hombres

The first rulings of the Supreme Court on the effective date of the paid maternity allowance for men

Juan Antonio Maldonado Molina
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Director del Máster en Derecho de la Seguridad Social. Univ. de Granada
https://orcid.org/0000-0002-5673-3620

Cita Sugerida: MALDONADO MOLINA, J.A.: «Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la fecha de efectos del complemento por maternidad reconocido a los hombres». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 32 (2022): 47-64

Resumen

Tras el aluvión de demandas de pensionistas varones reclamando el complemento por maternidad, resueltas en cientos de Sentencias con criterios divergentes en cuanto a la fecha de los efectos de reconocimiento, por fin el TS sienta su criterio. De las dos alternativas que han llegado a la Sala, el TS opta por una tercera, considerando que deben extenderse *ex tunc*, al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante.

Palabras clave

Discriminación; igualdad; retroactividad; jurisprudencia TJUE; complemento maternidad

Abstract

After the flood of lawsuits from male beneficiaries claiming maternity allowance, resolved in hundreds of rulings with diverging criteria as to the date of the effects of recognition, the SC has finally established its criteria. Of the two alternatives that have reached the Court, the SC opts for a third, considering that they must be extended from the outset, to the actual birth of the rule and consequent occurrence of the causal event

Keywords

discrimination; equality; retroactivity; CJEU jurisprudence; maternity supplement

1. INTRODUCCIÓN

La STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18)[1], que declaró contrario a la Directiva 79/7/CEE el complemento por aportación demográfica[2], provocó una gran convulsión en el Sistema español de Seguridad Social[3], generando en un primer momento una avalancha de reclamaciones

[1] STJUE de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, Asunto WA contra INSS, ECLI:EU:C:2019:1075, DOUE de 17 de febrero de 2020.

[2] Declaró que la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.

[3] Para un estudio completo de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, ver (por orden alfabético), Gala Durán, C., «El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?», *Temas Laborales*, 158/2021; Hernández Vitoria, Mª.J., «Titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm.249/2022; Macías García, Mª.C., «Sobre el "nuevo" complemento de pensiones contributivas para la reducción de brecha de género. Recorrido cronológico, legislativo y judicial», *Revista de Derecho de la*

Fecha Recepción: 28/5/2022 - Fecha Revisión: 31/5/2022 - Fecha Aceptación: 27/9/2022
Pags. 47-64

de pensionistas varones contra el INSS (que sistemáticamente se rechazaron en vía administrativa, abriendo la vía judicial[4]), dictándose cientos de sentencias de los TSJ en las que se estima la concesión del complemento; demandas que trataron de atajarse –infructuosamente– con el 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, que suprime dicho complemento, manteniéndolo solo para quienes ya lo percibían a 3 de febrero de 2021.

Como decimos, han sido cientos las Sentencias de las Salas de lo Social (aunque también las hay en lo contencioso-administrativo para clases pasivas) que han estimado las demandas, considerando que el artículo 60 LGSS tenía que ser de aplicación a los hombres a la vista de la interpretación realizada por el TJUE en la cuestión prejudicial resuelta. En consecuencia, el artículo 60 LGSS debe interpretarse conforme a la Directiva en el sentido marcado por el TJUE, siendo vinculante para los Tribunales, como previene el artículo 4.bis.1 LOPJ. Si a lo largo del procedimiento el órgano jurisdiccional no aplicara la normativa y jurisprudencia europeas, puede abrirse el recurso de amparo ante el TC[5].

Sin embargo, las Sentencias dictadas por las Salas de lo Social no coinciden en cuanto a la fecha de efectos de tal reconocimiento, existiendo pronunciamientos muy dispares (a veces dentro de una misma Sala), ya que en unos casos los retrotraen a la fecha de concesión de la pensión (al hecho causante), otras a los tres meses anteriores a la solicitud del complemento, y otras a la publicación de la Sentencia (15 de febrero de 2020)[6].

El 17 de febrero de 2022 se dictaron dos Sentencias por el Tribunal Supremo (STS 621 y 622, núm. recurso 2872/2021, 3379/2021), en las que –en aplicación de la sentencia del TJUE de 12 de

Seguridad Social, Laborum, 30, 2022; Martínez Barroso, Mª.R., «Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social: A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019», *Aranzadi Unión Europea*, 6, 2000; Molina Navarrete, C., «Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C450/18», Estudios financieros. *Revista de trabajo y seguridad social*, 445, 2020; 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 por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 22, 2020; Moreno Romero, F., «El complemento por maternidad: ordenación deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 25, 2020; Moreno Romero, F., «La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: Apunte sobre su reforma por Real Decreto Ley 3/2021», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58, 2021; Rivas Vallejo, P., «La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad», *Revista de Jurisprudencia Laboral* 1/2020; Vida Fernández, R., «Extensión del reconocimiento del complemento de pensión para los padres con dos o más hijos, beneficiarios de pensiones contributivas de la seguridad social: ¿punto final a una medida mal planteada pero necesaria frente a la brecha de género en las pensiones?», *Temas Laborales*, 152/2020; Villar Cañada, I., «¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 5, Nº. 1, 2020.

[4] Aunque incluso en algún caso se ha formulado la demanda sin la previa reclamación previa, argumentando que sí hubo una reclamación previa respecto de la pensión (STSJ de Cataluña núm. 3440/2021 de 28 junio. JUR 2021\296126), pretensión que fue desestimada.

[5] Como de hecho ocurrió con este complemento respecto de la Sala de lo Social de Murcia, declarándose nula la STSJ de Murcia núm. 64/2020 de 15 enero (JUR\2020\111259) por la STC 152/2021 de 13 septiembre (JUR\2021\313715).

[6] Para un análisis detallado de la casuística que se presentaba, cuestión que omitimos en este trabajo, nos remitimos a Maldonado Molina, J.A., «Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial», Estudios financieros. *Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 466, 2022, pp. 214 a 217.

diciembre de 2019– considera el Alto tribunal que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres, por lo que también los pensionistas varones tienen derecho al complemento por maternidad, aclarando que los efectos económicos de dicho reconocimiento deben retrotraerse «al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante –efectos *ex tunc*–, dado que debía ser entendida y aplicada en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento» (Fundamento 3).

2. LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como hemos adelantado, desde un primer momento la Administración siguió rechazado en vía administrativa las solicitudes de hombres que pretendían ver reconocido su derecho a la vista de la STJUE[7].

El que –tras la STJUE de 12 de diciembre– la Administración de la Seguridad Social mantuviera un criterio de gestión contrario a la aplicación a los hombres del complemento, que solo se conseguía tras emprender acciones judiciales contra la entidad gestora (una estrategia claramente desmotivadora de reclamaciones en masa), ha motivado incluso que en algún caso se reconozca a los litigantes una indemnización por daños morales[8].

En esta misma línea, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en febrero de 2022 ha planteado una cuestión prejudicial interpretativa ante el TJUE, en la que solicita al TJUE que se pronuncie sobre si el criterio del INSS de denegar siempre el complemento de maternidad a los hombres y obligarlos a reclamar en vía judicial supone un incumplimiento administrativo, que, en sí mismo, constituiría una discriminación por razón de sexo, consultando al TJUE si procedería indemnizar a los afectados por los daños y perjuicios causados.

El Criterio de Gestión 35/2021, de 2 de diciembre de 2021, revisa el criterio de gestión 1/2020, y admite la posibilidad de reconocer el complemento por maternidad al hombre, aunque precisa que dado que el pristino complemento solo se contemplaba para un progenitor (mujer), subraya el carácter unitario del mismo, y la imposibilidad de reconocer más de un complemento en razón de la misma aportación demográfica. Junto a ello, y ligado más directamente al tema que nos ocupa, fija dos criterios respecto de los efectos.

Por un lado, rechaza que el derecho al complemento sea imprescriptible (como la pensión que complementa, en el caso de jubilación o viudedad), sino que considera que como dicha figura (la

[7] El Criterio de gestión 1/2020 de 31 de enero de 2020, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, indicaba: 1. El complemento establecido para las pensiones de IP, jubilación y viudedad, regulado en el art. 60 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 y 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 los Social o Tribunal de Justicia condenatoria y se interponga el correspondiente recurso, de conformidad con lo previsto en el art. 230,2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Y el Criterio de Gestión 11/2021, de 4 de mayo de 2021, dedicado al Complemento para la reducción de la brecha de género, no alude a la posibilidad de reconocer el complemento a hombres que causaran la prestación. Solo se refiere, en su punto 1.3, al derecho de opción entre el complemento por brecha de género o el de maternidad, y no lo hace usando el femenino. Así, señala que «la Entidad Gestora, conforme al artículo 163 LGSS, puede reconocer el más beneficioso (sin que sea necesario que los interesados se manifiesten expresamente por un complemento u otro con carácter previo a su reconocimiento), sin perjuicio de la facultad del interesado de poder optar expresamente por el otro si así lo desea».

[8] La Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla) señala «no cabe duda de que el hecho de ver negado su derecho en aplicación de un criterio discriminatorio, obligando al asegurado a emprender acciones legales, produce por sí mismo un daño moral que debe ser reparado», cifrando la indemnización en 300 euros en atención a la minuta de su abogado (Sentencia núm. 2101/2021 de 8 septiembre. JUR 2021\356736) y 1.300 euros (300 de costes de representación más 1.000 por daños morales) Sentencia núm. 2234/2021 de 22 septiembre JUR\2021\357139).

prescripción), no se enumeraba dentro del elenco de figuras que eran de aplicación al complemento en función de la prestación a complementar: nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización. Y por tanto, interpreta que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 53 del TRLGSS, por lo que prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate. Deslinda el nacimiento del derecho de la prescripción, como puede comprobarse. Sobre esta cuestión volveremos en el último apartado.

Por otro, limita los efectos económicos del reconocimiento "a los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud, y nunca más allá del 17 de febrero de 2020, fecha de publicación de la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32.6 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público".

Ahora bien, tras las SSTS objeto de nuestro comentario, la Dirección General de la Ordenación de la Seguridad Social, emitió un Informe (1 de marzo de 2022) en el que señaló que cuando el complemento por maternidad se solicite por hombres, *"La fecha de efectos económicos del complemento será la misma que se hubiese fijado en la resolución de reconocimiento inicial de la pensión que se deba complementar"*. El Criterio de Gestión 35/2021, del INSS se corrigió el 2 de marzo de 2022, indicando que «*procederá reconocer el complemento por maternidad desde la fecha en que se reconoció la pensión a la que complementa. Las resoluciones ya dictadas se revisarán a instancia de los interesados*». No obstante lo anterior, instrucciones internas del INSS paralizaron la aplicación de este criterio revisado, en espera de que se resolviera la cuestión prejudicial del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que también consultaba sobre la fecha de efectos del complemento que se reconociera al hombre.

3. LOS DIVERGENTES CRITERIOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Pueden agruparse en cuatro categorías, según cuándo fijen los efectos económicos del reconocimiento del complemento reconocido judicialmente[9]:

3.1. Retroactividad total al momento de reconocimiento de la pensión

Hay pronunciamientos en este sentido de las Salas de lo Social de Aragón, Canarias[10], Castilla y León (Burgos y Valladolid[11]), Cataluña[12], Galicia[13], La Rioja, Madrid[14], Murcia[15] y Navarra; y

[9] Seguimos es este apartado nuestro análisis recogido en «Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial», *op.cit.,* pp. 217 a 227.

[10] SSTSJ de Islas Canarias núm. 44/2020 de 20 enero, AS\2020\259; núm. 379/2021 de 16 abril. JUR 2021\27746. La Sentencia canaria de 20 de enero de 2020 ha sido ampliamente citada por resoluciones posteriores, por ser de las primeras Salas en pronunciarse tras la STJUE de diciembre de 2019, aunque el supuesto es poco extrapolable a otros, ya que el varón solicitante realmente sí se había corresponsabilizado en el cuidado, por el fallecimiento de su cónyuge.

[11] SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) núm. 362/2021 de 1 marzo 2021, JUR 2021\140472; núm. 907/2021 de 31 mayo 2021 JUR\2021\208662; núm. 914/2021 de 2 junio JUR\2021\246562; núm. 917/2021 de 2 junio JUR\2021\250044; núm. 936/2021 de 3 junio JUR\2021\287911 (el HC fue posterior a STJUE); núm. 1233/2021 de 22 julio JUR\2021\305154; núm. 1226/2021 de 23 julio JUR\2021\288848.

[12] STSJ de Cataluña, núm. 1777/2021 de 25 marzo JUR\2021\237430.

[13] STSJ de Galicia de 6 abril 2021. JUR 2021\174155; de 13 abril 2021 JUR\2021\202098; núm. 1909/2021 de 11 mayo. JUR 2021\235411; núm. 1928/2021 de 12 mayo JUR\2021\222607; núm. 1930/2021 de 12 mayo. JUR 2021\235048; núm. 1949/2021 de 11 mayo AS\2021\1525; núm. 2036/2021 de 19 mayo JUR\2021\246421; núm. 2075/2021 de 20 mayo JUR\2021\250517; núm. 2095/2021 de 21 mayo JUR\2021\246634; núm. 2772/2021 de 6 julio JUR\2021\274150; núm. 3317/2021 de 14 septiembre. JUR 2021\361029 (la pensión se causa después de la sentencia, y se solicita el complemento al conocer la resolución inicial).

[14] SSTSJ de Madrid núm. 172/2021 de 24 febrero. JUR 2021\147168; núm. 704/2021 de 22 julio JUR\2021\335820.

[15] SSTSJ de Murcia núm. 467/2020 de 30 abril, JUR 2020\166580; núm. 683/2020, de 26 de mayo JUR 2020/203178; núm. 973/2020 de 1 julio, JUR 2020\249461; núm. 1027/2020 de 14 julio, JUR 2020\263263; núm. 1050/2020 de

de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Extremadura[16] y Madrid[17]. Realmente, la mayor parte de las Sentencias no recogen una argumentación concreta respecto de la retroactividad, limitándose a reconocer el complemento, incrementando la pensión inicial, más las revalorizaciones correspondientes.

Ahora bien, las hay que sí entran en esta cuestión, conjugando dos argumentos:

a) Doctrina del TS sobre la revisión administrativa de actos sobre hechos inalterados

Sobre esta doctrina se apoyan las Salas de La Rioja[18], Aragón[19], Navarra y Castilla y León (Burgos[20] –aunque en otros asuntos no mantiene el mismo criterio–), fundando la retroactividad total en la doctrina existente en el TS desde el año 2000 a propósito de pensiones por muerte y supervivencia que se reconocen administrativamente tras una solicitud reiterada a propósito de un cambio de doctrina jurisprudencial, con base en los mismos datos fácticos y jurídicos[21].

Esta doctrina del TS se resume en que «no puede equipararse un supuesto de revisión o anulación de actos administrativos denegatorios anteriores fundados en datos fácticos anteriormente inexistentes o no justificados o en un cambio de la normativa vigente entre el momento inicial y el de la solicitud ulterior, con aquellos otros supuestos en los que las normas jurídicas aplicables no hayan variado y los datos fácticos ya estuvieran plenamente alegados y acreditados, tanto en el momento inicial que originó una resolución desestimatoria, como en el momento ulterior, en el que, con base en idénticos datos fácticos y jurídicos, se dicta una resolución estimatoria, tanto más si en el ínterin el beneficiario ha ido reclamando sucesivamente el reconocimiento de su derecho», y que se apoyaba en que la Ley de procedimiento administrativo permitía (y permite la actual)[22] la retroactividad total excepcionalmente, «a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas».

Llevado al complemento por maternidad, sostiene el TSJ de La Rioja que «por cuanto, no se ha producido variación alguna entre las circunstancias de hecho determinantes del derecho al complemento que tenía el beneficiario cuando solicitó la pensión de jubilación y las concurrentes al reclamarlo en 2020, ni en ese lapso temporal se ha producido reforma alguna en su regulación, siendo indiferente que la interpretación que mantenemos responda al cambio hermenéutico de dicho marco normativo derivado de la jurisprudencia comunitaria (STS 3/12/20. Rec. 1518/18) lo que comporta que, en aplicación de la doctrina jurisprudencial citada en el apartado que antecede, proceda, previa estimación del recurso, revocar la sentencia de instancia en cuanto al particular relativo a la fecha de

22 septiembre JUR\2020\310925; núm. 1157/2020 de 27 octubre, JUR 2020\359209; Núm. 127/2021 de 16 febrero. JUR 2021\126621; núm. 126/2021 de 16 febrero. JUR 2021\126534.

[16] SSTSJ de Extremadura núm. 257/2021 de 4 junio. JUR 2021\291749; núm. 301/2021 de 22 junio. JUR 2021\295715.

[17] SSTSJ de Madrid núm. 142/2021 de 5 mayo JUR\2021\265436; núm. 208/2021 de 30 junio; núm. 219/2021 de 7 julio. JUR 2021\318544; núm. 227/2021 de 7 julio JUR\2021\335684; núm. 257/2021 de 20 julio. JUR 2021\338500; núm. 277/2021 de 22 septiembre. JUR 2021\362901. Hay que reseñar que la Sala de lo contencioso-administrativo de Madrid corrigió su propia doctrina en la Sentencia 142/2021, de 5 de mayo, ya que en un anterior pronunciamiento consideró que la doctrina de la STJUE de diciembre de 2019 no era aplicable a clases pasivas (STSJ de Madrid –contencioso administrativo– de 17 de junio de 2020 (JUR 2020, 240285), Sentencia que dio lugar a que el TS dictara un auto admitiendo la casación (Auto del TS de 4 de marzo de 2021).

[18] SSTSJ de La Rioja núm. 24/2021 de 4 marzo, JUR 2021\140300; núm. 72/2021 de 27 mayo, JUR\2021\245329.

[19] SSTSJ de Aragón núm. 343/2021 de 31 mayo. JUR 2021\267041; núm. 478/2021 de 22 julio JUR\2021\324158; núm. 461/2021 de 16 julio JUR\2021\324172 (la pensión se causó después de la publicación de la STJUE).

[20] STSJ de Castilla y León (Burgos) núm. 380/2021 de 16 julio, JUR\2021\290635.

[21] STS 647/2000, de 1 de febrero; STS 631/2017, de 25 de enero; STS 4155/2020, de 3 de diciembre.

[22] Art. 39.3 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en los mismos términos la antigua Ley 30/1992 de 26 de noviembre (art. 57.3).

efectos económicos del complemento de maternidad, fijándola en la de reconocimiento inicial de la pensión de jubilación»[23].

b) Las Sentencias interpretativas del TJUE tienen eficacia *ex tunc*

La misma línea argumental que acabamos de exponer la encontramos también en la Sala de lo Social del TSJ de Aragón, pero partiendo de que las Sentencias interpretativas del TJUE tienen eficacia *ex tunc*, tras lo cual se apoya en la jurisprudencia del TS antes indicada para entender que no opera la limitación de retroactividad a tres meses en los casos en que ni los datos fácticos ni la normativa haya cambiado[24]. También la sala de Navarra combina ambos argumentos[25]: los efectos de las Sentencias del TJUE son "*ex tunc*", es decir, como el propio TJUE ha declarado reiteradamente, los efectos de una sentencia interpretativa se retrotraen, como regla general, a la fecha de entrada en vigor de la disposición que interpretan, salvo que la propia sentencia, por concurrir circunstancias especiales o excepcionales[26], limite sus efectos en el tiempo[27]. Llevado al complemento por maternidad, el TSJ de Navarra estima «es evidente que el demandante ostentaba el derecho al complemento que solicita, pues el artículo 60 de la LGSS, en la redacción en vigor al tiempo de solicitarse el complemento, se oponía al derecho de la Unión»[28].

Eso no quiere decir que nos encontremos ante revisión de actos administrativos fundados en datos fácticos anteriormente inexistentes o en un cambio de la normativa vigente, sino que «en la fecha en la que el demandante solicitó el complemento, ya concurrían todos los requisitos precisos para su reconocimiento, no pudiendo establecerse límites al mismo, pues estos no pueden operar cuando en la fecha de la solicitud ya concurrían los requisitos necesarios para el reconocimiento primigeniamente denegado (SSTS 25/01/2017, 01/02/2020). Los límites no deben operar en los casos en los que las normas jurídicas aplicables no hayan variado y los datos fácticos se hubieran alegado y acreditado plenamente en el momento inicial»[29].

[23] SSTSJ de La Rioja núm. 24/2021 de 4 marzo, JUR 2021\140300; núm. 72/2021 de 27 mayo, JUR\2021\245329.

[24] SSTSJ de Aragón núm. 343/2021 de 31 de mayo. JUR 2021\267041; núm. 478/2021 de 22 julio JUR\2021\324158. En la STSJ núm. 437/2021, de 4 julio, JUR\2021\320598, la Sala de Aragón falla a favor de la retroactividad de tres meses prevista en el artículo 53 LGSS, pero atendiendo al principio dispositivo, ya que es lo que solicitaba la parte.

[25] SSTSJ de Navarra núm. 207/2021 de 1 julio. AS 2021\1480; núm. 208/2021 de 1 julio JUR\2021\327241.

[26] Hernández Vitoria, Mª.J.: «Titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 249/2022.

[27] STJUE 15 de septiembre de 1998, Edis C-231/96, Rec. P.I-4951, apartados 17 y 18; STJUE de 15 de abril de 2010, C-542/08, Barth. Literalmente, indica: "según reiterada jurisprudencia, la interpretación que da el Tribunal de Justicia, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 177 del Tratado, a una norma de Derecho comunitario, aclara y especifica, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como ésta debe o habría debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor. De esto resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el Juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, siempre y cuando, por otra parte, se reúnan los requisitos necesarios para someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en particular, las sentencias de 27 de marzo de 1980, Denkavit italiana, 61/79 , Rec. p. 1205, apartado 16, y de 3 de febrero de 1996, Bautiaa y Société française maritime, asuntos acumulados C-197/94 y C-252/95, Rec. p. I-505, apartado 47)".

[28] STSJ de Navarra núm. 208/2021 de 1 julio JUR\2021\327241.

[29] STSJ de Navarra núm. 208/2021 de 1 julio JUR\2021\327241. Como subraya la STSJ de Navarra núm. 207/2021 de 1 julio. AS 2021\1480, «esa lesión del derecho fundamental del actor se ha producido, en este caso, desde la primera resolución dictada por el INSS al reconocer la prestación de jubilación sin el complemento al que tenía derecho, vulnerando así su derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminado en este caso por razón de sexo. Por ello, para restablecerle en la integridad de su derecho y reponerle en la situación al momento anterior a producirse la vulneración del mismo, ha de reconocerse que la fecha de efectos a partir de la cual ha de procederse al pago del complemento que le corresponde será la de la fecha de efectos reconocida inicialmente para el abono de la prestación de jubilación contributiva reconocida».

3.2. Retroactividad limitada a un máximo de tres meses antes de la solicitud

La segunda solución más frecuente (si estamos al número de Salas que optaron por ella), es la que considera que debe limitarse el reconocimiento a los tres meses anteriores a la solicitud, aplicando en el artículo 53.1 LGSS. Siguen este criterio las Salas de lo Social de Asturias[30] (con un elevadísimo número de Sentencias), Cantabria[31] (la primera de ellas es la que se recurrió al TS, casándose en la STS 621/2022, de 17 de febrero), Castilla y León (Burgos[32] y Valladolid[33]), Extremadura[34], Galicia[35], La Rioja[36], Madrid[37], Murcia[38] y País Vasco[39].

[30] SSTSJ de Asturias núm. 938/2021 de 27 abril. JUR 2021\203784; núm. 1013/2021 de 4 mayo JUR\2021\204880; núm. 1014/2021 de 4 mayo JUR\2021\205020; núm. 1084/2021 de 18 mayo JUR\2021\235650; núm. 1096/2021 de 18 mayo JUR\2021\235400; núm. 1114/2021 de 18 mayo JUR\2021\235759; núm. 1136/2021 de 18 mayo JUR\2021\235896; núm. 1144/2021 de 18 mayo JUR\2021\235822; núm. 1195/2021 de 26 mayo JUR\2021\245669; núm. 1237/2021 de 1 junio. AS 2021\1522; núm. 1244/2021 de 1 junio JUR\2021\245868; núm. 1253/2021 de 1 junio JUR\2021\252529; núm. 1286/2021 de 8 junio JUR\2021\280505; núm. 1288/2021 de 8 junio JUR\2021\281399; núm. 1296/2021 de 8 junio JUR\2021\279855; núm. 1332/2021 de 15 junio JUR\2021\285109; núm. 1337/2021 de 15 junio JUR\2021\287539; núm. 1363/2021 de 22 junio JUR\2021\296353; núm. 1374/2021 de 22 junio. JUR 2021\295145; núm. 1402/2021 de 22 junio JUR\2021\285004; núm. 1417/2021 de 22 junio JUR\2021\292688; núm. 1479/2021 de 29 junio JUR\2021\280520; núm. 1498/2021 de 29 junio JUR\2021\278289; núm. 1515/2021 de 6 julio JUR\2021\277191; núm. 1532/2021 de 6 julio JUR\2021\279942; núm. 1558/2021 de 13 julio JUR\2021\305226; núm. 1566/2021 de 13 julio JUR\2021\305601; núm. 1579/2021 de 13 julio JUR\2021\305123; núm. 1590/2021 de 13 julio JUR\2021\305508; núm. 1601/2021 de 13 julio JUR\2021\305812; núm. 1608/2021 de 13 julio JUR\2021\305499; núm. 1612/2021 de 13 julio JUR\2021\305628; núm. 1614/2021 de 13 julio JUR\2021\290277; núm. 1615/2021 de 13 julio JUR\2021\305477; núm. 1621/2021 de 13 julio JUR\2021\304995; núm. 1635/2021 de 20 julio JUR\2021\305571; núm. 1656/2021 de 20 julio JUR\2021\305180; núm. 1657/2021 de 20 julio JUR\2021\305403; núm. 1694/2021 de 27 julio. JUR 2021\338655; núm. 1697/2021 de 27 julio. JUR 2021\338722; núm. 1703/2021 de 27 julio JUR\2021\337687; núm. 1707/2021 de 27 julio. JUR 2021\338667; núm. 1719/2021 de 27 julio. JUR 2021\338692; núm. 1721/2021 de 27 julio. JUR 2021\338724; núm. 1723/2021 de 27 julio. JUR 2021\338659; núm. 1724/2021 de 27 julio. JUR 2021\338765; núm. 1743/2021 de 27 julio JUR\2021\337486; núm. 1765/2021 de 7 septiembre. JUR 2021\352804; núm. 1813/2021 de 7 septiembre. JUR 2021\353456; núm. 1834/2021 de 14 septiembre. JUR 2021\353245; núm. 1855/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\357610; núm. 1856/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\357523; núm. 1868/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\356666; núm. 1888/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\361130; núm. 1889/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\357747; núm. 1892/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\358475. La primera Sentencia de esta Sala que declara el derecho al complemento es la núm. 601/2021 de 16 marzo JUR\2021\162839, y retrotrae los efectos a la fecha de solicitud de la prestación pero porque se demanda prestación y complemento simultáneamente en vía judicial. Pero respecto de los argumentos para extender la cobertura a los hombres, esa sentencia es prolíficamente citada por las posteriores de esa Sala.

[31] SSTSJ de Cantabria de 27 de mayo de 2021; núm. 477/2021 de 25 junio JUR\2021\21526; núm. 516/2021 de 8 julio JUR\2021\234170; núm. 551/2021 de 26 julio JUR\2021\259173; núm. 607/2021, de 27 septiembre JUR\2021\310614; núm. 626/2021 de 4 de octubre JUR\2021\320538; núm. 690/2021 de 22 octubre. JUR 2021\346184; núm. 721/2021 de 4 noviembre. JUR 2021\350078; núm. 740/2021 de 9 noviembre. JUR 2021\350073; núm. 741/2021 de 9 noviembre. JUR 2021\350082; núm. 751/2021 de 11 noviembre. JUR 2021\350094; núm. 752/2021 de 12 noviembre. JUR 2021\350092.

[32] STSJ de Castilla y León (Burgos), núm. 245/2021 de 26 mayo JUR\2021\244430; núm. 309/2021 de 23 junio JUR\2021\291907; núm. 386/2021 de 23 julio JUR\2021\291011.

[33] SSTSJ de Castilla y León (Valladolid), núm. 645/2021 de 19 abril 2021. JUR 2021\187097; núm 1083/2021 de 24 junio JUR\2021\296475; núm 1097/2021 de 24 junio JUR\2021\297698; núm 1260/2021 de 27 julio 2021. JUR 2021\338713; núm. 1304/2021 de 15 septiembre 2021. JUR 2021\352660; núm. 1387/2021, de 23 septiembre JUR 2021\358426.

[34] SSTSJ de Extremadura núm. 98/2021 de 25 febrero. JUR 2021\155076; núm. 109/2021 de 26 febrero. JUR 2021\171563; núm. 117/2021 de 1 marzo. JUR 2021\172619; núm. 293/2021 de 7 mayo JUR\2021\235666; núm. 499/2021 de 29 julio JUR\2021\337763.

[35] SSTSJ de Galicia núm. 4757/2020 de 24 noviembre. JUR 2021\75710; 13 abril de 2021 JUR\2021\202098; núm. 3363/2021 de 16 septiembre. JUR 2021\356584.

[36] SSTSJ de La Rioja núm. 35/2021 de 31 marzo. JUR 2021\170619; núm. 50/2021 de 15 abril. JUR 2021\187075.

[37] SSTSJ de Madrid núm. 349/2021 de 21 abril. JUR 2021\207470; núm. 548/2021 de 9 septiembre. JUR 2021\354981; núm. 551/2021 de 15 septiembre. JUR 2021\356748.

[38] STSJ de Murcia núm. 693/2021 de 21 julio. JUR 2021\337621.

[39] STSJ del País Vasco núm. 516/2021 de 16 marzo. JUR 2021\170776.

Dentro de este grupo de Sentencias, a su vez hay cuatro líneas argumentales, que en ocasiones confluyen en una misma Sentencia:

a) No es aplicable la doctrina del TS sobre la revisión administrativa de actos sobre hechos inalterados, porque se trata de una reclamación *ex novo*

No desconocen la jurisprudencia del TS sobre la que se apoyan quienes consideran no aplicable el artículo 53.1 LGSS, pero entienden que no son situaciones equiparables, por lo que no procede dejar de aplicar dicho precepto. Consideran que si bien los datos facticos y la normativa aplicable al tiempo en que se formuló la solicitud (que no su interpretación jurisprudencial) eran los mismos que los existentes cuando la pensión de jubilación fue inicialmente reconocida sin complemento alguno, no hay una reiteración de una solicitud inicial del complemento, sino una reclamación *ex novo* como consecuencia de la publicación de la sentencia del TJUE. Y se reprocha al recurrente que pudo solicitar en su día el complemento en base a los argumentos que ahora hace valer u otros que considerase pertinentes, pero no lo hizo. Es ahora, por el contrario, cuando por vez primera formula una petición en tal sentido.

No hay motivo, por tanto, para dejar de aplicar el art. 53 LGSS al complemento en cuestión dado que el art. 60.3 le atribuye, a todos los efectos, la naturaleza de pensión pública contributiva, para las cuales se dispone que los efectos de su reconocimiento se producirán a partir de los tres meses anteriores a su solicitud salvo en supuestos muy específicos (rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, o revisión de la que la obligación de reintegro de prestaciones indebidas) que aquí no concurren[40].

b) Doctrina del TS relativa a la retroactividad del complemento de IPT cualificada

La Sala de lo Social del TSJ de Asturias[41] (una de estas Sentencias fue la que se recurrió ante el TS, declarándose firme por la STS 622/2022, de 17 de febrero), entiende que nos encontramos ante un supuesto análogo al del complemento por IPT cualificada para casos en los que se solicitó el complemento transcurrido un tiempo desde la solicitud inicial, pese a tener cumplida la edad requerida inicialmente, situación para la que existe una consolidada doctrina del TS. No aplica una retroactividad total porque considera que «recurrente pudo solicitar la aplicación de tal interpretación y el reconocimiento del complemento incluso antes del pronunciamiento de la citada Sentencia, pero decidió no hacerlo hasta un momento posterior».

Para el supuesto análogo al que se recurre (IPT cualificada en la que el complemento se reconoce en una resolución distinta) el TS[42], considera que si en la fecha de la resolución inicial se hubiese cumplido ya la edad reglamentaria, los efectos económicos sólo se pueden retrotraer a los tres meses anteriores a la solicitud, y ello porque al ser un complemento de naturaleza prestacional (con

[40] SSTSJ de Castilla y León (Burgos) núm. 245/2021 de 26 mayo JUR\2021\244430; núm. 309/2021 de 23 junio JUR\2021\291907; núm. 386/2021 de 23 julio JUR\2021\291011.

[41] SSTSJ de Asturias núm. 1136/2021 de 18 mayo JUR\2021\235896; núm. 1237/2021 de 1 junio. AS 2021\1522; núm. 1253/2021 de 1 junio JUR\2021\252529; núm. 1286/2021 de 8 junio JUR\2021\280505; núm. 1332/2021 de 15 junio JUR\2021\285109; núm. 1374/2021 de 22 junio. JUR 2021\295145; núm. 1498/2021 de 29 junio JUR\2021\278289; núm. 1532/2021 de 6 julio JUR\2021\279942; núm. 1566/2021 de 13 julio JUR\2021\305601; núm. 1579/2021 de 13 julio JUR\2021\305123; núm. 1590/2021 de 13 julio JUR\2021\305508; núm. 1621/2021 de 13 julio JUR\2021\304995; núm. 1635/2021 de 20 julio JUR\2021\305571; núm. 1656/2021 de 20 julio JUR\2021\305180; núm. 1694/2021 de 27 julio. JUR 2021\338655; núm. 1719/2021 de 27 julio. JUR 2021\338692; núm. 1724/2021 de 27 julio. JUR 2021\338765; núm. 1834/2021 de 14 septiembre. JUR 2021\353245; núm. 1868/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\356666; núm. 1888/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\361130; núm. 1889/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\357747; núm. 1892/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\358475.

[42] SSTS de 12 de marzo de 2007 (RJ 2007\2127), de 9 de octubre de 2008 (RJ 2009\120), de 25 de junio de 2009 (RJ 2009\5046) y de 2 y 9 de febrero de 2010 (RJ 2010\3391 y RJ 2010\2830).

una naturaleza, requisitos y régimen regulador propio, aunque vinculado a principal), debe aplicarse al mismo la normativa de prescripción de las prestaciones[43].

c) No se declara nulo el acto administrativo inicial, ya que ni las Sentencias del TC afectan a las situaciones administrativas firmes, no lo debe hacer una del TJUE

Este razonamiento se recoge como un argumento de refuerzo por el TSJ de Asturias (también en la Sentencia núm. 1136/2021 de 18 mayo JUR\2021\235896). Considera que si incluso el Tribunal Constitucional cuando declara la inconstitucionalidad de una norma, por vulneración del principio de igualdad o cualquier otra razón, establece los efectos pro futuro salvando el principio de cosa juzgada y las situaciones administrativas firmes, no puede considerarse lo contrario para el TJUE. A ello añade que «(e)n el presente caso en que no se produce una declaración tan radical sino que supone la ampliación del derecho al complemento a los hombres, la solución no puede ser la que interesa la parte, construida sobre una declaración de nulidad que no existe, lo que lleva igualmente a la desestimación del recurso. La sentencia de instancia analizó que no se trata del reconocimiento de la pensión sino de una revisión a la que se aplica el artículo 53 de la LGSS que retrotrae los efectos a los tres meses anteriores».

d) El complemento de maternidad tiene naturaleza de pensión pública contributiva, siendo aplicable el artículo 53.1 LGSS, y sin que sea un error material, de hecho o aritmético

Dado que el propio artículo 60.6 LGSS «iguala el régimen jurídico del complemento al régimen jurídico de la pensión, y no puede desconocerse que dentro del régimen jurídico de la pensión está el artículo 53 de la LGSS que establece que los efectos del reconocimiento serán a partir de los tres meses anteriores a su solicitud», y considerando que «no estamos ante un error material subsanado, de hecho o aritmético, tal como contempla el párrafo segundo del número 1 del artículo 53 mencionado sino ante un tema litigioso claramente», se considera aplicable el artículo 53.1 LGSS[44]. Así, se apoya en la doctrina del TS sobre qué son errores materiales, definidos como "errores apreciables de manera directa y manifiesta, sin requerir pericia, interpretación o razonamiento jurídico alguno", estando ante un caso de "defectuosa interpretación jurídica", lo que nada tiene que ver con el error material[45]. En consecuencia, "reconocido el complemento que se pretende por sentencia como consecuencia de una resolución del TJUE no puede equipararse ni a error material, de hecho o aritmético"[46].

En el mismo sentido, otras Sentencias se limitándose a indicar que no estamos ante un error material, de hecho o aritméticos, por lo que se aplica la retroactividad máxima de tres meses[47]; o directamente sin plantear otra alternativa[48].

3.3. Retroactividad como máximo a la fecha de publicación de la STJUE

Esta línea argumental ha sido sostenida por los Servicios Jurídicos de la Seguridad Social en buena parte de los asuntos analizados, siendo rechazada expresamente por las Salas de Aragón,

[43] SSTSJ de Asturias núm. 1136/2021 de 18 mayo JUR\2021\235896.

[44] STSJ Castilla y León (Valladolid) núm 645/2021 de 19 abril 2021. JUR 2021\187097.

[45] SSTS 6428/2009, de 22 de septiembre de 2009; 7935/2009, de 23 de noviembre de 2009; 8631/2012, de 22 de noviembre de 2012.

[46] STSJ de Castilla y León (Valladolid), núm. 1304/2021 de 15 septiembre 2021. JUR 2021\352660.

[47] STSJ de Galicia de 13 abril 2021 JUR\2021\202098.

[48] SSTSJ de Asturias núm. 1195/2021 de 26 de mayo JUR\2021\245669; núm. 1363/2021 de 22 junio JUR\2021\296353; núm. 1417/2021 de 22 junio JUR\2021\292688; núm. 1558/2021 de 13 julio JUR\2021\305226; núm. 1601/2021 de 13 julio JUR\2021\305812; núm. 1608/2021 de 13 julio JUR\2021\305499; núm. 1614/2021 de 13 julio JUR\2021\290277; núm. 1615/2021 de 13 julio JUR\2021\305477; núm. 1657/2021 de 20 julio JUR\2021\305403; núm. 1697/2021 de 27 julio. JUR 2021\338722; núm. 1703/2021 de 27 julio JUR\2021\337687; núm. 1707/2021 de 27 julio. JUR 2021\338667; núm. 1813/2021 de 7 septiembre. JUR 2021\353456.

Asturias[49], Cantabria[50], Galicia[51] y en alguna ocasión por el País Vasco. Por el contrario, ha sido la asumida mayoritariamente por el TSJ del País Vasco, y en algún caso por la de Madrid[52].

Tanto las Entidades Gestoras como la Sala del País Vasco (de modo general, si bien hay alguna sentencia discrepante), se apoyan en el artículo 32.6 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la jurisprudencia del TS (entre otras, STS de 20 de diciembre de 2017, rec. 263/16) en relación a los efectos de las sentencias del TC, sosteniendo que la fecha de efectos de abono de atrasos del complemento de maternidad nunca podrá ser más allá de la fecha de publicación de la sentencia del TSJUE. Recuérdese que el artículo 32.6 de la Ley 40/2015 dispone que «La sentencia que declare (…) el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación...en el Diario Oficial de la Unión Europea, según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa».

Eso no quiere decir que se retrotraiga necesariamente a la fecha de publicación, sino como máximo, de modo que en realidad la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco hace una aplicación conjunta de la Ley 40/2015 y del artículo 53.1 LGSS, de forma que si la solicitud tuvo lugar antes del 17 de febrero de 2020 o dentro de los tres siguientes a la publicación de la STJUE, la fecha de retroacción es el 17 de febrero de 2020[53] (dos de estas Sentencias fueron las que invocaron como contraste los servicios jurídicos de la Seguridad Social en las STS 621/2022 y 622/2022, de 17 de febrero). Pero si la pensión se causó tras el 17 de febrero, se retrotrae –lógicamente– a la fecha de la pensión[54] pero solo si el complemento se pide en los tres meses posteriores a causarla.

Frente a ello, las Salas que rechazan ese argumento hacen una interpretación sistemática de la Ley 40/2015, tras la que descartan que sea de aplicación a las prestaciones de la Seguridad Social. En efecto, entienden que «las previsiones del artículo 32.6 de la Ley 40/2015, se establece para los supuestos que regula el Capítulo IV de la citada Ley, que lleva por rúbrica "De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", y que comienza por regular en su artículo 32 los "Principios de la responsabilidad". Por lo tanto tal precepto no resulta de aplicación en un pleito como el que nos ocupa en el que no se resuelve dicha responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y en la búsqueda de una indemnización resarcitoria de los daños y perjuicios causados, sino la pretensión de reconocimiento o revisión de una prestación de seguridad social fundada en que la previsión legal supone un trato discriminador no admisible»[55].

[49] SSTSJ de Asturias núm. 1286/2021 de 8 de junio JUR\2021\280505; núm. 1601/2021 de 13 julio JUR\2021\305812; núm. 1765/2021 de 7 septiembre. JUR 2021\352804.

[50] SSTSJ de Cantabria de 27 de mayo de 2021 (Rec. 229/2021); núm. 477/2021 de 25 junio JUR\2021\21526; núm. 516/2021 de 8 julio JUR\2021\234170; núm. 551/2021 de 26 julio JUR\2021\259173; núm. 607/2021, de 27 septiembre JUR\2021\310614; núm. 626/2021 de 4 de octubre JUR\2021\320538.

[51] SSTSJ de Galicia núm. 3363/2021 de 16 septiembre. JUR 2021\356584..

[52] STSJ de Madrid núm. 496/2021 de 5 de julio JUR 2021\320453.

[53] SSTSJ del País Vasco núm. 170/2021 de 26 enero JUR\2021\138189; núm. 382/2021 de 2 marzo JUR 2021\208747; núm. 737/2021 de 27 abril. JUR 2021\267144; núm. 752/2021 de 27 abril JUR\2021\266011; núm. 882/2021 de 18 mayo JUR\2021\314513; núm. 889/2021 de 25 mayo JUR\2021\314483; núm. 922/2021 de 1 junio JUR\2021\326886; núm. 964/2021 de 8 junio JUR\2021\327125; núm. 967/2021 de 8 junio JUR\2021\327184; núm. 971/2021 de 8 junio JUR\2021\327218 (3 meses, con límite publicación STJUE); núm. 984/2021 de 9 junio JUR\2021\327022; núm. 990/2021 de 15 junio JUR\2021\326825; núm. 999/2021 de 15 junio JUR\2021\326847; núm. 1106/2021 de 5 julio JUR\2021\246576 (pensión causada antes 2016). La núm. 971/2021 de 8 junio JUR\2021\327218, pone como límite no la fecha de publicación, sino la de la Sentencia.

[54] SSTSJ del País Vasco núm. 550/2021 de 23 marzo. JUR 2021\213284; núm. 850/2021 de 18 mayo JUR\2021\314436); núm. 954/2021 de 8 junio JUR\2021\323932.

[55] (STSJ Asturias núm. 1286/2021 de 8 junio JUR\2021\280505; núm. 1498/2021 de 29 junio JUR\2021\278289; núm. 1621/2021 de 13 julio JUR\2021\304995; núm. 1694/2021 de 27 julio. JUR 2021\338655; en el mismo sentido, núm. 1707/2021 de 27 julio. JUR 2021\338667; núm. 1724/2021 de 27 julio. JUR 2021\338765; STSJ de Aragón, núm. 437/2021, de 5 julio. JUR\2021\320598.

El TSJ de Castilla y León abunda en este criterio sistemático, concluyendo igualmente que dicha regla «queda limitada al específico campo que hemos mencionado, que se refiere, según el apartado 1 del tantas veces citado art. 32, a las lesiones sufridas por los particulares en sus bienes y derechos cuando la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En tales casos, el perjudicado tendrá derecho a la correspondiente indemnización». Siendo, por tanto, «un ámbito objetivo claramente diferenciado del propio de las prestaciones de Seguridad Social, tratándose de dos títulos distintos, aunque compatibles, que cuentan con una habilitación constitucional igualmente diferenciada, pues uno, el de la responsabilidad patrimonial, deriva del art. 106.2 CE y otro, el de las prestaciones de Seguridad Social, procede del 41 del mismo texto. El régimen al que nos estamos refiriendo, incluyendo la disposición que se cita como infringida, es propio del primero, pero no se cita ni existe norma equivalente en el segundo»[56].

Dentro de la Sala de lo Social del País Vasco, también encontramos una Sentencia con un criterio contrario a aplicar la Ley 39/2015, por entender que la «referencia a la publicación no significa que las situaciones generadas con anterioridad y aun cuando puedan vulnerar el derecho comunitario, queden insatisfechas y sin consecuencia alguna como se pretende. Dicha referencia temporal es a los meros fines de configurar el "*dies a quo*" para el inicio del plazo prescriptorio para su reivindicación y que puede conllevar una declaración judicial como la que ahora nos ocupa –Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, sentencia de 25-2-2021, rec. 53/2020–. Y aquí el actor no ha superado el plazo de referencia cuando presenta la solicitud el 5 de marzo de 2020»[57]. Precisamente, esta Sentencia opta por un criterio diferente de efectos del complemento: la solicitud del mismo, que pasamos a ver a continuación.

3.4. Retroactividad a la fecha de solicitud del complemento

Como acabamos de adelantar, el TSJ del País Vasco, pese a optar mayoritariamente por mantener la misma línea, que es situar los efectos económicos del complemento hasta la fecha de publicación de la STJUE, en alguna Sentencia en la que ratifica el criterio seguido por la Sentencia de instancia, que fue el de la fecha de solicitud del complemento, sin aportar argumentos en ese sentido: STSJ del País Vasco núm. 747/2021 de 27 abril. JUR 2021\255603.

4. LAS SENTENCIAS DEL TS DE 17 DE FEBRERO DE 2022

Según hemos visto, se estaba lejos de que hubiera un criterio común en los TSJ, por lo que se esperaba que el TS interviniera unificando doctrina. Y eso ocurrió el 17 de febrero de 2022, día en el que se dictaron dos Sentencias por el Tribunal Supremo (STS 621 y 622, núm. recurso 2872/2021, 3379/2021), en las que considera el Alto tribunal que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres, por lo que también los pensionistas varones tienen derecho al complemento por maternidad, aclarando que los efectos económicos de dicho reconocimiento.

En la STS 621/2022, de 17 de febrero de 2022 (Ponente Ureste García), la sentencia recurrida (STSJ de Cantabria de 27 de mayo de 2021) sostiene que los efectos han de retrotraerse a los tres meses anteriores a la solicitud, mientras que la resolución aportada como término de contraste (STSJ del País Vasco, de 27 de abril de 2021), que remite la fecha de efectos al momento de la publicación de la sentencia del TJUE.

[56] SSTSJ de Castilla y León (Burgos) núm. 245/2021 de 26 mayo JUR\2021\244430; núm. 309/2021 de 23 junio JUR\2021\291907; STSJ de Castilla y León (Valladolid) núm 1260/2021 de 27 julio 2021. JUR 2021\338713.

[57] STSJ del País Vasco núm. 747/2021 de 27 abril. JUR 2021\255603. El Ponente es el mismo Magistrado que formula un Voto Particular a varias de las Sentencias de la misma Sala, que hemos aludido anteriormente, Votos en los que también rechaza que se aplique el complemento a las jubilaciones a edades reducidas, al considerar que son supuestos de jubilación anticipada voluntaria.

En la STS 622/2022, de 17 de febrero de 2022 (Ponente García-Perrote Escartín), la sentencia recurrida (STSJ de Asturias de 22 de junio de 2021) sostiene igualmente que los efectos han de retrotraerse a los tres meses anteriores a la solicitud, mientras que la resolución aportada de contraste (STSJ del País Vasco, de 2 de marzo de 2021), que remite la fecha de efectos al momento de la publicación de la sentencia del TJUE.

Por tanto, en ambos casos nos encontramos que se recurren Sentencias que apuestan el criterio de aplicar el artículo 53.1 LGSS (retroacción a los tres meses de la solicitud), alegando la Seguridad Social que debe aplicarse el artículo 32.6 de la Ley 42/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que según su criterio conllevaría limitar los efectos a la fecha de publicación de la Sentencia en el DOUE (17 de febrero de 2020), apoyándose en la STS 20 de diciembre de 2017 (rcud 263/2016), en relación a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional.

Y en ambos casos, el beneficiario no recurrió las Sentencias que reconocían la retroactividad de los 3 meses, siendo la Seguridad Social la recurrente alegando que debe ser de aplicación la Ley 40/2015. Esta posición procesal hace que los dos recursos el TS únicamente pueden entrar a plantear si el precepto aplicable debe ser el artículo 53.1 LGSS, o el artículo 32.6 de la Ley 40/2015, de forma que si excluyen la aplicación de este último precepto, la consecuencia no podrá ser otra que la de declarar la firmeza de las sentencias recurridas, pues la decisión nunca podrá situarse en un momento temporal anterior al determinado en fase de suplicación, dado que tal específica cuestión ha devenido firme (Fundamento Cuarto, núm. 3, STS 621/2022), condicionantes que «no constituye una limitación temporal de los efectos una disposición calificada de contraria al Derecho de la Unión, sino que responde a la necesidad de respetar, por una parte, el principio dispositivo, y, por otra, los principios de congruencia de las sentencias y defensión de las partes intervinientes en el procedimiento» (Fundamento Tercero, núm. 6, STS 622/2022).

Pues bien, el TS coincide en descartar los argumentos de los Servicios Jurídicos de la Seguridad Social (y que sea de aplicación el artículo 32.6 de la Ley 42/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público)[58], ya que:

A) «Sus previsiones tal regulación se han establecido a los efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y no pueden proyectarse, sin más, sobre otros ámbitos, como el que ahora nos ocupa» (Fundamento Cuarto núm. 1 STS 621/2022; Fundamento Tercero, núm. 2, STS 622/2022).

B) Conforme a la jurisprudencia del TJUE, las sentencias del TJUE «están bien lejos de limitar sus efectos, con carácter general, a la fecha de su publicación en el DOUE», por lo que el artículo 32.6 de la Ley 40/2015 no puede aplicarse en sentido contrario al Derecho de la Unión Europea, tal como es interpretado por el TJUE. Ello es así porque:

— Por un lado, la fecha de publicación es secundaria, siendo relevante la del pronunciamiento. Así, el Reglamento de Procedimiento del TJUE de 25 de septiembre de 2012, en su capítulo noveno de su título segundo establece en el artículo 86 «que se informará a las partes o a los interesados mencionados en el artículo 23 del Protocolo sobre el Estatuto del TJUE de la fecha de pronunciamiento de la sentencia», y en el artículo 87 señala que en el propio contenido de la sentencia, ha de figurar la fecha del pronunciamiento; y en el artículo 88 que la sentencia será pronunciada en audiencia pública. En esta línea, resulta relevante la previsión de su artículo 91: la sentencia será obligatoria desde el día de su pronunciamiento, y, finalmente, el artículo 92

[58] En esta misma línea, Hernández Vitoria, Mª.J.: «Titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS», *op cit*.

(Publicación en el DOUE), alude al anuncio de aquella: «En el Diario Oficial de la Unión Europea se publicará un anuncio que contendrá la fecha y el fallo de las sentencias y de los autos del Tribunal que pongan fin al proceso» (Fundamento Tercero, núm. 5, STS 622/2022 y Cuarto, núms. 1 y 2, STS 621/2022). Por tanto, en este caso, fue pronunciada en audiencia pública en fecha 12 de diciembre de 2019, siendo, por ende, obligatoria desde ese mismo día.

— Por otro, recuerda la doctrina del TJUE[59] conforme a la cual la interpretación que hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho comunitario se limita a aclarar y precisar el significado y el alcance de ésta, tal como habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia de que se trate y sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen la disposición interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Ahora bien, tal limitación únicamente puede admitirse en la misma sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada, cosa que no ocurrió en la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (Fundamento Cuarto, núm. 2 STS 621/2022; Tercero, núm. 5, STS 622/2022).

C) Rechaza el argumento de que deba estarse a la fecha de publicación como ocurre en España con las Sentencias del TC y su publicación en el BOE (doctrina recogida en la STS de 20-12-2017, rec. 263/2016; STS 13.06.2018, rec. 144/2017), porque «La normativa entonces citada, y la jurisprudencia que la interpreta, son disímiles a las que configuran el marco regulador de las sentencias pronunciadas por el TJUE, al que ahora debemos atender y también divergen las circunstancias objeto de valoración en cada caso (Fundamento Cuarto, núm. 4, STS 621/2022).

Por ello, el TS rechaza que sea de aplicación el artículo 32.6 de la Ley 42/2015, y por cuestiones procesales no tiene otra opción que fallar confirmando las sentencias recurridas que declararon que los efectos retroactivos debían limitarse a los tres meses anteriores a la fecha de la presentación de la solicitud del complemento por el pensionista.

Pero, *obiter dicta*, apoyándose en la argumentación de que el artículo 32.6 iría en contra de la doctrina del TJUE que extiende los efectos ex tunc, señala que en el caso del complemento por maternidad, los efectos deberían retrotraerse «al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante –efectos *ex tunc*–, dado que debía ser entendida y aplicada en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento» (Fundamento Cuarto, núm. 3 STS 621/2022; Fundamento Tercero, núm. 6, STS 622/2022).

5. REFLEXIONES Y VALORACIÓN GENERAL

Compartimos que es irrelevante que la solicitud se haya formulado antes o después de la publicación de la STJUE (17 de febrero de 2020), cuestión que ya sostuvimos en alguna publicación anterior a estas Sentencias[60]. En efecto, hay que partir de que la doctrina del TJUE tiene efectos *ex tunc*, como tuvo ocasión de subrayar la STC 145/2012, de 2 de julio de 2012, y también ha declarado

[59] SSTJUE de 12-2-2008 (T-289/03); 15-3-2005, Bidar, C-209/03, Rec. p. I-2119; 6-3-2007, Meilicke y otros, C-292/04, Rec. p. I-1835; 17-3-2021 (C-585/19).

[60] Maldonado Molina, J.A., «Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial», *op.cit.*, p. 228.

en diversas ocasiones el propio TJUE: «la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación»[61], de modo que «los efectos de una sentencia de interpretación se remontan a la fecha de entrada en vigor de la norma interpretada»[62], lo que lleva a que pueda afirmarse que sus efectos son "*ex tunc*"[63]. Por tanto, la interpretación que hagan los Tribunales no debe acotarse temporalmente a la fecha de publicación de la Sentencia.

Ahora bien, ello no quiere decir que los actos administrativos firmes contrarios al Derecho comunitario sean nulos. Una Sentencia prejudicial no declara la validez o invalidez de una disposición o de un acto, sino que se limita a interpretar el Derecho de la Unión, pronunciándose sobre la compatibilidad de normas internas con las de la UE, «para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho Comunitario que le permitan apreciar la compatibilidad de dichas normas con la normativa comunitaria»[64]. Y en este caso considera que la Directiva 79/7/CEE del Consejo debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida. Pero no anula los actos administrativos declarados previamente, remitiéndose a la normativa nacional respecto a cómo proceder a la depuración del acto administrativo[65].

Los Tribunales deben interpretar la norma nacional conforme el criterio del TJUE. Pero esa interpretación solo puede realizarse, obviamente, si se cumplen los requisitos procesales que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma[66]. Como precisa el TJUE, «una sentencia prejudicial no tiene un valor constitutivo, sino puramente declarativo, con la consecuencia de que sus efectos se remontan, en principio, a la fecha de entrada en vigor de la norma interpretada.

En lo que se refiere al momento de inicio del plazo de prescripción, corresponde fijarlo, en principio, al Derecho nacional, y una eventual declaración por el Tribunal de Justicia de la infracción del Derecho de la Unión no afecta, en principio, a ese momento de inicio»[67].

Descartamos en consecuencia –al igual que el TS– que aquí sea de aplicación la Ley 40/2015, ya que cuando en su artículo 32 preceptúa que la sentencia que (…) declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación (…) en el «Diario Oficial de la Unión Europea», se refiere desde cuándo habrá que indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a un particular por un normal o anormal funcionamiento de la Administración, siendo un supuesto diferenciado del derecho a prestaciones de la Seguridad Social.

Pero es un acto administrativo *ex novo*, porque para que un pensionista tenga derecho al complemento por maternidad, es necesario que lo solicitara, sin que la solicitud inicial de la pensión sea suficiente (no se devengaba automáticamente por el mero hecho de cumplirse los requisitos para el acceso a la pensión complementada, sino que se condicionaba a haber tenido dos o más hijos biológicos o adoptados, siendo mujer). El artículo 60.1 LGSS le confería, a todos los efectos, la naturaleza de pensión pública contributiva, aunque el derecho al complemento se sujetaba al régimen

[61] STJCE de 27 de marzo de 1980, *Denkavit italiana*, C-61/79, ECLI:EU:C:1980:100, apartado 16; y más recientemente STJUE de 17 de marzo de 2021, recurso C-585/19.

[62] STJCE de 19 de octubre de 1995, *Richardson* C-137/94, ECLI:EU:C:1995:342, apartado 36.

[63] Núñez Lozano, Mª.C., «La eficacia de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los actos nacionales», en VV.AA., *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, INAP, Madrid, 2017, p. 570.

[64] STJCE de 15 de diciembre de 1993, *Hünermund*, C-292/92, ECLI:EU:C:1993:932, apartado 8.

[65] Como dice la STJUE de 13 de enero de 2004, Kühne & Heitz NV, C-453/00: «Es preciso recordar que la seguridad jurídica es uno de los principios generales reconocidos por el Derecho comunitario. La firmeza de una resolución administrativa, adquirida al expirar los plazos razonables de recurso o por agotamiento de las vías de recurso, contribuye a dicha seguridad y debido a ello, el Derecho comunitario no exige, en principio, que un órgano administrativo esté obligado a reconsiderar una resolución administrativa que ha adquirido dicha firmeza».

[66] Sentencia Balazs, C-401/13 y C-432/13, EU:C:2015:26, apartado 49 y jurisprudencia citada.

[67] STJUE de 28 de enero de 2015, Asunto C417/13 ÖBB Personenverkehr AG contra Gotthard Starjakob.

jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización. Por tanto, una vez obtenida la pensión principal, nacía el derecho al complemento si se cumplieran los requisitos específicos exigidos por el mismo.

Con esta lógica, queda claro que no se trata de una solicitud de revisión administrativa de actos sobre hechos inalterados, que permitiría aplicar la doctrina del TS que considera que la retroactividad debe ser al momento de la solicitud inicial. No se trata de rectificar un error material, de hecho o aritmético, sino una reclamación *ex novo* en base una diferente interpretación del Derecho. La doctrina del TS sobre cuándo hay error material avala este criterio, ya que hay error material solo y cuando es apreciable de manera directa y manifiesta, sin requerir pericia, interpretación o razonamiento jurídico alguno. Nos encontramos ante una divergencia en la interpretación jurídica, nada que ver con el error material.

En consecuencia, consideramos (frente al criterio de las SSTS de 17 de febrero de 2022), que procede aplicar la retroacción de tres meses máximo prevista en el artículo 53.1 LGSS, siendo la norma especial que contiene el Derecho de la Seguridad Social para regular el marco temporal de los efectos económicos de una pensión reconocida, o revisada, que se concreta en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud, salvo que sea rectificación de un error, como hemos indicado.

Y ello tanto si el reconocimiento se produce antes o después del RD-Ley 3/2021, ya que el artículo 1.4 de dicha norma (que viene a decir que quienes ya percibían el complemento mantendrían su percibo) no implica que solo puedan percibir el complemento quienes ya lo percibían, sino que los ya perceptores seguirán cobrándolo. Pero no excluye que otros puedan pasar a percibirlo aunque el 4 de febrero no lo estuvieran haciendo. Precisamente, para supuestos en los que se había iniciado un procedimiento antes de 4 de febrero de 2021, las Entidades Gestoras alegaron en algún caso que el artículo 60 LGSS quedaba derogado por RD Ley 3/2021 de 2 de febrero. Pues bien, tal pretensión ha sido sistemáticamente rechazada en base a que rige la normativa vigente en el momento de la solicitud, de modo que «no puede admitirse la afirmación del recurrente de que solo proceda el percibo del complemento de maternidad bajo la vigencia de la nueva legislación, de conformidad con la Disposición transitoria trigésima de la LGSS, quienes el 4 de febrero de 2021 ya estuvieran percibiéndolo»[68]. Para el TSJ de Asturias, esta nueva disposición transitoria «no excluye la aplicación de tal precepto para el reconocimiento del citado complemento a quienes, como el demandante en el presente procedimiento, tenían derecho al mismo, causaron la prestación a complementar e incluso lo solicitaron durante su vigencia»[69]. Por tanto, aunque una primera lectura de la disposición transitoria 33 LGSS pudiera parecer que quiere dejar fuera a los que ya la hubieran solicitado o incluso a quienes estaban en espera de una Sentencia, debe entenderse solo como prórroga del cobro de quienes ya eran perceptores, prórroga que tiene lugar hasta que por una nueva pensión pasen a percibir el complemento por brecha de género, en cuyo caso tendrán que optar por una de las dos.

Tanto si ya era pensionista, como si solicita la pensión con posterioridad a esa fecha siendo el HC anterior (las pensiones de jubilación y MS son imprescriptibles, pueden solicitarse en cualquier momento), la solicitud del complemento tiene un importante límite adicional, y es la prescripción del derecho. El complemento tiene naturaleza de pensión. No es un mero reajuste de la cuantía de la

[68] Así, la Sala de lo Social de Asturias precisa el nuevo artículo 60 LGSS «no es de aplicación al concreto supuesto que se somete a consideración de la Sala en el recurso, dada la fecha de efectos de la pensión de jubilación, la de solicitud del complemento y la de denegación del mismo por parte del INSS» (STSJ de Asturias núm. 1479/2021 de 29 junio JUR\2021\280520) dado que «La petición presentada por el actor para la percepción del complemento es anterior a esa fecha, por lo que la modificación que introduce no impide el reconocimiento del derecho conforme a la normativa vigente al tiempo de la solicitud» (STSJ de Asturias núm. 1084/2021 de 18 mayo JUR\2021\235650, citada también por STSJ de Extremadura núm. 499/2021 de 29 julio JUR\2021\337763).

[69] STSJ de Asturias núm. 1144/2021 de 18 mayo JUR\2021\235822; núm. 1136/2021 de 18 mayo JUR\2021\235896; núm. 1402/2021 de 22 junio JUR\2021\285004; núm. 1515/2021 de 6 julio JUR\2021\277191; núm. 1612/2021 de 13 julio JUR\2021\305628; núm. 1723/2021 de 27 julio. JUR 2021\338659.

pensión ya reconocida, a la que se le podría aplicar la clásica doctrina del TS que distingue entre la reclamación inicial de la prestación, imprescriptible y sometida al plazo de retroacción de tres meses, y la reclamación parcial en materia de cuantía de la prestación, para la que no resulta aplicable el criterio anterior, sino la regla general de prescripción de cinco años frente a concretas percepciones de la prestación económica[70].

Según la anterior redacción del apartado 6 del artículo 60 del TRLGSS (y en mismos términos el nuevo 60.5), se liga la pensión complementaria a la complementada en su dinámica, al disponer que "El derecho al complemento estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización". La Administración (Criterio de Gestión 35/2021, de 2 de diciembre), ha interpretado que «dicha sujeción no alcanza al plazo de prescripción a la que está sometido el complemento de maternidad. En consecuencia, cabe entender que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 53 del TRLGSS, por lo que prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate». Por tanto, aunque la pensión que se complementa sea imprescriptible (caso de la jubilación y pensiones por muerte y supervivencia), la Administración aplica la prescripción de cinco años, porque no lo considera ligado al nacimiento.

Ahora bien, entendemos que si no se liga la "prescripción" al "nacimiento" de la prestación, por considerar que la prescripción es en relación al derecho, no es razonable fijar el plazo de prescripción a partir del día siguiente del hecho causante (que es *dies a quo* para el nacimiento de la prestación). Es contradictorio considerar que la prescripción es una institución ajena a la dinámica de la prestación, y mantener como *dies a quo* exactamente el mismo momento del nacimiento.

Es más, va en contra de la lógica y finalidad de la institución de la prescripción. No debemos olvidar que «la prescripción extintiva de derechos se configura como un supuesto de decadencia del derecho por falta de ejercicio del mismo en un plazo de tiempo determinado. Es una forma de "sanción" de la inactividad del titular del derecho, consistente en la no solicitud por parte del titular del mismo a la entidad gestora. Su fundamento jurídico radica en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, evitando situaciones indefinidas de incertidumbre generadas por la pasividad o no ejercicio de un derecho por parte del interesado»[71].

Y atendiendo a la finalidad de esta figura, carece de sentido situar como fecha a partir de la cual empieza a contar el plazo prescriptivo el del nacimiento de la prestación dado que cuando nació, era imposible ejercer el derecho al complemento. Por tanto, si la Administración deniega en 2022 el complemento por maternidad ligado a una pensión causada en 2016, alegando que ha prescrito el derecho, está realizando –según nuestro criterio– un uso en fraude de ley de la figura de la prescripción, ya que no puede "sancionarse" al administrado por no hacer usado un derecho que no se le ha reconocido hasta diciembre de 2019.

Por tanto, consideramos que el *dies a quo* de la prescripción del complemento deber ser la fecha del pronunciamiento de la STJUE (12 de diciembre de 2019), no la del hecho causante de la prestación que complementa. Si por el contrario queremos ligarlo a la fecha del hecho causante de la pensión original, habrá que hacerlo con todas las consecuencias, y por tanto si complementa una pensión de jubilación o por muerte-supervivencia, el derecho a solicitar el complemento debería ser imprescriptible.

Otra cuestión diferente –en la que somos conscientes de postular un planteamiento que no está siendo seguido ni por los Tribunales ni por la propia Administración– es si tras el 4 de febrero de 2021 puede solicitarse un complemento que dejó de existir. El de brecha de género, como es sabido,

[70] SSTS de 25-3-1993 y 7-7-1993, (RJ 1993\2207 y 5967), 23-1-1995 y 14-3-1995 (RJ 1995\398, y 2768) y 22-11-1996 (RJ 1996\9451.

[71] Olarte Encabo, S.: «Prescripción y caducidad de las prestaciones de la Seguridad Social», en Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Ed. Laborum, Murcia, 2016, p. 651.

la disposición adicional primera lo limita a hechos causantes posteriores al 4 de febrero de 2021. Y respecto del complemento por maternidad, ha sido suprimido por el RD-Ley 3/2021, por lo que no puede solicitarse un complemento que ha dejado de existir. La disposición transitoria trigésima tercera LGSS, añadida por el artículo 1.4. RD-Ley 3/2021, indica que «Quienes en la fecha de entrada en vigor de la modificación prevista en el artículo 60, estuvieran percibiendo el complemento por maternidad por aportación demográfica, mantendrán su percibo»[72]. Reiteramos que eso no quiere decir que solo pueden percibir el complemento quienes ya lo percibían, sino que la norma da respuesta a la situación de las personas que ya eran beneficiarias del mismo. Pero no excluye que otros puedan pasar a percibirlo aunque el 4 de febrero no lo estuvieran haciendo, lo que es el caso de las personas que lo habían solicitado con anterioridad, como ya hemos señalado.

Sin embargo, consideramos que no se les debería reconocer a quienes lo solicitan con posterioridad, aunque el HC sea anterior. Lo contrario iría en contra del espíritu y la letra de la norma. Esta interpretación no está siendo acogida ni por los tribunales ni por la propia Administración, que está a la normativa aplicable en el momento del hecho causante, aunque dicha normativa esté derogada, y sin que haya una regulación transitoria que lo ampare.

Ciertamente, la cláusula temporal que se acoge está fuera de la técnica jurídica habitual en el Derecho de la Seguridad Social, que suele fijar los efectos de una reforma sobre la fecha del hecho causante o sobre la de solicitud de una prestación. Si el RD-Ley 3/2021 hubiera querido que los pensionistas cuya pensión se hubiera causado antes de la nueva norma, mantuvieran la posibilidad de solicitarla, podría haberlo contemplado. No se hace deliberadamente –lo cual compartimos– ya que la extensión de ese complemento solo ha servido para profundizar en la brecha de pensiones, beneficiándose incluso hombres que no cumplían los requisitos exigidos a las mujeres (jubilados anticipadamente de modo voluntario o antes de 2016), en no pocas ocasiones con pensiones máximas (no se olvide que este complemento permite superar el tope máximo), y en definitiva recurriendo a una figura que nació para compensar la brecha en pensiones de las mujeres, pero que al introducir la desafortunada expresión de aportación demográfica, condujo al escenario actual, con el riesgo de mermar las frágiles arcas del sistema.

Sintetizando nuestra posición, y siendo conscientes de que el criterio administrativo y judicial es distinto, entendemos que para los hombres que solicitaron el complemento por maternidad antes del RD-Ley 3/2021, debe reconocérselo con efectos económicos de tres meses antes de su solicitud, sin que deba tener incidencia la fecha de la solicitud con un solo límite: y es la entrada en vigor del RD-Ley 3/2021 (a partir del cual desaparece el complemento en orden a nuevas solicitudes). Ello es así porque las sentencias interpretativas del TJUE tienen efectos *ex tunc*, pero esto no puede llevarnos a retrotraer los efectos al momento de la solicitud, sino que solo permite interpretar la norma conforme la doctrina comunitaria desde la entrada en vigor de la norma, antes de la publicación de la STJUE, pero exigiendo que el interesado reclame el derecho, y aplicando las reglas que se contemplan comúnmente en nuestro Ordenamiento para la solicitud de una pensión, lo que incluye la prescripción, pero desde que pudo solicitarse el derecho, cosa que solo se reconoció a partir de 12 de diciembre de 2019.

6. BIBLIOGRAFÍA

Gala Durán, C.: «El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?», *Temas Laborales*, 158/2021.

[72] En caso de que se le reconozca una nueva pensión, tendrá que optar entre el complemento correspondiente a la nueva, o el anterior, siendo incompatible la percepción de ambos.

Hernández Vitoria, Mª.J.: «Titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 249/2022.

Macías García, Mª.C.: «Sobre el "nuevo" complemento de pensiones contributivas para la reducción de brecha de género. Recorrido cronológico, legislativo y judicial», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 30, 2022.

Maldonado Molina, J.A.: «Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial», Estudios financieros. *Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 466, 2022.

Martínez Barroso, Mª.R.: «Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social: A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019», *Aranzadi Unión Europea*, 6, 2000.

Molina Navarrete, C.: «Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18», Estudios financieros. *Revista de trabajo y seguridad social*, 445, 2020.

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 por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 22, 2020.

Moreno Romero, F.: «El complemento por maternidad: ordenación deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 25, 2020.

Moreno Romero, F.: «La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: Apunte sobre su reforma por Real Decreto Ley 3/2021», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58, 2021.

Olarte Encabo, S.: «Prescripción y caducidad de las prestaciones de la Seguridad Social», en Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Ed. Laborum, Murcia, 2016.

Núñez Lozano Mª.C.: «La eficacia de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los actos nacionales», en VV.AA., *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, INAP, Madrid, 2017.

Rivas Vallejo, P.: «La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad», *Revista de Jurisprudencia Laboral* 1/2020.

Vida Fernández, R.: «Extensión del reconocimiento del complemento de pensión para los padres con dos o más hijos, beneficiarios de pensiones contributivas de la seguridad social: ¿punto final a una medida mal planteada pero necesaria frente a la brecha de género en las pensiones?», *Temas Laborales*, 152/2020.

Villar Cañada, I.: «¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 5, Nº. 1, 2020.

nº 32 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El nuevo índice de revalorización de pensiones contributivas introducido por la Ley 21/2021 y el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones[1]

The new index for the revaluation of contributory pensions introduced by Law 21/2021 and the maintenance of the purchasing power of pensions

Elisabet Errandonea Ulazia
Profesora Titular de Derecho del trabajo y de la Seguridad social
Facultad de relaciones laborales y recursos humanos
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
https://orcid.org/0000-0002-6407-9075

Cita Sugerida: ERRANDONEA ULAZIA, E.: «El nuevo índice de revalorización de pensiones contributivas introducido por la Ley 21/2021 y el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 32 (2022): 65-82

Resumen

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, aborda un primer bloque de medidas de reforma en materia de pensiones en un momento complejo tras la difícil situación económica provocada por la pandemia del COVID-19. Dicha ley incluye, entre otras numerosas medidas, una nueva modificación en la normativa de revalorización de pensiones contributivas. Así, a partir de la entrada en vigor de esta ley esas pensiones se revalorizarán con el valor medio de la variación porcentual del IPC de los doce meses previos a diciembre del año anterior. Este nuevo precepto supone abandonar la cuasi-congelación de las pensiones que suponía la norma anterior y acercarse al objetivo de mantenimiento del poder adquisitivo, dejando en un segundo plano la sostenibilidad del sistema de seguridad social como eje sobre el que gira la revalorización de las pensiones. El reverso de esta mejora en los derechos de las personas pensionistas es el aumento del gasto que conlleva. Sin embargo, el nuevo precepto no garantiza plenamente que se mantenga el poder adquisitivo de las pensiones contributivas. Además, el desorbitado encarecimiento de los precios ha suscitado nuevas dudas y opiniones contrarias al nuevo criterio de revalorización de pensiones.

Palabras clave

pensiones contributivas; mantenimiento del poder adquisitivo; nuevo índice de revalorización

Abstract

Law 21/2021 of 28 December addresses a first set of pension reform measures at a complex time following the difficult economic situation caused by the COVID-19 pandemic. Among many other measures, this law includes a new amendment to the rules on the revaluation of contributory pensions. Consequently, following the law's enactment, these pensions will be revalued at the average value of the percentage change in the CPI for the twelve months prior to December of the previous year. This new provision involves abandoning the quasi-freezing of pensions that the previous regulation implied and moving closer to the objective of maintaining purchasing power, leaving the sustainability of the social security system as the axis on which the revaluation of pensions is based in the background. The reverse side of this improvement in pensioners' rights is the increase in expenditure that comes with it. The new rule, however, does not fully ensure that the purchasing power of contributory pensions is maintained. Furthermore, the soaring cost of pensions has raised new doubts and opinions against the new pension revaluation approach.

Keywords

contributory pensions; maintenance of purchasing power; new update index

[1] Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto coordinado y financiado por MINECO, con referencia PID2021-124045NB-C31, titulado "El régimen jurídico del *transition law* y su impacto sobre los derechos laborales de los trabajadores en mares y océanos", dirigido por Olga Fotinopulos Basurko.

Fecha Recepción: 20/9/2022 - Fecha Revisión: 30/9/2022 - Fecha Aceptación: 01/10/2022
Pags. 65-82

1. INTRODUCCIÓN

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* modifica nuevamente el polémico artículo 58 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, así como el artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril. El objeto de dicha modificación es derogar el índice de revalorización y sustituirlo por una revalorización en base al "porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior". Este nuevo cambio en el precepto que regula la revalorización de pensiones contributivas sustituye al anterior Índice de Revalorización de Pensiones (IRP), que fue introducido en la normativa por la Ley 23/2013[2] y vuelve a recurrir al IPC como referencia para dicha revalorización, pero no a la misma forma de medir dicho IPC que se utilizaba anteriormente, sino a una nueva forma de medir dicho índice; por lo tanto, volver a utilizar el IPC como referencia para llevar a cabo la revalorización de pensiones no ha significado volver a la norma en vigor hasta el año 2013.

La exposición de motivos de dicha Ley 21/2021, de 28 de diciembre, sitúa dicha modificación en consonancia con la recomendación 2 del Pacto de Toledo, a propósito del cual, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó, con fecha de 19 de noviembre de 2020, el *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*, que por tercera vez desde su aprobación inicial en 1995, recoge un conjunto de recomendaciones que marcan las líneas de actuación para defender y mejorar el sistema público de pensiones en los próximos años[3]. Recordemos que esta nueva versión es adoptada en el contexto de la pandemia causada por el COVID-19.

Dicha exposición de motivos se refiere también al plan de recuperación NextGenerationEU surgido de las instituciones europeas para hacer frente a los desafíos planteados por la pandemia causada por el COVID-19. Se trata de un instrumento temporal concebido para impulsar la recuperación que contiene el mayor paquete de estímulo financiado por la Unión Europea, cuyo elemento central es el mecanismo de recuperación y resiliencia. Para poder recibir apoyo financiero de este mecanismo, España elaboró su *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.* Este plan se estructura en torno a diez políticas palanca que a su vez integran 30 componentes, el último de los cuales se dedica a la "Sostenibilidad del sistema público de pensiones". Así, pues, dentro del plan presentado a la Unión Europea el gobierno de España se compromete a llevar a cabo ciertas reformas en su sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo. Esta reforma tiene como retos "asegurar la sostenibilidad financiera del sistema en el corto, medio y largo plazo, mantener el poder adquisitivo, preservando su adecuación y suficiencia en la protección frente a la pobreza, y garantizando la equidad intergeneracional"[4].

Esta Ley 21/2021 aborda una parte del conjunto de modificaciones previstas para el sistema español de pensiones y la normativa de revalorización de pensiones es, a su vez, parte de todo un conjunto de medidas del que caben destacar, entre otras, las reformas en materia de jubilación, que persiguen promover la jubilación a edades más próximas a la edad de jubilación y favorecer carreras de cotización más largas. Asimismo, en materia de medidas para preservar el equilibrio y la equidad entre generaciones, se deroga el factor de sostenibilidad y se sustituye por un nuevo mecanismo

[2] Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización de Pensiones de la Seguridad Social.

[3] Dicho texto fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 10 de noviembre de 2020.

[4] Gobierno de España: "Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia", Componente 30: Sostenibilidad del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo. https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-30-sostenibilidad-largo-plazo-del-sistema-publico-de-pensiones-en-marco-del-pacto-de-toledo, última consulta el 26 de julio de 2022.

de equidad intergeneracional. De esta manera, este primer bloque de reformas combina medidas dirigidas a contener el gasto en pensiones junto con medidas que van a suponer un aumento del gasto. En este trabajo nos vamos a centrar en lo que significa la nueva norma de revalorización establecida.

2. LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La revalorización de pensiones tiene su fundamento en los artículos 41 y 50 de la CE. El primero de ellos hace referencia a la suficiencia de las prestaciones que ha de garantizar la Seguridad Social, mientras que el segundo afirma que "los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad…". La cualidad de suficientes y adecuadas que recogen dichos artículos implica necesariamente la actualización de las pensiones de la ciudadanía durante la tercera edad, ya que mayoritariamente las pensiones constituyen la principal, si no la única fuente de ingresos de esas personas. De esa manera se garantiza que con el transcurso del tiempo las personas pensionistas no vean disminuida su capacidad adquisitiva.

El concepto de suficiencia que incorpora el artículo 41 CE lleva implícita una necesaria actualización de la cuantía de las pensiones, ya que no puede considerarse que solo con una cuantía inicial suficiente quede cumplido dicho requisito, de tal forma que la garantía de suficiencia de las prestaciones no se vería cumplida si su cuantía fuera inmodificable a lo largo del tiempo[5], por lo que la institución de la revalorización se relaciona con la exigencia constitucional de suficiencia. Más allá de la referencia explícita que el artículo 50 CE realiza en el caso de las pensiones de jubilación[6], puede deducirse que la actualización de las pensiones puede anidar en este precepto constitucional[7].

En cuanto al artículo 50 CE, su texto determina que los poderes públicos deben garantizar que las pensiones de los ciudadanos de la tercera edad sean adecuadas y, *periódicamente actualizadas* para así garantizar su suficiencia económica, de tal forma que dicha actualización periódica tiene como objetivo garantizar la suficiencia de las pensiones durante la tercera edad. La doctrina ha afirmado sobre este artículo que consagra la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar la suficiencia económica de las pensiones y establece una consideración dinámica del poder adquisitivo de los ciudadanos de la tercera edad, a la vez que obliga a mantener una cierta intensidad de la protección, que debe permitir a estos pensionistas mantener una vida digna[8]. De este modo, la revalorización de pensiones es una exigencia del artículo 50 CE[9].

Sin embargo, ambos preceptos se sitúan entre los principios rectores de la política social y económica y utilizan conceptos jurídicos indeterminados como lo son la suficiencia y la adecuación. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha tendido a reconocer un amplio margen de discrecionalidad al poder legislativo y se ha mostrado reticente a ponerle límites como consecuencia de una interpretación más garantista de los artículos 41 y 50 CE.

---

[5] García Valverde, M.D.: "Revalorización e importes máximos y mínimos de pensiones", en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L; García Ninet, J.L., Dirs.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones,* Comares, Granada, 2004, p. 792.

[6] Olarte Encabo, S.: "Artículo 48. Revalorización", en VV.AA. (Martín Valverde, A.; García Murcia, J., Dirs.), *Ley General de la Seguridad Social. Comentada y con jurisprudencia,* La Ley, Madrid, 2009, p. 379.

[7] Herraiz Martín, M.S.: "Revalorización de la cuantía de la pensión de jubilación", en VV.AA. (López Cumbre, L. Coord.), *Tratado de jubilación,* 2007, Iustel, p. 453.

[8] Goñi Sein, J.L.: "Los mecanismos de protección social de las personas de la tercera edad. Comentario al artículo 50 CE a la luz de la doctrina constitucional", en VV.AA. (Casas Baamonde, M.E., Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., Dirs.), *Comentario a la Constitución española,* Fundación WoltersKluwer, Madrid, 2008, p. 1126.

[9] López Gandía, J.: "Artículo 48. Revalorización", en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N., Dirs.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social,* Comares, Granada, 1999, p. 566.

3. LA ANTERIOR NORMA DE REVALORIZACIÓN DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS INTRODUCIDA POR LA LEY 23/2013

La Ley 23/2013 reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social estableció una nueva referencia para revalorizar las pensiones contributivas en España. Este nuevo régimen de revalorización de pensiones supuso un cambio radical respecto del anterior, -que garantizaba el poder adquisitivo de las mismas al actualizar su valor en función de la evolución del IPC. Este nuevo sistema de revalorización dejaba a un lado el objetivo de garantizar la compensación del encarecimiento de los precios y tenía como objetivo contener el gasto público en pensiones basándose en el argumento de la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social. Con esta nueva orientación dada al régimen de revalorización de pensiones se perdió su sentido como factor de seguridad para pasar a convertirse, precisamente en lo contrario: un factor de inseguridad para las personas pensionistas.

De acuerdo con dicha norma, las pensiones se incrementarían al comienzo de cada año según el índice que estableciera la Ley de Presupuestos Generales del Estado correspondiente. Para calcular ese índice se tenían en cuenta: la media de la tasa de variación de los ingresos del sistema de Seguridad Social; la media de la tasa de variación del número de pensiones contributivas del sistema; la media del efecto sustitución, definido como la variación interanual de la pensión media del sistema; a media del importe de los ingresos del sistema de la Seguridad Social; y la media del importe de los gastos del sistema de Seguridad Social.

La propia norma estableció también que el resultado obtenido no podría dar lugar a un incremento anual de las pensiones inferior al 0,25 por ciento ni superior a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumo en el periodo anual anterior más el 0,50 por ciento.

Dicho precepto suponía en la práctica una revalorización anual del 0,25 por ciento lo cual sometía a las pensiones a un régimen de cuasi-congelación. La dureza de esa norma dio lugar a numerosas críticas y no se aplicó más que durante cuatro años (varios de ellos con inflación negativa), ya que a partir del quinto su aplicación fue suspendida año tras año. Desde la doctrina se formuló la necesidad de volver al anterior criterio de revalorización, o, al menos, acercarse al criterio de revalorización mediante el IPC, dado el riesgo real que suponía para los pensionistas de perder poder adquisitivo de forma grave, a los pocos años del inicio de sus pensiones, en especial las pensiones más reducidas en su importe[10].

4. LA LEY 21/2021 Y EL NUEVO ARTÍCULO 58 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

4.1. Un cambio de norma sobre revalorización de pensiones contributivas ya anunciado y precedido de acuerdos políticos y sociales

El importante cambio llevado a cabo en la Ley General de la Seguridad Social y en la Ley de Clases Pasivas del Estado en cuanto a la normativa de revalorización de las pensiones contributivas por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, venía siendo ya anunciado desde años atrás en el plano político. Junto con ello, hay que mencionar que las revalorizaciones de pensiones llevadas a cabo durante los años anteriores al 2022 habían suspendido la aplicación de dichas normas y se habían llevado a cabo en relación con la evolución prevista del Índice de Precios al Consumo, si bien, una

[10] Fernández Orrico, F.J.: *Sostenibilidad y suficiencia en la pensión de jubilación: Un dúo difícil de conciliar. Perspectiva de la situación en España y en la Unión Europea,* Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 457. Este autor propone, además, que la revalorización debería ser mayor para las pensiones más modestas y que podría llevarse a cabo mediante incrementos aplicados de forma progresiva por tramos, de manera que quienes perciban pensiones mínimas, se les incremente la pensión con el IPC, y en los siguientes tramos hasta llegar a la pensión máxima vaya disminuyendo el porcentaje, hasta llegar al porcentaje establecido.

vez comprobada la desviación entre el índice previsto y el realmente constatado se había comenzado ya a utilizar el valor medio de las tasas de variación interanual del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior, como la referencia concreta de dicho índice con la que llevar a cabo la actualización de la cuantía de las pensiones. De tal forma que esta nueva forma de medir la evolución del Índice de Precios al Consumo utilizada en el nuevo artículo 58 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y en el artículo 27 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, no es del todo nueva en materia de revalorización de pensiones contributivas.

En diciembre de 2018 (estando vigente el Índice de Revalorización de pensiones), el entonces Secretario de Estado de Seguridad Social, Octavio Granado anunció que el Gobierno español había enviado una propuesta a los agentes sociales para que las pensiones se revisaran anualmente con un indicador ligado a una media del IPC interanual de los últimos doce meses. De acuerdo con dicha propuesta, esta nueva fórmula habría de sustituir oficialmente al Índice de Revalorización de Pensiones a partir de 2020, previa convalidación en las Cortes. En la citada propuesta, el IPC de referencia para revalorizar las pensiones no era el dato de un mes concreto (como anteriormente lo era el IPC interanual de noviembre), sino la media de los últimos doce meses (de noviembre del año corriente sobre diciembre del año anterior). En palabras del propio Granado la nueva fórmula de revalorización es la "más justa" como mecanismo "corrector" ante la desviación de los precios[11]. Dicha propuesta no se quedó en una mera medida proyectada hacia el futuro, sino que el mencionado índice (la media del IPC de los últimos doce meses) fue ya la referencia empleada para la actualización de las pensiones en el año 2019.

Esta intención por parte del Gobierno de España de modificar la normativa de la Ley General de la Seguridad Social y de la Ley de Clases Pasivas del Estado fue recogida expresamente por el *Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo* que reguló la revalorización de pensiones y otras prestaciones públicas en el año 2019. Dicho Real Decreto-Ley expresó en su exposición de motivos que el precepto contenido en los artículos 58 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado había sido "ampliamente cuestionado en el marco del diálogo social y entre los grupos parlamentarios en el seno del Pacto de Toledo, hasta el punto de que no había sido aplicado en los ejercicios 2018 y 2019 con el fin de evitar una revalorización que habría supuesto una pérdida de poder adquisitivo para los pensionistas". El mencionado Real Decreto-Ley establecía que el Gobierno tomaría las medidas necesarias para modificar el artículo 58 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y el artículo 27 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado de cara a adoptar, en el marco del diálogo social y, de acuerdo con las recomendaciones de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, un mecanismo de revalorización de las pensiones que garantizara el mantenimiento de su poder adquisitivo y, a la vez, preservara la sostenibilidad social y financiera del sistema de Seguridad Social[12].

Por su parte, la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo tras año y medio de trabajo, en septiembre de 2018, logró alcanzar un preacuerdo para renovar las recomendaciones para una futura reforma de pensiones, en el que se plasmaba de forma genérica, que las pensiones mantendrían su poder adquisitivo en base al "IPC real". Ello significaba un cambio

[11] Ello es así ya que la media de los últimos doce meses y el IPC de noviembre suelen coincidir, "salvo en años en los que en octubre o noviembre se produce una errática subida o bajada de los precios"; "esta medida sirve para amortiguar los excesos que se puedan producir utilizando un único indicador mensual": "Las pensiones se revisarán cada año con un índice ligado a la media del IPC interanual de los últimos 12 meses", *Carta tributaria. Revista de opinión,* nº 47, 2019.

[12] Disposición Adicional primera apartado 2 del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

de posición en la citada comisión, que en su informe anterior consideraba "conveniente estudiar (para su posterior análisis y valoración por la Comisión) la posibilidad de utilizar otros índices de revalorización basados, entre otros, en el crecimiento de los salarios, la evolución de la economía, o el comportamiento de las cotizaciones a la seguridad social, siendo recomendable que se tengan en cuenta los efectos que dichos índices han tenido sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones en los países de nuestro entorno"[13]. Dicha recomendación ponía la sostenibilidad del sistema como el eje sobre el que debía girar la revalorización de pensiones y, así, dejaba abierta la puerta para adoptar mecanismos como el Índice de Revalorización de Pensiones.

El preacuerdo de 2018 volvía a tomar como referencia el IPC, sin aclarar si esta sería la única referencia sobre la cual se llevaría a cabo la revalorización, ni cuál de las posibles formas de medir el IPC iba a ser utilizada. En cualquier caso, en enero de 2019 dicho preacuerdo se frustró como consecuencia de la decisión de algunos partidos políticos de abandonar las negociaciones en el seno de dicha comisión[14].

Así, no fue hasta el 27 de octubre de 2020 cuando la Comisión permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo aprobó un nuevo informe en su seno[15]. Posteriormente, con fecha de 19 de noviembre de 2020, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó el nuevo Informe de Evaluación y reforma del Pacto de Toledo con sus nuevas recomendaciones. La recomendación segunda de dicho Informe es la que se ocupa del *Mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones.* De acuerdo con el nuevo texto de esta recomendación, "la revalorización anual de las pensiones en base al IPC real se presenta como el mecanismo que ha de servir para conservar el poder adquisitivo de las pensiones". Junto con la adopción de dicho criterio, reconoció también que el mecanismo de revalorización de pensiones vigente en el momento de aprobar esta nueva recomendación no gozaba del suficiente consenso político y social, siendo a su entender esencial recuperar el consenso respecto de dicha recomendación 2 con el objeto de generar confianza en la ciudadanía.

De esta manera, la nueva recomendación referida al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones presenta un importante giro respecto de la redacción que contenía el Informe anterior y que sirvió de base para la adopción del Índice de Revalorización de Pensiones como mecanismo para llevar a cabo su actualización. La nueva redacción de dicha recomendación número 2 ha sido calificada por la doctrina de "reversión del tratamiento de la revalorización de las pensiones en la reforma regresiva de 2013"[16] y omite referencia alguna a *la posibilidad de utilizar otros índices de revalorización basados, entre otros, en el crecimiento de los salarios, la evolución de la economía o el comportamiento de las cotizaciones a la seguridad social*, para proponer que la revalorización anual de pensiones se lleve a cabo en base al IPC *real … como mecanismo que ha de servir para conservar el poder adquisitivo de las pensiones.*

Esta calificación de "real" referida al IPC debe entenderse como un IPC ya constatado, es decir, que ya no se trataría de una previsión o estimación del IPC de cara a futuro sino de un IPC ya cuantificado, medido y constatado. Sin embargo, conviene aclarar que dicha calificación como "real" no se está refiriendo a ninguna forma concreta de medir el IPC de las que pueden utilizarse; ya que como es conocido existen y se emplean diversas formas de hacerlo que llevan a resultados

[13] Recomendación 2 sobre Mantenimiento de poder adquisitivo y mejora de las pensiones, del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 6 de junio de 2011.

[14] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* nº 25, 2020, p. 14.

[15] Dicha aprobación se encuentra publicada en el Diario de sesiones del Congreso de los Diputados de 27 de octubre de 2020.

[16] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", citado, p. 17.

distintos dependiendo del método empleado. Por tanto, dicha referencia al IPC real no lo es a una forma concreta de medir el IPC sino una referencia genérica a un índice de precios al consumo ya constatado, que puede medirse de formas diversas, y, por tanto, puede cuantificarse en cifras diversas.

A la aprobación por parte del Pleno del Congreso de los Diputados del nuevo Informe de Evaluación y reforma del Pacto de Toledo con sus nuevas recomendaciones, hay que añadir el acuerdo social alcanzado también en la materia a la que nos estamos refiriendo. Así, con fecha de 1 de julio de 2021, el gobierno español y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el Estado (CCOO, UGT, CEOE y CEPYME) firmaron un acuerdo que contenía todo un conjunto de medidas de reforma en materia de seguridad social[17]. Dichas reformas se dividían en siete bloques[18] que abarcan al conjunto de medidas que el Gobierno español proyectaba comenzar a modificar en fechas próximas.

4.2. Las revalorizaciones de pensiones contributivas para los años 2019, 2020 y 2021

El *Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo* que reguló la revalorización de pensiones y otras prestaciones públicas en el año 2019 explicaba en su exposición de motivos que abordaba, como cuestión urgente y prioritaria, la revalorización de pensiones y otras prestaciones públicas en el año 2019. Este Real Decreto-Ley volvió a suspender la aplicación del artículo 58 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y del artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado con la finalidad de mantener el poder adquisitivo de las pensiones, fin este que, en sus palabras, justificaba una medida de extraordinaria y urgente necesidad que debía ser adoptada sin esperar a la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2019. De esta forma se eludió nuevamente el incremento de las pensiones en un 0,25%, -que de otra manera habría correspondido aplicar y que habría traído consigo un perjuicio para la capacidad adquisitiva de las personas pensionistas. El Real Decreto-Ley 28/2018 determinó en su artículo 1 que para el año 2019 las pensiones se incrementarían de acuerdo con el Índice de Precios al Consumo previsto para dicho año, previsión esta que se concretó en el 1,6 por ciento; a ello añadía que este incremento se aplicaría sobre el importe que habrían tenido las pensiones en 2018 "si se hubieran revalorizado en el mismo porcentaje que el valor medio de la variación porcentual interanual del Índice de Precios al Consumo de cada uno de los meses desde diciembre de 2017 hasta noviembre de 2018, expresado con un decimal". Puesto que el incremento del valor medio de la variación porcentual interanual del IPC en dichos meses fue del 1,7 por ciento, es sobre el importe resultante de aplicar ese porcentaje sobre el que se habría de llevar a cabo la revalorización para 2019. Dicho 1,7 por ciento constatado en el valor medio de la variación interanual del IPC supuso un incremento de un 0,1 por ciento en la cuantía de las pensiones para el año 2019, con carácter general. Supuso, además, la utilización de esta forma concreta de cuantificar el IPC que toma como referencia el valor medio de su variación porcentual interanual de cada uno de los meses desde diciembre de 2017 hasta noviembre de 2018 y no el IPC total acumulado en dicho periodo. Por tanto, dicha media del IPC empezó a emplearse ya

[17] Se trata del acuerdo denominado "Acuerdo social sobre el primer bloque de medidas para el equilibrio del sistema, el refuerzo de su sostenibilidad y la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas en cumplimiento del Pacto de Toledo y del Plan de recuperación, transformación y resiliencia", https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Documents/2021/070721-acuerdo_pensiones.pdf, última consulta 19 de julio de 2022.

[18] Se trataba de los siguientes apartados: I Nueva fórmula de revalorización para el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones; II Medidas para favorecer el acercamiento voluntario de la edad efectiva con la edad legal de jubilación; III Fortalecimiento de la estructura de ingresos del sistema: culminación del principio de separación de fuentes; IV Nuevo sistema de cotización por ingresos reales y mejora de la protección social en el régimen especial de trabajadores autónomos; V Medidas para preservar el equilibrio y la equidad intergeneracional; VI Otras medidas de mejora de la gestión y de la calidad de la acción protectora; VII Integración de textos normativos como anexo de este acuerdo.

en el año 2019 como referencia para la actualización de las pensiones públicas, aunque considero que dicho cambió pasó desapercibido con carácter general.

En cuanto a la revalorización de pensiones para el año 2020, el *Real Decreto-Ley 18/2019, de 27 de diciembre, por el que se adoptan determinadas medidas en materia tributaria, catastral y de seguridad social* vino a establecer ciertas medidas que se justificaban por las circunstancias concretas en las que en ese momento se hallaba el Gobierno español, ya que a finales de dicho año el mencionado Gobierno se encontraba en funciones. En esta coyuntura, el citado Real Decreto-Ley determinó nuevamente la suspensión de la aplicación de los artículos 58 del texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y del artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, pero en este caso con el objeto de mantener las cuantías de las pensiones en el mismo importe que tuvieron en el año 2019[19]. La norma explicaba en su exposición de motivos las causas por las que no se procedió siquiera al incremento del 0,25% que hubiese correspondido conforme a la normativa vigente en aquel momento[20] y determinó aplazar la revalorización de las pensiones para el año 2020 hasta el momento en que el Gobierno se hallase en pleno uso de su capacidad propositiva y normativa. En cualquier caso, la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 18/2019 explicitaba la intención del Gobierno de cumplir con el compromiso que en su momento adquirió y comunicó a la Comisión Europea[21] de mantener el poder adquisitivo de las personas pensionistas con una actualización de las pensiones del 0,9 por ciento desde el 1 de enero de 2020[22]. Del mismo modo, la exposición de motivos de la norma a la que nos estamos refiriendo explicitaba que las pensiones ganaron poder adquisitivo en el año 2019, -dado que la variación media del Índice de Precios al Consumo a lo largo del año iba a resultar inferior al incremento que las pensiones experimentaron en dicho año. Ello significaba que no era precisa ninguna cláusula dirigida al mantenimiento del poder adquisitivo del importe de las pensiones del año 2019 como la que recogía el *Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo* y a la que nos hemos referido ya para el importe de las pensiones del año 2018.

La norma que revalorizó las pensiones para el año 2020 no tardó en ser promulgada nuevamente como Real Decreto-Ley tras la constitución del nuevo Gobierno en España. Con fecha de 15 de enero de 2020, el BOE publicó el *Real Decreto-Ley 1/2020, de 14 de enero por el que se establece la revalorización y mantenimiento de las pensiones y prestaciones públicas del sistema de Seguridad Social*[23]. En consonancia con lo prescrito por el Real Decreto-Ley 18/2019, de 27 de diciembre, se suspendió una vez más la aplicación del artículo 58 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y del artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado[24]. Se

[19] Artículo 7.1 apartados a) y b) del Real Decreto-Ley 18/2019, de 27 de diciembre.

[20] Según la exposición de motivos del *Real Decreto-Ley 18/2019, de 27 de diciembre, por el que se adoptan determinadas medidas en materia tributaria, catastral y de seguridad social,* en su apartado III, "la subida mínima del 0,25 por ciento …. obligaría a duplicar la realización de un aplicativo informático concreto, así como el envío de comunicaciones a los beneficiarios, con el consiguiente incremento de costes y la disminución de la eficacia del sistema. Y finalmente, el equilibrio financiero de la seguridad social exigiría que la revalorización viniera acompañada de otras medidas dirigidas a reforzar los ingresos del sistema que en este momento no pueden adoptarse al ir más allá del despacho ordinario de los asuntos públicos que en este momento limitan la gestión del Gobierno".

[21] El Plan Presupuestario 2020 del Reino de España de fecha de 15-10-2019 expresaba en su página 28 que en lo que respecta a la revalorización de pensiones "se ha supuesto que se realizaría en base al IPC de finales de año. Así, dada la evolución de los precios en la actualidad y las previsiones para este último trimestre del año, se estima que la revalorización de las pensiones podría alcanzar el 0,9%", de tal manera que "las previsiones fiscales incluidas en este plan presupuestario 2020 incluyen la revalorización de las pensiones en 2020 en función del IPC registrado a finales de año, que se estima en el entorno del 0,9%" (p. 29). https://www.hacienda.gob.es/CDI/EstrategiaPoliticaFiscal/2020/Plan_Presupuestario_2020.pdf

[22] El artículo 7.1 apartado c) del Real Decreto-Ley 18/2019, de 27 de diciembre, establece que "una vez aprobada la norma correspondiente, la revalorización de las pensiones y otras prestaciones públicas producirá efectos desde el 1 de enero de 2020".

[23] Real Decreto-Ley que fue convalidado por el Congreso de los Diputados en su sesión de 4 de febrero de 2020.

[24] Disposición adicional única del Real Decreto-Ley 1/2020, de 14 de enero.

estableció con carácter general una revalorización del 0,9 por ciento en las pensiones abonadas por el sistema de seguridad social[25], con efectos económicos desde el 1 de enero de 2020[26], aunque el citado Real Decreto-Ley no especificó en esta norma cuál fue el criterio en el que se basaba dicho incremento. Ese criterio, por el contrario, sí había sido especificado en el Plan Presupuestario 2020 del Reino de España de fecha de 15.10.2019, que se refería a la revalorización de pensiones en base al IPC de finales de año. Por tanto, se basaba en la evolución de los precios constatada hasta ese momento y en las previsiones para el último trimestre del año (2019) y no en las previsiones de la evolución del IPC para el año 2020. Así, la referencia para la revalorización de las pensiones de ese año se basó en el IPC del año anterior a aquel en el que se iba a aplicar dicha revalorización, sin que se especificase a qué meses concretos se correspondía dicha evolución del IPC ni la forma concreta de medirlo que iba a utilizarse. A esta revalorización de las pensiones, se añadió otra norma dedicada al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones para el hipotético caso de que el valor medio de los incrementos porcentuales interanuales del IPC de los meses de diciembre de 2019 a noviembre de 2020 fuera superior al 0,9 por ciento[27]. Para tal caso se estableció que los perceptores de pensiones del sistema de la Seguridad Social y de Clases Pasivas recibirían antes del 1 de abril de 2021 y en un único pago una cantidad equivalente a la diferencia entre la pensión percibida en 2020 y la que hubiese correspondido en el caso de haber aplicado dicho valor medio de los incrementos porcentuales de los meses citados. De esta manera, la revalorización tomó para el año 2020 como referencia el IPC del año 2019 a la vez que estableció una garantía de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones para el año 2020 basada en el valor medio de la evolución IPC de diciembre de 2019 a noviembre de 2020.

4.3. La nueva norma sobre revalorización de pensiones contributivas en la Ley General de la Seguridad Social y en el régimen de Clases Pasivas del Estado

Como se ha dicho ya, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, modifica el artículo 58 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y el artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado y viene a derogar el Índice de Revalorización introducido por la Ley 23/2013, que se encontraba en vigor desde el día 27 de diciembre de 2013. Esta Ley 21/2021 es aprobada con fecha de 28 de diciembre de 2021, es decir, el mismo día que la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2022 y que, en consonancia con la Ley 21/2021, regula en el artículo 36 el *Criterio para la actualización de pensiones*[28]. Sin embargo, la Disposición Adicional cuadragésima quinta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2022 incurre en una manifiesta e incomprensible contradicción con la Ley 21/2021 al disponer la suspensión del artículo 58 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y del artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado[29].

[25] Artículo 1 del Real Decreto-Ley 1/2020, de 14 de enero.

[26] Disposición transitoria única del Real Decreto-Ley 1/2020, de 14 de enero.

[27] Artículo 2 del Real Decreto-Ley 1/2020, de 14 de enero.

[28] Dentro de su Título IV "De las pensiones públicas", en su Capítulo I dedicado a la "Actualización de pensiones", el artículo 36 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 establece que: "Las pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, así como las de Clases Pasivas del Estado, experimentarán en 2022 con carácter general un incremento porcentual igual al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre de 2021, en los términos que se indican en los artículos correspondientes de esta ley".

[29] La disposición adicional cuadragésima quinta de la LPGE para 2022 tiene como título *Suspensión del artículo 58 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y del artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril* dispone que "En 2022 la actualización de las pensiones se realizará de acuerdo con lo establecido en el título IV y disposiciones concordantes de esta ley, no siendo de aplicación los dispuesto en los artículos 58 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado".

Esta "inexplicable" falta de conexión entre la ley 21/2022 y la disposición adicional cuadragésima quinta de la ley 22/2022 tiene su origen en la tramitación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2022, cuando los citados artículos 58 de la LGSS y 27 de la LCPE aún no habían sido modificados; cuando en un momento posterior fueron reformados por la Ley 21/2021, ello no fue incorporado a la tramitación de la LPGE 2022[30]. Más inexplicable resulta aún que el *Real Decreto 65/2022, de 25 de enero, sobre actualización de las pensiones del sistema de Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2022*, reitere en su preámbulo la suspensión de la aplicación de ambos artículos tomando como base la citada disposición adicional cuadragésima quinta de la Ley 22/2021, de Presupuestos Generales del Estado para 2022[31].

El tenor literal del nuevo artículo 58 de la Ley General de la Seguridad Social establece:

> *"Artículo 58. Revalorización y garantía de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.*
> *Las pensiones contributivas de la Seguridad Social mantendrán su poder adquisitivo en los términos previstos en esta ley.*
> *A estos efectos, las pensiones de Seguridad Social, en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, se revalorizarán al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior.*
> *Si el valor medio al que se refiere el apartado anterior fuera negativo, el importe de las pensiones no variará al comienzo del año.*
> *El importe de la revalorización anual de las pensiones de la Seguridad Social no podrá determinar para estas, una vez revalorizadas, un valor íntegro anual superior a la cuantía establecida en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, sumado, en su caso, al importe anual íntegro ya revalorizado de las otras pensiones públicas percibidas por su titular."*

La nueva redacción de la norma afecta a todos sus apartados excepto el último (que pasa del anterior apartado 7 al actual apartado 4), incluyendo el título del mismo, que pasa de llamarse "Revalorización" a incluir en dicho título el objetivo perseguido por su nueva formulación, que no es otro que la "garantía de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones". Esta finalidad es reiterada en el apartado primero del artículo 58, de acuerdo con el cual, las pensiones contributivas de la Seguridad Social mantendrán su poder adquisitivo de acuerdo con lo previsto en la Ley General de la Seguridad Social.

Es el segundo apartado el que establece el nuevo criterio conforme al que se actualizarán las pensiones contributivas desde enero de 2022, el cual viene a sustituir al complejo índice de revalorización vigente hasta ese momento. La nueva referencia para la actualización de pensiones de los preceptos modificados vuelve a ser la evolución de los precios medida conforme al Índice de Precios al Consumo.

Sin embargo, existe una importante novedad en este Índice de Precios al Consumo con el que se va a llevar a cabo la actualización de las pensiones a partir del 1 de enero de 2022, ya que no se trata de una previsión del incremento de los precios, sino de un IPC real, es decir, una evolución de los

[30] Tortuero Plaza, J.L.: "Retos y reformas en materia de pensiones", *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* CEF, nº 467, 2022, p. 207.

[31] Párrafo 3 del Preámbulo del Real Decreto 65/2022: "Asimismo, queda suspendida la aplicación de los dispuesto en el artículo 58 de texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y en el artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, de conformidad con la disposición adicional cuadragésima quinta de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre".

precios ya ocurrida, constatada y medida. Ya no se toma en consideración la evolución de los precios que se espera, sino la evolución de los precios ya sucedida; ya no se mira a lo que sucederá con la evolución de los precios en un futuro próximo sino a lo ya ha sucedido.

Además, el IPC que establece la nueva norma no es el que precedía al Índice de Revalorización de las pensiones en la normativa de seguridad social. Y no nos referimos solo al hecho de tomar en consideración la inflación prevista o la ya pasada sino a la forma concreta en que se va a medir la evolución de los precios. Puesto que el Índice de Precios al Consumo no es un valor único, es decir, no hay una única forma de medirlo, el legislador opta por una de las posibles formas de medición que existen; y lo hace por una de las formas de medición apenas conocida, que es el valor medio de las tasas de variación interanual del IPC. Este valor medio no es el IPC general acumulado, que es el valor más comúnmente utilizado, el que el Instituto Nacional de Estadística hace público mensualmente[32] y el cual suelen difundir los medios de comunicación, es decir, el que es comúnmente conocido como IPC, sin más calificativos. Junto con este IPC general, el Instituto Nacional de Estadística también suele publicar en sus notas de prensa el dato correspondiente al Índice de Precios al Consumo armonizado (IPCA)[33], así como el dato de la inflación subyacente[34]. Sin embargo, dichas notas de prensa no suelen contener información respecto del valor medio de las tasas de variación del IPC, salvo alguna excepción como fue el caso de la nota de prensa publicada en enero de 2013 a propósito de la evolución del IPC en el año 2012. Por lo que, podríamos decir que se trata de un IPC casi desconocido que empieza a asomar a propósito de las revalorizaciones de pensiones de los últimos años[35]. Dicho IPC medio se obtiene de la media de las 12 tasas mensuales de inflación de los 12 meses naturales anteriores.

Junto a ello quiero subrayar que esta nueva referencia al valor medio de las tasas de variación interanual del IPC no ha venido acompañada en la norma de una explicación de por qué pasa a ser el nuevo índice de referencia para la actualización de las pensiones, ni de por qué se ha abandonado la actualización en base a la evolución prevista del IPC, con su consiguiente corrección en caso de desviaciones. De tal manera que esta cuestión constituye un interrogante que convendría explicar con el objeto de ofrecer seguridad a las personas pensionistas, en un contexto de tanta incertidumbre económica como la actual. Y más aún, si cabe, dado que en el primer año en el que se ha aplicado la nueva norma de actualización de pensiones (2022) se ha constatado una diferencia de tres puntos porcentuales entre la tasa media de la evolución del IPC (2,5%), y el IPC general acumulado (5,5%), medidas ambas en noviembre de 2021 respecto de los doce meses anteriores. De tal forma que los pensionistas han visto revalorizadas sus pensiones en un valor tres puntos porcentuales inferior al que hubiese resultado de aplicar el IPC general acumulado, diferencia ésta en absoluto desdeñable. No es de extrañar que colectivos de personas pensionistas hayan expresado su rechazo y malestar ante la revalorización de las pensiones que les ha sido aplicada a principios del año 2022[36].

---

[32] INE: *Notas de prensa,* de 13 de julio de 2022, referida a la evolución de los precios del mes de junio de 2022. De acuerdo con la misma: "La tasa anual del Índice de Precios al Consumo (IPC) general en el mes de junio es del 10,2%, un punto y medio por encima de la registrada en el mes anterior y la más alta desde abril de 1985". https://www.ine.es/daco/daco42/daco421/ipc0622.pdf

[33] De acuerdo con el concepto dado por el propio INE, el Índice de Precios de Consumo Armonizado (IPCA) es un indicador cuyo objetivo es proporcionar una medida común de la inflación que permita realizar comparaciones internacionales.

[34] De acuerdo con el propio INE, esta inflación subyacente cuantifica el índice general sin alimentos no elaborados ni productos energéticos.

[35] Así, me he referido ya a la propuesta que el Gobierno de España envió a los agentes sociales en el año 2018 para que las pensiones se revisaran anualmente con un indicador ligado a una media del IPC interanual de los últimos doce meses; a la revalorización de pensiones establecida para el año 2019, donde ya se utiliza la media del IPC como referencia para la actualización de pensiones, así como a la revalorización de pensiones para el año 2020 donde vuelve a utilizarse dicha referencia.

[36] Coordinadora estatal por la defensa del sistema público de pensiones: https://www.coespeweb.com/Documentos/Comunicados/129_La_inflacion_anual_es_superior_al_IPCMedio.pdf, última consulta, 18 de julio de 2022.

Probablemente dicha diferencia sea achacable al inusual incremento que los precios experimentaron a finales del año 2021, incremento este que se ha agravado en la primera mitad del año 2022, dada la inestabilidad surgida en el orden mundial y las consecuencias que ello ha tenido en distintos planos. Una muestra del desorbitado encarecimiento que los precios están experimentando, la encontramos en el dato de IPC del mes de junio de 2022 publicado por el INE que sitúa la tasa de variación anual en el 10,2% al que ya me he referido.

Las previsiones respecto de la evolución de la inflación que se han publicado desde instancias europeas también apuntan hacia tasas muy elevadas en el conjunto de la zona euro, donde se prevé que se alcanzará un nuevo record en el tercer cuatrimestre de 2022[37]. En el caso concreto de España, la Comisión Europea ha cifrado sus previsiones en un incremento del 8,1% del IPC armonizado[38]. También desde otras instancias se han realizado previsiones sobre la evolución del IPC que apuntan a cifras elevadas para el año 2022[39].

La instauración de este nuevo índice del valor medio de las tasas de variación del IPC es la que explica la introducción de la nueva disposición adicional trigésima novena en la Ley General de la Seguridad Social. Dicho nuevo precepto dispone lo siguiente:

> *"Disposición adicional trigésima novena. Seguimiento de la revalorización de las pensiones y garantía de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.*
> *Con el objetivo de preservar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y garantizar la suficiencia económica de los pensionistas, el Gobierno y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas realizarán, en el marco del diálogo social, una evaluación periódica, cada cinco años, de los efectos de la revalorización anual de la que se dará traslado a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo. En caso de que se observase alguna desviación, dicha evaluación incorporará una propuesta de actuación para preservar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones."*

El precepto arriba transcrito establece la obligación de realizar una evaluación periódica de los efectos de la nueva forma de revalorización de las pensiones contributivas. Esta evaluación periódica habrá de llevarse a cabo cada cinco años y los sujetos competentes para ello serán el Gobierno español y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, en el marco del diálogo social. El resultado de dicha evaluación periódica se hará llegar a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo.

En cuanto al objetivo concreto de esta evaluación, el mencionado precepto dice que, en caso de observarse alguna desviación, la evaluación llevada a cabo por el Gobierno y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas incorporará una propuesta de actuación para preservar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones. Aunque esta norma no precisa cuál es el parámetro respecto del que pueden constatarse desviaciones, debemos entender que se trata del IPC acumulado general. De forma indirecta, este precepto está reconociendo que el nuevo índice de revalorización de las pensiones contributivas no garantiza que las personas pensionistas preserven el mantenimiento del poder adquisitivo con sus pensiones, es por ello que es necesaria la mencionada evaluación periódica, que podría dar lugar a propuestas de actuación para preservar que las pensiones mantengan su capacidad adquisitiva. Pero, sin embargo, la norma no establece la obligación de compensar las diferencias que se constaten en los registros del IPC medio y el IPC acumulado.

[37] Comisión Europea: "European Economic Forecast- Summer 2022", https://economy-finance.ec.europa.eu/economic-forecast-and-surveys/economic-forecasts/summer-2022-economic-forecast-russias-war-worse

[38] Comisión Europea: "European Economic Forecast- Summer 2022", https://economy-finance.ec.europa.eu/economic-surveillance-eu-economies/spain/economic-forecast-spain_en

[39] FUNCAS ha situado la previsión del IPC total para el año 2022 en el 8,5 por cien en julio de este mismo año. https://www.funcas.es/textointegro/ipc-junio-2022-previsiones-hasta-diciembre-2023/ última consulta con fecha de 22 de julio de 2022.

Si bien las previsiones publicadas apuntan a un elevado incremento en la evolución de los precios en el año 2022, que se moderará en el año 2023, no es posible adelantar cuáles serán las cifras concretas ni qué diferencias se registrarán entre el valor medio de las tasas del IPC y el IPC acumulado, si bien sí podemos conocer lo que ha sucedido en los últimos años y cuáles han sido las diferencias constatadas en la evolución de los precios entre ambos indicadores.

Del apartado 2 del nuevo artículo 58, también merece destacarse la mención que hace del "importe de la pensión mínima", que se revalorizará con la misma referencia que el resto de las pensiones. Con ello, el legislador establece el mismo criterio de revalorización para todas las pensiones sin distinguir del resto el tratamiento que han de recibir las pensiones mínimas. Sin embargo, la ley 21/2021 dedica su Disposición final quinta a la *Suficiencia de las pensiones mínimas.* Este precepto establece para el Gobierno la obligación de abordar en el marco del diálogo social una revisión de los criterios para determinar "las cuantías de las pensiones mínimas con el fin de garantizar su suficiencia en cumplimiento del artículo 50 de la Constitución y del artículo 4 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea". Una vez realizada dicha revisión, el Gobierno deberá impulsar en el plazo máximo de un año, las modificaciones normativas necesarias para establecer las reglas que regulen la evolución de las pensiones mínimas. Las reglas que determinen dicha evolución habrán de tener en cuenta la evolución del salario mínimo interprofesional, y como no podía ser de otra manera, habrán de garantizar la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones[40].

Por su parte, el apartado tercero del nuevo artículo 58 de la LGSS establece que, si el valor medio del IPC aplicable a la revalorización de pensiones resultara negativo, el importe de las pensiones no variará a comienzo del año. Así, de acuerdo con la doctrina, se incorpora a la legislación de la seguridad social la garantía de la conservación de la cuantía de la pensión ya reconocida, en tanto principio de irregresividad en la protección social[41]. De esta manera, la norma evita que posibles evoluciones negativas en el IPC, como las constatadas en los últimos años puedan llevar a una disminución en la cuantía nominativa de las pensiones. Este precepto no se recogía en el anterior artículo 58 LGSS regulado por la Ley 23/2013, ya que la configuración de este precepto garantizaba, al menos, un incremento mínimo de 0,25 por ciento en las pensiones, lo cual, impedía una disminución de la cuantía nominativa de las pensiones.

Por último, el apartado cuarto del artículo 58 LGSS se refiere al tope máximo en la cuantía de las pensiones, que no solo limita su cuantía inicial (Artículo 57 LGSS sobre limitación de la cuantía inicial de las pensiones), sino también la cuantía de la revalorización tanto en el caso de las pensiones concurrentes como de las no concurrentes, en la cantidad que regule anualmente la correspondiente ley de presupuestos generales del Estado[42]. Este precepto no supone ningún cambio respecto de la normativa anterior, sino que reproduce literalmente el artículo 58.7 LGSS que ha estado vigente hasta el momento en que entró en vigor la Ley 21/2021.

Si bien hasta ahora nos hemos referido al artículo 58 LGSS, la ley 21/2021 también modifica el artículo 27 de la Ley de Clases Pasivas del Estado[43] en el mismo sentido que hemos visto ya para el artículo 58 LGSS ya mencionado. Es decir: el primer número hace referencia expresa al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones de clases pasivas; el segundo número establece

[40] Disposición final quinta de la ley 21/2021, en su apartado segundo.

[41] Ramos Quintana, M.I.: "Reforma de la Seguridad Social y digitalización", en VV.AA., *Digitalización, recuperación y reformas laborales*, XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Colección Informes y Estudios, nº 62, 2022, p. 130.

[42] La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2022 establece este límite en 39.468,52€ en cuantía anual y en 2.819,18€ en cuantía mensual (abonados en 14 pagas).

[43] Reproducimos aquí el nuevo texto del artículo 27 en los párrafos referidos a la revalorización de las pensiones. Es decir, en sus tres primeros apartados y omitimos el 4 y 5: "Artículo 27. Revalorización de pensiones, complementos económicos y limitaciones en el crecimiento de las mismas.
Las pensiones de clases pasivas, incluido el importe de la pensión mínima, y los haberes reguladores aplicables para la determinación de la cuantía de las mismas mantendrán su poder adquisitivo en los términos previstos por esta ley.

que la revalorización de las pensiones de clases pasivas, incluido el importe de la pensión mínima, se llevará a cabo a comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual del IPC de los doce meses previos a diciembre del año anterior, y el tercer apartado prescribe que si el valor medio de dicho IPC fuera negativo, el importe de las pensiones no variará al comienzo del año. Los otros dos apartados del artículo referidos a pensiones mínimas y a la cuantía máxima de las pensiones mantienen su anterior contenido aunque cambia su numeración dentro del artículo.

4.4. La revalorización de pensiones para el año 2022

Tras la aprobación de la Ley 21/2021 y la Ley 22/2021 de Presupuestos Generales del Estado para 2022, el Real Decreto 65/2022, de 25 de enero regula la *actualización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2022.*

En lo que se refiere a las pensiones del sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva, dicho Real Decreto determina que las pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 2022 y no concurrentes con otras se actualizarán en un 2,5 por ciento, igual al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los meses desde diciembre de 2020 hasta noviembre de 2021 (artículo 3.1)[44]. Esa actualización se aplicará sobre el importe mensual que tuviese cada pensión el 31 de diciembre de 2021, una vez aplicada la desviación del IPC, excluidos los complementos por mínimos, el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y salud, y otras percepciones ligadas el extinguido seguro obligatorio de vejez e invalidez (SOVI) (artículo 4).

Por su parte, la actualización de las pensiones no contributivas de vejez e invalidez, en su modalidad no contributiva, se incrementarán en el 3 por ciento respecto de la cuantía determinada para 2021, es decir, medio punto por encima del incremento de las pensiones contributivas[45]. Este pequeño incremento por encima del resto de pensiones se explica por la reducidísima cuantía del importe de las mismas. En lo referido a estas pensiones, quiero mencionar, siquiera, otra novedad añadida en la cuantía de las mismas, ya que el *Real Decreto-Ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma*, en su artículo 1[46] apartado Doce estableció un incremento extraordinario de las pensiones de jubilación e invalidez no contributivas del 15 por ciento desde el 1 de julio de 2022 hasta el 31 de diciembre de 2022. Ese mismo Real Decreto estableció también un incremento de la misma cuantía para la prestación de ingreso mínimo vital, a la que no nos vamos a referir en este trabajo.

A estos efectos, las pensiones de clases pasivas, incluido el importe de la pensión mínima, se revalorizarán al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior.
Si el valor medio al que se refiere el apartado anterior fuera negativo, el importe de las pensiones no variará al comienzo del año…"

[44] Disposición conforme al artículo 40. Uno de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2022 que establece que: "Las pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, así como las pensiones de Clases Pasivas del Estado, experimentarán en el año 2022 un incremento porcentual igual al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre de 2021…"

[45] Disposición conforme al artículo 45. Uno de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2022. Así, la nueva cuantía anual de estas pensiones quedaría en 5.899,6 €.

[46] Este artículo 1 modifica 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.

Sin embargo, también queremos apuntar que este incremento del 3 por cien también había sido previsto por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para las pensiones mínimas en su Informe Económico-Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social del año 2022[47], pero finalmente no llegó a plasmarse en la normativa de actualización de pensiones, de tal forma que las pensiones mínimas se han actualizado en la misma cuantía que el resto de pensiones contributivas.

Por su parte, la disposición adicional primera del Real Decreto 65/2022 regula lo que denomina *Mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas en el ejercicio 2021*[48]. Esto es, la compensación a recibir por las personas pensionistas por motivo de la diferencia entre la pensión percibida en 2021 y la que les hubiese correspondido de haberse revalorizado en un porcentaje igual al valor medio del IPC constatado entre diciembre de 2020 y noviembre de 2021. Puesto que el valor medio del IPC constatado en dichos meses ha sido del 2,5 por ciento y las pensiones para 2021 se actualizaron en el 0,9 por ciento, la diferencia resultante es de un 1,6%. La cantidad resultante debía realizarse antes del 1 de abril del año 2022 y en un solo pago. Esta diferencia se abonará a las personas perceptoras de las pensiones que enumera el Real Decreto 65/2022[49].

La misma paga adicional se establece también para el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones de Clases Pasivas del Estado por el mismo motivo: la desviación entre el IPC previsto y el valor medio del IPC constatado entre diciembre de 2020 y noviembre de 2021.

De esta manera, resulta que la actualización del valor de las pensiones para el año 2021 y 2022 toman como referencia la misma cifra: el 2,5 por cien constatado en el valor medio del IPC entre 2020 y noviembre de 2021. En el año 2021, y con el artículo 58 LGSS y 27 LCPE suspendidos, para compensar la diferencia constatada entre la previsión realizada y el valor posteriormente medido y en 2022, con los artículos 58 LGSS y 27 LCPE modificados, que ya no toman como referencia las previsiones para el año en que se va a aplicar dicha revalorización sino la evolución de los precios ya sucedida y cuantificada.

5. CIRCUNSTANCIAS ADVERSAS PARA LA NUEVA NORMA DE REVALORIZACIÓN DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS

Ya antes de llevar a cabo la reforma en materia de revalorización de pensiones contributivas se expresaban opiniones contrarias a la actualización de las pensiones conforme al IPC. Dichas opiniones contrarias también se daban desde el ámbito académico, basadas fundamentalmente en el incremento de gastos que supone para los presupuestos de la Seguridad Social mantener el poder adquisitivo de las pensiones. Dicho incremento de gastos depende, naturalmente, de la evolución que experimenten los precios, pero se ha subrayado que el coste total de dicha medida vendría a ser muy superior a su

[47] Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: *Informe Económico-Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social de 2022*, pp. 240 y 243. https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/1dbab921-a626-43cb-84f2-8ecdeadce91a/20223SNT3.pdf?MOD=AJPERES Última consulta el 22 de julio de 2022.

[48] Y lo hace en desarrollo de la disposición adicional cuadragésima sexta de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 sobre mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y otras prestaciones sociales públicas del sistema de la Seguridad Social y de Clases Pasivas.

[49] Percibirán dicha diferencia: las personas pensionistas cuyas pensiones se hubieran causado con anterioridad al 1 de enero de 2021; las personas pensionistas cuyas pensiones se hubiesen causado en 2021 y estuviesen limitadas en su importe por la cuantía máxima de las pensiones; las pensiones mínimas; las pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez no concurrentes, así como concurrentes con pensiones de viudedad de alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social; las prestaciones de la Seguridad Social por hijo a cargo con 18 o más años de edad y un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100; el subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte; las personas pensionistas perceptoras durante 2021 de pensiones no contributivas de la Seguridad Social.

coste inmediato[50]. Así, la revalorización acumulada de pensiones representa, con datos hasta el 31 de agosto de 2021, el 16.9% de la nómina de pensiones, lo cual constituye un importante componente del crédito de pensiones[51].

El inusitado aumento de los precios de finales del año 2021 y comienzos del año 2022, derivado de las consecuencias económicas de la pandemia, ha generado dudas sobre si se mantendrá o no la revalorización de las pensiones contributivas conforme al valor medio del IPC a los pocos meses de la entrada en vigor de la nueva norma. Asimismo, desde la doctrina se han expresado más opiniones contrarias tanto hacia la nueva norma de revalorización como hacia la actualización de pensiones llevada a cabo para el año 2022. Se ha criticado que la nueva norma de revalorización no haya incorporado algún mecanismo de control que limite su crecimiento, al mismo tiempo que se ha juzgado como no equitativo la aplicación de un mismo porcentaje de revalorización para todas las pensiones contributivas: tanto las mínimas como las más elevadas[52].

El nuevo escenario surgido a partir de la invasión rusa de Ucrania en febrero de 2022 y, las consecuencias económicas que ello está teniendo en el conjunto de la economía, han dado lugar a nuevos cuestionamientos acerca del método de revalorización de las pensiones.

Así, se repiten las voces que, a pesar del fracaso en las negociaciones entre sindicatos y empleadores, proponen llevar a cabo un pacto de rentas en el que trabajadores y empresarios se comprometan a la moderación de salarios y beneficios, y que dicho pacto se extienda a pensionistas y empleados públicos. Entre éstas se encuentra Funcas y también el Banco de España, que a través de su gobernador ha planteado, también, limitar a las pensiones mínimas la revalorización conforme a la evolución de los precios[53].

Por otra parte, la organización empresarial CEOE también se ha manifestado a favor de incluir en el pacto de rentas las retribuciones de los empleados públicos, así como la forma de revalorizar las pensiones[54]. A esto ha añadido que la cuestión de la revalorización ha de ser tratada en el Pacto de Toledo, lo cual significa que uno de los sujetos firmantes del acuerdo social de 1 de julio de 2021, -que incluía garantizar el poder adquisitivo de las pensiones de acuerdo con la inflación media anual registrada en noviembre del ejercicio anterior, se está manifestando en contra de lo entonces firmado, poniendo en cuestión el acuerdo entonces alcanzado. Ello supone que los acuerdos alcanzados con anterioridad al primer bloque de reformas en materia de pensiones pierden una parte de sus apoyos.

De este modo, la situación económica actual y las dudas que se ciernen sobre su futuro han llevado a cuestionar desde ciertos ámbitos la recién estrenada norma sobre revalorización de pensiones contributivas.

---

[50] Entre otras opiniones De La Fuente, A.: "¿Cuánto cuesta actualizar las pensiones con la inflación?", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social,* nº 46, 2020, p. 143.

[51] Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: *Informe Económico-Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social de 2022*, p. 240. https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/1dbab921-a626-43cb-84f2-8ecdeadce91a/20223SNT3.pdf?MOD=AJPERES última consulta el 22 de julio de 2022.

[52] Tortuero Plaza, J.L: "Retos y reformas en materia de pensiones", *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* citado, pp. 208-211. Este autor considera que la nueva norma de revalorización añade al sistema de seguridad social una tensión innecesaria y que hubiera sido asumible y justificable no aplicar la paga compensatoria correspondiente a año 2021 (el 1,6 por ciento adicional). Además, el autor hace una propuesta *de lege ferenda* en la que plantea que el incremento de las pensiones con el IPC debería aplicarse a la pensión media del sistema y el resultado obtenido, una cantidad fija, constituiría el incremento igualitario para todas las pensiones del sistema.

[53] Así lo ha expresado el gobernador del Banco de España en la presentación del Informe anual del ejercicio 2021 https://theobjective.com/economia/2022-06-06/soluciones-banco-espana-perdida-riqueza/ Última consulta 23 de julio de 2022.
También desde FUNCAS se exige que las pensiones sean incluidas en dicho pacto de rentas https://blog.funcas.es/condiciones-para-un-pacto-de-rentas/ Última consulta 23 de julio de 2022.

[54] https://www.ceoe.es/es/ceoe-news/empresa/el-presidente-de-ceoe-reivindica-la-unidad-y-la-fuerza-del-mundo-empresarial-en última consulta 25 de julio de 2022.

6. CONCLUSIONES

La derogación formal del Índice de Revalorización de Pensiones sucedió a varios años en los que su aplicación había sido ya de hecho suspendida. De este modo, en los ocho años de vigencia de dicho precepto, solo fue aplicado en 4, durante los cuales tres tuvieron inflación negativa. La difícil sostenibilidad social de precepto, junto con la alarma que generó dieron lugar a un pobre balance en la aplicación de dicha norma que ignoraba el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones. Así, se ha puesto fin a la vigencia de una norma que tuvo muchos detractores, entre ellos un activo movimiento de personas pensionistas.

Si bien llevó meses llegar a un acuerdo, un nuevo acuerdo en el seno del pacto de Toledo, y un nuevo acuerdo social abrieron la puerta para volver a modificar la norma de revalorización y para volver a utilizar el IPC como referencia para actualizar el valor de las pensiones y así garantizar que se mantenga el poder adquisitivo de las personas pensionistas.

A pesar de que el actual índice de revalorización de las pensiones ha vuelto a ser el IPC, no es el IPC acumulado total de los doce meses anteriores a diciembre de cada año sino un IPC medio, cifras ambas que no tienen por qué coincidir y que pueden diferir en distinta medida. Para el año 2022 la distancia entre ambas formas de medir el IPC ha sido de tres puntos, lo cual no es una diferencia desdeñable en materia de revalorización de pensiones. Tanto para las cuentas de la seguridad social como para las cuentas de las personas pensionistas.

En nuestra opinión, el legislador no ha explicitado suficientemente este cambio en la referencia del IPC en que se va a basar la revalorización de pensiones, ni cuáles son los motivos de dicho cambio ni los objetivos que persigue. También convendría una explicación de qué es exactamente ese valor medio del IPC y cómo se calcula, ya que la mayoría de ciudadanos ignoran estas cuestiones e, incluso, la existencia de esta concreta medida del IPC.

Esta diferencia entre ambas formas de medir el IPC ha dado lugar a una nueva disposición adicional en el texto de la Ley General de la Seguridad Social, según la cual, esta revalorización será objeto de una revisión periódica en el marco del diálogo social con el objetivo de preservar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y garantizar su suficiencia económica. De este modo, la propia norma reconoce de forma indirecta que el nuevo precepto de revalorización no garantiza por sí mismo el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, sino que necesita ser revisado con tal objeto.

También ha de subrayarse que el nuevo índice no permite revalorizaciones negativas del mismo modo que el anterior índice de revalorización tampoco las permitía, si bien, la norma de revalorización anterior garantizaba un incremento anual mínimo de un 0,25 de las pensiones, en la actualidad este 0,25 no está garantizado en todo caso.

Podemos afirmar que la nueva norma de revalorización supone una mejora sustancial respecto de la norma implantada en el año 2013, sin embargo, tampoco garantiza, *per se,* el total mantenimiento del poder adquisitivo de las personas pensionistas.

Para terminar, no podemos dejar de poner de relieve el escenario económico surgido en el Estado español, así como en el resto de Europa. Apenas iniciada la aplicación del nuevo precepto hemos asistido a acontecimientos que han sacudido el orden mundial, han generado gran incertidumbre y han disparado la evolución de los precios. Todo ello ha generado muchas dudas y cuestionamientos respecto de la nueva norma de revalorización de pensiones, dado el incremento de gasto que lleva consigo. Incluso, se ha llegado a cuestionar la conveniencia de mantener el poder adquisitivo de las personas pensionistas, sugiriendo que también las personas pensionistas han de asumir sacrificios dentro de un posible pacto de rentas, que no solo debería afectar a empleadores y trabajadores en activo sino también a las personas ya retiradas del mercado de trabajo. Posición esta última que no compartimos, por entender, que el mantenimiento del poder adquisitivo de las personas pensionistas

debe ser el objetivo a garantizar por la normativa de revalorización de pensiones y que esta norma proporcione dicha seguridad al conjunto de pensionistas.

7. BIBLIOGRAFÍA

Comisión Europea: "European Economic Forecast- Summer 2022".

De La Fuente, A.: "¿Cuánto cuesta actualizar las pensiones con la inflación?", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social,* nº 46, 2020.

Fernández Orrico, F.J.: *Sostenibilidad y suficiencia en la pensión de jubilación: Un dúo difícil de conciliar. Perspectiva de la situación en España y en la Unión Europea,* Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

García Valverde, M.D.: "Revalorización e importes máximos y mínimos de pensiones", en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L; García Ninet, J.L., Dirs.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones,* Comares, Granada, 2004.

Goñi Sein, J.L.: "Los mecanismos de protección social de las personas de la tercera edad. Comentario al artículo 50 CE a la luz de la doctrina constitucional", en VV.AA. (Casas Baamonde, M.E., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Dirs.), *Comentario a la Constitución española,* Fundación WoltersKluwer, Madrid, 2008.

Herraiz Martín, Mª.S.: "Revalorización de la cuantía de la pensión de jubilación", en VV.AA. (López Cumbre, L. Coord.), *Tratado de jubilación,* 2007, Iustel.

López Gandía, J.: "Artículo 48. Revalorización", en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, Mª N., Dirs.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social,* Comares, Granada, 1999.

Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: *Informe Económico-Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social de 2022.*

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* nº 25, 2020.

Ramos Quintana, M.I.: "Reforma de la Seguridad Social y digitalización", en VV.AA., *Digitalización, recuperación y reformas laborales*, XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Colección Informes y Estudios, nº 62, 2022.

Tortuero Plaza, J.L.: "Retos y reformas en materia de pensiones", *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* CEF, nº 467, 2022.

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

nº 32 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

A vueltas con la relación entre salarios de tramitación y prestación por desempleo [comentario a la sentencia del tribunal supremo (sala de lo social) nº 178/2022, de 23 de febrero]

The relationship between processing wages and unemployment benefits: a question of debate [commentary on the supreme court judgment (social division) no. 178/2022 of 23 February]

Isabel María Villar Cañada *Profesora Titular Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Jaén
https://orcid.org/0000-0002-3539-8173

Cita Sugerida: VILLAR CAÑADA, I.M.: «A vueltas con la relación entre salarios de tramitación y prestación por desempleo [comentario a la sentencia del tribunal supremo (sala de lo social) nº 178/2022, de 23 de febrero]», *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 32 (2022): 85-94

Resumen

En la sentencia nº 178/2022, de 23 de febrero (rcud 4389/2018), el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla de 16 de noviembre de 2017.

En este pronunciamiento, el Tribunal vuelve a reflexionar sobre la, tan traída y llevada, relación entre la prestación por desempleo y los salarios de tramitación. En concreto sobre la normativa que ha de resultar aplicable en los supuestos en que, habiéndose reconocido la prestación por el despido de la persona trabajadora, posteriormente se establece su derecho a salarios de tramitación, debiendo procederse a la regularización de la prestación por la incompatibilidad en la percepción simultánea ambas cantidades.

Palabras clave

Despido; prestación por desempleo; salarios de tramitación; cantidades indebidamente percibidas

Abstract

In ruling no. 178/2022, of 23 February (rcud 4389/2018), the Supreme Court rejected the appeal for unification of the doctrine filed by the Public State Employment Service against the decision of the Social Division of the High Court of Justice of Andalusia/Seville of 16 November 2017.

In this ruling, the Court reflects once again on the well-worn relationship between unemployment benefits and processing wages. In particular, on the regulations that should be applicable in cases where, having recognised the benefit for the dismissal of the worker, their entitlement to processing wages is subsequently established, and the benefit must be regularised due to the incompatibility in the simultaneous receipt of both amounts.

Keywords

Dismissal; unemployment benefit; processing wages; undue amounts

1. CONTEXTO NORMATIVO: LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO Y LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

La relación entre las prestaciones por desempleo y los salarios de tramitación ha venido siendo una destacada fuente de controversia jurídica. Una materia objeto de numerosas reformas legales[1] que

[1] Así, la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad –derivada del RD ley 5/2002–; la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007; la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; el RD ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad…

Fecha Recepción: 10/6/2022 - Fecha Revisión: 14/9/2022 - Fecha Aceptación: 20/9/2022
Pags. 85-94

ha dado –y sigue dando– lugar a un elevado número de pronunciamientos jurisprudenciales, como el objeto del presente comentario[2].

La propia naturaleza jurídica, salarial o indemnizatoria, de estos salarios dejados de percibir por la persona trabajadora entre el momento del despido y el de la calificación del mismo ha sido objeto de un amplio tratamiento jurisprudencial[3].

Antes de 2012, el derecho a percibir los salarios de tramitación nacía en todos los supuestos de despidos improcedentes o nulos. La obligación empresarial del pago de los mismos se podía excepcionar –total o parcialmente– en tres supuestos: cuando el empresario/a llevaba a cabo la entrega de la carta de despido, el reconocimiento de su improcedencia y el ofrecimiento de la indemnización, sin que se produjese impugnación por la parte trabajadora; cuando, existiendo esa impugnación, el empresario/a consignase la cantidad correspondiente a la indemnización en el plazo de cuarenta y ocho horas, procediendo a comunicarlo a la persona trabajadora; y cuando el empresario/a admitía la improcedencia del despido en el trámite de conciliación previa, depositando la cantidad correspondiente a la indemnización y salarios de tramitación hasta esa fecha[4].

Pues bien, como es sabido, tras la reforma laboral de 2012, el derecho a los salarios dejados de percibir por la persona trabajadora desde que es despedida solo procede en los supuestos en que proceda la readmisión de aquella, bien porque la decisión extintiva sea declarada nula –en los que la empresa está obligada a readmitir al trabajador/a–; bien porque sea declarada improcedente y la empresa escoja la readmisión frente al pago de la correspondiente indemnización[5].

Así se establece en el art. 56.2 ET, según el cual, "en caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación". En estos casos, la empresa deberá instar el alta y la baja de la persona trabajadora y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos (art. 268.6 LGSS).

Como se recordará, la modificación del art. 56.2 ET llevada a cabo en 2012 fue uno de los fundamentos planteados en el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la reforma del Mercado Laboral, al considerar que esa limitación del derecho a percibir los salarios de tramitación solamente en los casos en que la empresa optase por

[2] Sobre esta relación entre prestación por desempleo y salarios de tramitación vid, *v.gr.* Guamán Hernández, G.: "A vueltas con la concurrencia entre prestación por desempleo y salarios de tramitación". *Aranzadi Social*, nº 10, 2012. Pp. 49-57; o López Cumbre, L.: "Salarios de tramitación concurrentes con desempleo: devolución parcial y no íntegra de la prestación". *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº extraordinario, 2015. Pp. 199-218.

[3] Por todas SSTS de 7 de julio de 1994 (rec. 93/1994) y de 4 de marzo de 1997 (rec. 3200/1996). Un detenido análisis del tratamiento jurisprudencial sobre la naturaleza de estos salarios de tramitación en López Cumbre, L.: "Salarios de tramitación concurrentes con desempleo…", *op.cit.* pp. 207 y 208; y López Cumbre, L.: "Calificación como créditos contra la masa o créditos concursales de la indemnización y de los salarios de tramitación derivados de un despido improcedente efectuado con anterioridad al concurso y ejecutado con posterioridad al mismo". *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* nº 98, 2015. Pp. 83-98.

[4] Un análisis sobre el reconocimiento de la improcedencia del despido por parte del empresario en Arenas Viruez, M.: "La paralización de los salarios de tramitación: el momento de la exigencia de la comunicación al trabajador. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 27 de octubre de 2009". *Temas Laborales*, nº 105, 2010. Pp. 239 y ss.

[5] También procederá el abono de estos salarios de tramitación cuando, habiendo sido declarada la improcedencia, el despido afecte a un/a representante de las personas trabajadoras. En estos casos, con independencia de que se opte (el/la representante) por la readmisión o por la indemnización, se tendrá derecho a los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha o bien de la readmisión o bien de la sentencia si opta por la indemnización (art. 56.4 ET).

la readmisión de la persona trabajadora, por una parte favorecía la extinción definitiva de la relación de trabajo, vulnerando el derecho al trabajo consagrado en el art. 35 CE; y por otra, introducía una diferencia injustificada de trato entre los empresarios/as que optasen por la readmisión y aquellos/as que lo hicieran por la extinción, conculcando el principio de igualdad del art. 14 CE. Cuestión esta que fue resuelta por el Tribunal Constitucional en sentencia 8/2015, de 22 de enero[6] en el sentido de considerar que, más allá de la oportunidad o conveniencia de la reforma, la opción del legislador era legítima y se encontraba incluida en el margen de libertad que le otorga el texto constitucional a la hora de configurar el modelo de relaciones laborales en nuestro país.

1.1. La incompatibilidad entre la prestación por desempleo y los salarios de tramitación

Dejando a un lado estas cuestiones, resulta fuera de toda duda la opción legislativa por la incompatibilidad entre salarios de tramitación y prestación por desempleo. Según se establece en el art. 268.4 LGSS, la decisión de la empresa de extinguir la relación laboral es considerada como situación legal de desempleo, hecho causante, pues, del nacimiento del derecho a la correspondiente prestación por desempleo sin que impida el mismo el ejercicio de la acción contra el despido o la decisión extintiva.

En las resoluciones recaídas en procedimientos de despido o extinción del contrato de trabajo, en aquellos casos en que el despido sea considerado improcedente y se opte por la indemnización, la persona trabajadora continuará percibiendo las prestaciones por desempleo o, si no las estuviera percibiendo, comenzará a percibirlas con efectos desde la fecha del cese efectivo en el trabajo, tomado como fecha inicial para tal cumplimiento la del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización o, en su caso, la de la resolución judicial (art. 268.5 a) LGSS).

Si, por el contrario, mediante conciliación o sentencia firme, se produce la readmisión del trabajador/a, las cantidades que hayan sido percibidas por el/ella en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidas por causa no imputable a la persona trabajadora (art. 268.5 b) LGSS).

Queda clara, pues, la intención legislativa de establecer la incompatibilidad de la percepción simultánea de la prestación por desempleo y los salarios de tramitación, en cuanto en ambos casos se trata de cantidades dirigidas a compensar a la persona trabajadora la misma situación, que no es sino la falta de percepción salarial, de ingresos, durante un determinado período (STS de 28 de octubre de 2003, rcud 2913/2002)[7]. El propio Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de marzo de 2007 (rcud 1646/2006), incide también en la finalidad de la regulación de la relación entre estos salarios y la prestación por desempleo, indicando que, "son fundamentalmente dos: 1ª) por una parte, permitir la coordinación de los efectos de la apertura del derecho con el despido sin esperar a la calificación de éste y las consecuencias que de esa calificación pueden derivarse en orden al período de percepción inicial, 2ª) por otra parte, asegurar la incompatibilidad entre percepción de las prestaciones de desempleo y el abono de salarios de tramitación durante el mismo período"[8].

1.2. La obligación de devolución de las cantidades indebidamente percibidas

Pues bien, consecuencia de esta incompatibilidad, se plantean en la práctica supuestos –como el analizado en la sentencia objeto de este comentario– en que, habiéndose simultaneado en el tiempo la percepción de ambas cantidades debe dilucidarse, no ya la obligación de devolución de las

[6] Anteriormente ya había rechazado la inconstitucionalidad en Auto 43/2014, de 12 de febrero.

[7] En esta línea, STS de 3 de mayo de 2006 (rcud 2240/2005).

[8] Un detenido análisis de esta sentencia en Maldonado Molina, J.A.: "Desempleo contributivo: no procede reintegro sin cobro de salarios de tramitación (STS 26 de marzo de 2007); y desempleo parcial sin reducción de jornada (STS 5 de mayo de 2004)". *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* nº extraordinario, 2021. Pp. 90-92.

percibidas de forma indebida por parte de la persona beneficiaria, lo que resulta incuestionado, sino el alcance de dicha obligación.

Como ha quedado apuntado, tal y como establece el art. 268.4 LGSS, (anterior art. 209 LGSS/94, vigente en el momento de los hechos enjuiciados) es la decisión empresarial de extinguir la relación laboral la que, por si misma y sin necesidad de impugnación, determina la existencia de situación legal de desempleo, a efectos de lo previsto en el art. 267 LGSS, naciendo, pues, desde ese momento el derecho del/de la trabajador/a a la correspondiente prestación, sin que dicho nacimiento se vea afectado por el ejercicio de la acción contra la decisión extintiva.

Así, en aquellos supuestos en que el despido sea calificado como nulo o improcedente y se opte por la readmisión de la persona trabajadora, nacerá el derecho de esta a percibir los salarios de tramitación, y las cantidades que haya percibido en concepto de prestaciones por desempleo desde que se produjo el despido se considerarán indebidas por causa ajena a su voluntad. Así, en estos casos, la entidad gestora (el SEPE) cesará en el abono de esas prestaciones por desempleo, reclamándole a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones. Y, por su parte, el empresario/a deberá ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios.

Pues bien, la redacción del art. 209.5 LGSS/94 –que fue modificada posteriormente en 2012– determinaba que "si se estuviera percibiendo las prestaciones, dejará de percibirlas, considerándose indebidas", pudiendo volver a percibirlas "con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación de abono de dichos salarios, previa regularización por la Entidad Gestora del derecho inicialmente reconocido". Y al mismo tiempo recogía la obligación de la persona trabajadora de poner en conocimiento de la entidad gestora el título en virtud del cual se le reconoce el derecho al percibo de los salarios de tramitación.

A tenor de esta literalidad, el Tribunal Supremo viene estableciendo, en consolidada doctrina, que en estos casos no puede entenderse que nos hallemos ante dos prestaciones por desempleo distintas, una la obtenida cuando se produce la situación legal de desempleo –el despido– y otra la resultante tras la regularización derivada de la percepción de los salarios de tramitación, sino que se trata de una "adecuación, normalización o actualización del derecho inicialmente reconocido" en el que posteriormente incide la percepción de los salarios de tramitación, determinando la necesidad de su regularización (STS de 1 de febrero de 2011, rcud. 4120/2009)[9].

Partiendo de esta doctrina, la cuestión que surge es la de dilucidar qué ha de considerarse en estos casos como cantidades indebidamente percibidas y, por tanto, objeto de devolución. Ya en sentencia de 26 de marzo de 2007 (rcud 1646/2006), el Tribunal Supremo determina que en el supuesto de reconocimiento de salarios de tramitación y percepción de prestación por desempleo "la solución del reintegro no pueda, en principio, aplicarse cuando, como ocurre en el presente caso, como consecuencia de la desaparición y/o insolvencia de la empresa, los salarios de tramitación no se han percibido. Si se aplicara esa solución, se produciría un grave y desproporcionado perjuicio al trabajador, que tendrá que devolver unas prestaciones que ha disfrutado por mandato de la Ley por una situación real de desempleo y cuando no ha surgido realmente ninguna causa de incompatibilidad, pues no ha percibido salario alguno en el período subsidiado".

Así, en base a este criterio de justicia social[10], rechaza el argumento defendido por la sentencia recurrida[11], que consideraba que "ello no produce perjuicio alguno al actor, porque el reintegro de

[9] En esta misma línea, *vid.* v. gr. STS de 14 de febrero de 2012 (rcud. 765/2011), STS de 27 de marzo de 2013 (rcud 1837/2012); o STS de 2 de marzo de 2015 (rcud. 903/2014).

[10] *Vid.* Maldonado Molina, J.A.: "Desempleo contributivo: no procede reintegro sin cobro de salarios de tramitación…", *op.cit.* P. 91.

[11] STSJ de Cantabria, de 14 de marzo de 2006, (rec. suplicación 6/2006).

lo indebidamente percibido no impide un nuevo reconocimiento de la prestación de desempleo a partir del auto que declara extinguida la relación laboral". Y ello porque, a juicio del Tribunal "no puede decirse que este perjuicio se compensa por la apertura de un nuevo derecho a partir del auto que declara extinguida la relación, porque tal compensación es hipotética: puede que el trabajador haya encontrado otro empleo o lo encuentre en breve y entonces tendrá que devolver las prestaciones percibidas, pese a que ha estado en desempleo y no ha percibido salarios con cargo a la empresa.".

En esta misma línea, en sentencia de 2 de marzo de 2015 (rcud. 903/2014), el Tribunal establece que la persona beneficiaria no habrá de devolver el importe de los salarios de tramitación a los que se condenó el empresario, sino la cantidad de la prestación por desempleo equivalente a los que efectivamente le fueron abonados. De forma que, habiendo recibido el trabajador únicamente los salarios a cargo del FOGASA –150 días–, "estos días son a los que no tendría derecho a la percepción de la prestación por desempleo, que es indebida, y, en consecuencia, ha de reintegrar al SEPE las cantidades correspondientes a dichos días que han sido indebidamente percibidas, pero no la totalidad de la prestación por desempleo percibida".

Pues bien, en el pronunciamiento objeto de este comentario, el Tribunal vuelve a reflexionar sobre si en los casos en que se produce una percepción simultánea de la prestación por desempleo y los salarios de tramitación, la obligación de devolver las cantidades indebidamente percibidas se extiende a la totalidad de la prestación por desempleo o si, por el contrario, solamente nacería una obligación de devolución parcial, considerando como indebida exclusivamente la parte de la prestación correspondiente al período en que la misma se haya superpuesto en el tiempo con los salarios de tramitación.

2. EL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO. SÍNTESIS DEL RELATO FÁCTICO DE LA SENTENCIA

En el caso que nos ocupa en este comentario, Dña. María Inés, (parte recurrida en el recurso de casación para la unificación de doctrina) fue dada de baja en la Seguridad Social por la empresa en la que venía prestando servicios el 27 de junio de 2011.

Impugnado judicialmente dicho cese por la trabajadora, a sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Huelva de 3 de noviembre de 2011 declaró nula la decisión extintiva y extinguida la relación laboral que unía a las partes, con la mencionada fecha de 27 de junio de 2011, condenando a la empresa a abonar a la trabajadora la cantidad de 5.200,54 € en concepto de indemnización de la de 3.138,57 € por salarios de tramitación.

Según consta en los hechos probados, previa solicitud de la actora, le fue reconocido por el SEPE (mediante resolución de 10 de octubre de 2011) el derecho a prestación contributiva por desempleo con duración de 240 días y efectos económicos del 20 de septiembre de 2011 (desde el momento del cese hasta el 19 de septiembre, la mujer estuvo percibiendo prestación por maternidad). La mencionada prestación se devengó, así, entre el 20 de septiembre de 2011 y el 19 de mayo de 2012.

Una vez agotada la prestación, le fue reconocido derecho a subsidio por desempleo por un importe de 7.668 €, percibido entre el 20 de junio de 2012 y el 19 de diciembre de 2013.

En enero de 2014, el SEPE tiene conocimiento de que el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) había abonado a Dña. María Inés el importe correspondiente a 127 días de salarios de tramitación (3.138,57 € en total), derivado de la impugnación del despido, con propuesta de revocación del derecho reconocido, concediéndose a la interesada un plazo de diez días para formular alegaciones y otro de quince días para solicitar la regularización correspondiente; solicitud que fue presentada con fecha de 12 de febrero y en la cual se dejaba constancia expresa de que estaba de acuerdo con la revocación.

Por resolución de 5 de marzo de 2014, la Dirección Provincial del SEPE acordó: dejar sin efecto la resolución que aprobaba la prestación inicialmente reconocida; tramitar el reconocimiento de un derecho, en virtud de la solicitud formulada el 10 de enero de 2014; y declarar la percepción indebida de todas las prestaciones por desempleo percibidas entre el 20 de septiembre de 2011 y el 19 de diciembre de 2013. en cuantía total de 11.508,04 €.

Así, la regularización de la situación prestacional tramitada por el SEPE se concretó en:

— El reconocimiento de una nueva prestación por desempleo con efectos económicos del 4 de noviembre de 2011 y una duración de 300 días;

— Una vez agotada la misma, y dado que el subsidio reconocido anteriormente pierde su causalidad, el reconocimiento de un subsidio por desempleo con efectos económicos del 4 de octubre de 2012, con una duración máxima de 720 días,

— La compensación parcial de la percepción indebida de la trabajadora (11.508,04 €) con los devengos generados por el reconocimiento de la nueva prestación y del nuevo subsidio por desempleo, arrojando un saldo en contra de la trabajadora de 3.241,78 €.

Con fecha 12 de marzo de 2014 se notifica a la interesada escrito de requerimiento de precepción indebida, frente al que se presenta reclamación previa por la trabajadora el 15 de abril de 2014, parcialmente estimada por la Entidad Gestora mediante resolución de fecha de 9 de mayo de 2014, declarando una percepción indebida por importe de 3.241,78 €; resolución contra la que se interpone demanda ante los Juzgado de lo Social de Huelva con fecha 19 de junio de 2014.

Recaída sentencia del Juzgado nº 3 de Huelva de 21 de marzo de 2016, en la misma se estima la demanda de la trabajadora, declarando indebidas las prestaciones por desempleo percibidas entre el 27 de junio y el 3 de octubre de 2011, período correspondiente a la extensión de los salarios de tramitación) y considerando debida las abonadas con posterioridad a dicho período[12].

En nombre del SEPE se interpone recurso de suplicación, resuelto por sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía/Sevilla nº 3365/2017, de 16 de noviembre, en la cual se procede a la desestimación del recurso. Para ello parte de que, en el momento en que la trabajadora solicitó y le fue reconocido el subsidio por desempleo (el 20 de junio de 2012), dicho reconocimiento lo fue conforme a las normas vigentes en ese momento, al que no alcanza la regularización de las prestaciones por desempleo, puesto que esta solo procede en aquellos períodos en que se perciba simultáneamente la prestación y los salarios de tramitación, siendo esa simultaneidad la que resulta incompatible y da lugar, por tanto, a la obligación de reembolso.

Frente a esta sentencia, la representación procesal del SEPE formaliza el recurso de casación para unificación de doctrina que resuelve el Tribunal Supremo en el pronunciamiento objeto de este comentario. Y para sustentar el recurso, se alega la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el TSJ de Cataluña de 28 de marzo de 2017 (AS 2017, 642), rec. 419/2017, y se denuncia la infracción de los artículos 209.5 y 215 LGSS/'94 y la jurisprudencia.

3. EL FONDO DEL ASUNTO: LA NORMATIVA APLICABLE EN LOS SUPUESTOS DE REGULARIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

La cuestión sobre la que se sustenta el recurso de casación para la unificación de doctrina y que analiza el Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos no es, en ningún caso la compatibilidad o no de la prestación por desempleo con los salarios de tramitación. La misma se basa en cuál es la normativa que ha de resultar de aplicación en aquellos casos en que, como ocurre en el analizado,

[12] La Sentencia reproduce las sentencias de TS de 1 de febrero de 2011 (rcud 4120/2009) y de 2 de marzo de 2015 (rcud 903/2014).

procede la regularización de prestación por desempleo por su percepción simultánea con salarios de tramitación, si aquella vigente en el momento del despido o la correspondiente al momento en que recae la resolución del SEPE en la que se declara la regularización.

Es decir, se trata de determinar si el despido, en cuanto situación legal de desempleo, es el momento temporal que marca el nacimiento del derecho a prestación por desempleo y, por tanto, la normativa reguladora aplicable a la misma ha de ser la vigente en ese momento. O, dicho de otro modo, si la posterior resolución de regularización del SEPE determina el nacimiento del derecho a una nueva prestación, regulada, pues, conforme a las normas que rijan en la fecha de dicha resolución.

En el caso enjuiciado, la determinación de la normativa aplicable tiene particular trascendencia desde el momento en que, entre el reconocimiento a la interesada del primer subsidio por desempleo con efectos de 20 de junio de 2012, el cual, a juicio del SEPE, pierde su causalidad por la regularización, y el del nuevo subsidio reconocido a partir del 4 de octubre de 2012, se produjo la entrada en vigor del RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la estabilidad, según el cual la cuantía del subsidio pasa a ser del 50% de la cuantía general, de manera que, mientras el importe diario del subsidio inicialmente reconocido ascendía a 14,20 €, la del segundo queda reducida a 7,10 € por día.

Como se ha indicado, el SEPE mantiene que, a resultas de la resolución de regularización, se produce el nacimiento de una nueva prestación y de un nuevo subsidio, rechazando, pues, la pretensión de la trabajadora de que solo le fuesen reclamado el período en que coincidieron prestación por desempleo y salarios de tramitación.

Pues bien, tras apreciar la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, al establecer diferentes criterios a la hora de determinar la normativa aplicable a la protección por desempleo en los casos de regularización[13], el Tribunal Supremo entra en el fondo de una cuestión ya abordada en ocasiones anteriores. En particular, en la STS de 1 de febrero de 2011 (rcud 4120/2009)[14], en la cual, rectificando la doctrina de la STS de 22 de junio de 2009 (rcud 3865/2008), reinterpreta el, entonces vigente, art. 209.5 LGSS'94, en el sentido de considerar que la persona trabajadora solo está obligada a devolver el importe de las prestaciones por desempleo que hayan coincido en el tiempo con la percepción de salarios de tramitación. Una interpretación esta que parte de la consideración del despido como situación legal de desempleo, determinante, por tanto, del nacimiento del derecho al percibo de las correspondientes prestaciones.

En la redacción de los arts. 209.4 y 209.5 LGSS'94 vigente en el momento del hecho enjuiciado en la sentencia de 2011, se establecía que, en caso de existir períodos correspondientes a salarios de tramitación, el nacimiento del derecho a las prestaciones por desempleo se producía una vez transcurrido dicho período y si la persona trabajadora estaba percibiendo prestación por desempleo, debería proceder a la regularización correspondiente[15].

---

[13] Según manifiesta el Tribunal, a estos efectos de estimar la existencia de contradicción, no tiene relevancia que la normativa aplicable en el momento de la regularización sea distinta en ambos casos (sentencia recurrida y sentencia de contraste), siendo lo decisivo que en los dos, tras el nacimiento de la situación de desempleo, fue aprobada una normativa distinta, debiendo pues determinarse si es esta la que resulta de aplicación o, al contrario, ha de serlo la que se encontraba vigente cuando nació el derecho a prestación por desempleo.

[14] Al respecto *vid.* Burriel Rodríguez-Diosdado, P.: "El cambio de la doctrina del Tribunal Supremo respecto del binomio salarios de tramitación-prestación de desempleo (a propósito de las SSTS de 1 de febrero y de 21 de marzo de 2011)". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 27, 2011. Pp. 371-385; Lázaro Sánchez, J.L.: "Consecuencias del incumplimiento de obligaciones por parte de beneficiarios de prestaciones por desempleo". *Temas Laborales,* nº 110/2011. Pp. 229-241: o García Paredes, M.L.: "Prestación por desempleo y salarios de tramitación, obligaciones del trabajador despedido. Comentario a la STS, 4.ª, de 1 de febrero de 2011". Actualidad Laboral, nº 3, 2011. Pp. 3 y ss.

[15] Estas referencias a los salarios de tramitación y a la necesidad de regularización fueron eliminadas de los mencionados preceptos por el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero.

Pese a esta literalidad de la norma, el Tribunal Supremo, realiza una interpretación finalista de la misma, entendiendo que, en aquellos casos en que se comenzase a percibir la prestación por desempleo inmediatamente después del despido, "no cabe decir que el nacimiento del derecho se produjo después de finalizado el período que corresponde a salarios de tramitación, teniendo en cuenta que la prestación por desempleo no es doble, sino una sola, que nace desde la extinción del contrato de trabajo y sobre la que se proyectarán las vicisitudes que puedan surgir con posterioridad, como es el supuesto en el que al trabajador se le conceda el derecho a percibir salarios de tramitación después de reconocido el derecho a la prestación".

Así pues, según esta doctrina jurisprudencial de 2011, reiterada desde entonces en varios pronunciamientos por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo[16], no puede, pues, entenderse que nos encontramos ante dos prestaciones diferenciadas, una la que nace cuando se produce la situación legal de desempleo, y otra la producida por la regularización en los supuestos en que se haya compatibilizado temporalmente con salarios de tramitación. Es decir, la regularización no da lugar al nacimiento de una prestación por desempleo, sino simplemente una adecuación o actualización de la que ya nació en el momento del despido, en cuanto situación protegida, que se ve afectada por el hecho de haber percibido los salarios de tramitación.

Hay que recordar que la pretensión de la trabajadora (parte recurrida) es que se consideren indebidamente percibidas solamente la parte de la prestación correspondiente al período en que estuvo percibiendo los salarios de tramitación, y no las posteriores.

Pues bien, siguiendo la comentada doctrina, el Tribunal deja claro en el caso que ahora se enjuicia que la prestación por desempleo inicialmente le fue reconocida a la trabajadora –una vez agotada la prestación por maternidad que estaba percibiendo cuando se produjo el despido–, con fecha 20 de septiembre de 2011 y, posteriormente, un subsidio por desempleo desde el 20 de junio de 2012 al 19 de diciembre de 2013. Unas fechas estas que se vieron alteradas, consecuencia de la regulación derivada del percibo por la mujer de salarios de tramitación, pasando la prestación por desempleo a tener efectos desde el 4 de noviembre de 2011 y el subsidio desde el 4 de octubre de 2012 al 28 de febrero de 2014.

Esta regularización y la incidencia de la misma en los efectos económicos de las prestaciones por desempleo no implica pues, según manifiesta el Tribunal, que nos encontremos ante dos prestaciones por desempleo diferentes, sino solo una, derivada del despido, en cuanto situación legal de desempleo, y sobre la que incide la percepción por parte de la beneficiaria de salarios de tramitación, de la que deriva su regularización.

Y esta misma conclusión resulta aplicable también al posterior subsidio por desempleo, reconocido a la trabajadora el 20 de junio de 2012 cuyo alcance e intensidad se verían modificados según qué normativa –la vigente en el momento del despido o en el de la regularización– se entienda aplicable, debido a la reforma que sobre la materia operó el RD ley 20/2012, de 13 de julio. Nos encontramos, por tanto, también ante un único subsidio por desempleo, independientemente de la regularización posterior que pueda afectarle, por lo que será la norma vigente en el momento en que inicialmente fue reconocido la que resulta aplicable.

4. CONCLUSIÓN

La relación entre las cantidades percibidas en concepto de salarios de tramitación y la prestación por desempleo ha venido siendo objeto de una amplia casuística jurisprudencial, derivada en buena medida de las reformas legales que se han llevado a cabo en las últimas décadas en de la

[16] Entre ellos, destacar SSTS de 21 de marzo de 2011 (rcud 1187/2011); de 3 de julio de 2013 (rcud. 2391/2012); de 2 de marzo de 2015 (rcud 903/2014); 14 de abril de 2015 (rcud 1706/2014)244/2016, de 29 de marzo (rcud 2682/2014); o 322/2020, de 13 de mayo (rcud 332/2018).

protección de la persona trabajadora ante situaciones de extinción del contrato por causas ajenas a su voluntad.

Como ha quedado expuesto, resulta incuestionable, según consolidada doctrina jurisprudencial, la incompatibilidad entre la prestación por desempleo y los salarios de tramitación, reconocidos actualmente en los supuestos en que la opción sea la readmisión de la persona trabajadora. Una incompatibilidad derivada de que en ambos casos (prestación y salarios de tramitación) la finalidad de las cantidades reconocidas es la misma: atender a la pérdida de ingresos derivada de la extinción contractual.

La cuestión que se plantea en el supuesto analizado en el pronunciamiento del Tribunal Supremo, objeto de este comentario no se basa en si procede o no la percepción coincidente en el tiempo de ambas cantidades sino en cuál ha de ser el alcance de la obligación de la persona beneficiaria de devolver las cantidades indebidamente percibidas en los casos en que, como el ahora planteado, habiéndole sido reconocida la prestación por desempleo, posteriormente se declara su derecho a percibir salarios de tramitación.

Para resolver esta cuestión, el Tribunal, siguiendo el criterio emanado en 2011, parte de que el despido, por sí mismo, se considera situación protegida –situación legal de desempleo–, determinante, pues, del nacimiento del derecho a la correspondiente prestación. Una prestación sobre la que, posteriormente, incidirá una circunstancia sobrevenida, como es el reconocimiento del derecho a percibir las cantidades correspondientes a los salarios que se dejaron de abonar a la persona trabajadora desde el momento del despido hasta que recae sentencia con calificación del mismo como improcedente o nulo. Y, consecuencia de este reconocimiento acontecido con posterioridad, surge la necesidad de regularización de la prestación, pero en ningún caso supone la extinción de la misma y la obligación de presentar una solicitud de nueva prestación por parte de/de la beneficiario/a.

Así pues, será únicamente la parte de la prestación correspondiente al período en que la persona beneficiaria devengó los salarios de tramitación la que se considere percibida de manera indebida y la que, por tanto, haya de ser devuelta al SEPE no procediendo pues, la devolución de la cuantía íntegra de la prestación y el nacimiento de una nueva a partir del momento en que finalice la percepción de los salarios de tramitación.

Un criterio jurisprudencial este que responde a la finalidad que pretende conseguir el legislador, que no es sino evitar una doble percepción de salarios de tramitación y prestaciones por desempleo y respecto al que acreditadas voces consideran que puede generar "excesiva incertidumbre" en la persona trabajadora, abogando por ir más allá y arbitrar un medio que sirva para neutralizar la causa no imputable al trabajador en la percepción de esas cantidades, reduciendo en un porcentaje la cuantía de la devolución[17]. Postura esta que se sustentaría sobre la consideración de la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación, en base a la cual podría justificarse, incluso, la compatibilidad total entre estos y la prestación por desempleo, como ocurre entre esta y la indemnización por despido.

Compartiendo parte de este argumento, pensamos que la intención legislativa es clara a la hora de limitar la doble compensación por una misma causa y en un mismo período temporal, lo que determina el alcance de lo que ha de considerarse "cantidades indebidamente percibidas" y de la consiguiente obligación de devolución de las mismas.

5. BIBLIOGRAFÍA

Arenas Viruez, M.: "La paralización de los salarios de tramitación: el momento de la exigencia de la comunicación al trabajador. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 27 de octubre de 2009". Temas Laborales, nº 105, 2010. Págs. 239 y ss.

[17] López Cumbre, L.: "Salarios de tramitación concurrentes con desempleo…", *op.cit.* P. 218.

Burriel Rodríguez-Diosdado, P.: "El cambio de la doctrina del Tribunal Supremo respecto del binomio salarios de tramitación-prestación de desempleo (a propósito de las SSTS de 1 de febrero y de 21 de marzo de 2011)". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 27, 2011. Págs. 371-385.

García Paredes, M.L.: "Prestación por desempleo y salarios de tramitación, obligaciones del trabajador despedido. Comentario a la STS, 4.ª, de 1 de febrero de 2011". *Actualidad Laboral*, nº 3, 2011. Págs. 3 y ss.

Guamán Hernández, G.: "A vueltas con la concurrencia entre prestación por desempleo y salarios de tramitación". *Aranzadi Social*, nº 10, 2012. Págs. 49-57.

Lázaro Sánchez, J.L.: "Consecuencias del incumplimiento de obligaciones por parte de beneficiarios de prestaciones por desempleo". *Temas Laborales*, nº 110/2011. Págs. 229-241.

López Cumbre, L.: "Calificación como créditos contra la masa o créditos concursales de la indemnización y de los salarios de tramitación derivados de un despido improcedente efectuado con anterioridad al concurso y ejecutado con posterioridad al mismo". *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 98, 2015. Págs. 83-98.

López Cumbre, L.: "Salarios de tramitación concurrentes con desempleo: devolución parcial y no íntegra de la prestación". *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº extraordinario, 2015. Págs. 199-218.

Maldonado Molina, J.A.: "Desempleo contributivo: no procede reintegro sin cobro de salarios de tramitación (STS 26 de marzo de 2007); y desempleo parcial sin reducción de jornada (STS 5 de mayo de 2004)". *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº extraordinario, 2021. Págs. 90-92.

nº 32 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Integración de las lagunas de cotización para el cálculo de la base reguladora. Comentario al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2022

Integration of contribution gaps for the calculation of the regulatory base. Commentary on the Supreme Court Ruling of 17 May 2022

Jesús Barceló Fernández *Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Barcelona*
https://orcid.org/0000-0002-0893-791X

Cita Sugerida: BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: «Integración de las lagunas de cotización para el cálculo de la base reguladora. Comentario al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2022», *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 32 (2022): 95-106

Resumen

La cuestión estriba en determinar si la integración de las lagunas de cotización con bases mínimas se aplica a los periodos en que no existía obligación de cotizar después de que la persona trabajadora haya desempeñado trabajos agrarios por cuenta ajena que dieron lugar al encuadramiento en el Sistema Especial, cuando la pensión de incapacidad permanente total se genera en el Régimen General o en cualquier otro en que se reconoce este derecho, aplicándose las normas del Régimen en donde se reconozca la pensión.

Abstract

The question is whether the integration of gaps in contributions with minimum bases applies to periods in which there was no obligation to pay contributions after the worker had been employed in agricultural work leading to registration in the Special System, when the pension for total permanent disability is generated in the General Scheme or in any other scheme in which this right is recognised, applying the rules of the scheme in which the pension is recognised.

Palabras clave

Seguridad Social; Incapacidad Permanente; integración de lagunas de cotización; Sistema Especial Agrario

Keywords

Social Security; Permanent disability; integration of quotation loopholes; Special Agrarian System

1. INTRODUCCIÓN

La vigente regulación establece que las pensiones de Incapacidad Permanente derivada de contingencias comunes causadas por los trabajadores agrarios por cuenta ajena respecto de los periodos cotizados en este sistema especial solo se tendrán en cuenta los períodos realmente cotizados, no resultando de aplicación las reglas de integración de las lagunas de cotización con bases mínimas.

En esta regulación no se prevé ninguna particularidad para la situación en que la persona trabajadora pueda haber cotizado en el período de cálculo de la base reguladora de la pensión en el Sistema especial agrario y, simultáneamente o sucesivamente, en otro, como pudiera ser en el Régimen General, en el que si se aplica las reglas de integración de las lagunas de cotización.

La controversia se suscita en relación con el derecho del trabajador a que en el cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad total se le integre las lagunas de cotización existentes con bases mínimas después de haber estado en alta en el Sistema Especial Agrario como trabajadores por cuenta ajena, cuando la pensión se genera en el Régimen General de la Seguridad Social, aplicándose así las normas del Régimen en donde se reconozca la pensión, en aplicación del cómputo recíproco.

Fecha Recepción: 31/8/2022 - Fecha Revisión: 31/8/2022 - Fecha Aceptación: 23/9/2022
Pags. 95-106

2. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO Y EL ITER DEL CASO

El trabajador solicitó en febrero de 2017 el reconocimiento de una Incapacidad Permanente que le fue reconocida mediante resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS), de 13 de abril de 2017, en un grado de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual de mozo de almacén, con una base reguladora mensual de 356,97 euros y con efectos jurídicos desde el 27 de febrero de 2017.

Frente a esta resolución el trabajador presentó reclamación previa, en fecha de 10 de mayo de 2017, en la que se solicitaba la modificación de la base reguladora mensual, incrementándola a 735,16 euros, resultado de integrar a bases mínimas las lagunas existentes entre enero de 2012 y diciembre de 2016 (1/12 a 7/12, de 10/12 a 1/13, de 3/13 a 5/14 y de 2/15 a 11/15), dentro del período de cálculo de la base reguladora de la prestación.

A fecha del hecho causante de la Incapacidad Permanente el trabajador solicitante se encontraba en situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en el que había cotizado 2.370 días y un total de 551 días en el Régimen Especial Agrario y en el Sistema Especial Agrario.

El INSS desestimo la reclamación mediante resolución de 6 de junio de 2017, por entender el INSS que no procede modificar la base reguladora de la prestación pues los períodos en los que se solicita la integración de bases mínimas son subsiguientes a la baja en el Régimen Especial Agrario, y la entidad gestora entiende que, desde el año 2012, cualquiera que sea el régimen competente para resolver o el último trabajo realizado por el causante, las mensualidades que, a partir de enero de 2012, estén comprendidas en el período de cálculo de la base reguladora en las que no haya habido obligación de cotizar, no serán objeto de la integración con bases mínimas cuando sean posteriores a un cese en la actividad agraria o una baja en el sistema especial agrario.

El trabajador presentó demanda contra la resolución desestimatoria del INSS, en fecha 13 de julio de 2017, y, tras ser admitida a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social nº 8 de Barcelona, en el procedimiento nº 637/2017, con fecha 06 de julio de 2018, en la que se estimó la demanda promovida por el trabajador contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y, en consecuencia, declaró el derecho del actor a percibir la prestación resultante de Incapacidad Permanente Total, que le fue reconocida con una base reguladora mensual de 735,16 euros, resultado de integrar con bases mínimas las lagunas de cotización existentes.

El INSS anunció y formalizó Recurso de Suplicación contra la sentencia del Juzgado de los Social nº 8 de Barcelona, presentándose escrito de impugnación por el trabajador demandante en el que se solicita se confirme la sentencia recurrida.

El INSS denuncia que la sentencia recurrida infringe el artículo 256.7 de la vigente Ley General de la Seguridad Social de 2015, en relación con su artículo 197.4, alegando al respecto que se ha reconocido al trabajador su pensión de Incapacidad Permanente Total por el Régimen General de la Seguridad Social, y que la pretendida aplicación de la integración de lagunas de cotización se corresponde con periodos de tiempo en que no existía obligación de cotizar tras el cese de su actividad agraria, resultando aplicable el artículo 256.7 de la LGSS, sobre acción protectora del Sistema Especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios, que dispone que solo se tendrán en cuenta los períodos realmente cotizados, no resultando de aplicación la integración de las lagunas de cotización con bases mínimas.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) dictó Sentencia núm. 873/2019, de 18 febrero (rec. 6480/2018), en la que se reconoce el derecho del trabajador a que se le integre las lagunas de cotización con bases mínimas, desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por el INSS y confirmando la sentencia recurrida dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de Barcelona, en fecha 6 de julio de 2018.

En respuesta, el INSS presentó recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia dictada el 18 de febrero de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el Recurso de Suplicación nº 6480/2018, desestimando este por Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 444/2022, de 17 mayo (rcud 1836/2019), confirmando la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 18 de febrero de 2019 en base a los fundamentos que se analizarán en este estudio.

3. REFERENCIAS NORMATIVAS RELEVANTES

Antes de entrar en el análisis de la controversia suscitada y la fundamentación del fallo es conveniente analizar las referencias normativas a aplicar, específicamente, en la regulación de la integración de las lagunas de cotización para el cálculo de la base reguladora de la pensión de invalidez permanente derivada de contingencias comunes y en qué situaciones se inaplica esta regla en los trabajadores por cuenta ajena del Sistema Especial Agrario.

3.1. Creación y evolución de la regulación de la integración de lagunas de cotización

En el marco de la crisis económica en España de principios de los ochenta, tras sufrir la crisis del petróleo de 1973, y en plena reconversión industrial y de privatización de empresas públicas, se aprobó la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social[1], con la finalidad de introducir reformas en el Sistema de Seguridad Social, principalmente, para garantizar la viabilidad y la actualización de las pensiones.

Concretamente, en el caso de la pensión de Invalidez Permanente derivada de contingencias comunes se eximió del requisito de encontrarse en alta para causar derecho a las pensiones de Invalidez Permanente en los grados de Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo o Gran Invalidez, siempre que, además de los restantes requisitos generales exigidos, reunieran el período mínimo de cotización y, en general, en algunos casos se amplió el requisito de cotización mínima y se determinó un nuevo método de cálculo de la base reguladora de la pensión en la que se computaba las bases de cotización de los noventa y seis meses inmediatamente anteriores a aquél en que se produjera el hecho causante, lo que determinó la necesidad de prever los casos en que el período que hubiera de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar.

Con la finalidad de evitar estas lagunas de cotización, de acuerdo con el apartado cuarto del artículo 3 de esta misma ley, estas se integrarían, a los exclusivos efectos de dicho cálculo, con la base mínima del Régimen General existente en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años, que abarcaría tanto a las situaciones asimiladas a la de alta para las que no se exija tal obligación, como a aquellas otras situaciones en que no naciera la obligación de cotizar por no encontrarse el trabajador en alta o situación asimilada. No obstante, esta integración de lagunas de cotización solo sería de aplicación, inicialmente, para los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General y de los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón, de Trabajadores Ferroviarios, Agrario y Trabajadores del Mar, quedando el resto de los trabajadores excluidos de este derecho.

En el artículo 5º del reglamento de desarrollo de esta ley[2] se concretaba el período para tener en cuenta para calcular la base reguladora de las pensiones de jubilación e invalidez permanente. En concreto, determinaba que la base reguladora de las pensiones de jubilación e invalidez permanente derivadas de enfermedad común será el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los noventa y seis meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produjera el hecho causante, computando en su valor nominal las bases correspondientes a los veinticuatro

[1] BOE núm. 183, de 1 de agosto de 1985.

[2] Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, para la aplicación de la Ley 26/1985, de 31 de julio, en la materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente. BOE núm. 239, de 05/10/1985.

meses anteriores a aquel en que se produjera el hecho causante y las restantes bases de cotización se actualizarían de acuerdo con la evolución que haya experimentado el índice de precios al consumo (IPC) desde los meses a que aquéllas correspondieran hasta el mes inmediato anterior a aquel en que se iniciara el período de los veinticuatro meses no actualizables.

Concretamente, se previó una regla de cálculo en los supuestos de pensiones de invalidez permanente derivadas de enfermedad común, en que se exigía un período mínimo de cotización inferior a ocho años, que se detallaba en el apartado segundo del artículo tercero de la Ley 26/1985, de 31 de julio, y el apartado tercero del artículo 8 del reglamento que la desarrollaba. Esta regulación sería recogida en el artículo 140 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994[3], en el que se regulaba que en los supuestos en que se exigiera un período mínimo de cotización inferior a ocho años, la base reguladora se obtendrá de forma análoga a la establecida[4], pero computando bases mensuales de cotización en número igual al de meses de que conste el período mínimo exigible, sin tener en cuenta las fracciones de mes, y excluyendo, en todo caso, de la actualización las bases correspondientes a los veinticuatro meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produjera el hecho causante.

Mediante el artículo 14.1 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre[5], se añadió un nuevo párrafo en el apartado cuarto del artículo 140 de la LGSS de 1994 que vino regular los supuestos en que en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar existiera sólo durante una parte del mismo, en cuyo caso procederá la integración con la base mínima, por la parte del mes en que no existiera obligación de cotizar, sin que en ningún caso pudiera superar el límite máximo de la cuantía de la base mínima mensual.

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre[6], modificó la forma de cálculo del importe de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, para aproximarla a la establecida para la pensión de jubilación. Así en su artículo 2.4 se regula que una vez calculada la base se le aplicará el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, según la escala prevista para la pensión de jubilación, considerándose a tal efecto como cotizados los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad legal de jubilación. Con un mínimo del 50 por ciento, en el caso de no alcanzarse 15 años de cotización.

Por medio del artículo 3.1 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto[7], se modifica el apartado cuarto del artículo 140.4 de la LGSS de 1994 en lo referente a la integración de lagunas por los periodos en los que el trabajador no tuvo obligación de cotizar, estableciendo, de conformidad con la nueva regulación de la pensión de jubilación, unas nuevas reglas que tienen en cuenta los esfuerzos de cotización realizados, dentro del objetivo de incrementar el principio de contributividad aunque, antes de su prevista entrada en vigor para el 1 de enero de 2013, fueron modificadas las reglas previstas para el apartado 4 del artículo 140 de la LGSS de 1994, con una nueva redacción dada por la disposición final 20.1 de la Ley 3/2012, de 6 de julio[8], redacción que se mantendrá sin cambios en el vigente

[3] Aprobado por el 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. BOE núm. 154, de 29/06/1994.

[4] En el artículo 5.2 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, se establece una regla de cálculo para el cálculo de la base reguladora en los supuestos previstos en el número 2 del artículo 3.º de la Ley 26/1985, consistente en dividir la suma de las bases mensuales de cotización que correspondan en virtud del período mínimo exigible, sin tener en cuenta las fracciones de mes, por el número de meses a que dichas bases se refieran, incrementándose este divisor multiplicándolo por el coeficiente 1,1666.

[5] Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social. BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.

[6] Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. BOE» núm. 291, de 5 de diciembre de 2007.

[7] Ley 27/2011, de 1 de agosto. Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011

[8] Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE núm. 162, de 07/07/2012.

apartado 4 del artículo 197 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015[9], en el que se regula, que: *"Si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de mensualidades con el 50 por ciento de dicha base mínima.*

En los supuestos en que en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista solo durante una parte del mismo, procederá la integración señalada en el párrafo anterior, por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada. En tal supuesto, la integración alcanzará hasta esta última cuantía".

Respecto a los trabajadores con contratos a tiempo parcial se introdujeron unas reglas para la integración de las lagunas de cotización en la Disposición adicional séptima de la LGSS de 1994 (3ª b) y posteriormente en el artículo 248.2 de la LGSS de 2015[10].

En la Disposición adicional octava de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, se preveía que el Gobierno evaluaría en el plazo de un año los efectos y el impacto que tendría la fórmula de la integración de lagunas que introduce esta, con la finalidad de que, en función de los resultados se llevarán a cabo ajustes, entre los que se incluirían la incorporación de cotizaciones anteriores al periodo de cómputo como elemento de integración de lagunas, aunque esta evaluación no se ha llevado a cabo[11].

3.2. Regímenes de la Seguridad Social a los que les son aplicables la integración de las lagunas de cotización

La ley 26/1985, de 31 de julio, en su artículo 3.4, introdujo la integración de las lagunas de cotización en los períodos que no hubiese existido obligación de cotizar para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de jubilación e invalidez permanente (ahora incapacidad permanente), aunque solo era aplicable para los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General y de los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón, de Trabajadores Ferroviarios, Agrario y Trabajadores del Mar[12].

En 1986 se extendió la aplicación de la regla de integración de las lagunas de cotización con la integración en el Régimen General de la Seguridad Social de los Regímenes Especiales de los

[9] 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. BOE núm. 261, de 31/10/2015.

[10] *Vid.* Casas Baamonde, M. E. "Integración de lagunas de cotización y trabajo a tiempo parcial ocasional. Constitución y ley trabajo a tiempo parcial accidental y minoración de las pensiones contributivas de incapacidad permanente y jubilación. ATS 5280/2012. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Auto de 26 de abril de 2012. Ponente: Aurelio Desdentado Bonete". *Revista de derecho de la seguridad social.* Laborum, Nº. Extra-2021 (In memoriam a don Aurelio Desdentado Bonete), pp. 47-63.

[11] *Vid.* Escalante Zabala, R. "La gran injusticia de las lagunas de cotización en las bases reguladoras de las pensiones". *Diario LA LEY*, Nº. 9132, de 5 de febrero 2018, Editorial Wolters Kluwer. Tribuna.

[12] En el apartado 2 del artículo 36 del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. BOE núm. 243, de 10/10/1974 y apartado 4 del artículo 75 del Decreto 1867/1970, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre, por la que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. BOE» núm. 165, de 11 de julio de 1970, se establecía que se regirán por las normas establecidas para el Régimen General las prestaciones económicas que se causen por invalidez permanente debida a enfermedad común o accidente no laboral.

Trabajadores Ferroviarios (a los que ya les era de aplicación), Jugadores de Fútbol, Representantes de Comercio, Toreros y Artistas[13].

En el apartado segundo de la disposición adicional octava del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 se reconoce la aplicación de la regla de integración de lagunas de cotización del apartado 4 del artículo 140, de esta Ley, a los trabajadores del Régimen Especial de la Minería del Carbón y para los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales Agrario y de Trabajadores del Mar, excluyéndose a los trabajadores por cuenta propia del Régimen especial del Mar y a los del Régimen especial Agrario. En este último caso hay que recordar que, con efectos de 1 de enero de 2008[14], se creó el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, que se integró en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos[15].

Por medio de la disposición final 1.4 de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre[16], con efectos de 1 de enero de 2012, se limitó de nuevo la aplicación de la integración de las lagunas de cotización del apartado 4 del artículo 140 de la LGSS de 1994, aplicable solo a los trabajadores del Régimen Especial para la Minería del Carbón y para los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

Los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario se integraron en el Régimen General de la Seguridad Social creando el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, pero manteniendo la exclusión en el apartado 6 del artículo 6 de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, que vino a establecer que: "*para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación causadas por los trabajadores agrarios por cuenta ajena respecto de los periodos cotizados en este Sistema Especial sólo se tendrán en cuenta los períodos realmente cotizados, no resultando de aplicación lo previsto en los artículos 140.4 y 162.1.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social"* (redacción que se reproduce en el vigente artículo 256.7 de la LGSS de 2015, pero con la referencia a los artículos 197.4 y 209.1.b), y cuya regla e interpretación es la generadora de la controversia generada en la litis analizada en este estudio.

Caso específico es el de los trabajadores del Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, a los que para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación causadas por estos respecto de los periodos cotizados en este Sistema Especial solo se tendrán en cuenta los periodos realmente cotizados, no resultando de aplicación las reglas de integración de lagunas de cotización[17], inicialmente desde el año 2012 hasta el año 2018[18], aunque

[13] Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que integran los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Trabajadores Ferroviarios, Jugadores de Fútbol, Representantes de Comercio, Toreros y Artistas en el Régimen General, así como se procede a la integración del Régimen de Escritores de Libros en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. BOE núm. 312, de 30/12/1986.

[14] Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. BOE núm. 160, de 05/07/2007.

[15] *Vid.* Monereo Pérez, J.L. "Proceso de convergencia e integración de los regímenes de Seguridad Social: significación y aspectos críticos". *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 112, 2011 (Ejemplar dedicado a: Reformas en materia de Protección Social), pp. 91-132.

[16] Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social. BOE núm. 229, de 23/09/2011.

[17] Disposición adicional trigésima novena 3.d) de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. BOE núm. 184, de 02/08/2011.

[18] *Vid.* Apartado 4 de la Disposición transitoria decimosexta del texto refundido de la LGSS 2015.

la LPGE de 2018[19] amplía la inaplicación hasta el año 2023 y posteriormente se reduce hasta el año 2020[20] y se amplía de nuevo hasta 2022[21].

En la actualidad, las reglas de integración de lagunas se aplican, además de a los trabajadores del Régimen General de la Seguridad Social, a los trabajadores del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón[22] y a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar[23]. En consecuencia, no se aplica las reglas de integración de lagunas de cotización, del artículo 197.4 de la LGSS de 2015, a los trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos[24], ni a los del Sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios[25], ni a los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, ni hasta 2023, si no hay una nueva modificación, a los trabajadores del Sistema Especial para Empleados de Hogar[26].

4. LAS DOCTRINAS CONTRADICTORIAS A EXAMEN

La Sala de los Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia núm. 873/2019, de 18 febrero, pone en evidencia la controversia existente en la integración de lagunas en las pensiones de Incapacidad Permanente reconocidas por el Régimen General de la Seguridad Social de trabajadores que en momentos anteriores han estado afiliados en el Régimen Especial Agrario o en el Sistema Especial Agrario.

La doctrina judicial coincide en entender que, de acuerdo con el actual artículo 256.7 de la LGSS de 2015, si se causa una pensión de Incapacidad Permanente derivada de contingencias comunes en una persona trabajadora en alta o asimilada al alta en el Sistema espacial agrario, cumpliéndose los requisitos para su reconocimiento, los meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dentro del período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora, no se integrarán con bases mínimas por lo que solo se tendrá en cuenta los períodos realmente cotizados.

La controversia surge cuando la persona trabajadora que ha cotizado en el Régimen Especial Agrario o en el Sistema Especial Agrario y que también tiene acreditadas cotizaciones, sucesiva o alternativamente acreditadas, en el Régimen General (o en otro en que se reconozca el derecho a la integración de las lagunas de cotización) genera una pensión de Incapacidad Permanente derivada de contingencias comunes en el Régimen General, planteándose si por el hecho de que el trabajador haya desempeñado trabajos agrarios por cuenta ajena que dieron lugar al encuadramiento en el Sistema Especial no se le aplica la integración con bases mínimas de las lagunas de cotización posteriores a la baja en el Sistema Especial o si, por el contrario, según las reglas de cómputo recíproco, se aplicarán las normas del Régimen en donde se reconozca la pensión.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 2047/2016, de 26 septiembre, (rec. 824/2016), Fj. Único, se resuelve que la inaplicación de la integración de lagunas de cotización es aplicable a los beneficiarios que hayan

[19] *Vid.* Modificación introducida por la disposición final 40.6 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

[20] *Vid.* Modificación introducida por la disposición final 2.29 del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo. BOE núm. 314.

[21] *Vid.* Modificación introducida por la disposición final 3.2 del Real Decreto-Ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria. BOE núm. 334, de 23/12/2020.

[22] *Vid.* Disposición adicional primera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015.

[23] Véase además el artículo 29.1 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero. BOE núm. 253, de 22/10/2015.

[24] *Vid.* Artículo 318. c) del texto refundido de la LGSS de 2015, por exclusión.

[25] *Vid.* Apartado 7 del artículo 256 del texto refundido de la LGSS de 2015.

[26] *Vid.* Apartado 4 de la Disposición transitoria decimosexta del texto refundido de la LGSS 2015.

desempeñado trabajos por cuenta ajena en el Sistema Especial Agrario a los que solo se tendrán en cuenta los períodos realmente cotizados, no resultando de aplicación la integración con bases mínimas de las lagunas de cotización, aunque causen una pensión en el Régimen General o en cualquier otro régimen competente para resolver. Criterio este seguido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en todas sus resoluciones.

Por el contrario, en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 2080/2018, de 10 diciembre, 2018. (rec. 1709/2018) Fj. 2º; y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 278/2018, de 18 enero, (rec. 6533/2017) Fj. 2º; y núm. 873/2019 de 18 febrero, (rec. 1709/2018) Fj. 3º, se resuelve en el sentido de que el artículo 6.6 de la Ley 28/2011 (actualmente artículo 256.7 de la Ley General de la Seguridad Social de 2015) solamente es aplicable cuando el beneficiario cause pensión en el Sistema Especial Agrario, pero no si lo hace en el Régimen General u otro régimen de la Seguridad Social. En concreto resuelve que el artículo 6.6 de la Ley 28/2011 regula una especialidad de la acción protectora dentro del Sistema Especial, que por tanto solamente se aplica cuando la acción protectora es dispensada dentro del indicado Sistema Especial. Por otro lado, si la prestación se causa exclusivamente dentro del Régimen General la indicada norma no resulta por ello de aplicación, aunque se reconoce que podría plantearse alguna duda sobre la solución a aplicar si, en virtud del cómputo recíproco de cotizaciones, las cotizaciones realizadas al Sistema Especial se computasen dentro del Régimen General para la causación o cálculo de la prestación dentro de este último. En este caso señala que sigue vigente el artículo 68 del Decreto 3772/1972, por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, que determina con claridad que, una vez determinado el Régimen aplicable para causar la pensión, esta será reconocida «según sus propias normas».

En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 444/2022, de 17 mayo se resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1836/2019, en el que se recurre la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 873/2019, de 18 febrero, (rec. 1709/2018), en contraposición con el pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 2047/2016, de 26 septiembre, (rec. 824/2016).

El ministerio Fiscal se alinea con el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre la aplicación del artículo 256.7 de la LGSS de 2015, que excluye la integración de lagunas para calcular la base reguladora de una prestación de incapacidad permanente cuando los períodos a integrar vienen precedidos de actividad en el sector agrario con el correspondiente encuadramiento en el Régimen Especial Agrario o en el Sistema Especial Agrario (a partir de 01/01/2012), sin que se diferencie entre la prestación en el Régimen General o en el especial.

5. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

La controversia se suscita en relación con el derecho a que, para el cálculo de la base reguladora de la pensión de Incapacidad Permanente Total, derivada de contingencias comunes, la persona trabajadora que ha cotizado en el Régimen Especial Agrario o en el Sistema Especial Agrario y, a su vez, en el Régimen General en el que se le reconoce la pensión, se le integre con bases mínimas las lagunas de cotización existentes dentro del período de cálculo de la base reguladora, entre enero de 2012 y diciembre de 2016.

La sentencia de contraste razona que, aunque la pensión se haya causado en el Régimen General, no se aplican las normas sobre integración de lagunas del artículo 140.4 LGSS de 1994, actualmente el artículo 197.4 de la LGSS de 2015, porque el texto literal del artículo 6.6 de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, es claro y prohíbe esa integración *"cualquiera que sea el régimen competente para resolver",* desestimando en suma la pretensión.

Cuando en la sentencia de contraste se afirma que se prohíbe esa integración *"cualquiera que sea el régimen competente para resolver",* no se fundamenta en ninguna norma, ni en el artículo 6.6 de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, ni en el vigente artículo 256.7 de la LGSS de 2015 se contempla tal aseveración, la norma solo hace referencia a las pensiones de Incapacidad Permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación causadas por los trabajadores agrarios por cuenta ajena, por lo que debe entenderse que se refiere solo a los casos en que la pensión se reconoce estando la persona trabajadora en alta en este este Sistema Especial en el momento del hecho causante.

En la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 873/2019, de 18 febrero, al igual que se fundamentaba en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 2080/2018, de 10 diciembre, resuelve que el artículo 6.6 de la Ley 28/2011 (recogido en el vigente artículo 256.7 de la Ley General de la Seguridad Social de 2015) regula una especialidad de la acción protectora dentro del Sistema Especial y que, por tanto, solamente se aplica cuando la acción protectora es dispensada dentro del indicado Sistema Especial. En consecuencia, si la prestación se causa exclusivamente dentro del Régimen General la indicada norma no resulta por ello de aplicación, integrándose entonces con bases mínimas las posibles lagunas de cotización.

En la citada Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 444/2022, de 17 mayo, se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, confirmando la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 18 de febrero de 2019, fundamentando que el legislador ha diseñado un sistema especial inserto dentro del Régimen General de la Seguridad Social con el objetivo de proporcionarle una protección similar, pero con una serie de peculiaridades o particularidades, como es la inaplicabilidad de la integración de bases mínimas. Sin embargo, entiende el alto tribunal que, cuando la pensión se causa en el Régimen General, no da entrada a la singularidad cuestionada que excluye la aplicación de la integración de lagunas para el cálculo de la base reguladora en relación con las pensiones de Incapacidad Permanente causadas por los trabajadores del Sistema Especial, argumentando que el citado artículo 256 de la LGSS de 2015 se ubica en el capítulo destinado a la regulación de aquel Sistema Especial; sin embargo, el trabajador había dejado de estar encuadrado en el mismo, estando de alta en el Régimen General al tiempo de la solicitud y del hecho causante de la Incapacidad Permanente, encuadramiento que, según el Tribunal Supremo, determinaba inexorablemente la cobertura del artículo 197.4 de la LGSS de 2015 en toda su dimensión.

En la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 18 febrero, se plantea también la cuestión de la regulación del cómputo recíproco de cotizaciones para resolver la controversia, cuestión que el Tribunal Supremo no entra a analizar, ni se apoya para su fundamentación, aunque es de interés su análisis.

Debe tenerse en cuenta la regulación del cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social y, en concreto, el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto[27], que en su artículo 35 estableció que, cuando un trabajador tenga acreditados, sucesiva o alternativamente, períodos de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social o en los Regímenes Especiales Agrario, de Trabajadores Ferroviarios, de la Minería del Carbón, del Servicio Doméstico, de los Trabajadores del Mar de los Artistas y en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos, dichos períodos o los que sean asimilados a ellos serán totalizados, siempre que no se superpongan para la adquisición, mantenimiento o recuperación del derecho a la prestación, con inclusión expresa de las pensiones de invalidez (actualmente, incapacidad permanente), siendo de aplicación las normas de la Entidad gestora que reconoce la pensión, según se regula en este artículo.

[27] 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. BOE núm. 221, de 15/09/1970.

Posteriormente, en el artículo 68 del Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social[28] se reguló la aplicación del cómputo recíproco de períodos de cotización acreditados sucesiva o alternativamente en el Régimen General de la Seguridad Social y en el Régimen Especial Agrario, también con expresa referencia a pensiones de incapacidad permanente y con la previsión (de forma similar a la que se hacía en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto) de que la pensión sería reconocida, «según sus propias normas», por la Entidad Gestora del Régimen donde el trabajador estuviese cotizando al tiempo de solicitar la prestación, teniendo en cuenta la totalización de períodos cotizados, siempre que no se superpusieran para la adquisición, mantenimiento o recuperación del derecho a la prestación. Si no reuniera los requisitos en el Régimen donde el trabajador estuviese cotizando al tiempo de solicitar la prestación causará derecho a la pensión en el que hubiese cotizado anteriormente, siempre que en el mismo reuniera los requisitos, y si no los hubiese reunido en ninguno de ambos Regímenes, computadas separadamente las cotizaciones a ellos efectuadas, podrían sumarse a tal efecto las cotizaciones efectuadas a ambos Regímenes, en cuyo caso se otorgaría la pensión por el Régimen en que tuviera acreditado mayor número de cotizaciones.

Teniendo en cuenta esta regulación, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 18 febrero, se entiende que para resolverse tal caso sigue vigente el artículo 68 del Decreto 3772/1972, Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, que establece claramente que, una vez determinado el Régimen aplicable para causar la pensión, esta será reconocida «según sus propias normas». Por tanto, si la pensión es causada en el Régimen General, para su cálculo se aplican las normas propias de éste y no las del Sistema Especial, mientras que si la pensión se causa en el Sistema Especial será de aplicación la especialidad propia de éste, que excluye la aplicación de la integración de lagunas para el cálculo de la base reguladora, respecto de los periodos cotizados en este Sistema Especial.

6. CONCLUSIONES

De acuerdo con el apartado 7 del artículo 256 de la LGSS de 2015, para el cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente causadas por los trabajadores agrarios por cuenta ajena se excluye la aplicación de la integración de las lagunas de cotización, por lo que solo se computan los períodos realmente cotizados para el cálculo de la base reguladora de la prestación. Ahora bien, si la persona trabajadora cuenta también con períodos de cotización acreditados sucesiva o alternativamente en el Régimen General y se le reconoce la pensión en este Régimen General, por ser en este en el que ha estado en alta en el momento del hecho causante, siempre que cumpla con los requisitos para el reconocimiento, o por ser el Régimen en que se cumplen los requisitos cuando la persona trabajadora no cumple los requisitos en el Sistema Especial que está en alta en el momento del hecho causante o cuando es en el Régimen General en el que se tiene acreditado un mayor número de cotizaciones, en el caso de que separadamente no se cumpla los requisitos en ninguno, no se podrá entender que la persona causante de la pensión sea un trabajador/a agrario/a, aunque en un momento anterior lo fuera, puesto que las normas para el reconocimiento serán las del Régimen General, en aplicación de las normas de cómputo recíproco.

En sentido contrario, y aunque este no se ha suscitado en la sentencia comentada, según la dicción literal de este apartado 7 del artículo 256 de la LGSS de 2015, si se genera la prestación desde el Sistema Especial como trabajador/a agrario/a, para el cálculo de la base reguladora de la pensión solo se tendrán en cuenta los períodos realmente cotizados en este Sistema Especial, aunque si se ha cotizado también en el Régimen General las posibles lagunas de cotización tras el encuadramiento en este Régimen General se deberán integrar con bases mínimas, puesto que en aplicación de las especialidades en la regulación de los trabajadores por cuenta ajena agrarios solo excluye la integración de lagunas respecto de los periodos cotizados en el Sistema Especial Agrario.

[28] Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. BOE núm. 43, de 19/02/1973.

Por otro lado, se ha planteado en alguna ocasión si la integración de las lagunas de cotización es el instrumento más idóneo para cubrir las lagunas de cotización[29] y, así, no ver reducida la base reguladora de la prestación y, a su vez, cumplir con los principios de contributividad y proporcionalidad que, entre otros, son característicos de la modalidad contributiva de prestaciones económicas de la Seguridad Social.

No obstante, la integración de las lagunas es una ficción jurídica destinada a minimizar los efectos negativos que puedan suponer los períodos de inactividad a la hora de calcular una determinada prestación[30], por lo que si no es este el sistema más idóneo habría que optar por otro que garantizara que en todo el período no existan lagunas de cotización, como podría ser integrarlas con bases de cotización existentes en la vida laboral de la persona trabajadora. En todo caso, no parece justificable que existan trabajadores que se les excluya del derecho a la integración de las lagunas de cotización, como puede ser el caso de los trabajadores afiliados en el Régimen Especial Agrario o en el Sistema Especial Agrario Trabajadores Agrarios o en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, cuando podrían integrarse las posibles lagunas de cotización con bases de cotización reales, aunque fueran anteriores al período de cálculo de la pensión.

7. BIBLIOGRAFÍA

Ballester Pastor, M.A. *El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de seguridad social*. Ed. La Ley, Madrid: 2007.

Barrios Baudor, G.L. "Integración de lagunas de cotización en los supuestos de prestación de servicios a tiempo parcial". VV.AA. *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social, Tomo XXXVI: (2015-2018)*. Sánchez Trigueros, C. (coord.), *Arias Domínguez, A.* (dir.); Alonso Olea, M. (dir.); Montoya Melgar, A. (dir.); Sempere Navarro, A.V. (dir.). Ed. Aranzadi Thomson Reuters: Civitas 2019, pp. 219-231.

Casas Baamonde, M.E. "Integración de lagunas de cotización y trabajo a tiempo parcial ocasional. Constitución y ley trabajo a tiempo parcial accidental y minoración de las pensiones contributivas de incapacidad permanente y jubilación. ATS 5280/2012. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Auto de 26 de abril de 2012. Ponente: Aurelio Desdentado Bonete". *Revista de derecho de la seguridad social*. Laborum, Nº. Extra-2021 (In memoriam a don Aurelio Desdentado Bonete), pp. 47-63.

Escalante Zabala, R. "La gran injusticia de las lagunas de cotización en las bases reguladoras de las pensiones". *Diario LA LEY,* Nº. 9132, de 5 de febrero 2018, Editorial Wolters Kluwer. Tribuna.

[29] *Vid.* Panizo Robles, J.A. "Las lagunas de cotización en los contratos a tiempo parcial (STC de 25 de septiembre de 2014)". *Revista de información laboral*, Nº. 9, 2014, p. 123; y García Ninet, J. I.; Burriel Rodríguez-Diosdado, P. "Integración de lagunas de cotización y trabajadores a tiempo parcial". VV.AA. *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*. Gárate Castro, F. J. (dir.); Maneiro Vázquez, Y. (dir.); Miranda Boto, J. M. (ed. lit.); Gil Otero, L. (ed. lit.). Ed. Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, p. 701.

[30] *Vid.* STC 156/2014, de 25 de septiembre de 2014. Cuestión de inconstitucionalidad 3361-2012. BOE núm. 262, de 29 de octubre de 2014, p. 18; y Fernández Domínguez, J. J. "Integración de lagunas de cotización en los contratos a tiempo parcial (STC 151/2014, de 25 de septiembre, RTC/2014/151)". *Revista de derecho de la seguridad social*. Laborum, Nº. 2, 2015, p. 124.

Faustino Cavas Martínez, F.; Rodríguez Iniesta, G.; Fernández Orrico, F.J. "Coordinación de las carreras de seguro en el Reta y en otros Regímenes de la Seguridad Social". VV.AA. *Tratado del trabajo autónomo*. Barrios Baudor, G.L. (coord.). Aranzadi Thomson Reuters, 2009.

Fernández Domínguez, J.J. "Integración de lagunas de cotización en los contratos a tiempo parcial (STC 151/2014, de 25 de septiembre, RTC/2014/151)". *Revista de derecho de la seguridad social*. Laborum, Nº. 2, 2015, pp. 107-128.

Gallego Moya, F. "La cotización durante los períodos intermedios en el trabajo fijo discontinuo". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 51, 2018, pp. 234-252.

García Ninet, J.I.; Burriel Rodríguez-Diosdado, P. "Integración de lagunas de cotización y trabajadores a tiempo parcial". VV.AA. *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*. Gárate Castro, F.J. (dir.); Maneiro Vázquez, Y. (dir.); Miranda Boto, J. M. (*ed. lit.*); Gil Otero, L. (*ed. lit.*). Ed. Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, pp. 695-702.

Martínez Moreno, C. "La Seguridad Social de los trabajadores autónomos en la jurisprudencia". *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Nº. 144, 2019, pp. 213-238.

Monereo Pérez, J.L. "Proceso de convergencia e integración de los regímenes de Seguridad Social: significación y aspectos críticos". *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 112, 2011 (Ejemplar dedicado a: Reformas en materia de Protección Social), pp. 91-132.

Panizo Robles, J.A. "Las lagunas de cotización en los contratos a tiempo parcial (STC de 25 de septiembre de 2014)". *Revista de información laboral*, Nº. 9, 2014, pp. 99-124.

Panizo Robles, J.A. "Cotización. Las lagunas de cotización en los contratos a tiempo parcial (STC de 25 de septiembre de 2014)". VV.AA. *Jurisprudencia laboral práctica 2015 jurisprudencia, negociación colectiva y estudios sobre el mercado de trabajo*. Ed. Cizur Menor (Navarra): Lex Nova-Thomson Reuters, 2015, pp. 231-234.

Piñeyroa De La Fuente, A.J. "Cómputo recíproco de cotizaciones del sistema español de Seguridad Social". *Revista de trabajo y Seguridad Social*, Nº. 8, 1992, pp. 189-210.

Rodríguez-Rico Roldán, V. "Integración de lagunas de cotización en el trabajo a tiempo parcial y discriminación indirecta basada en el sexo". VV.AA. *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*. Serrano Falcón, C. (coord.); Moya Amador, R. (dir.); Casas Baamonde, M.E. (pr.). Ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, pp. 473-480.

nº 32 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Accidente "*in itinere*" y "acto de servicio" en la ley de clases pasivas (comentario a la STS (C-A), n º 335/2022)

"In itinere" and "act of service" accidents in the law on passive classes (commentary on STS (C-A), no. 335/2022)

Aurelia Carrillo López
Doctora en Derecho
PhD de la Universidad Internacional de La Rioja
Fiscal sustituta en TSJ de Murcia
https://orcid.org/0000-0003-3299-6378

Cita Sugerida: CARRILLO LÓPEZ, A.: «Accidente "in itinere" y "acto de servicio" en la ley de clases pasivas (comentario a la STS (C-A), n º 335/2022)», *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 32 (2022): 107-117

Resumen

La última jurisprudencia del Tribunal Supremo declara que la incapacidad permanente para el servicio, derivada de accidente de tráfico sufrido por un funcionario público al realizar el desplazamiento para ir o al volver del centro de trabajo, puede considerarse como incapacidad producida "como consecuencia del servicio" a los efectos de la obtención de pensión extraordinaria regulada en el artículo 47.2 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

Abstract

The latest case law of the Supreme Court declares that permanent incapacity for service suffered as a result of a traffic accident sustained by a civil servant when travelling to or from work can be considered as incapacity "as a consequence of service" for the purposes of obtaining the extraordinary pension regulated in article 47.2 of the Consolidated Text of the State Pensioners' Pension Act.

1. INTRODUCCIÓN

La delimitación de la competencia del orden jurisdiccional social en el ámbito material de la Seguridad Social es una cuestión compleja, no se trata de una simple cuestión formal, ya que la atribución de una materia a uno u otro orden jurisdiccional condiciona el resultado final, pues todas las cuestiones procesales son manifestaciones de normas sustantivas a las que van esencialmente ligadas, trascendiendo del plano formal al material. Las normas procesales de Derecho Laboral atienden a principios específicos y responden al mismo fin que las reglas materiales sobre la prestación de trabajo y su protección como esencia del Derecho del Trabajo. Por el contrario, el orden contencioso-administrativo conoce del Derecho Administrativo, creado fundamentalmente en interés de la cosa pública que surge como un ordenamiento dirigido a un tipo específico de sujetos, las Administraciones Públicas, con sus peculiares características especialmente poderosas frente al ciudadano, y asumiendo el servicio de los intereses generales de acuerdo con el principio de eficacia (art. 103.1 de la Constitución).

La presunción de competencia propia del orden social se dirige a toda la materia laboral y de Seguridad Social conforme con la finalidad y alcance de la protección del económicamente débil, y trasciende a la relación contractual en su vertiente individual o colectiva. Así, las prestaciones de la Seguridad Social cuentan con una indudable *vis attractiva* a favor de los tribunales laborales, por ello cuando materias fundamentales, como puede ser la calificación de los riesgos sociales, quedan extramuros de la jurisdicción social, los resultados pueden resultar extraños para la esencia de la rama social del Derecho, y más aún si se trata de una cuestión de amplia construcción jurisprudencial, como

Fecha Recepción: 25/7/2022 - Fecha Revisión: 13/10/2022 - Fecha Aceptación: 14/10/2022
Pags. 107-117

es el caso del accidente de trabajo[1]. Esta diferente respuesta en función del orden jurisdiccional que califica un suceso como accidente de trabajo es la cuestión que se va a examinar en estas páginas.

2. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

La sentencia objeto de análisis ha sido dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 16 de marzo de 2022, núm. 335/2022 en recurso de casación 3158/2020, (Ponente Dª Maria del Pilar Teso Gamela), contra la sentencia de 22 de enero de 2020, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (recurso de apelación núm. 158/2019), interpuesto contra la sentencia de 5 de julio de 2019, del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de la Audiencia Nacional (procedimiento abreviado núm. 116/2018).

A) Exposición cronológica de los hechos

Primero: El día 1 de abril de 2014, Dª Otilia, soldado MPTM del Ejército de Tierra, sufrió un accidente de tráfico mientras iba del trabajo a su domicilio, siendo diagnosticada de *"policontusión con latigazo cervical, omalgíabilateral y contusión dorsolumbar".*

Segundo: En fecha 26 de marzo de 2018, el Subsecretario de Defensa declaró la insuficiencia de condiciones psicofísicas, ajena a acto de servicio, a pesar de que dichas patologías son de etiología degenerativa y traumática, y guardan relación causal con el accidente. Y que, aunque se admitiera que el accidente en el que se sufrieron las lesiones incapacitantes fuera *in itinere*, para nada puede considerarse que tuviera lugar en "acto de servicio", pues el accidente no tuvo lugar con ocasión de la prestación del servicio, sino una vez finalizada su jornada laboral y no estaba desempeñando sus funciones. Se aprecia la ausencia de una relación directa causa-efecto entre el accidente sufrido y la prestación del servicio. Además, la presunción *iuris tantum* de acto de servicio contenida en el apartado 4 del artículo 47 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas, (añadido por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre), sólo abarca los supuestos en los que "la incapacidad permanente o el fallecimiento del funcionario hayan acaecido en el lugar y tiempo de trabajo", sin que exista una presunción similar para los accidentes *in itinere*" [2].

A continuación, Dª Otilia interpuso recurso de reposición solicitando la nulidad de la resolución de fecha 26 de marzo de 2018, que fue desestimado (26 de julio de 2018).

Tercero: Interpuesto por la actora recurso contencioso administrativo (núm. 116/18), el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Madrid dicto sentencia de fecha 5 de julio de 2019 acordando la insuficiencia de condiciones psicofísicas, ajena a acto de servicio, de la soldado MPTM del Ejército de Tierra, Dª Otilia.

La sentencia, siguiendo el tradicional criterio de la jurisprudencia del TS, establece que por accidente no hay que entender sólo la acción súbita o violenta de un agente exterior, sino también determinadas enfermedades cuando se dan mediante manifestación ostensible, en cuanto exista en su producción una relación de causalidad. Pero, además de producirse por accidente o enfermedad, se requiere que éstos sucedan en "acto de servicio" o "como consecuencia" del mismo, introduciendo la norma un requisito objetivo que suceda según el previsible y normal curso de los actos específicos propios de una profesión ; o que el hecho dañoso sea debido a un concreto riesgo característico y dominante que por sí y nada más que por ejercer aquella actividad, su práctica está abocada a sufrir el daño (consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado).

[1] *Vid.* Torrente Gari, S.: "Acto de servicio y accidente de trabajo; una perspectiva jurisprudencial", *Revista de Derecho Social* (Ed. Bomarzo) N.º 27, 2004.

[2] Siguiendo el criterio de las sentencia de la AN, entre otras SAN, sección 5ª, de fecha 2 de octubre de 2019, rec. 79/2019.

Cuarto: En fecha 16 de marzo de 22 de enero de 2020, la Audiencia Nacional dicto sentencia desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto, al entender que el concepto de "accidente en acto de servicio" que regula la normativa del Mutualismo administrativo, por remisión a la legislación de Seguridad Social (art. 59.2º del Reglamento de Mutualismo), no es aplicable en el ámbito de la legislación de clases pasivas, que exige que el accidente se produzca como consecuencia del riesgo asumido en el ejercicio de las funciones propias del puesto[3].

En cuanto a la argumentación jurídica de la sentencia, sigue el criterio de esta Sección en la interpretación y aplicación del artículo 47.2 de la Ley de Clases Pasivas del Estado[4], que requiere para que se dé el concepto jurídico de "acto de servicio", que exista "relación directa" entre la patología incapacitante y el servicio, lo que en caso de enfermedad causante de la inutilidad ésta deberá constar como adquirida directamente en acto de servicio o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado, es decir, que la guardia civil, en este supuesto, se inutilice en acto de servicio, o con ocasión y consecuencia del mismo, y que el evento determinante del hecho sea accidente o riesgo específico del cargo, no por el mero desempeño.

B) Posición de las partes en el recurso de casación

- La parte actora, en su recurso de casación (18 de junio de 2021), solicita que se le reconozca que la declaración dé insuficiencia de condiciones psicofísicas para la profesión militar guarda relación de causa-efecto con las actividades del servicio y que el grado de discapacidad que le afecta es del 48 %.

- Por la otra parte, el Abogado del Estado en su escrito (27 de julio de 2021) solicita se dicte sentencia desestimando el recurso de casación al considerar que el accidente no ocurrió en acto de servicio.

C) Parte dispositiva de la sentencia

Con fecha 16 de marzo de 2022, la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Secc. 4ª, Sentencia nº 335/2022 (Pnte: María del Pilar Teso Gamella), acuerda:

1.- Estimar los recursos de casación y de apelación y estimar en parte el recurso contencioso administrativo, pues respecto de la cuestión de interés casacional se entiende que dicho accidente ha tenido lugar en acto de servicio *in itinere,* con las consecuencias que comporta a tenor de la citada jurisprudencia.

2.- Y desestimar el recurso contencioso administrativo en lo demás, pues no procede acceder a la declaración que pretende la recurrente sobre el grado de discapacidad en el 48% que solicita a los efectos de la posterior traducción económica, toda vez que dicha pretensión deberá ejercitarse al impugnar la resolución sobre el reconocimiento de los derechos pasivos, que se adopte tras la fijación del grado de discapacidad. Teniendo en cuenta que donde procede hacer la determinación del derecho a pensión o indemnización correspondiente es en el expediente de clases pasivas, y es donde puede cuestionarse el grado de discapacidad establecido.

D) La identificación del interés casacional

El interés casacional del presente recurso de casación ha quedado fijado en las siguientes cuestiones[5]:

[3] La sentencia sigue el criterio establecido, entre otras, en las sentencias de la AN de 8 de noviembre de 2018 (rec. nº 156/2017) y de 12 de junio de 2019 (rec. 150/2018).

[4] Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril que aprueba el texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas

[5] Según consta en el Auto del TS, Sala Tercera, Sección Primera de fecha de 29 de abril de 2021.

1.- si el artículo 47.2 de la Ley de Clases Pasivas puede ser interpretado en el sentido de que el accidente *in itinere* se debe de considerar como consecuencia del servicio a efectos de percibir pensión extraordinaria por declararse la inutilidad permanente para el servicio".

2.- se identifican como normas jurídicas que serán objeto de interpretación, el artículo 47.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/87 de30 de abril. Ello sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90. 4º de la LJCA.

La cuestión de interés casacional que determinó la admisión de este presente recurso, como hemos dicho anteriormente ya ha sido resuelta en sentencias de 21 de junio de 2021[6] y de 24 de junio de 2021[7] , por lo que lógicamente debe seguirse el criterio adoptado, tanto por igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 de la CE), por seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE), como por coherencia en la jurisprudencia.

En la sentencia de 21 de junio de 2021, un funcionario de prisiones sufre un accidente incapacitante durante el desplazamiento desde su domicilio al Centro Penitenciario de Daroca (Zaragoza), para hacerse cargo del servicio asignado en el turno de tarde el 14 de octubre de 2010. La Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas rechazó que el accidente se produjera en acto de servicio. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Económico Administrativo Central. Y en la sentencia de 24 de junio de 2021, una guardia civil sufrió un accidente de tráfico el 11 de junio de 2014 cuando se dirigía desde su domicilio habitual a su destino en la Comandancia de la Guardia Civil de Tarragona. El Ministerio de Defensa declaró su incapacidad permanente, por insuficiencia de condiciones psicofísicas, ajena a acto de servicio. Un juzgado Contencioso-Administrativo y la Audiencia Nacional confirmaron esta decisión. El Tribunal Supremo anuló las decisiones judiciales y administrativas adoptadas en ambos casos y fijó como doctrina que "la incapacidad permanente para el servicio derivada de accidente de tráfico sufrido por un funcionario público al realizar el desplazamiento para ir o al volver del centro de trabajo, puede considerarse como incapacidad producida como consecuencia del servicio, a los efectos de la obtención de pensión extraordinaria regulada en el artículo 47.2º del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado".

En concreto, la sentencia de 24 de junio de 2021[8] resuelve una cuestión de interés casacional muy parecida, solo se diferencia en el supuesto de hecho donde se solicita la fijación de la pensión extraordinaria, sin embargo en el recuso objeto de estudio no se solicita la fijación de la pensión extraordinaria, ya que el acto administrativo impugnado no fija, ni deniega, ninguna pensión en aplicación de la normativa de clases pasivas, sino que se limitó a declarar *"su insuficiencia de condiciones psicofísicas ajena a acto de servicio*".

En definitiva, respecto de la cuestión de interés casacional sobre accidente en acto de servicio, la sentencia que analizamos se remite a las anteriores sobre aquellos ocurridos *in itinere*[9], aunque se referían también a la denegación de la pensión extraordinaria, pero no cabe se pronuncien sobre el grado de discapacidad que es la otra pretensión que ahora pide la recurrente para que declaren es del 48%, pues la fijación de dicho grado no se establece en la resolución administrativa originariamente impugnada a los efectos económicos correspondientes.

Hay que tener en cuenta que la redacción aplicable del artículo 47.2 cuando se produjeron los hechos fue modificada por la disposición final 1.10 del Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril y que la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 111/2021, de 13 de mayo, ha declarado inconstitucional la disposición final 1. No obstante, aunque nada dispone el fallo al respecto, el fundamento de esta

[6] Recurso de casación n.º 7791/2019.

[7] Recurso de casación 5335/2019.

[8] *Vid.* Sempere Navarro, A.V.: "El accidente *in itinere* como contingencia laboral para Clases Pasivas", *Revista de Jurisprudencia Laboral, N.º* 6, 2021.

[9] STS de 21 de junio de 2021, rec. n.º 7791/2019 y de 24 de junio de 2021, recurso de casación n.º 5335/2019.

sentencia dice que, es procedente disponer una excepción a la nulidad inmediata (que de acuerdo con el art. 39.1º LOTC, sigue a un pronunciamiento de inconstitucionalidad), para atender adecuadamente a otros valores con trascendencia constitucional, como lo son en este caso los derechos de los beneficiarios de las prestaciones del régimen de clases pasivas. Estos podrían experimentar un perjuicio si las disposiciones del Real Decreto-Ley15/2020 declaradas inconstitucionales fueran asimismo anuladas de forma inmediata, por el vacío normativo que se produciría en cuanto a la gestión de ese régimen especial de seguridad social.

Por tanto, la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad debe quedar en este caso diferida hasta el 1 de enero de 2022, a fin de que antes de que expire ese plazo se pueda sustituir la regulación declarada inconstitucional y nula (por incumplimiento del presupuesto habilitante del art. 86.1 CE) por la regulación legal pertinente". Ahora bien, esta circunstancia no tiene relevancia para el presente litigio ya que la redacción que ese Real Decreto-Ley da al artículo 47.2 no altera lo que ya venía diciendo en el punto que nos interesa.

Así, antes de su modificación, el artículo 47 decía que, dará origen a pensión extraordinaria de jubilación o retiro la incapacidad permanente para el servido o inutilidad del personal comprendido en este capítulo, entendida esta incapacidad en los términos expuestos en la letra c) del número 2 del precedente artículo 28, siempre que la misma se produzca, sea por accidente o enfermedad, en acto de servicio o como consecuencia del mismo. En caso de la enfermedad causante de la inutilidad, ésta deberá constar como adquirida directamente en acto de servicio o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado. Y dicho personal, en cuanto se incapacite o inutilice en acto de servicio o como consecuencia de este, será declarado jubilado o retirado. La jubilación o retiro se declarará por los organismos y Entidades mencionados en el precedente artículo 28, número 3, siendo de la competencia exclusiva de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas y del Consejo Supremo de Justicia Militar la concesión o no de pensión extraordinaria.

Y el texto del artículo 47.2 según el Real Decreto-Ley 15/2020 establece que dará origen a pensión extraordinaria de jubilación o retiro la incapacidad permanente para el servicio o inutilidad del personal comprendido en este capítulo, entendida esta incapacidad en los términos expuestos en el artículo 28.2.c), siempre que la misma se produzca, sea por accidente o enfermedad, en acto de servicio o como consecuencia de este. En caso de la enfermedad causante de la inutilidad, esta deberá constar como adquirida directamente en acto de servicio o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado. En todo caso, dicho personal, en cuanto se incapacite o inutilice en acto de servicio o como consecuencia de este, será declarado jubilado o retirado. La jubilación o retiro se declarará por los organismos y entidades mencionados en el precedente artículo 28.3, siendo de la competencia exclusiva del Instituto Nacional de la Seguridad Social la concesión o no de pensión extraordinaria. Todo ello sin perjuicio de la competencia que tiene el Ministerio de Defensa en la determinación de la naturaleza de acto de servicio".

La única diferencia se encuentra en la manera de referirse a los apartados del artículo 28 que menciona y en el órgano competente para declarar la jubilación o retiro, pero permanece invariable la condición de que el accidente se produzca en acto de servicio o como consecuencia del mismo. Y es sobre esa condición sobre la que se ha apreciado el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia determinante de la admisión de este recurso y sobre la quiere que el TS se pronuncie en la sentencia objeto de análisis.

Puesto que el accidente se produjo en el camino al trabajo y que no se discute que la Sra. Otilia no estaba en ese momento realizando el servicio que le correspondía, todo se reduce a saber si se puede considerar, tal como defiende la recurrente, que el accidente *in itinere* fue consecuencia del servicio. Y a pesar de que la sentencia impugnada y el escrito de oposición del Abogado del Estado parecen entender que la condición es única, la interpretación que, ajustada al sentido de las palabras utilizadas por el legislador, el contexto normativo en que se encuadra el precepto y la finalidad que

persigue, es la defendida por la demandante. Son dos, los supuestos de accidente que en el artículo 47.2 fundamentan la pensión extraordinaria: el que se produce "en acto de servicio" y el que se produce "como consecuencia" del mismo.

Este último puede entenderse como el que resulta del acto de servicio, pero también como el que es consecuencia del propio servicio. El Abogado del Estado y, antes, la Audiencia Nacional han defendido que a lo que se refiere el precepto es, que la consecuencia ha de ser del acto de servicio, pero ese sentido no es lógico porque viene a confundir el presupuesto con el efecto derivado de él. La expresión utilizada, asentada en la legislación de Clases Pasivas del Estado, admite la identificación de las dos variantes de la condición a las que nos hemos referido.

El Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, en su artículo 59 confirma el criterio anterior, diciendo que[10]:

1. Se entenderá por accidente en acto de servicio aquél que se produzca con ocasión o como consecuencia de las actividades propias de la prestación del servicio a la Administración.

2. Para la determinación de los supuestos que en este régimen especial tendrán la consideración de accidente en acto de servicio o como consecuencia de él, y para las presunciones aplicables al respecto, se estará a lo dispuesto en el Régimen General de la Seguridad Social acerca del concepto de accidente de trabajo, sin perjuicio de las peculiaridades propias que resulten aplicables derivadas de la prestación del servicio público".

La Orden APU/3554/2006, de 7 de noviembre, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento de los derechos derivados de enfermedad profesional y accidente en acto de servicio en el ámbito del mutualismo administrativo gestionado por MUFACE, aplica el mismo concepto en su artículo 1 d).

La importancia que presentan para el asunto que nos ocupa el artículo 59 del Reglamento y el artículo 1 d) de esta Orden reside en que su apartado 2º remite el Régimen General de la Seguridad Social para determinar qué supuestos "tendrán la consideración de accidente en acto de servicio o como consecuencia de él". Hay que recordar que este Reglamento General tiene por objeto el desarrollo y ejecución del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los funcionarios Civiles del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio. Pues bien, si acudimos a la legislación de la Seguridad Social, ya hemos visto que el artículo 156.2a) del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, al igual que hacía el artículo 115.2 a) del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994 incluyen expresamente entre los accidentes de trabajo, los que se producen en el trayecto que va desde el lugar de residencia al de trabajo en cualquiera de los dos sentidos. El accidente in itinere es un accidente de trabajo.

El apartado 4º del artículo 47.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado no altera la conclusión a la que hemos llegado ya que establece que se presumirá el "acto de servicio", salvo prueba en contrario, cuando la incapacidad permanente o el fallecimiento del funcionario hayan acaecido en el lugar y tiempo de trabajo, pero esta presunción legal *iuris tantum* no va más allá de los límites con los que está formulada. Presume el acto de servicio determinante de la incapacidad o del fallecimiento en razón de las indicadas circunstancias de tiempo y lugar. No obstante, no excluye otras idóneas para identificarlo ni se refiere a qué ha de entenderse por "consecuencia del servicio". Es un medio para facilitar la prueba de la causa de la incapacidad o del fallecimiento, pero no va más allá.

El Abogado del Estado señala la diferencia entre el Régimen de Clases Pasivas del Estado y el Régimen General de la Seguridad Social. Sin embargo, no resulta razonable que, para la Administración, si lo sufre un funcionario público sujeto al Régimen de Clases Pasivas el accidente *in itinere* no sea como consecuencia del servicio, mientras que, si se trata de un empleado público,

[10] Y en este sentido, la citada *Sentencia TS n.º 887/2021, de 21 de junio, Rec. n.º 7791/2019.*

vinculado por una relación laboral, sí se entienda que ha sido como consecuencia del mismo. La diferencia en la prestación a percibir en la que se apoya el Abogado del Estado para establecer si el accidente ha sido o no como consecuencia del servicio no justifica su posición. El extremo relevante no puede ser otro que el de la relación de ese accidente con el servicio y esta existirá o no con independencia de la cuantía del legislador y para ello es útil la referencia ofrecida por la legislación de la Seguridad Social.

El escrito de oposición niega que la sentencia impugnada confirme un trato discriminatorio para los funcionarios públicos en comparación con el personal laboral, precisamente por la diferencia en las prestaciones previstas en Clases Pasivas y en el Régimen General de la Seguridad Social.

En definitiva, el accidente sufrido por la Sra. Otilia fue consecuencia del servicio de manera que se estima su recurso de casación y se anula la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de la Audiencia Nacional y, también, se estima el recurso de apelación y anula la sentencia dictada por el Juzgado Central n.º 4 de lo Contencioso Administrativo estimando el recurso n.º 130/2018. Por todo ello, la respuesta a la cuestión de interés casacional debe ser, que el artículo 47.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, incluye el accidente *"in itinere"* producido en el trayecto desde el domicilio y el lugar de trabajo para incorporarse a éste o regresar a aquél, pues es consecuencia del servicio.

3. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

El concepto de accidente "*in itinere"* como categoría de accidente de trabajo ha ido evolucionando para adaptarse a los cambios sociales. Su origen jurisprudencial ha dotado a este concepto de una permeabilidad inhabitual en el ámbito jurídico en el que, en base a la imprescindible seguridad jurídica, los fenómenos sobre los que opera el Derecho terminan muy alejados de su regulación normativa[11]. El Derecho mata la sociología porque, frente a la mutabilidad de la sociedad, la seguridad jurídica exige conceptos jurídicos precisos[12].

Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, definió el concepto de accidente de trabajo como *"toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena"* (art. 1.1) e impuso al patrono la responsabilidad por los accidentes de trabajo que sufrieran sus operarios con motivo del ejercicio de la profesión que realizaran, salvo supuestos de fuerza mayor extraña al trabajo[13]. La imposición sobre el patrono de una responsabilidad objetiva en unos tiempos en los que las normas comunes del Código Civil exigían inexcusablemente la concurrencia y prueba de culpa (*culpa aquiliana*) constituyó un salto cualitativo fundamental para la configuración del sistema de seguridad social. Esta responsabilidad objetiva del patrono se fundamentó jurídicamente en el riesgo generado por la actividad empresarial, que se había visto incrementado notablemente respecto de aquéllos derivados de las actividades profesionales de tipo artesanal y en el contexto de la aparición de una nueva forma de prestación de servicios caracterizada por la dependencia jurídica y la ajenidad del trabajador[14].

Esta amplia interpretación de la relación de causalidad legal llevó a los tribunales laborales a entender que el accidente ocurrido en el trayecto de ida y vuelta entre el domicilio y el lugar de prestación de servicios debía quedar comprendido dentro de la acción protectora de carácter profesional, en el entendimiento de que el accidente no hubiera acontecido si el trabajador no hubiera ido a trabajar. Apareció así por medio de la jurisprudencia el accidente *in itinere,* que la Ley de Seguridad Social de

[11] *Vid.* Kahale Carrillo, D.T.: "Los requisitos configuradores del accidente de trabajo in itinere", *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* nº 278, 2006, pág. 143-152

[12] Alcala Zamora, N., et alt.: *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Comares, 1984

[13] Carrillo Lopez, A.: "La responsabilidad del tercero en el accidente de trabajo", *Revista Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, 2015, pag. 12 y ss.

[14] Vicente Palacio, A.: "Cambios sociales y accidente *in itinere*. Algunas cuestiones (de pasado y futuro)", *Jornadas sobre seguridad vial de los trabajadores*, celebradas en la Universidad de Valencia los días 30 y 31 de enero 2017.

1966 se encargó de sancionar legalmente. Ante la falta de desarrollo reglamentario, la posterior LGSS de 1974 suprimió la remisión y así se mantiene todavía en la vigente LGSS de 2015.

Esta falta de regulación reglamentaria tuvo que ser cubierta por la doctrina judicial y la jurisprudencia, quienes fueron delimitando los requisitos exigibles en relación con el tiempo invertido, el trayecto realizado y los medios de locomoción utilizados y siempre partiendo de la necesaria finalidad laboral del desplazamiento. Con el paso del tiempo, estos requisitos también han ido acomodándose a la realidad social[15], no solo en relación a la interpretación de cada uno de los elementos que configuran el concepto de accidente de trabajo sino que, de forma más general, los Tribunales han adoptado como criterio interpretativo genérico para expresar el comportamiento exigible del trabajador durante sus desplazamientos con ocasión del trabajo, siempre y cuando no determinen un incremento relevante del riesgo[16]. De esta manera, el accidente *in itinere* ha visto extendido su ámbito de aplicación alrededor de la relación de causalidad mediata[17].

En el ámbito de Clases Pasivas[18] la jurisprudencia contencioso-administrativa ha mantenido una interpretación muy restrictiva del concepto de "acto de servicio". El hecho de que una contingencia se considere producida en acto de servicio determina la calificación de la pensión que de ella se deriva como «extraordinaria» y, por tanto, un trato privilegiado en relación a las pensiones ordinarias.

El sistema de protección de Clases Pasivas exige una causalidad directa entre el fallecimiento o la incapacidad y el cumplimiento de los deberes propios de sus cargos[19], relación de causalidad directa que se mantiene en la regulación vigente[20] y que la jurisprudencia contencioso-administrativa ha interpretado tradicionalmente de forma muy restrictiva[21]. Además, en el ámbito de los Mutualismos administrativo[22] y judicial[23], que constituyen el segundo pilar de la seguridad social de los funcionarios

[15] Ruano Albertos, S.: "El accidente in itinere: el persistente esfuerzo de los tribunales en orden a la delimitación de su calificación", en AA.VV. "*Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al prof. García Ninet"*, Barcelona (Atelier), 2017, pp. 485-512.

[16] Kahale Carrillo, D.: "Los requisitos configuradores del accidente *in itienere*", *Revista de Trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos,* nº 278, 2006, pags. 143-152

[17] *Vid.* la *STS de 26 de diciembre de 2013, rec. 2315/2012 (Sala General),* consideró accidente *in itinere* el sufrido por un trabajador el domingo por la noche en el trayecto desde la localidad en la que está situado su domicilio familiar y el municipio en el que se ubica su residencia durante la semana laboral.

[18] Real Decreto de 22 de octubre de 1926, por el que se aprueba el Estatuto de Clases Pasivas del Estado

[19] Real Decreto-Ley de 22 de octubre de 1926, por el que se aprueba el Estatuto de Clases Pasivas.
Artículo 67: "Los empleados civiles, cualquiera que sea el tiempo de servicio que hubieran prestado, que falleciesen a consecuencia directa de actos realizados en el cumplimiento de los deberes propios de sus cargos o de comisiones que, en virtud de obediencia debida, se hallasen desempeñando, siempre que en el ejercicio de los dichos deberes y la causa de su muerte exista una indudable relación de causa a efecto (...)".

[20] Art. 47 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas, establece : "Dará origen a pensión extraordinaria de jubilación o retiro la incapacidad permanente para el servido o inutilidad del personal comprendido en este capítulo, entendida esta incapacidad en los términos expuestos en la letra c) del número 2 del precedente artículo 28, siempre que la misma se produzca, sea por accidente o enfermedad, en acto de servicio o como consecuencia del mismo. En caso de la enfermedad causante de la inutilidad, ésta deberá constar como adquirida directamente en acto de servicio o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado".

[21] En este sentido, *vid.* Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 16 de febrero de 2015, Rec. 22/14.

[22] Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo:
Artículo 59. Concepto de accidente en acto de servicio.
"1. Se entenderá por accidente en acto de servicio aquél que se produzca con ocasión o como consecuencia de las actividades propias de la prestación del servicio a la Administración.
2. Para la determinación de los supuestos que en este régimen especial tendrán la consideración de accidente en acto de servicio o como consecuencia de él, y para las presunciones aplicables al respecto, se estará a lo dispuesto en el Régimen General de la Seguridad Social acerca del concepto de accidente de trabajo, sin perjuicio de las peculiaridades propias que resulten aplicables derivadas de la prestación del servicio público."

[23] Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Mutualismo Judicial: *Artículo 57. Concepto de accidente en acto de servicio.*

civiles del Estado y de los funcionarios al servicio de la Administración de justicia, la relación de causalidad se define en la mismos términos que en el Régimen General y para la determinación de cuándo nos hallamos ante un acto de servicio su normativa reglamentaria incluso se remite expresamente al concepto previsto en el Régimen General. Con todo, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha negado expresamente que esa definición pueda aplicarse fuera del estricto ámbito en el que está previsto[24]. El hecho de que los funcionarios estén comprendidos en algunos casos en el Régimen General y en otros en Clases Pasivas determina una clara diferencia en su protección pues mientras a los primeros sí alcanza la caracterización profesional del accidente *in itinere*, los segundos están excluidos[25].

Son varias las causas que explican la amplia extensión del concepto del accidente *in itinere*, así pues, si en los primeros tiempos de aplicación de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 la catalogación como profesional de la contingencia suponía el acceso a una protección inexistente todavía para los riesgos comunes, en la actualidad no cabe duda que es el carácter privilegiado de las contingencias profesionales lo que justifica la aplicación extensiva del accidente *in itinere*: el mecanismo del alta presunta; el principio de automaticidad de las prestaciones profesionales; unas bases reguladoras superiores y, en algunos casos, también los porcentajes aplicables a estas; y prestaciones económicas adicionales, son todas razones de peso que inclinan la balanza a favor de la aplicación del principio "pro beneficiario" por parte de los tribunales del orden social.

Ninguna de estas causas concurre en el ámbito de la protección otorgada por el sistema de Clases Pasivas. En sus orígenes, el funcionario no quedaba privado de protección en el supuesto de que la contingencia no se considerara causada por acto de servicio pues esta calificación lo único que implicaba era que el haber regulador que sirve como referencia para el cálculo de la prestación económica se toma al 200% , frente al 100% de las ordinarias, siendo en ambos casos el mismo el sujeto responsable o entidad pagadora: la Hacienda Pública. Por tanto, en este caso la calificación como acto de servicio supone una mayor carga financiera que debe asumir la misma entidad responsable del pago de las prestaciones.

4. CONCLUSIONES

La protección de los funcionarios públicos frente a los riesgos profesionales ha sido diferente a la de los trabajadores por cuenta ajena sin que exista una razón jurídica suficiente, pues las diferencias que justifican la existencia un estatuto específico para los funcionarios públicos no debería comprender la diferente acepción de "acto de servicio".

Los argumentos que han podido fundamentar un tratamiento diferente, habría que atender en primer lugar, a la inexistencia de un precepto semejante al artículo 115 del TRLGSS en el Régimen especial. Este artículo, a lo largo del tiempo, ha ido recogiendo diferentes supuestos que el orden social calificaba como accidentes de trabajo. La simple mención de la relación de causalidad en el ordenamiento Administrativo debería haber sido suficiente para que procurase los máximos efectos tuitivos como ocurre en la jurisprudencia social.

1. Se entenderá por accidente en acto de servicio aquel que se produzca con ocasión o como consecuencia de las actividades propias de la prestación del servicio a la Administración.

2. En todo caso, para la determinación de los supuestos de accidentes en acto de servicio se estará a lo dispuesto en la regulación que, en materia de accidentes de trabajo, contempla el Régimen General de la Seguridad Social, sin perjuicio de las peculiaridades propias que resulten aplicables derivadas de la prestación del servicio público.

[24] En este sentido, SAN, Sala 3ª, de 13 de abril de 2015, Rec. 246/2014, la sentencia declara la improcedencia de la pensión extraordinaria por incapacidad permanente a un miembro de la Policía Nacional, las lesiones causadas en el accidente in itinere sufrido no todas tienen su origen en el accidente sufrido. Y también SAN de fecha 17 de febrero de 2014, Rec. 93/13, SAN de 9 de diciembre de 2013, Rec. 166/2012 y SAN de 10 de junio de 2013, Rec. 33/2012.

[25] *Vid.* Sánchez Reyero, D.: "Accidente in itinere y orden jurisdiccional competente", *Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal,* nº 22, 2008, pag. 3339 y ss.

En segundo lugar, la calificación del "acto de servicio" está residenciada en el orden contencioso en lugar de en el social. Esta jurisdicción, ajena a los principios de protección que inspiran a los jueces sociales, cuando no existía un reconocimiento jurídico expreso y ello ha supuesto limitar considerablemente la protección. Ahora, el reenvío expreso a la normativa del Régimen general debe entenderse hecho, igualmente, a la jurisprudencia elaborada en torno al artículo 115 TRLGSS, lo que impone un conocimiento específico de la misma, y una voluntad de protección del trabajador-funcionario ante determinados sucesos relacionados con su labor; más aún cuando hay funcionarios a quienes directamente se les aplica el artículo 115 y la calificación del riesgo es resuelta en el orden social. De ahí que debiera ser una competencia propia del orden social para no romper la uniformidad de la jurisprudencia en una noción que ha constituido el eje de la protección social, incidiendo en el carácter unitario de la Seguridad Social.

Hoy día, cualquier posible diferencia queda reflejada en la mención del artículo 59 RGMA[26] a las peculiaridades que resulten aplicables derivadas de la prestación de servicio público; incluyendo entre las mismas las referidas a las funciones representativas que existen en el marco de la función pública y las que surgen del riesgo específico del cargo.

En este caso, aunque no exista referencia semejante para los funcionarios protegidos por el Régimen general, el orden social encontrará el nexo causal necesario para la calificación como riesgo profesional de sucesos que merecen este tratamiento, pues es lo que ha estado haciendo durante años y cuenta con conocida experiencia.

La doctrina sentada por el orden contencioso, aplicando la legislación de Clases Pasivas, podía entenderse, ya que al no operar la presunción de laboralidad cuando se está en tiempo de desplazamiento por causa del trabajo para que la pensión pueda considerarse como extraordinaria, era necesario justificar que el accidente guarda relación con la prestación del servicio, por más que se tratase de un accidente *in itinere*. Estamos ante una situación similar a la que atravesó la Seguridad Social antes de que se positivara en la LGSS dicha categoría. Hubiera sido lógico y más sencillo que los órganos jurisdiccionales del orden contencioso hubieran considerado como accidente *in itinere,* los que surgen "con ocasión" de la prestación del servicio, pues no cabe duda de que el desplazamiento tiene ahí su única causa, ya que si no fuese al trabajo ese desplazamiento no se habría realizado.

Y con la jurisprudencia examinada de la Sala Tercera del TS, ocurre lo mismo que con el accidente *in itinere*, que a través de la jurisprudencia acabo incluido en el concepto general de accidente de trabajo (el acaecido "con ocasión o por consecuencia") a efectos de Seguridad Social[27].

5. BIBLIOGRAFÍA

Alcala Zamora, N., *et alt*: *Libro homenaje a Jaime Guap*, Comares, 1984.

Carrillo López, A.: "La responsabilidad del tercero en el accidente de trabajo", *Revista Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, 2015.

Gris González, J.C.: "El accidente in itinere y el Tribunal Supremo", *Revista española de derecho del trabajo*, nº 165, 2015.

[26] Artículo 59. Concepto de accidente en acto de servicio:
1. Se entenderá por accidente en acto de servicio aquél que se produzca con ocasión o como consecuencia de las actividades propias de la prestación del servicio a la Administración.
2. Para la determinación de los supuestos que en este régimen especial tendrán la consideración de accidente en acto de servicio o como consecuencia de él, y para las presunciones aplicables al respecto, se estará a lo dispuesto en el Régimen General de la Seguridad Social acerca del concepto de accidente de trabajo, sin perjuicio de las peculiaridades propias que resulten aplicables derivadas de la prestación del servicio público.

[27] Sempere Navarro, A.V.: "El accidente *in itinere* como contingencia laboral para Clases Pasivas", *Revista de Jurisprudencia Laboral, N.º 6,* 2021; Gris Gonzalez, J.C.: "El accidente in itinere y el Tribunal Supremo", *Revista española de derecho del trabajo*, nº 165, 2015, pág. 179 y ss.

Ibáñez Muñoz, J.I.: "El accidente *in itinere*, requisitos y jurisprudencia", *Revista Economist & Jurist,* nº 194, 2015.

Kahale Carrillo, D.: "Los requisitos configuradores del accidente *in itinere*", *Revista de Trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos,* nº 278, 2006, págs. 143-152.

Ruano Albertos, S.: "El accidente *in itinere*: el persistente esfuerzo de los tribunales en orden a la delimitación de su calificación", en AA.VV. *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al prof. García Ninet*, Barcelona (Atelier), 2017, pp. 485-512.

Sánchez Pérez, J.: *La configuración jurídica del accidente de trabajo*, Laborum, 2014.

Sánchez Reyero, D.: "Accidente *in itinere* y orden jurisdiccional competente", *Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº 22, 2008, pag. 3339 y ss.

Sempere Navarro, A.V.: "El accidente *in itinere* como contingencia laboral para Clases Pasivas", *Revista de Jurisprudencia Laboral, N.º 6,* 2021.

Sempere Navarro, A.V.: "Una reflexión crítica sobre el accidente *in itinere*", *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Aranzadi, 2007.

Torrente Gari, S.: "Acto de servicio y accidente de trabajo; una perspectiva jurisprudencial", *Revista de Derecho Social* , Bomarzo, N.º 27, 2004.

Vicente Palacio, A.: "Cambios sociales y accidente *in itinere*. Algunas cuestiones (de pasado y futuro)", *Jornadas sobre seguridad vial de los trabajadores*, celebradas en la Universidad de Valencia los días 30 y 31 de enero 2017.

nº 32 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La coexistencia del régimen comunitario aplicable a los familiares de ciudadanos de la unión y el derecho a la capitalización de la prestación por desempleo en el marco del retorno voluntario al país de origen. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 442/2022 (Sala de lo Social) de 17 de mayo de 2022

The combination of the Community scheme applicable to family members of EU citizens and the right to unemployment benefit capitalisation in the context of voluntary return to the country of origin. Commentary on Supreme Court Ruling 442/2022 (Social Division) of 17 May 2022

Fran Morenilla Belizón *Letrado.*
Colegiado núm. 3.209 Ilustre Colegio de Abogados de Almería

Cita Sugerida: MORENILLA BENIZÓN, F.: «La coexistencia del régimen comunitario aplicable a los familiares de ciudadanos de la unión y el derecho a la capitalización de la prestación por desempleo en el marco del retorno voluntario al país de origen. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 442/2022 (Sala de lo Social) de 17 de mayo de 2022», *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 32 (2022): 119-134

Resumen

En este estudio se analiza una decisión del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, a través de la cual se aborda la cuestión del acceso de los familiares de ciudadanos de la Unión, a los que les resulta de aplicación el régimen comunitario, al beneficio del pago único y anticipado de la prestación por desempleo para nacionales de terceros estados que se acogen a programas de retorno de voluntario al país de origen. Resulta especialmente interesante el estudio del Tribunal acerca del choque que se plantea entre los distintos bloques normativos referidos. Viene, por tanto, a resolver una situación en la práctica conflictiva en cuanto se refiere a la limitación al acceso al derecho a la capitalización de la prestación por desempleo de aquellas personas extranjeras que optan por el retorno voluntario a su país de origen.

Palabras clave

Capitalización; prestación por desempleo; retorno voluntario; régimen comunitario; libertad de circulación y residencia; renuncia

Abstract

This study analyses a decision of the Supreme Court, in a doctrine unification, which addresses the question of the access of family members of EU citizens, to whom the EU regime applies, to the benefit of the single and early payment of unemployment benefits for third-country nationals who benefit from voluntary return programmes to their country of origin. The Court's study of the conflict that arises between the different blocks of legislation referred to is particularly interesting. It therefore resolves a situation of conflict in terms of limiting access to the right to the unemployment benefit for those foreigners who opt for voluntary return to their country of origin.

Keywords

Capitalisation; unemployment benefit; voluntary return; community regime; freedom of movement and residence; renunciation

Fecha Recepción: 1/9/2022 - Fecha Revisión: 26/9/2022 - Fecha Aceptación: 27/9/2022
Pags. 119-134

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo número 442/2022, de 17 de mayo[1] aborda, en unificación de doctrina, la cuestión de la capitalización de la prestación por desempleo de una persona extranjera, nacional de Ecuador, que se encuentra en España en situación legal, como familiar de ciudadana de la Unión. Analiza, en contraste con la sentencia referencial[2], el posible choque entre el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen[3] (en adelante, RDL 4/2008) y el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo[4] (en adelante, RD 240/2007).

El asunto resulta especialmente interesante tras la lectura de las argumentaciones utilizadas por el Tribunal para resolver una problemática relacionada con la renuncia temporal al derecho a la libertad de circulación y residencia derivado de los tratados comunitarios, encuadrada en la regulación de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros que retornan a su país de origen en el marco de programas de retorno voluntario. En este sentido, el asunto plantea una cuestión que no pareció haberse tenido en cuenta en la redacción del RDL 4/2008 (posterior al RD 240/2007) y que dejó fuera de su ámbito de aplicación a los nacionales de terceros estados a los que les resulta de aplicación el régimen comunitario por ser familiares de ciudadanos de la Unión, pero que no ostentan la nacionalidad de ningún estado miembro.

2. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA Y HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

El caso se analiza a través de la jurisdicción social y se inicia mediante demanda tramitada por el Juzgado de los Social nº 3 de Murcia frente a resolución del Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, SPEE) que acordó desestimar la reclamación previa efectuada por el demandante contra la resolución de la misma administración que acordaba la revocación de prestaciones por desempleo reconocidas previamente por el propio SPEE.

El Juzgado de lo Social nº 3 de Murcia, mediante sentencia de fecha 2 de mayo de 2017, desestima la demanda formulada confirmando la resolución del SPEE. Seguidamente, se interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia frente a la referida sentencia desestimatoria, dictándose nueva sentencia de fecha 28 de noviembre de 2018 que desestimó el recurso interpuesto, confirmando el pronunciamiento de instancia.

Finalmente, frente a la sentencia dictada en suplicación, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se alegó, como sentencia contradictoria con la recurrida, la dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, de 6 de mayo de 2015.

Respecto a lo fáctico, los hechos más relevantes del presente asunto se iniciaron con la solicitud de abono acumulado y anticipado de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros que retornan a su país de origen que el interesado efectuó en fecha 1 de octubre de 2013 ante el SPEE, la cual fue inicialmente concedida mediante resolución de 14 de octubre de 2013, abonándole el 40 % de la cuantía total de la prestación pendiente de percibir. En esta resolución el

[1] Véase sentencia del Tribunal Supremo número 442/2022, de 17 de mayo, recurso número 851/2019, Sala de lo Social, Sección 1ª.

[2] Véase sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, número 1049/2015, de 6 de mayo, recurso número 399/2015, Sala de lo Social, Sección 1ª.

[3] BOE núm. 228, de 20/09/2008.

[4] BOE núm. 51, de 28/02/2007.

SPEE indicaba que, para percibir el 60 % restante, el interesado debía comparecer personalmente en la Embajada Española en el país de origen para acreditar su retorno, entregando en ese momento su Tarjeta de Identidad de Extranjero (en adelante, TIE). Es de resaltar el hecho de que, en un primer momento, el SPEE no planteó ninguna objeción a que el interesado disfrutara de la capitalización de prestaciones que estaba solicitando como familiar de ciudadana de la Unión[5].

Sin embargo, ya desde el país de origen y habiendo comparecido ante la referida misión diplomática, el propio interesado informa al SPEE de las trabas y condiciones que se le plantean por parte de la Embajada para poder percibir el 60 % restante de la prestación por desempleo capitalizada. Concretamente, la Embajada exigía el desistimiento de la solicitud de adquisición de la nacionalidad española por residencia, que se encontraba en trámite en ese momento; y, en cualquier caso, se le impedía la capitalización efectiva de la prestación por desempleo en el país de origen al considerar la Embajada que el interesado no estaba entre las personas beneficiarias de los programas de retorno voluntario, al serle aplicable el régimen comunitario como consecuencia directa del matrimonio con ciudadana de nacionalidad española, aun cuando no ostentaba la nacionalidad de ningún estado miembro.

Al escrito presentado por el interesado se le responde, en última instancia, mediante resolución de fecha 24 de marzo de 2014 que acuerda la revocación de la prestación por desempleo concedida, inicialmente, a través de resolución de 14 de octubre de 2013, dejando sin efecto los derechos que en ella se reconocían al ser titular el interesado, en el momento del hecho causante, de TIE de familiar de ciudadana de la Unión, por estar casado con ciudadana de nacionalidad española, no siendo por tanto aplicable en este caso el RDL 4/2008.[6]

Frente a la resolución de revocación el interesado planteó reclamación previa que fue desestimada por el SPEE mediante resolución de fecha 27 de junio de 2014 que confirmaba la anteriormente dictada y agotaba así la vía administrativa.

Ya en vía judicial, el Juzgado de lo Social nº 3 de Murcia, en su sentencia número 201/2017, de 2 de mayo 2017, desestimó la demanda formulada, concluyendo que al interesado le resultaban aplicables las normas reguladoras del régimen comunitario, en particular, el RD 240/2007; de modo que su derecho a la libre de circulación, derivado del matrimonio con ciudadana de nacionalidad española, colisiona con la obligación de entregar la TIE.

Y, por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia número 1090/2018, de 28, de noviembre de 2018 desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el interesado, aunque reconocía que otros Tribunales Superiores habían llegado a conclusiones distintas. En su sentencia resaltaba la falta de entrega de la TIE, como requisito exigido por el artículo 4.2.b) del Real Decreto 1800/2008 de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen[7] (en adelante, RD 1800/2008). Y, así mismo, confirmaba la conclusión a la que había llegado la sentencia de instancia en cuanto a la aplicación del RD 240/2007, al alcanzar al interesado el ámbito subjetivo de aplicación de dicho texto normativo. Se confirmaba, por tanto, la colisión entre el RDL 4/2008 (norma con rango de Ley) y el RD 240/2007 (norma con rango de reglamento que vino a trasponer el contenido de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, regula el derecho de entrada y salida del territorio de un Estado miembro, el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia,

[5] El interesado, nacional de Ecuador, había contraído matrimonio con ciudadana de nacionalidad española con anterioridad a la solicitud de la prestación por desempleo.

[6] Véase la sentencia del Tribunal Supremo número 1295/2017, de 18 de julio, recurso número 298/2016, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª. Sobre la aplicación del artículo 7 del RD 240/2007 a los cónyuges de personas de nacionalidad española que no han ejercido nunca la libertad de circulación en el territorio de la Unión Europea.

[7] BOE núm. 272, de 11/11/2008.

y los trámites administrativos que deben realizar ante las Autoridades de los Estados miembros[8]; en adelante, Directiva 2004/38/CE).

3. LA SENTENCIA REFERENCIAL Y LA CONTRADICCIÓN PARA UNIFICACIÓN

A efectos comparativos, el recurrente identificó la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, de 06 de mayo de 2015. En este asunto el demandante, de nacionalidad argentina, estaba casado con persona con doble nacionalidad y el SPEE revocó la resolución inicial que le concedía la capitalización del desempleo con retorno a su país, invocando el mismo motivo que en el presente caso. Esta sentencia censura el criterio del SPEE pues se basa en una *"condición o circunstancia personal o social"* que no viene contemplada como excluyente de los requisitos exigidos para ostentar el derecho a la prestación. Eso llevaría a confirmar una discriminación para todas aquellas personas extranjeras no comunitarias que hayan contraído matrimonio con otra persona de nacionalidad española. Además, no existe entre las personas beneficiarias que deban ser excluidas de la medida contemplada en el RD 1800/2008, a los que hayan contraído matrimonio con ciudadano de la Unión Europea, o tenga determinados lazos familiares. Ello no impide el retorno del beneficiario a su país de origen, a fin de consolidar su carrera de seguro, e incluso cumplir con el compromiso asumido, cuestión distinta será el supuesto de que se infrinja, lo que lleva el objeto de la controversia a una situación posterior a la contemplada en las presentes actuaciones. En definitiva, el SPEE no habría acreditado la falta de cumplimiento de los requisitos expresados en el artículo 2 del RD 1800/2008, por lo que el demandante fue repuesto en sus derechos.

De esta manera, la contradicción concurrente radica en el criterio mantenido por los distintos Tribunales Superiores de Justicia acerca de la posibilidad de que los nacionales de terceros estados a los que les resulta aplicable el régimen comunitario previsto en el RD 240/2007 puedan disfrutar del abono acumulado y anticipado de la prestación contributiva por desempleo cuando retornen voluntariamente a su país de origen. Particularmente interesante resulta el debate respecto a la compatibilidad entre el compromiso de no regreso a España como condición indispensable que exige el RDL 4/2008 y el derecho a la libre circulación y residencia que garantiza el RD 240/2007 a los nacionales de los estados miembros y a sus familiares, como materialización de las previsiones de la Directiva de 2004/38/CE, así como del artículo 3.2 del Tratado de la Unión Europea[9] y del artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[10].

4. POSICIÓN DEL TRIBUNAL Y EL FALLO DE LA SENTENCIA

En la comentada sentencia el Tribunal argumenta su posición para resolver la contradicción, principalmente, desde cuatro enfoques básicos: sobre el compromiso de no regresar a España, sobre la exclusión subjetiva del beneficio, sobre la finalidad de la capitalización y sobre la incompatibilidad normativa. Ello sin perjuicio de otras tantas consideraciones adicionales que conducen al Tribunal a la decisión final y a la unificación de doctrina.

En primer lugar, respecto al compromiso de no regresar a España, el apartado cuarto del RDL 4/2008 dispone que *"para poder ser beneficiario del abono de la prestación por desempleo, en la modalidad señalada en el apartado uno* (modalidad de pago anticipado y acumulado)*, el trabajador extranjero deberá comprometerse a retornar a su país de origen, en el plazo de treinta días naturales y no retornar a España en el plazo de tres años."* En consecuencia, señala el Tribunal, no estamos ante una prohibición normativa de regresar a España, sino ante la voluntaria renuncia (temporal) a ejercer un derecho; de modo que si la persona interesada no opta por la capitalización del desempleo tampoco debe asumir este compromiso. El RDL 4/2008 no impone de manera automática y consecutiva este

[8] Diario Oficial de la Unión Europea, 30/04/2004, L 158/77.
[9] Diario Oficial de la Unión Europea, 30/03/2010, C 83/13.
[10] Diario Oficial de la Unión Europea, 30/03/2010, C 83/47.

compromiso, sino que lo establece como condición; por lo tanto, es la propia persona solicitante de la capitalización del desempleo la que acepta este gravamen. Para el Tribunal el término *"compromiso"*, en este contexto, es sinónimo de una manifestación de voluntad unilateral y recepticia en virtud de la cual la persona interesada se compromete a volver a su país de origen, desistiendo, a su vez, de la posibilidad de desarrollar actividades productivas en España. En definitiva, considera el Tribunal que el cumplimiento de este requisito no supone la renuncia definitiva al derecho a la libre circulación que se posee como cónyuge de una persona con nacionalidad española, ya que se trata de una situación temporal y reversible, sin perjuicio de las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la exclusión subjetiva, el apartado tercero del RDL 4/2008 establece que *"quedan excluidos de la aplicación de este Real Decreto-Ley los trabajadores nacionales de países que formen parte de la Unión Europea o del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza."* Advierte el Tribunal, con carácter previo, que estamos ante una excepción que es restrictiva del derecho contemplado en la norma, por lo que no cabe aplicación analógica alguna. En este sentido, la incorporación de nuevos colectivos de personas excluidas de la capitalización del desempleo debe proceder del propio legislador y no del intérprete. Insiste la resolución en que, si la norma que concede el beneficio no ha querido distinguir más allá de su contenido, tampoco resulta defendible que se haga a través de su interpretación. Por su parte, el apartado segundo del RDL 4/2008 define como beneficiarios de esta modalidad de capitalización a *"los trabajadores desempleados que se encuentren legalmente en España y sean nacionales de países que, en cada momento, tengan suscrito con España convenio bilateral en materia de Seguridad Social. No obstante, el Ministro de Trabajo e Inmigración podrá extender la modalidad de abono de la prestación por desempleo señalada a los trabajadores extranjeros nacionales de países con los que España no tenga suscrito convenio bilateral en materia de Seguridad Social, siempre que se considere que dichos países cuentan con mecanismos de protección social que garanticen la dispensa de una cobertura adecuada o en atención a otras circunstancias específicas que puedan concurrir en los países de origen o en los solicitantes"*. En conclusión, a la vista de la determinación negativa y positiva que efectúa el RDL 4/2008, no aparece exclusión alguna referida a la condición familiar de la persona interesada, por lo tanto, la interpretación literal de ambos preceptos sobre las personas beneficiarias de esta modalidad de capitalización de la prestación por desempleo, junto a la prohibición de interpretación analógica a la que, acertadamente, se refiere el Tribunal con expresa mención del artículo 3.1 CC[11], apoyan favorablemente la concesión de este beneficio a los familiares de personas de nacionalidad española a los que les resulta aplicable el régimen comunitario.

En tercer lugar, en relación a la finalidad de la capitalización pretendida, recalca el Tribunal que el RDL 4/2008 surge por el deseo de permitir el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago anticipado y acumulado cuando la actividad profesional a desarrollar por la persona desempleada no se realice en territorio español, sino en el país de origen. Llama la atención acerca de que la interpretación del SPEE deja sin solución a los supuestos como el presente en el que las expectativas de reinserción laboral o profesional del trabajador desempleado se plantean en el país de origen. Establece por tanto el Tribunal que la teleología de la norma invita a no cercenar su aplicación cuando concurre el supuesto de hecho por ella diseñado.

Y, en cuarto lugar, acerca de la incompatibilidad normativa el Tribunal concluye que no considera que los bloques normativos (RDL 4/2008 y RD 240/2007) deban relacionarse de manera excluyente, sino que se trata de previsiones complementarias y alternativas. Es decir, que el beneficiario de la prestación por desempleo sea extranjero y posea los beneficios propios de su matrimonio con persona de nacionalidad española le concede opciones o posibilidades adicionales, pero no le restringe las que le son inherentes a su condición de persona extranjera. Al recurrente se le denegó la capitalización porque poseía los beneficios propios del RD 240/2007, pero lo cierto es

[11] Gaceta de Madrid núm. 206, de 25/07/1889. Precepto que regula, con carácter general, los métodos de interpretación de las normas.

que, como señala acertadamente el Tribunal, esa norma, pese a ser anterior, no aparece invocada por el RDL 4/2008, cuando podría haberlo hecho si el legislador lo hubiera tenido en cuenta. El ejercicio del derecho específico de esta modalidad de capitalización comporta una restricción del genérico a circular y desarrollar actividades en España y esta restricción forma parte de la propia institución regulada en el RDL 4/2008, es aceptada libremente y, además, puede revocarse afrontando las consecuencias de ello. El artículo 7.c) del RD 1800/2008 obliga al reintegro de los importes indebidamente percibidos *"cuando se hubieran incumplido los compromisos adquiridos y las condiciones señaladas en el artículo único del R.D. Ley 4 /2008 y en este R.D."*. Para el Tribunal, esta es, precisamente, la consecuencia lógica de la interacción de ambos bloques: si quien asume, voluntariamente, la obligación de permanecer tres años en su país de origen decide incumplirla podrá activar los derechos específicos de cónyuge de persona comunitaria, pero estará obligado a devolver la prestación capitalizada.

En el siguiente epígrafe se plantearán algunos comentarios a estas cuatro principales conclusiones del Tribunal. No obstante, también relevantes son las tres cuestiones adicionales que resuelve la sentencia, la cual añade que las conclusiones alcanzadas no derivan solo de la interpretación literal y sistemática de las normas implicadas, sino que también cuenta con otros argumentos favorables, como es el hecho de que la solución alcanzada permite que la figura examinada cumpla con la finalidad prevista expresamente por el RDL 4/2008, según el cual: *"con el abono de esta modalidad de prestación se favorecerá la reinserción laboral y profesional en sus países de origen, se fortalecerá el desarrollo de estos países con el retorno de trabajadores con una cualificación y experiencia laboral enriquecida y formativa y permitirá reforzar la relación de nuestro país con los países de origen."*

Por lo que se refiere a la supuesta discriminación por razón de matrimonio a la que alude la sentencia referencial, el Tribunal no considera que en este caso la decisión del SPEE se base en la existencia de un vínculo matrimonial, sino en el disfrute de los beneficios derivados del propio matrimonio con persona de nacionalidad española. En el supuesto analizado lo relevante es la posesión de la ciudadanía de uno de los Estados miembros o de una posición similar como la de sus familiares. De este modo, la causa a través de la cual se accede a dicho estatuto resulta solo instrumental, puesto que el mismo trato que a las personas casadas con persona de ciudadanía comunitaria se aplica también a su pareja de hecho, descendientes o ascendientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del RD 240/2007[12].

Y, finalmente, hace referencia la sentencia a la cuestión de la tenencia o devolución de la TIE de la que era titular el interesado, la cual no puede erigirse en elemento definitorio del derecho sustantivo que refleja dicho documento o obstáculo para el disfrute de otros derechos asociados.

En conclusión, el Tribunal establece la siguiente doctrina unificada: La persona que ostenta una nacionalidad extranjera, aunque esté casada con otra de nacionalidad española y amparada por el RD 240/2007, tiene derecho a capitalizar la prestación por desempleo en las condiciones previstas por el RDL 4/2008. La interpretación de las normas en presencia así lo avala atendiendo a su literalidad, concordancia y finalidad.

5. LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE, CONFIANZA LEGÍTIMA Y SEGURIDAD JURÍDICA Y LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN RELACIÓN A LA

[12] El Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2015) amplió significativamente el ámbito subjetivo de aplicación del RD 240/2007 introduciendo el artículo 2 bis que hace referencia a otros familiares a los que igualmente les resultaría de aplicación el régimen comunitario.

REVISIÓN DE OFICIO Y REVOCACIÓN DE LA CONCESIÓN INICIAL DEL BENEFICIO DE LA CAPITALIZACIÓN

Inicialmente, sobre los hechos relevantes de la sentencia comentada, llama la atención la revisión de oficio y revocación del acto administrativo por el cual, aún estando todavía en España y ostentando ya la misma situación legal derivada del matrimonio con persona de nacionalidad española, se le concede al interesado el beneficio de la capitalización de la prestación por desempleo en la modalidad de pago acumulado y anticipado. En realidad, la sentencia no especifica la fecha de celebración del matrimonio, que, como analizaremos más adelante, debe ser la fecha de referencia en cuanto al carácter constitutivo del régimen comunitario. Tampoco la sentencia detalla el tipo de régimen aplicable al interesado (comunitario o de extranjería, en general) en el momento de la solicitud de la prestación. Sin embargo, del propio acto administrativo de revocación debemos entender que la solicitud se presentó siendo ya de aplicación el régimen comunitario derivado del matrimonio con persona de nacionalidad española, pues en dicha resolución se confirman los impedimentos planteados desde la Embajada de España al detectar que al interesado no le eran aplicables las previsiones del régimen general de extranjería para nacionales de terceros estados.

En este sentido, se entiende que el interesado actuó de buena fe al formular su solicitud aportando junto con la solicitud de la prestación por desempleo toda la documentación requerida e incluso la propia TIE que acreditaba, ya desde ese momento, su condición de familiar de ciudadano de la Unión. Es decir, no puede afirmarse que la Administración fuera desconocedora de esa situación legal desde la personación del interesado en la Embajada, sino que ya la conocía desde el momento de la solicitud y, sin plantear ninguna objeción, ni habiendo incurrido el interesado en omisión de ningún tipo, acordó mediante resolución la concesión del beneficio en cuestión, condicionado al efectivo retorno y personación en la Embajada de España en el país de origen.

De este modo, debe tenerse presente que el interesado, como es lógico, no habría retornado a su país de origen, asumiendo un compromiso de no regreso durante los tres años siguientes, de no haberse concedido la capitalización solicitada; pues el efectivo retorno, no solo constituye uno de los requisitos para la completa capitalización, sino que se trata de una drástica decisión que se apoya exclusivamente en las oportunidades que brinda la percepción de prestaciones por desempleo por parte de personas extranjeras que se acogen a programas de retorno voluntario. Por lo tanto, el elemento esencial en el que se fundamenta la decisión de retornar (y de no regresar en el plazo indicado) era, precisamente, la certeza, construida a partir de resolución expresa de la Administración, de que, una vez retornado se percibirían el resto de la capitalización de la prestación por desempleo. Dicho de otro modo, es razonable afirmar, que el interesado jamás habría retornado, asumiendo el compromiso de no regreso, de haber sabido que la Administración pondría cualquier tipo de impedimento a la efectiva percepción de la prestación por desempleo en el país de origen.

A este respecto, se relacionan en el presente asunto el artículo 146 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social[13], por lo que se refiere a la revisión de actos declarativos de derechos y los principios de confianza legítima, buena fe y/o seguridad jurídica. Y en este sentido, es preciso recalcar la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo número 1503/2016, de 22 de junio 2016[14], según la cual:

"B) No resulta fácil distinguir el principio de confianza legítima de otros principios como el de buena fe o el de seguridad jurídica.

Es más que evidente que entre esos tres conceptos hay una estrecha relación. La buena fe, concepto quizá más fácil de sentir que de definir, en cuanto principio jurídico tiene muy distintas

[13] BOE núm. 245, de 11/10/2011.

[14] Véase sentencia del Tribunal Supremo número 2218/2016, de 22 de junio, recurso número 2218/2016, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª.

manifestaciones. En lo que ahora importa, implica una exigencia de coherencia con la confianza que en los demás ha podido razonablemente originar la conducta anterior de la Administración.

El alcance del principio de confianza legítima ha sido perfilado en la sentencia de esta Sala de 13 de mayo de2009 (cas. 2357/2007).

El artículo 3.1 párrafo segundo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, de 13 de enero dispone que: "Igualmente (las Administraciones Públicas) deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima".

Pero aceptando que ese principio, junto con el de la buena fe, vinculan a las Administraciones Públicas en las relaciones que entablan con los ciudadanos y los administrados, no es posible concluir que ese principio deba en todo caso jugar a favor de estos y en perjuicio de las Administraciones, sino que en cada caso la obligación de respeto que del mismo se deduzca para el proceder de la Administración habrá de estar en relación con las circunstancias que concurran, sin que en él se puedan amparar creencias subjetivas de los administrados que se crean cubiertos por ese manto de confianza si la misma no viene respaldada por la obligación de la Administración de responder a esa confianza con una conducta que le venga impuesta por normas o principios de derecho que le obliguen a conducirse del modo que espera el demandante, confiado en esa pretendida confianza.

Así, en sentencia de 15 de abril de 2002, (rec. de casación núm. 77/1997), en esa línea, la Sala expresó que el principio de protección a la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales, en nuestro ordenamiento, de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O, dicho en otros términos, la virtualidad del principio que se invoca puede suponer la anulación de un acto de la Administración o el reconocimiento de la obligación de ésta de responder de la alteración (producida sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento (Cfr. SSTS de 10 de mayo , 13 y 24 de julio de 1999 y 4 de junio de 2001). Pero ello en el bien entendido de que, no pueden apreciarse los necesarios presupuestos para la aplicación del principio invocado en la mera expectativa de una invariabilidad de las circunstancias, y que ni el principio de seguridad jurídica ni el de la confianza legítima garantizan que las situaciones de ventaja económica que comportan un enriquecimiento que se estima injusto deban mantenerse irreversibles.

[...]

Al respecto, resulta oportuno recordar la doctrina de nuestra jurisprudencia sobre los actos propios. «[...] En la STC. de 21 de abril de 1988, nº 73/1988, se afirma que la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de "venire contra factum propium" surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos. El principio de protección de la confianza legítima ha sido acogido igualmente por la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo (entre otras, en las sentencias de 1de febrero de 1990 (fº.jº. 1 º y 2º), 13 de febrero de 1992 (fº.jº. 4 º), 17 de febrero, 5 de junio y 28 de julio de 1997. La Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, altera la redacción del artículo el 3º,cuyo nº 1, párrafo 2º, pasa a tener la siguiente redacción:

"Igualmente, deberán (las Administraciones Públicas) respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima", expresándose en el Apartado II dela Exposición de Motivos de la citada Ley lo siguiente: "En el título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones Públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el título preliminar del Código Civil. Por otra, el principio, bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente».

Además, la doctrina de los "actos propios" sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el sólo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos que sean realmente declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 , 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999), y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que, normalmente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos."

Quizá esta cuestión no fue planteada por ninguna de las partes durante los procesos judiciales o quizá sí y fue resuelta sin complejidad, pero lo cierto es que la revisión y revocación de la resolución de concesión inicial de capitalización de la prestación por desempleo plantea muchas dudas a la vista de los hechos relevantes contenidos en la sentencia comentada.

6. LA EXIGENCIA DEL DESISTIMIENTO DE LA SOLICITUD DE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Otra cuestión llamativa y que se menciona de pasada entre los hechos relevantes es la exigencia de la Embajada española de que el interesado renunciara a la nacionalidad española *"que no tenía y que estaba en trámite"*[15]. De hecho, ello invita a reflexionar, en primer lugar, acerca de la respuesta que habría dado la Dirección General de Registros y del Notariado a dicha solicitud en el caso de que fuera conocedora de la suscripción del compromiso de no regreso España durante los tres años siguientes al retorno voluntario estando en trámite el expediente de nacionalidad, pues ello podría afectar a la acreditación del requisito de la suficiente integración en la sociedad española. Y, precisamente, esta casuística ya ha sido abordada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en su sentencia de 5 de abril de 2019[16], recurso número 455/2018, en la que se señala al respecto lo siguiente:

"En el presente caso, según se desprende del expediente, se deniega a la demandante la solicitud de la nacionalidad española por residencia, porque no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española. La recurrente, nacida en Colombia en el año 1960, residía legalmente en España desde 2005. Solicitó la nacionalidad española el 4 de abril de 2011.

[15] El artículo 22.2.d) del CC solicitar la adquisición de la nacionalidad española por residencia al que, al tiempo de la solicitud, llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho.

[16] Véase la sentencia de la Audiencia Nacional, de 5 de abril de 2019, recurso número 455/2018, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª.

Con fecha 15 de septiembre de 2012, estando en tramitación el expediente de nacionalidad y ya celebrada la audiencia ante el Encargado del Registro Civil de Vitoria, la interesada se acogió a un programa de retorno voluntario a su país, al amparo de lo previsto en el Real Decreto Ley 4/2008, de 10 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen, abandonó el territorio español y regresó a Colombia.

Sentado lo anterior, debe tenerse en cuenta que, si bien el Ministerio Fiscal y el Encargado del Registro Civil de Vitoria informaron favorablemente a la concesión de la nacionalidad, ello se produjo con anterioridad a que la solicitante abandonara el territorio español en septiembre de 2012, y regresara a su país, pese a que estaba en tramitación el expediente de nacionalidad, permaneciendo en Colombia cuando se dicta la resolución denegatoria de la nacionalidad en septiembre de 2014.

Se dice en la exposición de motivos del citado Decreto Ley 4/2008, en la cual se concreta la finalidad de esta norma y se indica que «...Con el abono de esta modalidad de prestación se favorecerá la reinserción laboral y profesional en sus países de origen (...). La medida parece además más oportuna en la actual coyuntura económica de restricción de empleo, para ofrecer a los trabajadores extranjeros oportunidades y recursos para su inserción laboral y profesional en sus países de origen.»

Por lo que, los trabajadores extranjeros que voluntariamente decidan acogerse al programa de retorno voluntario, se benefician de una serie de derechos extraordinarios en cuanto al percibo de prestaciones contributivas por desempleo y, por otro lado, también voluntariamente, se obligan a asumir el cumplimiento de unos requisitos ineludibles, entre las que se encuentran abandonar voluntariamente España durante un periodo de tres años, no tener derecho a la residencia legal en nuestro país durante ese periodo y a que las ayudas recibidas se empleen en conseguir oportunidades y recursos para su inserción laboral y profesional en su país de origen.

Por tanto, la demandante, al acogerse a esta medida, adquirió de forma voluntaria unos derechos y obligaciones entre las que se encontraban abandonar España durante un periodo de tres años, no mantener el derecho a la residencia legal en nuestro país durante ese periodo, y a adquirir el compromiso por su parte de realizar una inserción laboral y profesional en su país de origen.

Por todo lo cual, durante los tres años que duró la medida, la actora se comprometió por su propio interés y de forma voluntaria a mantener, tanto su residencia habitual, como su centro de intereses personales, familiares y, sobre todo, laborales, en su país de origen y no en España y todo ello a cambio de beneficiarse de los derechos establecidos en el citado texto legal. Por otro lado, la ausencia de España de esta durante la tramitación de su expediente no se debió a un hecho de índole familiar la interesada abandonó España acogiéndose a los derechos y obligaciones establecidos en el Real Decreto Ley 4/2008 y, una de estas obligaciones es la de comprometerse a realizar una inserción laboral y profesional en su país de origen, por más que la interesada aprovechara los derechos obtenidos por acogerse al citado texto para realizar otro tipo actividades en su país de origen no establecidas en dicha norma, como puede ser en este caso el cuidado de sus familiares.

Así las cosas, no puede considerarse integrado en la sociedad española a quien, sin haber concluido el expediente de nacionalidad y estando todavía en tramitación, opta voluntariamente por abandonar su residencia en España y regresar a su país de origen, lo que demuestra la ausencia de voluntad de residir en España con vocación de continuidad. A la misma conclusión llegamos en nuestra Sentencia de 10 de abril de 2018 –recuso nº 1.487/2015–, en un supuesto semejante al que nos ocupa."

Y, en segundo lugar, esa restricción *ex novo* (la exclusión de entre los beneficiarios de la capitalización a quienes tengan en trámite expedientes de adquisición de la nacionalidad española) que delimita en mayor medida el concepto de beneficiario de la capitalización de la prestación por

desempleo en su modalidad de pago acumulado y anticipado, nos lleva de nuevo al argumento utilizado por el propio Tribunal en relación al hecho de que nos encontramos antes una excepción que es restrictiva del derecho contemplado en la norma, por lo que no cabe aplicación analógica alguna; de manera que la incorporación de nuevos colectivos de personas excluidas de la capitalización del desempleo debe proceder del propio legislador y no del intérprete.

7. MODULACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA

Se comparte el criterio del Tribunal en cuanto a la inexistencia de un choque entre los bloques normativos derivados del RDL 4/2008 y el RD 240/2007. El punto de partida de esta cuestión es el análisis del derecho a la libertad de circulación y residencia y la sentencia entra, no en demasiada profundidad, a efectuar su argumentación desde el enfoque de la titularidad de este derecho como efecto de la aplicación del marco jurídico comunitario en España. En este sentido, expone el Tribunal que no considera que ambos bloques sean excluyentes en la medida en que estamos ante una mera renuncia voluntaria temporal o, dicho de otro modo, ante una manifestación de voluntad unilateral y recepticia, de la que no se puede concluir que exista, por tanto, una renuncia definitiva al derecho a la libre circulación que se posee al ser de aplicación el régimen comunitario, como consecuencia del matrimonio con persona de nacionalidad española. Y ello, en la medida de que se trata de una situación temporal y, en todo caso, reversible, sin perjuicio de las consecuencias aparejadas al incumplimiento del compromiso de no regreso asumido por la persona interesada.

El derecho a la libre circulación y residencia al que se refiere el Tribunal se desprende, con carácter general, de las previsiones de los artículos 3.2 del Tratado de la Unión Europea, 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 45 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[17]. En particular, por otra parte, el derecho a la libre circulación y residencia se consagra, a su vez, en la Directiva 2004/38/CE. De esta Directiva, destaca el contenido de algunos de sus Considerandos, conforme a los cuales la ciudadanía de la Unión confiere a todo ciudadano de la Unión un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado y en las disposiciones adaptadas para su aplicación. La libre circulación de personas constituye una de las libertades fundamentales del mercado interior, que implica un espacio sin fronteras interiores en el que esta libertad estará garantizada con arreglo a las disposiciones del Tratado. El derecho de todo ciudadano a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad, debe serle reconocido también a los miembros de su familia, cualquier que sea su nacionalidad. El derecho fundamental y personal de residencia en otro Estado miembro ha sido otorgado directamente a los ciudadanos de la Unión por el Tratado, y no depende de haber completado los procedimientos administrativos.

La anterior Directiva fue traspuesta al ordenamiento jurídico nacional, casi literalmente, a través del RD 240/2007, del que ahora destacamos su artículo 3, conforme al cual:

"1. Las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente real decreto tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el mismo.

2. Asimismo, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente real decreto, tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. En caso de finalización de la situación de familiar a cargo y eventual cesación en la condición de familiar de ciudadano de la Unión, será aplicable el artículo 96.5(*) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

[17] Diario Oficial de Unión Europea, 18/12/2000, C 364/1.

3. Los titulares de los derechos a que se refieren los apartados anteriores que pretendan permanecer o fijar su residencia en España durante más de tres meses estarán obligados a solicitar un certificado de registro o una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, según el procedimiento establecido en la presente norma.

4. Todos los ciudadanos de la Unión que residan en España conforme a lo dispuesto en el presente real decreto gozarán de igualdad de trato respecto de los ciudadanos españoles en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Este derecho extenderá sus efectos a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente."

Ahora bien, donde no incide el Tribunal es en lo referente a la consideración de la libertad de circulación y residencia como derecho fundamental conforme a la Constitución Española[18] (en adelante, CE). En este sentido, el artículo 19 de la CE, establece que: *"Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos."* La doctrina del Tribunal Constitucional es muy clara respecto a la interpretación que debe hacerse de este derecho fundamental en relación con las personas extranjeras. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional número 94/1993, de 22 de marzo[19], cuyo criterio se ha ido manteniendo y desarrollando en sentencias posteriores, dispuso que la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (artículo 10.1 CE, y STC 107/1984[20], fundamento jurídico 3º), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada Sentencia, es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella.

Así pues, los extranjeros que por disposición de una ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el artículo 19 CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el artículo 13.1 CE.

En definitiva, el derecho fundamental a la libertad de circulación y residencia, al no estar vinculado directamente con la dignidad humana, en atención a la distinción que efectúa el Tribunal Constitucional en su consolidada jurisprudencia, queda sujeto a su modulación en los términos que se establezcan en las leyes y en los tratados. De este modo, lo que el Tribunal Supremo considera en la sentencia comentada como la coexistencia de dos bloques normativos compatibles entre sí, podría haber sido analizado también desde la perspectiva de la válida modulación del derecho fundamental a la libertad de circulación y residencia, de manera que el ejercicio y disfrute de este derecho pudiera verse afectado por la exigencia legal de la adquisición del compromiso de no regreso al territorio español en el marco de los distintos programas de retorno voluntario.

Cuestión distinta es lo referente a la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a la prohibición de discriminación que se consagra en el artículo 14 de la CE. A este respecto el Tribunal resuelve sólidamente la alegada discriminación por razón del matrimonio resaltando que el hecho relevante que determina la exclusión del beneficio del RDL 4/2008 en la interpretación efectuada por el SPEE no es el matrimonio en sí, si no la condición de familiar de ciudadano de la Unión. Compartiendo esta reflexión del Tribunal, no se alcanza a entender por qué se queda ahí en su

[18] BOE núm. 311, de 29/12/1978.
[19] BOE núm. 100, de 27/04/1993.
[20] BOE núm. 305, de 21/12/1984.

análisis y no profundiza en el trato discriminatorio entre los nacionales de terceros estados familiares de ciudadanos de la Unión a los que se les aplica el régimen comunitario y los nacionales de terceros estados a los que se les aplica el régimen general de Extranjería[21]. De hecho, el propio RD 240/2007 da pie a solucionar ese trato discriminatorio mediante la aplicación del régimen general de extranjería a los familiares de ciudadanos de la Unión en aquellos aspectos que les pudieran ser más favorables, como así se establece en el apartado segundo de su Disposición Final Cuarta, según la cual:

"Las normas de carácter general contenidas en la citada Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como las normas reglamentarias vigentes sobre la materia, serán aplicables a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del presente real decreto, con carácter supletorio y en la medida en que pudieran ser más favorables y no se opongan a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como en el Derecho derivado de los mismos."

8. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LOS DERECHOS PREEXISTENTES A LA TENENCIA DE LA TIE DE FAMILIAR DE CIUDADANO DE LA UNIÓN

Otro aspecto significativo del asunto comentado es lo concerniente a la relevancia que se le otorga a la tenencia de la Tarjeta de Identidad de Extranjero (TIE). El derecho y el deber de documentación está recogido expresamente y con carácter general en el artículo 4 de la LO 4/2000, cuyo apartado primero dispone que los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber de conservar la documentación que acredite su identidad, así como la que acredite su situación en España. Específicamente, en lo que respecta a la documentación de las personas que se encuentran en España en condición de familiares de ciudadanos de la Unión el artículo 8.1 del RD 240/2007 señala la obligación de los familiares de los ciudadanos de la Unión de solicitar y obtener la TIE correspondiente a su situación legal.

Ahora bien, lo que no se menciona en la sentencia comentada, es que la mera tenencia de la TIE no es el hecho de carácter constitutivo del que se desprende la situación legal del interesado. Dicho de otro modo, no por contar con una TIE de régimen comunitario se ostenta la condición de familiar de ciudadano de la Unión, sino que es el propio vínculo entre una persona nacional de un tercer estado y otra persona de nacionalidad de un Estado miembro lo que constituye el régimen comunitario aplicable a un familiar de ciudadano de la Unión, que lo es ya con carácter previo a la solicitud y expedición de la TIE correspondiente.

En este sentido se expresa la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el caso I.D. contra el Estado belga, asunto C-246/17[22], según la cual:

"48 Pues bien, como se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la entrega de un permiso de residencia, como el previsto en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2004/38, a un nacional de un Estado tercero, no debe considerarse un acto constitutivo de derechos, sino un acto de reconocimiento, por parte de un Estado miembro, de la situación individual de un nacional de un Estado tercero en relación con las disposiciones del Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de julio de 2011, Días, C-325/09, apartado 48, y de 12 de marzo de 2014, O. y B., C-456/12, apartado 60).

49 El carácter declarativo de las tarjetas de residencia implica que estas reconocen un derecho de residencia preexistente del interesado (sentencias de 25 de julio de 2008, M. y otros,

[21] A los que les resulta de aplicación la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12/01/2000), en adelante, LO 4/2000; así como el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE núm. 103, de 30/04/2011), en adelante RD 557/2011.

[22] Diario Oficial de la Unión Europea, 20/08/2018, C 294/10.

C-127/08, EU:C:2008:449, apartado 52, y de 21 de julio de 2011, Días, C-325/09, EU:C:2011:498, apartado 54).”

Así las cosas, centrado el debate en la situación legal de los familiares de ciudadanos de la Unión a los que les resulta de aplicación el régimen comunitario y su coexistencia con las previsiones del RDL 4/2008, la mera entrega de una TIE ante la Embajada como condición para la efectiva aplicación del beneficio solicitado, en modo alguno supone, una renuncia a la condición de familiar de ciudadano de la Unión, ni tampoco supondría para el interesado quedar fuera del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva de 2004/38/CE ni, en consecuencia, del RD 240/2007. Cosa distinta sería que la finalidad de esa condición no fuera la renuncia a esa concreta situación legal, sino más bien, dificultar el cruce de las fronteras exteriores del espacio Schengen al no contar con una TIE.

9. CONCLUSIONES

La principal conclusión que se extrae de este asunto, asumiendo el fallo de la sentencia, es que los bloques normativos referidos al RDL 4/2008 y el RD 240/2007 no son excluyentes entre sí. Pueden coexistir en la medida en que la persona interesada asuma el compromiso de no regresar a España en el plazo de tiempo correspondiente, entendiéndose dicho compromiso no como una prohibición de entrada en territorio español o una renuncia definitiva al derecho a la libertad de circulación, sino como una manifestación de voluntad que conlleva la renuncia temporal y reversible a dicho derecho fundamental.

Muy determinante resultan las reglas de interpretación de las normas que utiliza el Tribunal para la unificación de doctrina, pues concluye la sentencia que el criterio mantenido por el SPEE y confirmado en las anteriores instancias iban más allá, no solo de literalidad de la norma, sino de su propio espíritu y del propio objetivo del RDL 4/2008. En este sentido descarta cualquier tipo de aplicación analógica que restrinja el ámbito subjetivo de aplicación de la norma y de las personas excluidas del beneficio que regula.

Tratándose de la jurisdiccional social desde la que se analiza el caso en cuestión puede entenderse que el Tribunal no haya entrado a valorar algunas cuestiones que afectan más a lo contencioso administrativo, pero que resultan muy susceptibles de debate (como el carácter constitutivo de los derechos preexistentes a la tenencia de la TIE de familiar de ciudadano de la Unión). Así sucede, por ejemplo, con todo lo relacionado a la modulación del derecho fundamental a la libertad de circulación y residencia, como derecho no vinculado a la dignidad humana y susceptible de limitaciones establecidas en las leyes y en los tratados. Se echa en falta, como decíamos, un análisis mucho más detallado acerca de la legalidad de la modulación de este derecho fundamental, pues las limitaciones a su ejercicio que se derivan del compromiso de no retorno, impiden en la práctica su disfrute real durante un periodo prolongado de tiempo y es esta imposibilidad (aunque se trate de una decisión temporal y provisional del propio interesado) la que el Tribunal debe analizar en relación al efectivo disfrute del derecho fundamental a la libertad de circulación.

Así mismo, al lector de la sentencia comentada puede que le resulte llamativo que el Tribunal determine la ausencia de discriminación por razón del matrimonio en el criterio del SPEE al considerar que, en todo caso, el matrimonio sería una vía para llegar a la condición de familiar de ciudadana de la Unión en la que se produce la exclusión del derecho a la capitalización de la prestación por desempleo y, sin embargo, no profundice en la existencia de una situación de discriminación de estos, respecto a los nacionales de terceros a los que se les aplica el régimen general de extranjería y, se les reconoce expresamente el derecho al beneficio del pago acumulado y anticipado de la prestación por desempleo. En otras palabras, resuelta la falta de trato discriminatorio por razón del matrimonio, lo que le queda al Tribunal encima de la mesa es una norma que, según el criterio del SPEE, impide el disfrute del privilegio de la capitalización de la prestación por desempleo por el mero hecho de tener la condición de familiar de ciudadana de la Unión Europea. Si bien es cierto que resuelve el

asunto acertadamente desde el enfoque de la interpretación de las normas, quizá hubiera resultado más consistente la respuesta si hubiera entrado a analizar este trato distinto y menos favorable para el régimen comunitario, pues ya de inicio se observa que el propio RD 240/2007, en su Disposición Adicional Cuarta, podría haber sustentado un análisis encaminado a la misma solución, cubriendo todas las aristas que el asunto plantea.

10. BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Izquierdo, R.: "El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº63, 2006.

Aja, E.: "Capítulo 1. La evolución normativa sobre la inmigración", en VV.AA., Aja, E y Arango, J. (Coords), Veinte *años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2005)*., Madrid, Anuario de Inmigración en España, 2005.

Álvarez Cortés, J.C. y Plaza Angulo, J.J.: "El desempleo en su modalidad de pago único como ayuda a nuevos emprendedores", *Temas Laborales*, nº 95, 2008.

Cabeza Pereiro, J.: "El pago único de la prestación de desempleo a los inmigrantes que retornen: Primeras notas", *Actualidad Laboral*, nº 21, 2008.

Charro Baena, P.: "Derecho a la prestación por desempleo del trabajador extranjero residente que carece de autorización de trabajo", *Aranzadi Social*, núm. 4, 2009.

Fernández Collados, M.B.: "Los trabajadores extracomunitarios ante el sistema español de protección por desempleo", *Aranzadi Socia*l, nº10, 2003.

López Insua, B.M.: *La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista*, Barcelona, Atelier, 2020.

Maldonado Molina, J.A.: "Pago anticipado del desempleo a los inmigrantes: ¿Fomento de empleo o del retorno?, en VV.AA., Fernández Avilés, J.A. y Moreno Vida, Mª.N. (Dirs); Ortega Pérez, N., Guillén López, E., Durán Ruíz, F.J. y Triguero Martínez, L.A. (Coord), *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Granada, Comares, 2011.

Monereo Pérez, J.L.: "Capítulo V. El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques", en VV.AA., Rodríguez Iniesta, G. y Sánchez-Rodas Navarro, C. (Coord)., *La protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)*, Murcia, Laborum, 2015.

Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª.N. (Dirs), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.

Monereo Pérez, J.L.: "El modelo de protección por desempleo: configuración técnica y orientaciones de la reforma", en VV.AA, Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª.N., *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008.

Monereo Pérez, J.L.: "Trabajo decente y prestaciones ante situaciones de necesidad (II). Desempleo y políticas de activación e inserción", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L.; Gorelli Hernández, J. y De Val Tena, Á. (Dirs) y López Insua, B.M. (Coord), *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.

Monereo Pérez, J.L.: *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

Montoya Melgar, A.: "El empleo ilegal de inmigrantes", *Revista de derecho de la Unión Europea*, nº17, 2009.

Ruiz de Huidobro de Carlos, J.Mª.: "La ley Orgánica 4/2000: historia de un desencuentro y razón de su desenfoque jurídico", *Migraciones. Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, nº7, 2000.

Sánchez Jiménez, Mª.A.: "La articulación del derecho de extranjería", en VV.AA., Sánchez Jiménez, Mª.A (Coord), *Derecho de extranjería: un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (jurisprudencia y formularios)*, Murcia, DM, 2005.

Saragossà I Saragossà, J.V.: "La coordinación entre las políticas activas de empleo y la protección económica frente al desempleo", en VV.AA, Valdés Dal-Ré, F. y Sobrino González, G.: *Comentarios a la Ley de Empleo*, Madrid, La Ley, 2012.

Sempere Navarro, A.V.: "El trabajo de los extranjeros en la jurisprudencia", *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº17, 2014.

Taribini-Castellani Aznar, M.: "Los derechos de los trabajadores extranjeros: Puntos críticos", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº63, 2006.

Valdés Dal-Ré, F.: "Las expulsiones colectivas de extranjeros: su tratamiento en el ordenamiento internacional y la jurisprudencia del TEDH", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº4 de abril, 2018.

Laborum

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

nº 32 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El caso *California v. Texas* (2021) y su formalización de una nueva trilogía norteamericana de casos (la «trilogía ObamaCare») en materia de Seguridad Social

The case California v. Texas (2021) and its formalisation of a new American trilogy of cases (the "ObamaCare trilogy") in the field of Social Security

Jesús Martínez Girón *Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*
Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña
https://orcid.org/0000-0002-3228-4242

Cita Sugerida: MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «El caso *California v. Texas* (2021) y su formalización de una nueva trilogía norteamericana de casos (la "trilogía ObamaCare") en materia de Seguridad Social», *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 32 (2022): 137-147

Resumen

Sobre la base de que la llamada «ObamaCare» de 2010 fue una Ley norteamericana promulgada con la finalidad de lograr una cobertura cuasi-universal del derecho a la asistencia sanitaria, este trabajo pone el acento en el análisis del tercer caso de la llamada «trilogía ObamaCare», que fue decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 2021, confirmando de modo implícito la constitucionalidad de la «ObamaCare» enmendada en 2017.

Abstract

On the basis that the so-called "ObamaCare" of 2010 was a US law enacted with the aim of achieving almost universal coverage of the right to healthcare, this paper focuses on the analysis of the third case of the so-called "ObamaCare trilogy", which was decided by the US Supreme Court in 2021, implicitly upholding the legality of the "ObamaCare" as amended in 2017.

Palabras clave

Asistencia sanitaria; Corte Suprema de los Estados Unidos; Derecho comparado; «ObamaCare»; Trilogía

Keywords

Health care; US Supreme Court; Comparative law; "ObamaCare"; Trilogy

1. SOBRE LAS TRILOGÍAS DE CASOS DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos[1], la trilogía de casos relativos a una misma área temática o a una misma institución jurídica (no a un mismo asunto, pues en dicho órgano jurisdiccional supremo cada caso suyo tiene el carácter de verdadero «*unicum*»)[2] constituye un clásico. Su existencia se remonta casi a los orígenes del más alto órgano jurisdiccional de los Estados Unidos. A este respecto, la cita inexcusable la representaría la llamada «*Marshall trilogy*» —así denominada por referencia al cuarto y nada efímero Juez Presidente de la Corte, Sr. John MARSHALL, quien redactó la opinión de la misma en el trío de casos que la integran—, fallada entre 1823-1832 y

[1] Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

[2] Sobre esto último, véase Martínez Girón, J., *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, Netbiblo (A Coruña, 2012), poniendo de relieve el contraste norteamericano con «las Sentencias de las grandes Cortes y Tribunales Supremos europeos (como la francesa, los alemanes o el español) –que pueden ser Sentencias repetitivas (e incluso, verdaderamente clónicas), si comparadas con otras dictadas por los propios órganos jurisdiccionales–» (p. 5).

Fecha Recepción: 8/9/2022 - Fecha Revisión: 8/9/2022 - Fecha Aceptación: 23/9/2022
Pags. 137-147

relativa al Derecho aplicable a las tribus indias, la cual continúa citándose y estudiándose todavía con respeto en la literatura jurídica norteamericana más reciente[3]. En realidad, puede afirmarse que existen trilogías en todas las ramas del Derecho sobre las que se pronuncia la Corte Suprema de los Estados Unidos. Y así, en el ámbito del Derecho del Trabajo, quizá el trío de casos más famoso lo encarna la llamada «trilogía de trabajadores del acero [*steelworkers trilogy*]», fallada en 1960, bastando indicar —para remarcar su trascendencia— que estableció el régimen jurídico del arbitraje creado por convenio colectivo, con la consecuencia de que se desjudicializase en los Estados Unidos la inmensa mayoría de litigios laborales de trabajadores cubiertos por convenios colectivos[4]. Por su parte, en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social, siempre se consideró que la trilogía más famosa y más contundente era la formalizada en el trío de casos resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 24 mayo 1937 (esto es, el mismo día los tres), pues en dichos tres casos inextricablemente vinculados entre sí se confirmó desde diversos ángulos la constitucionalidad de la todavía vigente Ley federal norteamericana de seguridad social, promulgada —en pleno «*New Deal*», a iniciativa del Presidente Franklin D. ROOSEVELT— sólo dos años antes[5]. A esta clásica trilogía acaba de sumársele, también a propósito de asuntos de seguridad social, otro nuevo trío de casos, formalizado —como tal trilogía, y de manera incluso indubitable, como comprobaremos luego[6]— el pasado año 2021, la cual constituye el hilo argumental sobre el que aparece construido este escrito.

2. LA LEY PROTAGONISTA DE LA NUEVA TRILOGÍA, POPULARMENTE LLAMADA «OBAMACARE»

Si comparado el sistema norteamericano de seguridad social con el de otros países del primer mundo, siempre resultó evidente el tercermundismo norteamericano en materia de protección pública de la asistencia sanitaria, pues la Ley federal de Seguridad Social sólo pasó a regular el tema a partir de 1965, mediante la creación de dos programas (denominados «Medicare» y «Medicaid»), pero teniendo en cuenta que ambos tenían naturaleza asistencial, lo que dejaba fuera de sus respectivos campos de aplicación a un segmento mayoritario de la ciudadanía norteamericana con recursos económicos excedentes de los umbrales fijados en los mismos[7]. Pues bien, para poner fin a esta situación, se promulgó la Ley de la Asistencia Accesible y Protección del Paciente (*The Patient Protection and Affordable Care Act*) de 2010, debida a la iniciativa del Presidente Barack H. OBAMA

[3] Véase, por ejemplo, Fletcher, M.L.M., «The iron cold of the Marshall trilogy», *North Dakota Law Review*, núm. 82 (2006), pp. 627 y ss.; Goetting, N., «The Marshall trilogy and the constitutional dehumanization of American indians», *Guild Practitioner*, núm. 65 (2008), pp. 207 y ss.; y Kaldawi, N., «Indigenous health policy in the United States and Latin America: The Marshall trilogy and the international human rights approach», *Arizona Journal of International and Comparative Law*, núm. 33 (2016), pp. 481 y ss.

[4] Sobre ella, véase Trapani, P., «Old presumptions never die: Rethinking the steelworkers trilogy's presumption of arbitration in deciding the arbitrability of side letters», *Tulane Law Review*, núm. 83 (2008), pp. 559 y ss.; Gregory, David L., Zitelli, M.K. y Papadopoulos, Christina E., «The fiftieth anniversary of the steelworkers trilogy: Some reflections on judicial review of labor-arbitration decisions -Will gold turn to rust?», *Catholic University Law Review*, núm. 60 (2010), pp. 47 y ss.; y Lofaso, A.M., «Deflategate: What's the steelworkers trilogy got to do with it?», *Berkeley Journal of Entertainment & Sports Law*, núm. 6 (2017), pp. 48 y ss.

[5] Sobre esta otra trilogía clásica, véase Arufe Varela, A., *El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español*, Atelier (Barcelona, 2014), pp. 43 y ss.

[6] Véase *infra*, 5.

[7] Sobre los citados «Medicare» y «Medicaid», véase Franklin, M.J., «What is the difference between the Medicaid five-year "look-back" and a Medicaid penalty period», *Tennessee Bar Journal*, núm. 51 (2015), pp. 31 y ss.; Martinez, F., «Qualifying for Medicaid is uttlery different than having Medicaid», *Houston Lawyer*, núm. 53 (2016), pp. 41 y ss.; Sage, W.M., «Adding principle to pragmatism: the transformative potential of "medicare-for-all" in post-pandemic health reform», *Yale Journal of Health Policy, Law & Ethics*, núm. 20 (2021), pp. 68 y ss.; Hauschild, Jacob, «Social distancing with your doctor: the promise of telemedicine in Medicare and Medicaid, and how to pay for it», *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, núm. 22 (2021), pp. 117 y ss; y Cannon, M.F. y Pohida, J., «Would "Medicare for all" mean quality for all? How public-option principles could reverse Medicare's negative impact on quality», *Quinnipiac Health Law Journal*, núm. 25 (2022), pp. 181 y ss.

(lo que explica su denominación popular como Ley de «asistencia [sanitaria] de Obama» o, en inglés, «ObamaCare»)[8], cuyo propósito confesado era el de conseguir «una «cobertura casi universal [*a near-universal coverage*]» del seguro norteamericano de asistencia sanitaria[9]. A este efecto, el precepto fundamental de la Ley era su sección 1501 (rotulada «Exigencia de mantener una cobertura esencial mínima [*Requirement to maintain a minimum essential coverage*]»), recopilada en la sección 5000A del Título 26 del Código de las Leyes federales norteamericanas (esto es, el Código de los Estados Unidos [*United States Code*]) y construida, aunque se trata de un precepto complejísimo, sobre las dos siguientes ideas clave. En primer lugar, la obligación del ciudadano de suscribir un contrato privado de seguro de asistencia sanitaria, supuesto que no tuviese cubierto este riesgo por otras vías (literalmente, «comprar la cobertura mínima esencial [*to purchase minimal essential coverage*]»[10], a través de «un plan sanitario ofrecido en el mercado individual de un Estado federado [*a health plan offered in the individual market within a State*]»)[11]. En segundo lugar, dado que se trataba de una obligación jurídica o «mandato individual [*individual mandate*]»[12], la imposición al ciudadano incumplidor de una «sanción [*penalty*]»[13], consistente en un porcentaje progresivo (a abonar a la Agencia Federal Tributaria) de los ingresos familiares imponibles, teniendo en cuenta que el porcentaje en cuestión era del «1,0 por cien para los ejercicios fiscales a partir de 2014 [*1.0 percent for taxable years beginning in 2014*]»[14].

3. EL PRIMER CASO DE LA NUEVA TRILOGÍA

Inmediatamente después de que el Presidente demócrata Barack OBAMA promulgase esta Ley, comenzó la guerra judicial declarada por el Partido Republicano para conseguir su inconstitucionalidad, precipitando la primera de las tres grandes batallas de esta guerra judicial en el caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 28 junio 2012[15]. En este caso, la originaria demanda de inconstitucionalidad la plantearon los Fiscales Generales o Gobernadores de veintiséis Estados federados de adscripción republicana[16], así como dos particulares y el «lobby» de pequeños empresarios, ideológicamente próximo al Partido Republicano, denominado «Federación Nacional de Empresas Independientes» (que figura en el nombre oficial del caso), resultando demandados cuatro Ministerios del Gobierno federal y sus Ministros (incluida la Sra. Kathleen SEBELIUS, que también figura en el nombre oficial del caso, y que era por aquel entonces la Ministra de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos)[17]. Aunque fueron varias las cuestiones constitucionales debatidas en este caso, la cuestión

[8] Sobre dicha Ley, que fue analizada muy pronto por la doctrina científica, véase Bloodgood, N. y Sanders, L.C., «An overview of the anti-retaliation provision in the new Patient Protection and Affordable Care Act», *Federal Lawyer*, núm. 58 (Noviembre/Diciembre 2011), pp. 32 y ss.; Tribe, Laurence H., «The constitutionality of the Patient Protection and Affordable Care Act: Swimming in the stream of commerce», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, núm. 35 (2012), pp. 873 y ss.; y Schwinn, Steven D., «The Framers' federalism and the Affordable Care Act», *Connecticut Law Review*, núm. 4 (2012), pp. 1071 y ss.

[9] Véase Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A., «El enjuiciamiento de la constitucionalidad de la reforma sanitaria del Presidente Obama por la Corte Suprema de los Estados Unidos», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32 (2012), pp. 1-2.

[10] Cfr. sección 5000A(e)(1)(B)(ii) del Título 26 del Código de los Estados Unidos.

[11] Cfr. sección 5000A(f)(1)(C) del Título 26 del Código de los Estados Unidos.

[12] Sobre esta terminología, véase Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A., «El enjuiciamiento de la constitucionalidad de la reforma sanitaria del Presidente Obama por la Corte Suprema de los Estados Unidos», cit., pp. 8 y ss.

[13] Cfr. sección 5000A(c) del Título 26 del Código de los Estados Unidos.

[14] *Ibid.m*, subapartado (2)(B)(i).

[15] Referencia oficial 567 U.S. 519.

[16] Más en concreto, los de Alabama, Alaska, Arizona, Carolina del Sur, Colorado, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Florida, Georgia, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Luisiana, Maine, Michigan, Mississippi, Nebraska, Nevada, Ohio, Pennsylvania, Texas, Utah, Washington, Wisconsin y Wyoming.

[17] Acerca de todo ello, véase Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A., «El enjuiciamiento de la constitucionalidad de la reforma sanitaria del Presidente Obama por la Corte Suprema de los Estados Unidos», cit., p. 3.

clave se refería a la constitucionalidad o no de la sección 1501 de la Ley de la «ObamaCare» (relativa, recuérdese, a la obligación impuesta al ciudadano de concertar un contrato de seguro privado de asistencia sanitaria). Pues bien, la Corte Suprema de los Estados Unidos falló aquí que dicho precepto era constitucional, al estar amparada su promulgación —al igual que la promulgación de la Ley de Seguridad Social de 1935[18]— en la cláusula 18 de la sección 8 del artículo 1 de la Constitución federal, según la cual «el Congreso [de los Estados Unidos] tendrá poder para establecer y recaudar [*to lay and collect*] impuestos [*taxes*], deberes [*duties*], tributos [*imposts*] y exacciones [*excises*]»[19]. Se trató, eso sí, de un fallo conseguido gracias a una ajustadísima mayoría de Jueces de la Corte, conformada por el Juez-Presidente ROBERTS, de ideología supuestamente «conservadora», y por los cuatro Jueces «liberales» entonces al servicio de la misma (que se adhirieron, mediante una opinión concurrente, a la opinión de la Corte redactada por ROBERTS), habiendo resultado decisivo el cambio de parecer del propio Juez-Presidente (proclive, en principio, a votar con los cuatro Jueces restantes, de ideología supuestamente «conservadora»), pues no quería influir en absoluto en el resultado de las elecciones presidenciales —en las que volvía a presentarse, para su reelección, el Presidente OBAMA—, a celebrarse sólo unos pocos meses después[20].

4. EL SEGUNDO CASO DE LA NUEVA TRILOGÍA

La importancia de la primera batalla judicial contra la «ObamaCare» se puso de relieve sólo cuatro años después, en pleno segundo mandato del Presidente OBAMA, al decidirse por la Corte Suprema de los Estados Unidos el caso *King v. Burwell*, en 25 junio 2015[21]. Este segundo caso confirmó que el precepto imponiendo al ciudadano la obligación de concertar un contrato privado de seguro de asistencia sanitaria era una norma «interconectada [*interlocked*]» o «entrelazada [*intertwined*]» con otras muchas de la propia «ObamaCare»[22]. Entre estas otras normas, se contaban las reguladoras de un sistema de «créditos fiscales [*tax credits*]», de los que el ciudadano podía beneficiarse para reducir la prima del contrato de seguro, pero siempre y cuando —de acuerdo con la sección 36B(b)(2)(A) del Título 26 del Código de los Estados Unidos— estipulase dicho contrato «a través de un mercado de seguros [*an Exchange*] establecido por el Estado federado [*established by the State*]». Ahora bien, ocurría que no todos los Estados federados habían creado este mercado intra-estatal de seguros sanitarios, habiéndose visto obligado el Gobierno federal a suplir su inacción, mediante la creación de los correspondientes mercados, pero regulándolos por medio de un reglamento promulgado por la Agencia Federal Tributaria[23]. Uno de estos Estados recalcitrantes era el Estado federado de Virginia, donde residían el Sr. David KING (que acabó dando nombre al caso) y tres ciudadanos más, todos contrarios a cumplir la obligación de tener que concertar el contrato de seguro, lo que explica que pretendiesen eximirse de ella, esgrimiendo —frente a la Sra. Sylvia M. BURWELL, por aquel entonces Ministra federal de Salud y Servicios Humanos (que también acabó dando nombre al caso), entre otras personas— la ilegalidad del reglamento tributario citado, dado el tenor claro de la Ley (recuérdese, «un mercado de seguros establecido» no por el Gobierno federal, sino «por el Estado

[18] Véase Arufe Varela, A., *El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español*, cit., pp. 50 y ss.

[19] Sobre este precepto, *ibidem*, pp. 57-58.

[20] Sobre el tema, relatando los indicios del cambio de opinión citado, véase Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: «El enjuiciamiento de la constitucionalidad de la reforma sanitaria del Presidente Obama por la Corte Suprema de los Estados Unidos», cit., pp. 6-7.

[21] Referencia oficial provisional 576 U.S. __. Sobre este caso, véase Melone, Matthew A., «King v. Burwell and the Chevron doctrine: did the Court invite judicial activism?», *University of Kansas Law Review*, núm. 64 (2016), pp. 663 y ss.; Valenti, A. y Johnson, V., «The impact of King v. Burwell on judicial review of administrative action: an exception to Chevron, a move from textualism, or something else», *Houston Business and Tax Law Journal*, núm. 18 (2018), pp. 78 y ss.; y Cedrone, Michael J., «Supreme silence and precedential pragmatism: King v. Burwell and statutory interpretation in the federal courts of appeals», *Marquette Law Review*, núm. 103 (2019), pp. 43 y ss.

[22] Al respecto, en dicho caso, véase la opinión de la Corte, pp. 1 y 4.

[23] Cfr. opinión de la Corte, p. 6, donde también se afirma que «en este momento, 16 Estados federados y el Distrito de Columbia han establecido sus propios Mercados», por lo que carecen de ellos «los otros 34 Estados federados».

federado»). Ahora bien, con una mayoría clara de «6 a 3», el Juez-Presidente ROBERTS confirmó la irreprochable legalidad del reglamento federal en cuestión, efectuando una interpretación sistemática y finalista de la Ley, que debía prevalecer sobre la interpretación literal de un concreto precepto de la misma[24]. Con ironía, los tres Jueces disidentes sostenían, haciendo balance de los dos casos resueltos por la Corte Suprema a propósito de la «ObamaCare», que ambos casos acabarían siendo recordados por sus «piruetas [*somersaults*]» interpretativas[25] («"sanción" significa impuesto»[26]; «"establecido por el Estado federado" significa no establecido por el Estado federado»[27]), concluyendo que no quedaba más remedio que admitir que «la Corte Suprema de los Estados Unidos favorece algunas leyes sobre otras»[28], y pronosticando (certeramente, como comprobaremos al examinar el tercer caso de cierre de la trilogía) que la propia Corte Suprema «está preparada para hacer lo que sea necesario, para sostener y apoyar sus favoritas»[29].

5. EL TERCER CASO FORMALIZADOR DE LA NUEVA TRILOGÍA

El dueto de casos sobre la «ObamaCare» acabó convirtiéndose en trilogía, al decidirse por la Corte Suprema de los Estados Unidos el caso *California v. Texas*, en 17 junio 2021[30]. En él, la opinión de la Corte la expresó el Juez BREYER, supuestamente «liberal», que logró asociar sin condiciones a otros cinco Jueces de la misma, incluido el Juez-Presidente ROBERTS. Como luego comprobaremos, este caso cuenta con una opinión concurrente, suscrita por otro Juez, y con una opinión disidente, suscrita por los dos Jueces restantes. Estas otras dos opiniones —de gran altura científica y redactadas, además, con mucha y fina ironía— poseen un interés doctrinal extraordinario, pues certifican oficialmente y sin necesidad de tener que realizar ningún tipo de «pirueta» interpretativa que *California v. Texas* formaliza una nueva trilogía de casos sobre seguridad social de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ahora en materia de asistencia sanitaria. En efecto, la opinión disidente redactada por el Juez ALITO, supuestamente «conservador», comienza afirmando que «la decisión de hoy es la tercera entrega [*the third installment*] de nuestra épica trilogía de la Ley de la Asistencia Accesible [*our epic Affordable Care Act trilogy*], y sigue el mismo patrón que las entregas uno y dos [*it follows the same pattern as installments one and two*]»[31], pues «en los tres episodios, con la Ley de la Asistencia Accesible encarando una grave amenaza [*with the Affordable Care Act facing a serious threat*], la Corte ha sacado adelante un improbable rescate [*the Court has pulled off an improbable rescue*]»[32]; afirmación protocolar que no pasó desapercibida a la opinión concurrente (sí, en cambio, a la opinión de la Corte) redactada por el Juez THOMAS, de ideología marcadamente «conservadora», dado que también en ella se afirma, en sus dos primeras líneas, que «hay mucho que elogiar en la explicación del Juez ALITO sobre "nuestra épica trilogía de la Ley de la Asistencia Accesible"»[33].

[24] Según él, «en estos autos, el contexto y la estructura de la Ley nos obligan a alejarnos de lo que, en otro caso, sería la lectura más natural de la correspondiente expresión legal» (opinión de la Corte, p. 20). Textualmente, «*in this instance, the context and structure of the Act compel us to depart from what would otherwise be the most natural reading of the pertinent statutory phrase*».

[25] Véase opinion disidente, p. 21.

[26] *Ibid.m*. Textualmente, «*"penalty" means tax*».

[27] *Ibid.m*. Textualmente, «*"established by the State" means not established by the State*».

[28] *Ibid.m*. Textualmente, «*the Supreme Court of the United States favors some laws over others*».

[29] *Ibid.m*. Textualmente, «*is prepared to do whatever it takes to uphold and assist its favorites*».

[30] Referencia oficial provisional 593 U.S.__.

[31] Véase opinion disidente, p. 1.

[32] *Ibid.m*.

[33] Véase opinión concurrente, p. 1. Textualmente, «*there is much to commend Justice Alito's account of "our epic Affordable Care Act trilogy"*».

6. LAS PARTES LITIGANTES EN EL TERCER CASO DE LA NUEVA TRILOGÍA

En principio, resulta sorprendente la denominación de este tercer caso, al referirse a dos Estados federados litigantes entre sí (recuérdese, *California v. Texas*), aunque este hecho tiene una explicación razonable. Hay que tener en cuenta que el Presidente Donald TRUMP, tras tomar posesión de su cargo (en 20 enero 2017), emprendió una auténtica cruzada parlamentaria contra la «ObamaCare». Según relata el caso, el propio año 2017 el Congreso de los Estados Unidos promulgó una Ley, por virtud de la cual se eliminaba la sanción que llevaba aparejada la no estipulación por los ciudadanos del contrato privado de seguro de asistencia sanitaria (literalmente, «en 2017, el Congreso anuló la eficacia de la sanción, fijando su cuantía en 0 [esto es, cero] dólares»)[34]. Y tras la entrada en vigor de esta Ley (cosa que ocurrió el 1 enero 2018), se produjeron los tres siguientes hechos relevantes: 1) «en 2018, Texas y más de una docena de Estados federados (actores estatales) plantearon esta demanda contra el Ministro de Salud y Servicios Humanos y el Comisionado de la Agencia Tributaria, entre otros»[35], pretendiendo que se declarase que «es inconstitucional» no sólo el precepto que imponía la obligación de concertar el contrato privado de asistencia sanitaria[36], sino también, y por extensión, el resto del contenido de la «ObamaCare», al estar sus preceptos —como la Corte Suprema de los Estados Unidos había reconocido en el segundo caso de la trilogía— «interconectados» o «entrelazados» con la norma reguladora del mandato individual de asegurarse[37], resultando que a esta demanda se sumaron también otras dos personas físicas (los denominados «actores individuales [*individual plaintiffs*]»)[38]; 2) mientras se tramitaba el pleito en la primera instancia, los demandados —en vez de defenderse frente a la demanda— hicieron suyos los argumentos de los actores (literalmente, «aunque formalmente demandados en el pleito, los Estados Unidos se pusieron del lado de los actores … razonando que la Ley es inconstitucional»)[39]; y 3) «por eso, California, junto con otros 15 Estados federados y el Distrito de Columbia (coadyuvantes estatales [de los demandados]), intervinieron [en los autos] con la finalidad de defender la constitucionalidad de la Ley»[40]. Pues bien, el pleito fue ganado por los actores en primera instancia y en apelación. De ahí que California y demás «coadyuvantes» recurriesen en apelación y en «*certiorari*»[41], frente a Texas y demás actores originarios[42], reflejando la denominación *California v. Texas* las posiciones de la parte recurrente y de la parte recurrida, ante la Corte federal de

[34] Véase opinion de la Corte, p. 1. Textualmente, «*in 2017, Congress effectively nullified the penalty by setting its amount at $0*».

[35] Véase opinion de la Corte, p. 3. Textualmente, «*in 2018, Texas and more than a dozen other States (state plaintiffs) brought this lawsuit against the Secretary of Health and Human Services and the Commissioner of Internal Revenue, among others*». Como concreta la opinión disidente, p. 6, nota 3, «estos Estados fueron Alabama, Arizona, Arkansas, Carolina del Sur, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Florida, Georgia, Indiana, Kansas, Luisiana, Mississippi [vía su Gobernador], Missouri, Nebraska, Tennessee, Utah y Virginia Occidental», teniendo en cuenta que «el Estado de Wisconsin también fue demandante en la Corte de Distrito, pero desde entonces se ha apartado voluntariamente de la demanda», y que «el antiguo Gobernador de Maine Paul LePage intentó representar a Maine como demandante en la Corte de Distrito, pero fue ulteriormente apartado de la demanda».

[36] Véase opinión de la Corte, p. 3.

[37] *Ibid.m*.

[38] *Ibid.m*.

[39] *Ibid.m*. Textualmente, «*although nominally defendants to the suit, the United States took the side of the plaintiffs … arguing that the Act is unconstitutional*».

[40] Véase opinión de la Corte, pp. 3-4. Textualmente, «*therefore California, along with 15 other States and the District of Columbia (state intervenors), intervened in order to defend the Act's constitutionality*». Según la opinión disidente, p. 6, nota 4, «los Estados federados coadyuvantes son California, Carolina del Norte, Connecticut, Delaware, Hawaii, Illinois, Kentucky (vía su Gobernador), Massachusetts, Minnesota, Nueva Jersey, Nueva York, Oregon, Rhode Island, Vermont, Virginia y Washington», teniendo en cuenta que «Colorado, Iowa, Michigan y Nevada también se adhirieron, como Estados federados coadyuvantes adicionales, cuando este pleito se encontraba en apelación».

[41] Sobre este recurso, con muchos ingredientes de nuestro amparo constitucional, véase Arufe Varela, A.: *Dieciséis grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho colectivo del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, Netbiblo (A Coruña, 2012), pp. 9-10.

[42] Véase opinión de la Corte, p. 4.

apelaciones (más en concreto, la del Quinto Circuito federal) y ante la Corte Suprema de los Estados Unidos.

7. LA OPINIÓN DE LA CORTE EN EL TERCER CASO DE LA NUEVA TRILOGÍA

No tenía fácil la Corte Suprema de los Estados Unidos estimar el recurso de California y demás Estados federados adscribibles a la órbita del Partido Demócrata, a efectos de salvar la constitucionalidad de la «ObamaCare» enmendada por el Partido Republicano (de un lado, porque un impuesto que no recauda nada, ni siquiera la «sanción» por no estipulación del contrato de seguro de asistencia sanitaria, difícilmente podía encajarse en la cláusula de la Constitución federal sobre la legislación tributaria; y de otro lado, por causa de las interrelaciones existentes entre esa norma enmendada y el resto de preceptos estructurales de la propia «ObamaCare»). Pero el Juez BREYER (que fue quien expresó la opinión de la Corte, logrando sumar incondicionadamente a ella a otros cinco Jueces más, incluido el propio Juez-Presidente de la Corte) halló la fórmula mágica que permitiría mantener incólume la «ObamaCare» enmendada, sin necesidad de tener que pronunciarse sobre su aparente inconstitucionalidad, resumiéndolo todo la frase —con la que comienza la fundamentación jurídica de la opinión de la Corte[43]— «no vamos a ir más allá de la legitimación [*We proceed no further than standing*]»[44]. Era evidente que si los actores no estuviesen legitimados para plantear su demanda, esta última se caía por su base, haciendo innecesario entrar en el fondo de los concretos motivos de impugnación por ellos esgrimidos. Pues bien, según la opinión de la Corte, «la Constitución otorga a las Cortes federales el poder de resolver sólo "controversias" y "casos" genuinos»[45], teniendo en cuenta que «ese poder incluye la exigencia de que los litigantes tengan legitimación»[46], y que —con cita de jurisprudencia anterior de la propia Corte— «el actor sólo tiene legitimación si puede "alegar un daño personal, claramente causado por la alegada conducta ilícita del demandado, y que probablemente será reparada por el remedio exigido"»[47]. Y aquí ocurría, siempre según la opinión de la Corte, que «ni los actores individuales ni los actores estatales han probado que el daño que sufrirán o han sufrido esté "claramente causado" por la "alegada conducta ilícita" frente a la que accionan»[48]. De ahí la revocación de la resolución judicial recurrida de segunda instancia, salvando así la constitucionalidad de la «ObamaCare» enmendada. Más en concreto, lo que falló aquí la Corte Suprema de los Estados Unidos fue lo siguiente: «Por eso, revocamos el fallo del Quinto Circuito con respecto a la legitimación, anulamos el fallo, y devolvemos los autos con instrucciones de desestimación»[49].

8. LA OPINIÓN CONCURRENTE EN EL TERCER CASO DE LA NUEVA TRILOGÍA

Como anticipé antes, el ultra-conservador Juez THOMAS (que de seguro miraba con simpatía la Administración del Presidente TRUMP)[50] se adhirió al fallo de la opinión de la Corte, redactando una opinión concurrente con dicho fallo (en consecuencia, *California v. Texas* salió adelante con una sólida mayoría de «6 más 1 frente a 2»). En su opinión concurrente, se intuye a este Juez enfadado

[43] Esto, su apartado II.

[44] Véase opinión de la Corte, p. 4.

[45] *Ibid.m*. Textualmente, «*the Constitution gives federal courts the power to adjudicate only genuine "Cases" and "Controversies"*».

[46] *Ibid.m*. Textualmente, «*that power includes the requirement that litigants have standing*».

[47] *Ibid.m*. Textualmente, «*a plaintiff has standing only if he can "allege personal injury fairly traceable to the defendant's allegedly unlawful conduct and likely to be redressed by the requested relief"*».

[48] *Ibid.m*, p. 5. Textualmente, «*neither the individual nor the state plaintiffs have shown that the injury they will suffer or have suffered is "fairly traceable" to the "allegedly unlawful conduct" of which they complain*».

[49] *Ibid.m*, p. 16. Textualmente, «*therefore, we reverse the Fifth Circuit's judgment in respect to standing, vacate the judgment, and remand the case with instructions to dismiss*».

[50] Acerca de su talante e ideario, véase Herman, S.N., «Clarence Thomas», en L. Friedman y F.L. Israel (Editores), *The Justices of the United States Supreme Court. Their lives and major opinions*, vol. V, Chelsea House Publishers (Nueva York-Filadelfia, 1997), p. 1830.

con el cambio de criterio de la Administración TRUMP respecto de la «ObamaCare» enmendada (recuérdese, primero había validado la enmienda en sede parlamentaria, y luego esgrimió, ante las Cortes federales, la inconstitucionalidad de la norma enmendada). Y más, teniendo en cuenta —frente a la actitud del Gobierno federal, aparentemente contraria a la buena fe— que la Cámara federal de Representantes sí había defendido, en cambio, durante la tramitación del recurso de apelación ante el Quinto Circuito federal, la constitucionalidad de la enmienda que en su seno se había tramitado y aprobado[51]. Sólo así se explica la precisión milimétrica con que este Juez alude al cambio de criterio en cuestión [refiriéndose, literalmente, por ejemplo, a la «Carta de E. Kneedler, Vice Procurador General, a S. Harris, Secretario de la Corte (10 febrero 2021) (notificando a la Corte el cambio de posición del Gobierno federal)»][52]. De ahí, a pesar de haber firmado —frente a la mayoría de la Corte— la opinión disidente en los dos primeros casos de la trilogía, que ahora se sumase a la opinión mayoritaria, lo que justificaba con ironía, afirmando que «aunque esta Corte ha errado dos veces antes, en casos relativos a la Ley de la Asistencia Accesible [esto es, en *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2011), y en *King v. Burwell* (2015)], no yerra hoy»[53].

9. LA OPINIÓN DISIDENTE EN EL TERCER CASO DE LA NUEVA TRILOGÍA

La opinión disidente, redactada por el Juez ALITO (nombrado en su día Juez de la Corte por el Presidente republicano George W. BUSH) y a la que se adhirió el Juez GORSUCH (nombrado Juez de la Corte por el Presidente TRUMP, en 2017), es un escrito larguísimo (casi el doble de largo que la opinión de la Corte y la opinión concurrente juntas). Realiza un repaso fenomenal y abrumador de jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos (literalmente, «docenas y docenas de ejemplos»[54], incluidos ocho casos recientes fallados entre 2017 y 2021[55]), para poner de relieve que la Corte siempre había interpretado con flexibilidad la exigencia de la legitimación, para así no ofender el principio fundamental del «proceso debido en Derecho [*due process of law*]»[56] —de algún modo equivalente a nuestra tutela judicial efectiva—, y que la opinión de la Corte, además, causaba en este caso indefensión a los actores (literalmente y metafóricamente, su fallo equivalía a afirmar que «para plantear su caso en una Corte federal, tiene Usted que pagar una tasa de 100.000 dólares, pero no le daremos la oportunidad de pagar ese dinero»)[57]. Concluye con un párrafo, relativo a la trilogía de la «ObamaCare», que creo que vale la pena —por causa de su fina ironía— reproducir íntegramente: «Nadie puede dejar de estar impresionado por las distancias que esta Corte ha sido capaz de recorrer, para defender la L[ey de la]A[sistencia]A[ccesible] frente a todas las amenazas. Una sanción es un impuesto. Los Estados Unidos son un Estado federado. Y 18 Estados federados que soportan costes gravosos al amparo de la L[ey de la]A[sistencia]A[ccesible], ni siquiera pueden poner el pie en la puerta, para plantear un desafío constitucional. Así, se permite a un impuesto, que no es un impuesto, que permanezca en pie y apoye uno de los mayores programas gubernamentales en la historia de nuestra nación. Los aficionados a la inventiva judicial aplaudirán otra vez»[58].

---

[51] Véase opinión de la Corte, p. 4.

[52] Véase opinión concurrente, p. 3. Textualmente, «*letter from E. Kneedler, Deputy Solicitor General, to S. Harris, Clerk of Court (Feb. 10, 2021) (notifying the Court of the Federal Government's change in position)*».

[53] *Ibid.m*, p. 6. Textualmente, «*although this Court has erred twice before in cases involving the Affordable Care Act, it does not err today*».

[54] Véase opinión disidente, p. 9, nota 5. Textualmente, «*dozens upon dozens of examples*».

[55] *Ibid.m*.

[56] *Ibid.m*, pp. 11 y ss.

[57] *Ibid.m*, p. 15. Textualmente, «*in order to bring your case in federal court, you have to pay a filing fee of $100,000, but we will not give you a chance to pay that money*».

[58] *Ibid.m*, p. 32. Textualmente, «*no one can fail to be impressed by the lengths to which this Court has been willing to go to defend the ACA against all threats. A penalty is a tax. The United States is a State. And 18 States who bear costly burdens under the ACA cannot even get a foot in the door to raise a constitutional challenge. So a tax that does not tax is allowed to stand and support one of the biggest Government programs in our Nation's history. Fans of judicial inventiveness will applaud once again*».

10. LAS REACCIONES FRENTE A LA OPINIÓN DE LA CORTE EN EL TERCER CASO DE LA NUEVA TRILOGÍA

Lógicamente, el Presidente Joe BIDEN (que accedió al cargo el 20 enero 2021, tras su victoria electoral sobre Donald TRUMP, y que era Vicepresidente de los Estados Unidos en 2010, cuando se promulgó la «ObamaCare») expresó su satisfacción con el citado tercer fallo de la trilogía, mediante una «declaración» solemne efectuada en la Casa Blanca, en 17 junio 2021[59]. En ella, en lo esencial, afirmaba lo siguiente: 1) que «la decisión de hoy de la Corte Suprema de los Estados Unidos … es una victoria para más de 130 millones de americanos»[60], así como para «muchos millones más que estaban en peligro inmediato de perder su asistencia sanitaria en medio de una pandemia que ocurre sólo una vez en un siglo»[61]; 2) que «la victoria de hoy es también para todos los jóvenes, que pueden permanecer en el plan de seguro de sus padres hasta que cumplan 26 años de edad»[62]; y 3) que «la decisión de hoy … nos coloca más cerca de cumplir nuestra obligación moral y de asegurar que, aquí en América, la asistencia sanitaria es un derecho y no un privilegio»[63]. Todo esto, desde un punto de vista político. Desde un punto de vista doctrinal, empieza a haber ya opiniones que enjuician el tercer caso de la trilogía, en sus aspectos sustantivos y procesales, realizando incluso pronósticos acerca de si la litigiosidad sobre la «ObamaCare» se perpetuará o no en el futuro. En este sentido, un artículo doctrinal muy reciente, publicado por un catedrático de una Facultad de Derecho texana[64], pronostica que la doctrina del caso (anclada, recuérdese, en la falta de legitimación para impugnar la constitucionalidad de la «ObamaCare») es «irrevisable» (literalmente, «*California v. Texas is Unreviewable*»)[65], aunque no descarte (eso sí, sólo respecto de actores individuales, no respecto de Estados federados) que «una persona que esté sujeta a una acción para exigir el cumplimiento de la L[ey de la]A[sistencia]A[ccesible] pueda plantear, como defensa, la inconstitucionalidad de la obligación [de asegurarse con un contrato privado de asistencia sanitaria]»[66].

11. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Arufe Varela, Alberto, *Dieciséis grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho colectivo del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, Netbiblo (A Coruña, 2012).

Arufe Varela, Alberto, *El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español*, Atelier (Barcelona, 2014).

Blackman, Josh, «Unreviewable: the final installment of the "epic" Obamacare trilogy», *Cato Supreme Court Review*, vol. 2021 (2021).

[59] Véase «Statement by President Joe Biden on the U.S. Supreme Court decision upholding the Affordable Care Act», localizable en el sitio oficial en Internet de la Casa Blanca, ubicado en https://www.whitehouse.gov (con acceso directo en https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/06/17/statement-by-president-joe-biden-on-the-u-s-supreme-court-decision-upholding-the-affordable-care-act/).

[60] *Ibid.m*, párrafo segundo. Textualmente, «*today's U.S. Supreme Court decision … is a victory for more than 130 million Americans*».

[61] *Ibid.m*. Textualmente, «*millions more who were in immediate danger of losing their health care in the midst of a once-in-a-century pandemic*».

[62] *Ibid.m*, párrafo tercero. Textualmente, «*today's victory is also for all the young people who can stay on their parents' insurance plan until they turn 26 years old*».

[63] *Ibid.m*, párrafo último. Textualmente, «*Today's decision … gets us closer to fulfilling our moral obligation to ensure that, here in America, health care is a right and not a privilege*».

[64] Véase Blackman, J., «Unreviewable: the final installment of the "epic" Obamacare trilogy», *Cato Supreme Court Review*, vol. 2021 (2021), pp. 109 y ss.

[65] *Ibid.m*, pp. 135 y ss.

[66] *Ibid.m*, p. 138.

Bloodgood, N. y Sanders, L.C., «An overview of the anti-retaliation provision in the new Patient Protection and Affordable Care Act», *Federal Lawyer*, núm. 58 (Noviembre/Diciembre 2011).

Cannon, Michael F. y Pohida, J., «Would "Medicare for all" mean quality for all? How public-option principles could reverse Medicare's negative impact on quality», *Quinnipiac Health Law Journal*, núm. 25 (2022).

Cedrone, Michael J., «Supreme silence and precedential pragmatism: King v. Burwell and statutory interpretation in the federal courts of appeals», *Marquette Law Review*, núm. 103 (2019).

Fletcher, Matthew L.M., «The iron cold of the Marshall trilogy», *North Dakota Law Review*, núm. 82 (2006).

Franklin, M.J., «What is the difference between the Medicaid five-year "look-back" and a Medicaid penalty period», *Tennessee Bar Journal*, núm. 51 (2015).

Goetting, N., «The Marshall trilogy and the constitutional dehumanization of American indians», *Guild Practitioner*, núm. 65 (2008).

Gregory, D.L., Zitelli, M.K. y Papadopoulos, C.E., «The fiftieth anniversary of the steelworkers trilogy: Some reflections on judicial review of labor-arbitration decisions —Will gold turn to rust?», *Catholic University Law Review*, núm. 60 (2010)

Hauschild, J., «Social distancing with your doctor: the promise of telemedicine in Medicare and Medicaid, and how to pay for it», *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, núm. 22 (2021).

Herman, S.N., «Clarence Thomas», en Leon Friedman y Fred L. Israel (Editores), *The Justices of the United States Supreme Court. Their lives and major opinions*, vol. V, Chelsea House Publishers (Nueva York-Filadelfia, 1997).

Kaldawi, N., «Indigenous health policy in the United States and Latin America: The Marshall trilogy and the international human rights approach», *Arizona Journal of International and Comparative Law*, núm. 33 (2016).

Lofaso, A.M., «Deflategate: What's the steelworkers trilogy got to do with it?», *Berkeley Journal of Entertainment & Sports Law*, núm. 6 (2017).

Martinez, F., «Qualifying for Medicaid is uttlery different than having Medicaid», *Houston Lawyer*, núm. 53 (2016).

Martínez Girón, J., *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, Netbiblo (A Coruña, 2012).

Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A., «El enjuiciamiento de la constitucionalidad de la reforma sanitaria del Presidente Obama por la Corte Suprema de los Estados Unidos», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32 (2012).

Melone, M.A., «King v. Burwell and the Chevron doctrine: did the Court invite judicial activism?», *University of Kansas Law Review*, núm. 64 (2016).

Sage, W.M., «Adding principle to pragmatism: the transformative potential of "medicare-for-all" in post-pandemic health reform», *Yale Journal of Health Policy, Law & Ethics*, núm. 20 (2021).

Schwinn, S.D., «The Framers' federalism and the Affordable Care Act», *Connecticut Law Review*, núm. 4 (2012).

Trapani, P., «Old presumptions never die: Rethinking the steelworkers trilogy's presumption of arbitration in deciding the arbitrability of side letters», *Tulane Law Review*, núm. 83 (2008).

Tribe, Laurence H., «The constitutionality of the Patient Protection and Affordable Care Act: Swimming in the stream of commerce», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, núm. 35 (2012).

Valenti, A. y Johnson, V., «The impact of King v. Burwell on judicial review of administrative action: an exception to Chevron, a move from textualism, or something else», *Houston Business and Tax Law Journal*, núm. 18 (2018).

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

Labor um

nº 32 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

1. CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

1.1. NORMAS INTERNACIONALES

OIT. -Trabajo decente. - Resolución relativa al trabajo decente y la economía social y solidaria (ESS), 10 de junio de 2022.

La Conferencia Internacional del Trabajo, en su 110.ª reunión, 2022, adopta esta "Resolución relativa al trabajo decente y la economía social y solidaria (10 de junio de 2022)".

La resolución ofrece una definición de ESS clara y completa, basada en un conjunto de valores y principios. Se trata de la primera definición tripartita de la economía social y solidaria a nivel internacional.

-Definición de la economía social y solidaria (Parte II):

La ESS engloba a empresas, organizaciones y otras entidades que realizan actividades económicas, sociales y medioambientales de interés colectivo o general, que se basan en los principios de la cooperación voluntaria y la ayuda mutua, la gobernanza democrática o participativa, la autonomía y la independencia, y la primacía de las personas y el fin social sobre el capital en la distribución y el uso de los excedentes o los beneficios, así como de los activos.

Las entidades de la ESS aspiran a la viabilidad y la sostenibilidad a largo plazo y a la transición de la economía informal a la economía formal, y operan en todos los sectores de la economía.

Ponen en práctica un conjunto de valores que son intrínsecos a su funcionamiento y acordes con el cuidado de las personas y el planeta, la igualdad y la equidad, la interdependencia, la autogobernanza, la transparencia y la rendición de cuentas, y el logro del trabajo decente y de medios de vida dignos. En función de las circunstancias nacionales, la ESS comprende cooperativas, asociaciones, mutuales, fundaciones, empresas sociales, grupos de autoayuda y otras entidades que operan según sus valores y principios.

-Principios rectores para afrontar los retos y aprovechar las oportunidades (Parte III):

a) tomar en consideración la contribución de la ESS a la consecución del trabajo decente, la economía inclusiva y sostenible, la justicia social, el desarrollo sostenible y la mejora de los niveles de vida para todos;

b) reconocer la función que las entidades de la ESS pueden desempeñar como uno de los actores que pueden contribuir al sentido que se da al trabajo en un momento en que las personas aspiran a un trabajo decente, que tenga sentido para ellas y el planeta;

c) respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo, otros derechos humanos y las normas internacionales del trabajo pertinentes, inclusive en todos los tipos de entidades de la ESS;

d) valorar el arraigo local de la ESS y su contribución a la aplicación de soluciones tanto ya establecidas como innovadoras para brindar oportunidades de trabajo decente, y responder a las necesidades de los grupos desfavorecidos y las personas en situación de vulnerabilidad, en particular las mujeres, inclusive en las zonas rurales;

e) adoptar un enfoque inclusivo, integrado y con perspectiva de género para promover la ESS, en particular con respecto a los grupos en situación de vulnerabilidad, reconociendo el valor del trabajo del cuidado y del trabajo no remunerado;

f) considerar la necesidad de prestar especial atención a la participación de los trabajadores y las entidades económicas de la ESS en la elaboración, la aplicación y el seguimiento de las estrategias y las medidas destinadas a abordar las causas fundamentales de la informalidad y facilitar la transición de la economía informal a la economía formal y el logro del trabajo decente y de sistemas universales de protección adecuados, integrales y sostenibles;

g) tomar en consideración la contribución que aportan las empresas sostenibles al trabajo decente, como se enuncia en las Conclusiones relativas a la promoción de empresas sostenibles, de 2007;

h) reconocer y promover la complementariedad entre las entidades de la ESS y otras empresas para favorecer el logro del crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente para todos;

i) reconocer y apoyar la contribución de la ESS a una transición digital justa;

j) considerar la contribución que aporta la ESS al respeto de la dignidad humana, al desarrollo comunitario y al fomento de la diversidad, la solidaridad, así como al respeto de los conocimientos y las culturas tradicionales, incluidos los de los pueblos indígenas y tribales, y

k) evaluar la capacidad de la ESS para resistir a las crisis y preservar los puestos de trabajo, inclusive en las pequeñas y medianas empresas, en particular en algunos casos de reestructuración empresarial mediante la transferencia de propiedad a los trabajadores.

-Sin embargo, se plantean varios retos que los Miembros deben considerar:

a) los retos particulares que afrontan las entidades de la ESS, además de las dificultades que tienen en común con numerosas microempresas y pequeñas y medianas empresas, entre otros, un entorno desfavorable para las entidades de la ESS, como la falta de participación adecuada, las políticas que agravan la informalidad, la pobreza, el endeudamiento, la inseguridad jurídica, la debilidad del Estado de derecho, el acceso insuficiente a la financiación, la competencia y las prácticas comerciales desleales y otras deficiencias en las condiciones que dificultan la creación de un entorno propicio;

b) la facilitación de un mejor acceso de las entidades de la ESS a servicios financieros, entre otras cosas, cuando proceda, a través de una diversidad de medidas e instrumentos financieros específicos;

c) el fomento de la contribución de las entidades de la ESS y de las empresas sostenibles a una transición justa hacia economías y sociedades medioambientalmente sostenibles para todos, que promuevan modalidades de consumo y producción sostenibles, teniendo en cuenta los desafíos que se plantean, en particular el cambio climático;

d) el reconocimiento y apoyo a la función de la ESS para mejorar la productividad, al posibilitar la organización horizontal, vertical y transversal de las entidades de la ESS, aprovechar la complementariedad y las posibles sinergias con otras empresas, de conformidad con la Recomendación sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas, 1998 (núm. 189), e invertir en el desarrollo de competencias y el aprendizaje permanente, así como en tecnologías e infraestructura;

e) la necesidad de velar por que las entidades y los trabajadores de la ESS gocen de la libertad de asociación y la libertad sindical y del reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva para propiciar el diálogo social a través de las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, a fin de adoptar medidas que atañan directamente a las entidades y los trabajadores

de la ESS y, cuando proceda, con las organizaciones pertinentes y representativas de las entidades de la ESS concernidas;

f) la necesidad de fomentar las posibilidades que ofrece la ESS para promover la inclusión social, especialmente de las mujeres, los jóvenes y los grupos desfavorecidos, como los desempleados, las personas con discapacidad, los trabajadores migrantes y los pueblos indígenas, y

g) la importancia de luchar contra las seudoentidades de la ESS y de impedir que incumplan la legislación laboral y de otro tipo y vulneren los derechos de los trabajadores, así como de combatir el riesgo de competencia desleal con respecto a empresas responsables y empresas que cumplen con la normativa, en particular las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, de conformidad con la Recomendación núm. 193.

-La función de los Gobiernos y de los interlocutores sociales (Parte IV):

Los Miembros tienen la obligación de respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo, otros derechos humanos y las normas internacionales del trabajo pertinentes, inclusive en todos los tipos de entidades de la ESS.

Los Miembros, con el apoyo de la Oficina Internacional del Trabajo, deberían, entre otros aspectos: establecer un entorno propicio que sea compatible con la naturaleza y la diversidad de las entidades de la ESS para promover el trabajo decente y aprovechar plenamente las posibilidades que ofrecen estas entidades; asegurar condiciones equitativas de manera que las entidades de la ESS se beneficien de condiciones conformes con la legislación y la práctica nacionales que no sean menos favorables que las que se conceden a otras formas de empresa; promulgar políticas que fomenten la creación de empleos de calidad para todos, también en la ESS; integrar la ESS en las estrategias nacionales de desarrollo, recuperación y empleo; reconocer la función de la ESS en la transición de la economía informal a la economía formal; fomentar la contribución de la ESS al trabajo decente en las cadenas de suministro nacionales y mundiales, inclusive a través del desarrollo del comercio justo, equitativo y sostenible.

Las organizaciones de empleadores podrían considerar, cuando proceda, la posibilidad de ampliar la afiliación a las entidades de la ESS que así lo deseen y proporcionarles servicios de apoyo adecuados; y facilitar el acceso de las entidades de la ESS a las redes empresariales y socios comerciales que puedan contribuir a su desarrollo, mejorar su potencial empresarial y sus capacidades de emprendimiento y de gestión, reforzar su productividad y competitividad, y facilitar su acceso a los mercados internacionales y a la financiación institucional.

-La función de la Oficina Internacional del Trabajo (Parte V):

Sobre la base del mandato constitucional de la OIT, la Oficina debería promover el establecimiento y el desarrollo de entidades de la ESS sólidas y resilientes, teniendo en cuenta las diversas realidades y necesidades de los Miembros, así como los distintos grados de desarrollo de la ESS, y las normas internacionales del trabajo pertinentes.

De conformidad con la Declaración del Centenario, la OIT debe orientar sus esfuerzos a promover un entorno favorable para las entidades de la ESS y las empresas sostenibles, a fin de generar trabajo decente, empleo productivo y mejores niveles de vida para todos. Las medidas que adopte la Oficina a fin de promover la ESS para un futuro del trabajo decente centrado en las personas deberían, con los asociados pertinentes, priorizar la prestación de asesoramiento jurídico y en materia de políticas, las actividades de promoción, la generación de conocimientos, el intercambio y la difusión de buenas prácticas, la formación y la educación, el fomento de la capacidad y la cooperación para el desarrollo.

1.2. MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCIÓN SOCIAL FRENTE A LA CRISIS SANITARIA, ECONÓMICA Y SOCIAL

-Real Decreto-ley 18/2022, de 18 de octubre, por el que se aprueban medidas de refuerzo de la protección de los consumidores de energía y de contribución a la reducción del consumo de gas natural en aplicación del «Plan + seguridad para tu energía (+SE)», así como medidas en materia de retribuciones del personal al servicio del sector público y de protección de las personas trabajadoras agrarias eventuales afectadas por la sequía (BOE 19-10-2022)

Como respuesta a la situación actual derivada de la guerra de Ucrania y de la crisis energética, el Consejo de Ministros adoptó el pasado 11 de octubre el Plan Más Seguridad Energética (Plan +SE), que contiene setenta y tres medidas agrupadas en torno a seis objetivos: ahorro y eficiencia; transformación del sistema energético; ampliación de la protección a los ciudadanos, especialmente los vulnerables; medidas fiscales; transformación de la industria gracias a las energías renovables o el hidrógeno, y solidaridad con el resto de los países europeos. Mediante este real decreto-ley se adoptan dieciocho de las medidas del Plan +SE, particularmente aquellas de carácter normativo cuyos efectos en el corto plazo contribuirán a mitigar los efectos de la crisis energética sobre ciudadanos y empresas y acelerar la transición energética: Medidas en materia de refuerzo de la protección a los consumidores de gas natural y electricidad (Cap.I); medidas en materia de fomento de gases renovables y digitalización (cap. II); impulso al autoconsumo (cap. III); modificaciones en acceso y conexión para inyección rápida de energía en la red (cap. IV); simplificación administrativa para la construcción de instalaciones de pequeña potencia (cap. V); ahorro y eficiencia energética en alumbrado exterior (cap. VI); medidas fiscales (cap. VII); y medidas en materia de retribuciones del personal al servicio del sector público y de protección de las personas trabajadoras agrarias eventuales afectadas por la sequía (cap. VIII).

Pero además, se plantean otras dos medidas importantes:

1) Se aborda un incremento adicional en las retribuciones de las empleadas y empleados públicos, con la finalidad de paliar los efectos en el poder de compra ocasionados por la inflación en este mismo ejercicio presupuestario:

-Se aprueba una subida adicional del 1,5% de las retribuciones del personal al servicio del sector público con el fin de compensar los efectos de la inflación.

-Para el año 2022 el incremento salarial de las empleadas y empleados públicos será de un máximo del 3,5% con carácter consolidable, con efectos desde el 1 de enero de 2022.

-La diferencia resultante entre el incremento salarial aprobado y el que ya se había realizado con la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, del 2%, se materializará a partir del mes de noviembre, abonándose como atrasos el incremento correspondiente a los meses de enero a octubre de este año.

-Se establecen igualmente reglas específicas para que las Comunidades Autónomas y Entidades Locales puedan materializar el pago antes del 31 de diciembre de 2022 y, en todo caso, con anterioridad al 31 de marzo de 2023, así como para adoptar las actuaciones presupuestarias que deban realizar las entidades locales a fin de poder aplicar el incremento retributivo, estableciendo en su caso reglas concretas para permitir la incorporación a los correspondientes créditos de los presupuestos de gastos del ejercicio inmediato siguiente, y ejecutar el pago antes de 31 de marzo de 2023.

Cada Administración deberá, en su respectivo ámbito, actualizar las cantidades en aquellos casos en que las retribuciones previstas en los capítulos I y II del título III de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, y preceptos concordantes, no vengan referidas al porcentaje de incremento previsto por el artículo 19.Dos, de conformidad con el

incremento aprobado, y para dictar las instrucciones que sean precisas para hacer efectivo el abono de las cuantías correspondientes.

2) Por otra parte se adoptan medidas de protección de las personas trabajadoras agrarias, para hacer frente a sus posibilidades de empleo como consecuencia de la situación climática en las demarcaciones del Guadalquivir y del Guadiana, que hace muy probable un descenso de la producción de la práctica totalidad de los grupos de cultivos analizados, especialmente en el olivar, cultivo que demanda una gran cantidad de mano de obra.

Con carácter previo, el Real Decreto Ley 4/2022, de 15 de marzo, con importantes medidas urgentes de apoyo al sector agrario por la sequía, ya recogía, en materia laboral, la reducción de 35 a 20 del número mínimo de jornadas reales cotizadas para acceder al subsidio por desempleo o a la renta agraria hasta el 31 de diciembre de 2022. La posterior evolución negativa de las precipitaciones ha empeorado las perspectivas en cuanto a previsión de producciones.

-Por ello se reduce el número de jornadas de 35 a 10 para que las personas trabajadoras agrarias eventuales, en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, puedan acogerse al subsidio de desempleo y la renta agraria, dada la afección de esta situación a sus posibilidades de empleo.

-Esta reducción del número de jornadas reales cotizadas se aplicará desde el 1 de noviembre de 2022 hasta el 30 de junio 2023.

1.3. INGRESO MÍNIMO VITAL

-Ingreso mínimo vital. Consejo Consultivo.- Real Decreto 635/2022, de 26 de julio, por el que se regulan la organización y funciones del Consejo consultivo del ingreso mínimo vital (BOE 27-7-2022).

En este real decreto se regula la naturaleza del Consejo consultivo; su adscripción al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones; su composición y sus reglas de funcionamiento. Asimismo, se regula su régimen jurídico y económico. En la disposición adicional se recoge la previsión de no aumento del gasto público.

-Sello de inclusión social. - Real Decreto 636/2022, de 26 de julio, por el que se regula el Sello de Inclusión Social (BOE 27-7-2022).

El RD 636/2022 tiene por objeto establecer el régimen jurídico del Sello de Inclusión Social, en desarrollo de lo previsto en la Disp. Adic. 1ª de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

El Sello de Inclusión Social (en adelante el Sello) es un distintivo público de la Administración General del Estado que se concederá a las entidades públicas empresariales, a las sociedades mercantiles públicas, a las empresas privadas, a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, así como a las fundaciones que desarrollen actuaciones que contribuyan al tránsito de las personas beneficiarias del ingreso mínimo vital desde una situación de riesgo de pobreza y exclusión a la inclusión y participación activa en la sociedad, y que cumplan los requisitos que se exigen en el art 3 RD 636/2022.

Su regulación reglamentaria está prevista en la disposición adicional primera de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, con el fin de fomentar la colaboración público-privada para contribuir al objetivo común de la inclusión social.

El Sello de Inclusión Social se concibe como una iniciativa de innovación pública en el ámbito de la colaboración público-privada y la responsabilidad social corporativa, cuyo objetivo es estimular

a las empresas públicas y privadas y a otro tipo de entidades, a contribuir a la consecución de una sociedad inclusiva, justa e igualitaria, apoyando la generación de oportunidades de inclusión social para las personas beneficiarias del ingreso mínimo vital.

-El capítulo I describe el objeto de este real decreto, que es la regulación del Sello de Inclusión Social, así como las distintas tipologías de Sello que se podrán solicitar y obtener, y los requisitos que se deben cumplir para poder solicitar el distintivo.

-El capítulo II regula el procedimiento para la concesión del Sello de Inclusión Social, cuya solicitud deberá hacerse a través de medios electrónicos. Los trabajadores por cuenta propia o autónomos, como uno de los colectivos a los que va destinado este distintivo, por razón de su capacidad económica, técnica y dedicación profesional tienen acceso y disponibilidad de los medios necesarios para poder relacionarse electrónicamente con la Administración Pública en la presentación de solicitudes y seguimiento de la gestión del Sello. Asimismo, este capítulo regula la vigencia del Sello, que se mantendrá durante tres años, siempre y cuando subsistan las circunstancias que motivaron su concesión y se cumplan los compromisos establecidos en el real decreto, así como los supuestos de revocación del distintivo por parte del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones o renuncia al mismo por parte de la entidad solicitante.

-El capítulo III regula la utilización del Sello de Inclusión Social y los compromisos derivados de su obtención por parte de las personas físicas y jurídicas solicitantes, así como los compromisos adquiridos por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

-El capítulo IV establece el sistema de evaluación y seguimiento del Sello de Inclusión Social, en el marco de la Comisión de seguimiento del ingreso mínimo vital y cuyos resultados se harán públicos.

-Resolución de 5 de octubre de 2022, de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se modifica la de 26 de enero de 2022, por la que se aprueban los modelos normalizados que deberán cumplimentar los Servicios Sociales y las Entidades del Tercer Sector de Acción Social para certificar el cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital (BOE 17-10-2022).

1.4. COTIZACIÓN

-Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad (BOE 27-7-2022)

Este RD-ley se enmarca en el Acuerdo del Gobierno y los agentes sociales alcanzado en la Mesa de Diálogo Social, en julio de 2021, para garantizar el poder adquisitivo de los pensionistas y asegurar la sostenibilidad del sistema público de pensiones, cuyo apartado cuarto prevé un nuevo sistema de cotización de las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas por ingresos reales y la mejora de su protección social, previendo que la implantación de esta modificación se haría a partir del 1 de enero de 2023, de forma gradual (recogiendo las recomendaciones 4ª y 5ª del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Congreso de los Diputados el 19 de noviembre de 2020. El RD-ley se enmarca también en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, aprobado por el Gobierno el 16 de junio de 2021.

Con carácter general, entre las novedades introducidas dentro del sistema de cotización para autónomos destacan:

-Se establece un sistema de quince tramos, que se irá implantando de manera progresiva, en el que se determinan las bases de cotización y las cuotas, en función de los rendimientos netos. En este sentido, se define el concepto de rendimientos netos, se articula su cálculo y se prevé su implantación como modelo definitivo de cotización para autónomos en un período de 9 años.

-Por lo que se refiere a la acción protectora, el RDL 13/2022 incluye una notable mejora en la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia. Se amplían sus modalidades para mejorar la cobertura de algunas contingencias, por ejemplo, la interrupción parcial de la actividad. También se adapta el mecanismo RED para situaciones de crisis cíclicas o sectoriales a los autónomos.

El nuevo sistema de cotización para los trabajadores autónomos entrará en vigor el 1 de enero de 2023.

Su contenido concreto es el siguiente:

1) En su artículo primero se procede a reformar y añadir distintos preceptos de la LGSS:

-Se modifica la letra a) del artículo 71.1 LGSS, con el objeto de establecer la obligación de facilitar a la TGSS, a través de los procedimientos telemáticos y automatizados que se establezcan, toda la información de carácter tributario necesaria de que dispongan para la realización de la regularización de cuotas a la que se refiere el artículo 308 LGSS. Asimismo, se añade una nueva letra o) al artículo 77.1 del mismo texto legal para establecer que la Tesorería General de la Seguridad Social suministrará a través de procedimientos automatizados, a las administraciones tributarias la información necesaria para la regularización de bases de cotización y cuotas a la que se refiere el artículo 308.

-Se modifica el artículo 179 LGSS para dar una nueva regulación a la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor en los supuestos en que, por un cambio en la situación laboral de la persona trabajadora, no sea posible determinar la base reguladora en los términos previstos, estableciendo que dicha base será equivalente a la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes inmediatamente anterior al del inicio del descanso o del permiso por nacimiento y cuidado de menor.

-Se da nueva redacción al artículo 308 LGSS, conforme al cual la cotización al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos se efectuará *en función de los rendimientos anuales* obtenidos por los trabajadores por cuenta propia en el ejercicio de sus actividades económicas, empresariales o profesionales, debiendo elegir la base de cotización mensual que corresponda en función de su previsión de rendimientos netos anuales, dentro de la tabla general fijada en la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado y limitada por una base mínima de cotización en cada uno de sus tramos y por una base máxima en cada tramo para cada año, si bien con la posibilidad, cuando prevean que sus rendimientos van a ser inferiores al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, de elegir base de cotización dentro de una tabla reducida.

En cualquier caso, las bases elegidas tendrán carácter provisional, hasta que se proceda a su regularización en función de los rendimientos anuales obtenidos y comunicados por la correspondiente Administración tributaria a partir del ejercicio siguiente respecto a cada trabajador autónomo.

-Se modifica el artículo 309 LGSS para excluir de la regularización las cotizaciones correspondientes a los meses cuyas bases de cotización hubiesen sido tenidas en cuenta por el cálculo de la base reguladora de cualquier prestación económica del sistema de la Seguridad Social reconocida con anterioridad a la fecha en que se hubiese realizado dicha regularización. También se excluirán las bases de cotización posteriores hasta el mes en que se produzca el hecho causante. De esta manera las bases provisionales adquirirán el carácter de definitivas.

-Se regula en el artículo 310 LGSS la cotización en *supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo por cuenta propia*. La modificación de este artículo se produce para ajustar la base de cotización a la regla 1.ª del artículo 308.

-Se modifica el artículo 313 LGSS, sobre *cotización en situación de pluriactividad*, a fin de adaptar el abono del reintegro de cuotas a la persona trabajadora que se debe efectuar por la TGSS al nuevo sistema de regularización de cotizaciones provisionales.

-En el nuevo contenido dado al artículo 315 LGSS, *la cobertura de la prestación de incapacidad temporal se hace obligatoria* con la excepción prevista en el citado precepto.

-Se modifica el apartado 3 del artículo 316 LGSS, referido a la cobertura obligatoria de las contingencias profesionales, estableciendo en ese apartado 3 que dicha obligación se establece sin perjuicio de lo establecido en el artículo 317, en el 326, la disposición adicional vigésima octava y, por último, respecto a los miembros de institutos de vida consagrada de la Iglesia Católica.

-Se modifica la letra a) del artículo 318, en consonancia con la reforma del artículo 179. La modificación consiste en *modificar la base de cotización que se toma en consideración para el cálculo de la base reguladora* cuya cuantía diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas a este régimen especial durante los seis meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante entre ciento ochenta.

-Se modifica el artículo 320 para fijar la *base reguladora aplicable a los supuestos de cotización reducida y de cotización con sesenta y cinco o más años* de edad de los trabajadores autónomos.

-Se modifica el artículo 325 para establecer algunas especialidades en materia de cotización respecto de los trabajadores incorporados al *Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios*, tales como la referencia de los tipos a las bases de la tabla general, o la cobertura voluntaria de la contingencia de incapacidad temporal.

-Se da una nueva redacción al artículo 327, sobre el objeto y ámbito de aplicación de la *protección por cese de actividad*, ya sea definitiva o temporal, con el objeto de mejorar esta prestación y además introducir nuevas modalidades.

-Se introducen en el artículo 331.1.a) como *nuevas causas de cese de actividad*, en los epígrafes 4.º y 5.º:

*la reducción del 60 por ciento de la jornada de la totalidad de los trabajadores de la empresa o la suspensión temporal de los contratos de trabajo del 60 por ciento de la plantilla, siempre que se haya experimentado la reducción de ingresos que determina el precepto;

*así como, en relación con autónomos que no tengan trabajadores asalariados, el mantenimiento de deudas durante dos trimestres consecutivos con acreedores que supongan una reducción del nivel de ingresos ordinarios o ventas del 60 por ciento respecto del registrado en los mismos periodos del año anterior. A tal efecto, no se computarán las deudas que mantenga por incumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social o con la Administración tributaria.

En ninguno de estos casos se exige el cierre del establecimiento abierto al público o su transmisión a terceros. También se modifica el artículo para aclarar en qué supuestos se considera que existen motivos de fuerza mayor en el cese temporal parcial de la empresa.

-La modificación del artículo 332 se dirige a determinar la documentación que debe aportarse para acreditar que concurren los requisitos para los nuevos supuestos de cese de actividad del artículo 331.1.a), 4.º y 5.º, en tanto que la modificación del artículo 337 fija el día de nacimiento del derecho a la prestación para estos supuestos y la del artículo 339 tiene por objeto establecer la cuantía de la prestación, también para estos nuevos supuestos.

Expresamente, se determina que estos supuestos serán compatibles con la actividad que cause el cese, siempre que los rendimientos netos mensuales obtenidos durante la percepción de la prestación no sean superiores a la cuantía del salario mínimo interprofesional o al importe de la base por la que viniera cotizando, si esta fuera inferior.

-Se modifica la disposición adicional vigésima octava LGSS para establecer *excepciones a la cobertura obligatoria de la prestación por incapacidad temporal y de otras contingencias* para determinados colectivos encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

-Se introduce una nueva disposición adicional cuadragésima octava, en la que se crea la *nueva prestación para la sostenibilidad de la actividad de las personas trabajadoras autónomas de un sector de actividad afectado por el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo en su modalidad cíclica*, establecido en el artículo 47 bis ET.

A esta prestación podrán causar derecho aquellas personas trabajadoras autónomas que desarrollen su actividad en un sector afectado por el Acuerdo del Consejo de Ministros que active el Mecanismo RED en su modalidad cíclica que cumplan los requisitos que la norma establece, determinándose su importe aplicando el 50 por ciento a la base reguladora, la cual es la base prevista en el tramo tercero de la tabla reducida aplicable a los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Además, la entidad gestora de la prestación también asume del 50 por ciento de la cotización a la Seguridad Social del trabajador autónomo al régimen correspondiente, siendo a cargo del trabajador el otro 50 por ciento.

-La disposición adicional cuadragésima novena crea y regula el régimen jurídico de la *nueva prestación para la sostenibilidad de la actividad de las personas trabajadoras autónomas de un sector de actividad afectadas por el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo en su modalidad sectorial*, previsto en el artículo 47 bis ET, para cuyo reconocimiento se exige, entre otros requisitos, que la adopción de las medidas del mecanismo RED afecte al 75 por ciento de la plantilla de la empresa y que se produzca una caída de ingresos durante dos trimestres consecutivos del 75 por ciento de la actividad de la empresa con relación al mismo periodo del año anterior. Dicha prestación consiste en una cantidad a tanto alzado del 70 por ciento de una base reguladora calculada en función de distintos parámetros, además del abono por la entidad gestora de la prestación del 50 por ciento de la cotización a la Seguridad Social de la persona trabajadora por cuenta propia o autónoma al régimen correspondiente, siendo a cargo del trabajador el otro 50 por ciento.

-Se crea una nueva disposición adicional, la quincuagésima, sobre el Observatorio para el análisis y seguimiento de la prestación por cese de actividad por causas económicas de los trabajadores autónomos.

2) El artículo segundo del real decreto-ley modifica el artículo 8 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las *personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero*, para adaptar la cotización a los trabajadores por cuenta propia que queden incluidos en el grupo primero de cotización de este régimen especial al nuevo sistema de cotización por rendimientos establecido en la LGSS.

3) El artículo tercero del real decreto-ley, por su parte, se ocupa de *reformar la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo*, comenzando por sus artículos 1.1, 24 y 25, con el objeto de suprimir la figura del autónomo a tiempo parcial, cuya regulación no ha sido desarrollada, que con la creación del nuevo sistema de cotización pierde ya absolutamente su finalidad.

Los artículos 30, 35, 36, 37, 38 y 38 bis de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, se adaptan al nuevo sistema de cotización para lo cual se referencian las bonificaciones en ellos contenidas a las bases de cotización a que se refiere el artículo 308 LGSS.

Se añade un artículo 38 ter, donde se establece una reducción a la cotización por inicio de una actividad por cuenta propia. Se trata de una figura jurídica similar a la que venía regulándose en los artículos 31, 31 bis, 32, y 32 bis donde se incluía la denominada tarifa plana, si bien, adaptada al nuevo sistema de cotización.

Se añade un nuevo artículo 38 quater en el que se regula, de forma novedosa, una bonificación en la cotización en supuestos de cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, como medida clave para el mantenimiento de la actividad.

4) Los artículos cuarto y quinto del RD-ley efectúan las modificaciones necesarias, respectivamente, en el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social y, especialmente, en el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, para adecuarlos al contenido de la reforma legal, desarrollar la misma, en especial, el procedimiento del nuevo sistema de cotización, en donde cobra mayor importancia el desarrollo reglamentario de la regularización y permitir su aplicación inmediata, el 1 de enero de 2023, con el despliegue de todos sus efectos en materia de cotización a la Seguridad Social respecto del colectivo de trabajadores por cuenta propia o autónomos.

5) El artículo sexto modifica el RD 504/2022, de 27 de junio, por el que se modifican el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el RD 84/1996, de 26 de enero, y el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el RD 2064/1995, de 22 de diciembre, para actualizar su regulación respecto a las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas.

6) Entre las disposiciones adicionales y transitorias:

*La disposición adicional primera dispone que a partir del día 1 de enero de 2032, las bases de cotización definitivas se fijarán en función de los rendimientos netos obtenidos anualmente por las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas por su actividad económica o profesional, dentro de los límites de las bases de cotización máxima y mínima que se determinen en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

*La disposición transitoria primera prevé el *despliegue gradual del nuevo sistema de cotización por ingresos reales durante el período 2023 a 2031*, el cual se revisará periódicamente y se ajustará a las previsiones técnicas necesarias determinadas por los ministerios competentes. En las siguientes disposiciones transitorias se establece el régimen transitorio aplicable durante este período.

-Orden ISM/992/2022, de 11 de octubre, por la que se fijan para el ejercicio 2022 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón (BOE 21-10-2022)

Mediante esta orden se determinan las bases normalizadas de cotización por contingencias comunes en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, teniendo en cuenta, para la determinación de tales bases, la cuantía de las bases de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2021, ambos inclusive, con las especialidades contenidas en el artículo 57 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

-En aplicación de lo dispuesto en el artículo 106.nueve de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, las bases de cotización por contingencias comunes en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, normalizadas

para cada una de las categorías y especialidades profesionales, que han de aplicarse durante el ejercicio 2022, son, para cada una de las zonas mineras, las que se contienen en el anexo.

-Por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones se establecerá el plazo especial para el ingreso de las diferencias que resulten de la aplicación de las bases que se fijan en esta orden, respecto de aquellas por las que se ha venido cotizando durante los meses transcurridos del ejercicio 2022, hasta el mes anterior al de su publicación en el BOE (Disposición adicional única).

1.5. MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL

-Resolución de 4 de julio de 2022, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se modifican los modelos del Anexo y otras cuestiones de la Resolución 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 (BOE 18-7-2022).

-Resolución de 22 de julio de 2022, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que, en relación con 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, se modifican los modelos del anexo de la Resolución de 4 de julio de 2022 (BOE 8-8-2022).

1.6. OTRAS NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

-Carta de Servicios.-Resolución de 3 de agosto de 2022, de la Subsecretaría, por la que se aprueba la actualización de la Carta de servicios del Instituto Nacional de la Seguridad Social (BOE 12-8-2022).

1.7. FONDOS DE PENSIONES

-Real Decreto 885/2022, de 18 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, para el impulso de los planes de pensiones de empleo (BOE 19-10-2022)

Este real decreto establece el desarrollo reglamentario de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la 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, para su efectiva puesta en práctica. Se trata de un desarrollo reglamentario de carácter parcial que tiene como objetivo primordial regular los elementos imprescindibles que permitan su aplicación.

-Mediante esta norma, se procede a regular la organización y funcionamiento, como órgano colegiado interministerial, de la Comisión Promotora y de Seguimiento de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos con objeto de poder hacer efectiva su constitución, fijándose el procedimiento para velar por el adecuado funcionamiento y buen gobierno de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos, atribuido por el artículo 55.3.g) del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (RD-Leg. 1/2002, de 29 de noviembre) a la Comisión Promotora y de Seguimiento.

-Por otra parte, se procede a regular las actuaciones preparatorias para la constitución de la Comisión de Control Especial, así como el procedimiento de designación y renovación de sus miembros, y se detalla su régimen de constitución y funcionamiento.

-Además, en cumplimiento de lo establecido en el componente 30, reforma 5, del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, se procede a fijar el régimen de retribuciones de las entidades gestoras de fondos de pensiones de promoción pública abiertos, por debajo del 0,30 por ciento de los activos gestionados, con lo que se hace efectiva la remisión reglamentaria establecida en el artículo 62.4 TRLPFP, en virtud de la Ley 12/2022, de 30 de junio.

-También se procede a fijar el régimen de retribuciones de las entidades depositarias de fondos de pensiones de promoción pública abiertos por debajo del 0,10 por ciento anual del valor de las cuentas de posición a las que deban imputarse.

1.8. EMPLEO Y FORMACIÓN

-Orden EFP/942/2022, de 23 de septiembre, por la que se regula la oferta formativa del sistema de Formación profesional en el ámbito laboral asociada al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales efectuada por las administraciones competentes, se establecen bases reguladoras, así como las condiciones para su financiación (BOE 5-10-2022)

1.9. NORMAS LABORALES Y DE PROTECCIÓN SOCIAL

-Personas trabajadoras al servicio del hogar. - Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar (BOE 8-9-2022) [Acuerdo de convalidación BOE 5-10-2022]

El Real Decreto-ley 16/2022 tiene como objetivo equiparar las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras del hogar familiar a las del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena.

Se incorporan importantes novedades, entre las que destaca:

1. Se garantiza la protección de la seguridad y salud de las personas al servicio del hogar familiar equivalente a la de cualquier otra persona trabajadora, esencial no solo para asegurar la equiparación de condiciones que exige la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea y el Convenio 189 de la OIT, sino también para garantizar el derecho constitucional a la salud que corresponde a todas las personas.

2. Se recoge el derecho a la protección por desempleo; de forma que será obligatorio cotizar por desempleo a partir del 1 de octubre, si bien se prevén bonificaciones para los empleadores de un 80% en las en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y al FOGASA en este Sistema Especial.

3. Se elimina la figura del desistimiento como causa de extinción de este contrato de trabajo, al tiempo que e incorpora nuevas causas que se ajustan al ámbito de aplicación de esta relación laboral de carácter especial.

El objetivo de este RD-ley es equiparar las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras del hogar familiar a las del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena, descartando aquellas diferencias que no solo no responden a razones justificadas, sino que además sitúan a este colectivo de personas trabajadoras en una situación de desventaja particular y que, por tanto, pueden resultar discriminatorias.

Este objetivo fue formulado ya hace más de diez años en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en el ámbito de la Seguridad Social, y en el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. La reforma responde también a lo establecido en la STJUE, de 24 de febrero de 2022, asunto C 389/20; en el Convenio número 189 de la OIT, sobre condiciones relativas al trabajo decente para los trabajadores domésticos de 2011, ratificado por España; y en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La regulación establecida en este real decreto-ley es la siguiente:

1) En materia de prevención de riesgos laborales, el artículo primero de este RD-ley elimina el apartado 4 del artículo 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, y añade una disposición adicional decimoctava, a fin de garantizar, a través del correspondiente desarrollo reglamentario, un nivel de protección de la seguridad y salud de las personas al servicio del hogar familiar equivalente a la de cualquier otra persona trabajadora.

2) El artículo segundo, relativo a la modificación del artículo 33.2 ET tiene como objetivo proporcionar cobertura de garantía salarial al colectivo de personas trabajadoras al servicio del hogar, incluyéndolas en su ámbito subjetivo.

3) El artículo tercero establece las modificaciones normativas necesarias para que se establezca la equiparación en el ámbito de la Seguridad Social entre personas trabajadoras del hogar y el resto de las personas trabajadoras por cuenta ajena. No se alteran los aspectos contenidos en el RD-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, que no establecen tratamientos diferenciales injustificados y menos favorables sino meros ajustes fundamentalmente formales y de gestión, justificados por el carácter no empresarial de la persona empleadora y por las especiales características de la prestación de servicios en este sector de actividad. Sin embargo, sí que se modifican aquellos preceptos de la normativa de Seguridad Social que sitúan a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

-Se modifica el artículo 251 –suprimiendo su letra d)– LGSS, a efectos de que no quede excluida de la acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar la correspondiente a desempleo. Una vez eliminado este apartado, la prestación por desempleo formará parte de la acción protectora del sistema especial de empleados y empleadas de hogar y, por lo tanto, será obligatoria la cotización por desempleo.

La forma de realizar esa cotización –reducida– durante el año 2022 se especifica en la disposición transitoria segunda del real decreto-ley, sin perjuicio de que la cotización, a partir de enero de 2023, haya de hacerse en los términos establecidos en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

-Se modifica, asimismo, el artículo 267 LGSS a fin de que conste como situación legal de desempleo la extinción por causa justificada contemplada en el nuevo artículo 11.2 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, y a tal efecto se incorpora un nuevo apartado 8.º al artículo 267.1.a).

-Por último, se actualiza el contenido de la disposición transitoria decimosexta LGSS, relativa a las bases y tipos de cotización y acción protectora en el Sistema Especial para Empleados de Hogar incluyendo la escala de retribuciones y bases aplicables durante el año 2023 para la cotización a la Seguridad Social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar.

-Por su parte, la disposición adicional primera recoge los beneficios en la cotización aplicables en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, incluyendo una modulación de aquellos en función de las condiciones de renta y patrimonio y las necesidades de cuidado de las familias. Y la disposición

adicional segunda establece las previsiones necesarias para la asunción por las personas empleadoras de las obligaciones en materia de cotización con relación a las personas empleadas del hogar que presten sus servicios durante menos de sesenta horas mensuales.

4) El artículo cuarto establece modificaciones en el RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, a través de las que se reconoce, por un lado, la obligación de cotización de las personas empleadoras del servicio doméstico y, por otra, proporciona una cobertura indemnizatoria a las personas trabajadoras del servicio doméstico en los casos de insolvencia o concurso de las empleadoras.

5) El artículo quinto opera, por su parte, las modificaciones necesarias en el Real

Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, para que se eliminen las diferencias injustificadas en las condiciones de trabajo de las personas incluidas en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar con relación al resto de personas trabajadoras por cuenta ajena.

-Se modifica el artículo 3.b) del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, a fin de que resulte aplicable a las personas trabajadoras de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar lo establecido en el artículo 33 ET con relación a la intervención del Fondo de Garantía Salarial, al considerarse que la exclusión de la cobertura dispensada por el Fondo de Garantía Salarial es una diferencia de trato injustificada, dado que en la actualidad es posible la declaración de insolvencia de las unidades familiares por la ley de segunda oportunidad (Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social) y porque además dicha cobertura se prevé en el Convenio 189 de la OIT.

-Se modifica también el artículo 5.1. 2 y 4 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, referido a la forma del contrato de trabajo. Así se establece en el nuevo apartado 2 que la presunción del carácter indefinido de la relación laboral se producirá cuando el contrato no se realice por escrito, cualquiera que sea la duración del mismo.

Con esta modificación el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, se acomoda a la regulación de las presunciones sobre el carácter indefinido de las relaciones laborales establecidas en el RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral y se garantiza que la persona trabajadora reciba información acerca de las condiciones de trabajo esenciales de su contrato sea cual sea la duración del mismo, tal y como establece la Directiva (UE) 2019/1152.

-Por último, se modifica el artículo 11 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, en el que se regulan las peculiaridades extintivas de las relaciones laborales en el hogar familiar, eliminando la mayoría de las diferencias que existían con anterioridad y que hacían que la protección frente al despido sin causa fuera muy inferior a la establecida para el resto de las personas trabajadoras por cuenta ajena.

Se modifica el artículo 11 para que la extinción, sin perjuicio de las causas comunes previstas en el ET, solo pueda producirse por causa justificada en atención a las particularidades de la relación laboral en el hogar.

Se recogen como causas que pueden justificar la extinción y sujetas al régimen jurídico previsto en el citado precepto:

*la disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de su gastos por circunstancia sobrevenida, como por ejemplo la pérdida del trabajo o la declaración de incapacidad para el trabajo de la persona empleadora;

*la modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescinda de la persona trabajadora del hogar, como podrían ser, entre otras, la asunción de las citadas

tareas por entidad pública o el cambio en las necesidades de cuidado de algún miembro de la unidad familiar;

*así como el comportamiento de la persona trabajadora que fundamenta de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora.

6) El artículo sexto introduce las modificaciones reglamentarias oportunas en el apartado 2 del artículo 43 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de personas trabajadoras en la Seguridad Social, a fin de suprimir, con respecto a las personas trabajadoras incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social que presten sus servicios durante menos de sesenta horas mensuales por empleador, la posibilidad de que aquellos soliciten directamente su afiliación, altas, bajas y variaciones de datos cuando así lo acuerden con los empleadores.

1.10. IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

-Igualdad de trato y no discriminación. - Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE 13-7-2022).

Esta ley tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas. Es, sobre todo, de derecho antidiscriminatorio específico.

Entre sus propósitos está el de trasponer de manera más adecuada los objetivos y fines de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, lo que solo se hizo parcialmente en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

En primer lugar, es una ley de garantías que no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen. En este sentido, desarrolla el artículo 14 de la Constitución incorporando la amplia jurisprudencia constitucional al respecto.

En segundo lugar, se trata de una ley general, frente a las leyes sectoriales, que opera a modo de legislación general de protección ante cualquier discriminación.

Por último, la ley se caracteriza por ser integral respecto de los motivos de discriminación, tal y como se refleja en su Título Preliminar, que establece los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación.

-Por lo que respecta al ámbito subjetivo, toma como referencia el artículo 14 de la Constitución y, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), incorpora expresamente los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica, por su especial relevancia social y mantiene la cláusula abierta que cierra el mencionado artículo.

-Este carácter integral se manifiesta también en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social a los que se aplica la ley; a saber, el empleo, el trabajo, la educación, la sanidad, servicios sociales, el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda, la participación social o política y la publicidad y medios de comunicación, estableciendo un conjunto de obligaciones que vinculan incondicionadamente a todas las administraciones públicas y en la forma que la propia Ley establece en el caso de las relaciones entre particulares.

1) El Título I de la ley contiene una parte básica de definiciones acordes con los avances doctrinales y jurisprudenciales en la materia. Destaca la definición y regulación de la discriminación múltiple e interseccional y de las medidas de acción positiva adecuadas a este tipo específico de discriminación.

2) El Título II fija as garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación definiendo qué medidas de protección comprende, ofreciendo como pretensiones posibles de la acción, la declaración de nulidad, cese, reparación, prevención, indemnización de daños materiales y morales, en este último caso, en línea con la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo y Constitucional, así como disposiciones relativas a la tutela judicial y actuación administrativa contra la discriminación. También se regulan las reglas de la carga de la prueba, de especial importancia en este campo, por la dificultad de su obtención.

3) El Título III de la ley regula una de sus principales novedades, la relativa a la tutela institucional, y más concretamente, la creación de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, un organismo independiente, unipersonal, basado fundamentalmente en la *auctoritas* de su titular, que ofrezca protección frente a la discriminación y promueva el cumplimiento del derecho antidiscriminatorio.

4) El Título IV de la ley recoge el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación, una exigencia de la trasposición de las directivas antidiscriminatorias que actualmente solo existe en determinados ámbitos como el laboral y en relación con la discapacidad, y cuya existencia fortalecerá las funciones de mediación o conciliación de la Autoridad Independiente.

5) El Título V de la ley incluye los preceptos dedicados a la información, atención integral y apoyo a las víctimas de discriminación e intolerancia, incluyendo el asesoramiento y la asistencia, en especial la sanitaria, y las medidas sociales tendentes a facilitar su recuperación integral y atendiendo específicamente los casos en los que se hayan empleado las redes sociales o las nuevas tecnologías para realizar las agresiones.

6) Por último, la norma se cierra con una serie de disposiciones adicionales que recogen, entre otras, los plazos para la constitución de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación y para la restructuración administrativa derivada de la constitución de la misma, así como la asistencia jurídica a la Autoridad y su designación.

Por lo que se refiere, más concretamente, al ámbito social:

-El artículo 9 se refiere al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena.

Se especifica que no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo.

Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación o entidades autorizadas, así como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (y los organismos competentes del Ministerio de Defensa en los centros de trabajo y establecimientos militares) deberán velar específicamente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación indirecta en el acceso al empleo.

Se deberá favorecer la aplicación de medidas como el currículo de vida anónimo.

El empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto.

Por vía reglamentaria, se podrá exigir a los empleadores cuyas empresas tengan más de 250 trabajadores, que publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales.

-El artículo 10 se refiere a la negociación colectiva, recogiendo la prohibición de limitaciones, segregaciones o exclusiones que supongan discriminaciones y la posibilidad de establecer medidas

de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo por las causas previstas en esta ley.

-El artículo 11 se refiere al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo por cuenta propia, que será igualmente de aplicación a los pactos establecidos individualmente entre el trabajador autónomo y el cliente para el que desarrolle su actividad profesional, así como a los acuerdos de interés profesional concertados entre las asociaciones o sindicatos que representen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y las empresas para las que ejecuten su actividad. Estos acuerdos de interés profesional podrán establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación por las causas previstas en esta ley en el ámbito del trabajo por cuenta propia.

-El artículo 12 regula el derecho a la igualdad de trato, a la no discriminación e intolerancia en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico.

Las organizaciones políticas, sindicales y empresariales, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, los colegios profesionales y cualquier otra organización de interés social o económico cuyos miembros ejerzan una profesión concreta o que se constituya para la defensa de los intereses de un colectivo profesional, estarán obligadas a respetar el derecho a la igualdad de trato y no discriminación por las causas descritas en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley en la adhesión, inscripción o afiliación, su estructura orgánica y funcionamiento, la participación y el disfrute de cualquiera de las ventajas que ofrezcan a sus miembros, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 4 de esta ley.

-El artículo 33 se refiere a la promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y a las medidas de acción positiva.

Las medidas de acción positiva serán adoptadas por los poderes públicos con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la igualdad.

Las empresas podrán asumir la realización de acciones de responsabilidad social consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad de trato y no discriminación en el seno de las empresas o en su entorno social. En todo caso, se informará a los representantes de los trabajadores de las acciones adoptadas. La realización de estas acciones podrá ser concertada con la representación de los trabajadores, así como con las organizaciones cuyo fin primordial sea la defensa y promoción de la igualdad de trato y no discriminación y los organismos de igualdad de trato.

- La disposición adicional quinta establece las organizaciones empresariales y sindicales más representativas elaborarán un informe con carácter anual sobre el cumplimento de las disposiciones previstas en los artículos 9, 10 y 11 de la Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación.

-A través de sus disposiciones finales la Ley 15/2022 introduce modificaciones para trasladar sus previsiones al ordenamiento jurídico vigente, afectando a:

*la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico,

*la Ley de enjuiciamiento civil,

*la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa,

*la Ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas,

*la Ley del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal,

*la Ley de competencia desleal, y

*la Ley para la defensa de consumidores y usuarios.

1.11. OTRAS NORMAS

-Ciencia, tecnología e innovación.-Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE 6-9-2022).

La Ley 17/2022 modifica la Ley 14/2011 de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. Los cambios que introducen afectan a la estructura y el espíritu inicial de la norma. Así, se modifican los objetivos generales (art.2), se añade un nuevo precepto, referido a la transversalidad de género (art.4 bis), se articulan de forma expresa medidas para la igualdad efectiva (art. 4 ter) y se incorporan cambios importantes en la redacción de la Estrategia Española de Ciencia, Tecnología e Innovación, recogida en el art.6. Además, se crea el Consejo de Política Científica, Tecnológica y de Cooperación (art.8), se crea el Comité Español de Ética de la Investigación (art.10) y se implanta el Sistema de Información sobre Ciencia, Tecnología e Innovación (art.11).

En el art. 20 se establecen las modalidades de trabajo específicas del personal investigador: Contrato predoctoral; Contrato de acceso de personal investigador doctor; Contrato de investigador/a distinguido/a; Contrato de actividades científico-técnicas. El régimen jurídico aplicable a estas modalidades de contrato de trabajo será el que se establece en La Ley de Ciencia (arts. 21, 22, 22 bis, 23, 23 bis, 32 bis), en el ET, en los convenios colectivos aplicables, y en su caso, en el EBEP.

Se establece un plazo transitorio de vigencia para los contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley (Disp. Transit.1ª y 2ª).

-Concursal.- Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) (BOE 6-9-2022).

Esta ley pretende afrontar un conjunto de limitaciones detectadas en nuestro sistema mediante una reforma estructural de calado del sistema de insolvencia.

Como se indica en la Exposición de Motivos de la ley, la utilización de los instrumentos preconcursales en nuestro país ha venido aumentando de forma lenta y su uso ha sido relativamente reducido. Por otra parte, la percepción más extendida es que si bien los acuerdos de refinanciación han constituido un instrumento útil, los acuerdos extrajudiciales de pagos, dirigidos a pequeñas y medianas empresas, no han cumplido de forma satisfactoria con su propósito. Cuando las empresas recurren al concurso lo hacen en una situación de dificultades avanzadas (el porcentaje de deudores que solicita el concurso en una situación patrimonial crítica supera el 45% en la actualidad) y los concursos se caracterizan por su excesiva duración (que alcanzó en 2020 un promedio de 60 meses). Además, los concursos se caracterizan por que la mayoría terminan en liquidación, y no en un convenio. Por último, se puede destacar que el procedimiento de segunda oportunidad se caracteriza por su reducida utilización.

La ley tiene como objeto la adopción de las reformas legislativas necesarias para la transposición al derecho español de la Directiva 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019. Para ello, lleva a cabo una importante reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que constituye la base idónea para acometer de forma ordenada, clara y sistemática la transposición.

Esta reforma legislativa pretende llevar a cabo un cambio integral de la situación de los procedimientos de insolvencia en nuestro país, siendo clave para su flexibilización y agilización, y para favorecer los mecanismos preconcursales, con el fin último de facilitar la reestructuración de empresas viables y la liquidación rápida y ordenada de las que no lo son.

A los efectos de llevar a cabo la transposición, la ley opta por una sustitución completa del libro segundo de la Ley Concursal. Además, el libro tercero pasa a ser libro cuarto y se incorpora un nuevo libro tercero, integrado por los artículos 685 a 720, que regula un "Procedimiento especial para microempresas".

I. Dentro de los cambios introducidos en el libro primero destacan:

1) Los cambios que tienen que ver con la *exoneración del pasivo insatisfecho*, en relación con el "mecanismo de segunda oportunidad":

-La ley configura un procedimiento de segunda oportunidad más eficaz, ampliando la relación de deudas exonerables e introduciendo la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor y con un plan de pagos, permitiendo así que este conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales.

-Aunque la Directiva no lo impone, sí aconseja, y de hecho se ha optado, por mantener la regulación de la exoneración también para el caso de personas naturales cuyas deudas no provengan de actividades empresariales (consumidores).

-La recuperación del concursado para la vida económica, tras el fracaso que el concurso supone, permite al deudor volver a emprender reincorporándose con éxito a la actividad productiva, en beneficio de la sociedad en general e incluso de los propios acreedores que tampoco obtendrían satisfacción a la legítima pretensión de cobro en ausencia de un expediente como el de la exoneración si el deudor, como la experiencia reiteradamente ha demostrado, se mantenía en situaciones de economía sumergida.

-La Directiva 2019/1023 obliga a todos los Estados miembros al establecimiento de un mecanismo de segunda oportunidad para evitar que los deudores se vean tentados a deslocalizarse a otros países que ya acojan estos institutos, con el coste que esto supondría tanto para el deudor como para sus acreedores. Además, la homogeneización en este punto se considera imprescindible para el funcionamiento del mercado único europeo.

2) La ley *reforma el procedimiento concursal* para incrementar su eficiencia, introduciendo múltiples modificaciones procedimentales dirigidas a agilizar el procedimiento, facilitar la aprobación de un convenio cuando la empresa sea viable y una liquidación rápida cuando no lo sea.

II. El nuevo libro segundo, *Del Derecho preconcursal*, se divide en cinco títulos:

1) El título I se ciñe a determinar los presupuestos subjetivo y objetivo.

Entre las numerosas reformas introducidas destacan las siguientes:

-En primer lugar, se introducen los denominados *planes de reestructuración*, un *instrumento preconcursal* dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla, que posibilita una actuación en un estadio de dificultades previo al de los vigentes instrumentos preconcursales, sin el estigma asociado al concurso y con características que incrementan su eficacia. Su introducción incentivará una reestructuración más temprana, y por tanto con mayores probabilidades de éxito, y contribuirá a la descongestión de los juzgados y por tanto a una mayor eficiencia del concurso. En efecto, las empresas podrán acogerse a los planes de reestructuración en una situación de probabilidad de insolvencia, previa a la insolvencia inminente que se exige para poder recurrir a los actuales instrumentos.

Su introducción lleva aparejada la supresión de los actuales instrumentos preconcursales. En la regulación de los planes de reestructuración se ha preservado el carácter flexible (poco procedimental) de los acuerdos de refinanciación y se han incorporado elementos que les otorgan mayor eficacia que a estos últimos, como la posibilidad de arrastre de clases disidentes, sujeta al cumplimiento de ciertas salvaguardas para los acreedores, que constituye el núcleo del modelo.

-Por lo que respecta al presupuesto objetivo, la especialidad de los marcos de reestructuración temprana es, conforme a la Directiva, la probabilidad de insolvencia.

Probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual son tres estados que se ordenan secuencialmente: la probabilidad de insolvencia es un estado previo a la insolvencia inminente y ésta un estado previo a la insolvencia actual.

Un deudor que tenga probabilidad de insolvencia no puede ser sujeto de un concurso de acreedores, pero puede utilizar los mecanismos que integran el derecho preconcursal.

Con el fin de dar la mayor flexibilidad posible al sistema, la ley española no excluye el recurso a los institutos preconcursales cuando el deudor se halle en estado de insolvencia inminente o incluso de insolvencia actual. Ciertamente, la Directiva no establece como prepuestos del preconcurso los mismos presupuestos del concurso de acreedores, sino uno específico; pero no prohíbe esa extensión. Mientras que la empresa sea económicamente viable, está justificada su reestructuración para evitar los riesgos de destrucción de valor asociados al procedimiento concursal. Esta opción, por supuesto, no debe restringir el derecho de todo acreedor a solicitar el concurso del deudor insolvente. De ahí que el único límite temporal a la reestructuración de empresas en situación de insolvencia actual sea el que ya estuviera admitida a trámite una solicitud de concurso necesario.

Se establece que se encuentra en probabilidad de insolvencia el deudor que no va a poder cumplir las obligaciones que venzan en los próximos dos años.

2) El título II regula la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración.

3) El título III contiene el régimen aplicable a los *planes de reestructuración*, su aprobación y homologación judicial. El término «plan», en lugar de «acuerdo», es el utilizado por la Directiva y refleja la posibilidad de imponerlo, bajo ciertas condiciones, incluso a los socios del deudor.

-El régimen aplicable a los planes de reestructuración descansa sobre un principio de intervención judicial mínima y a posteriori. La negociación y votación del plan es informal y al margen de cualquier proceso reglado o de la intervención de ninguna autoridad judicial, sin perjuicio de la posible designación de un experto en la reestructuración, cuando proceda imperativamente o a instancias de las partes. El juez solo interviene al final del proceso, para homologar el plan ya aprobado por las clases y mayorías exigidas por la ley.

-Contratos de alta dirección (art. 621). En relación con estos contratos, la norma prevé que "cuando resulte necesario para el buen fin de la reestructuración, el plan de reestructuración podrá prever la suspensión o extinción de los contratos con consejeros ejecutivos y con el personal de alta dirección.

En el supuesto de extinción, en defecto de acuerdo, "el juez podrá moderar la indemnización que corresponda al consejero ejecutivo y al alto directivo, quedando sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo, que resultará igualmente aplicable a los consejeros ejecutivos".

En el supuesto de suspensión del contrato, este se podrá extinguir por voluntad del consejero ejecutivo o del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización en los términos del apartado anterior".

En todo caso, las controversias que se susciten se tramitarán por el incidente concursal ante el juez competente para la homologación. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

4) El título IV trata del nombramiento y del estatuto del experto encargado de la reestructuración, nueva figura cuyo nombramiento contempla la Directiva en determinados supuestos.

Se trata de una figura nueva en el derecho español: el experto en la reestructuración. La Directiva exige la designación obligatoria de este experto en determinados supuestos, fuera de los cuales tampoco en la norma de transposición es necesario el nombramiento, salvo que el deudor o una mayoría de acreedores lo solicite. Este título se divide, a su vez, en dos capítulos. El primero de ellos contiene las reglas relativas al nombramiento del experto. El capítulo II se ocupa del estatuto del experto, sus funciones, deberes y régimen de responsabilidad

5) El título V es el último del libro segundo y contiene algunas especialidades para deudores, personas naturales o jurídicas, que no alcancen ciertos umbrales y no tengan la consideración de microempresa.

III. El libro tercero (artículos 685 a 720) regula el *Procedimiento especial para microempresas*.

-La ley presta *especial atención a las microempresas*, para las que los instrumentos vigentes no han funcionado satisfactoriamente: la ley introduce un procedimiento de insolvencia único, en el doble sentido de que pretende encauzar tanto las situaciones concursales (de insolvencia actual o inminente) como las preconcursales (probabilidad de insolvencia) y que se aplicará de manera obligatoria a todos los deudores que entren dentro del concepto legal de microempresa. Este procedimiento está especialmente adaptado a las necesidades de las microempresas, caracterizándose, por tanto, por una simplificación procesal máxima.

-La modernización del sistema legal para dar solución a la crisis de las microempresas es una pieza necesaria de la transposición al derecho español de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019.

-Por microempresas (o micropymes) se entienden aquellas empresas que hayan empleado durante el año anterior a la solicitud de inicio del procedimiento especial una media de menos diez trabajadores y tengan un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud.

-El procedimiento especial diseñado busca reducir los costes del procedimiento, eliminando todos los trámites que no sean necesarios y dejando reducida la participación de profesionales e instituciones a aquellos supuestos en que cumplan una función imprescindible, o cuyo coste sea voluntariamente asumido por las partes. Todo ello, sin menoscabo de la plena tutela de los derechos de los participantes en el procedimiento.

La intervención del juez solo se producirá para adoptar las decisiones más relevantes del procedimiento o cuando exista una cuestión litigiosa que las partes eleven al juzgado.

Los incidentes se solucionarán, salvo excepciones, por un procedimiento escrito; y, cuando sea necesaria la participación oral de las partes o de expertos se utilizarán las vistas virtuales, celebradas por medios telemáticos.

Los incidentes y los recursos no tendrán efectos suspensivos, aunque el juez podrá adoptar medidas cautelares o suspender determinados efectos. Con carácter general, las decisiones judiciales no serán recurribles.

Se pone a disposición de las partes un programa de cálculo y simulación de pagos en línea sin coste, lo que permitirá reducir los costes de asesoramiento del deudor.

-En segundo lugar, se articula una simplificación procesal estructural para las partes basado en que la comunicación en el seno del procedimiento se realizará a través de formularios normalizados oficiales accesibles en línea, sin coste. Ello permite recibir la información en tiempo real, lo que garantiza la completitud de la información.

Los trámites del procedimiento especial podrán transcurrir en paralelo, a diferencia del concurso de acreedores que se desarrolla de forma lineal con etapas consecutivas. Para utilizar el procedimiento, los usuarios deben hacer uso de sus propios certificados electrónicos cualificados o de sistemas de identificación electrónica tales como Cl@ve y Cl@veJusticia.

Uno de los aspectos más innovadores de este sistema es su carácter modular. Tradicionalmente, el Derecho concursal lleva aparejados una serie de efectos automáticos que tienen costes fundamentalmente para los acreedores. El procedimiento especial permite a las partes que soliciten su aplicación solo si así lo desean: este es el caso de la paralización de ejecuciones sobre activos con garantía real y del nombramiento de profesionales. Así, la participación de profesionales (mediador, administrador concursal, experto en reestructuración) se exige solo para ejecutar determinadas funciones o cuando lo soliciten las partes y asuman el coste.

El pilar del procedimiento es la veracidad de la información aportada. Por ello, la ocultación de información relevante, la manipulación de datos o la aportación de documentación incorrecta o no enteramente veraz tiene consecuencias severas. Es causa expresa de calificación culpable, se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal.

-En tercer lugar, el procedimiento especial es único: las microempresas no tienen acceso al concurso ni a los acuerdos de reestructuración. Este procedimiento trata de combinar aquellos aspectos del concurso y de los planes de reestructuración que mejor se adaptan a las microempresas.

Así, el presupuesto objetivo es amplio y se permite su utilización cuando la microempresa está en probabilidad de insolvencia (situación preconcursal), insolvencia inminente o insolvencia actual (situación concursal).

Los autónomos, además de tener acceso al procedimiento especial (si son microempresas), pueden acceder al procedimiento de segunda oportunidad.

Uno de los motivos por los que se regula un sistema único y simplificado es para facilitar su comprensión por los usuarios que, en su mayoría, carecerán de conocimientos específicos sobre instrumentos preconcursales y concursales y tendrán recursos limitados para contratar asesores externos.

Adicionalmente, son dos los elementos en los que se basa este procedimiento especial único: la negociación y el modo de finalización de esta. De un lado, se trata de un procedimiento formal, en el que se contempla un período de negociación de tres meses no prorrogables, durante los cuales se suspenden las ejecuciones singulares y se puede preparar un plan de continuación o la enajenación de la empresa en funcionamiento. Finalizado este plazo se inicia un procedimiento formal, pero muy flexible y de bajo coste.

Se ha considerado que la regulación de un procedimiento formal es más adecuada por dos motivos: añade una «oficialidad» al sistema, que incrementa las posibilidades de que se proporcione toda la información necesaria para los acreedores y ayuda a reducir el fraude o su mal uso y promueve la participación de los acreedores profesionales cuya inactividad ha sido uno de los grandes problemas, pues es un sistema universal que afecta a todos los acreedores, y a todos los bienes y derechos (salvo los inembargables).

De otro, se establecen dos posibles itinerarios de continuación, una vez superado el periodo de negociación en un plazo máximo de tres meses:

-una liquidación rápida (fast-track): Liquidación ordenada (art. 699 bis, ter, quater)

-un procedimiento de continuación de rápida gestión y flexible: Plan de continuación, si hay posibilidad de un acuerdo

A través de este procedimiento solo podrán liquidarse empresas insolventes, pues la normativa societaria y mercantil ya ofrece vías para la liquidación de empresas solventes.

Los *autónomos podrán acceder al procedimiento de segunda oportunidad* a partir de cualquiera de los dos itinerarios, ya sea el de liquidación o el de continuación.

En el marco de este procedimiento se regulan derechos de información y consulta de los representantes legales de las personas trabajadoras, cuando el deudor sea empleador (art. 697 quater)

-El título III se dedica al procedimiento especial de liquidación. Está concebido para dotar a las microempresas de un instrumento sencillo, rápido y flexible, que les permita terminar ordenadamente un proyecto empresarial que, por un motivo u otro, no ha resultado exitoso.

La plataforma de liquidación conforma otra de las novedades más importantes de este procedimiento especial para microempresas. Será de acceso gratuito y universal, y en ella se volcarán los activos de todos los procedimientos especiales de microempresas en liquidación. Se conformará un catálogo de bienes, organizados por categorías, según criterios comerciales, y enajenables de manera individual o por lotes. La venta de los activos se realizará tanto a través de venta directa por acceso externo al catálogo de los clientes como a través de la realización de subastas electrónicas periódicas, que deberán ser más frecuentes en las etapas iniciales del periodo de liquidación.

-El título III regula la transmisión de la empresa o de sus unidades productivas en funcionamiento, si bien deberá completarse con lo previsto en el libro primero. La transmisión de la empresa o de sus unidades productivas podrá producirse en tres momentos distintos: con la propia presentación de solicitud de apertura de un procedimiento especial de liquidación; o en un momento posterior, con su inclusión en el plan de liquidación; o, posteriormente sin inclusión previa en el plan de liquidación, a modo de oferta sobrevenida que no se había considerado inicialmente como una posibilidad. Esta última opción persigue otorgar flexibilidad a la liquidación. Las tres formas de transmisión de la empresa o de las unidades productivas presentan algunas especialidades regulatorias.

IV. Las modificaciones introducidas en el libro cuarto del texto refundido de la Ley Concursal obedecen a dos tipos de motivos: Por un lado, la necesidad de adaptar ese texto al Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia; y, por otro lado, la necesidad de introducir ciertas reglas especiales con el fin de ajustar el régimen general previsto en este libro a la particular naturaleza de los institutos o procedimientos preconcursales regulados en el libro segundo.

V. Otras modificaciones relevantes son las siguientes:

-Contratos de trabajo sometidos a la ley española, nuevo art. 745 bis Ley Concursal: “en el caso de que se haya abierto un concurso principal en el extranjero y sus efectos sean reconocidos en España, con arreglo a la ley concursal o cualquier otra norma de la Unión Europea o convencional aplicables, los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo y las relaciones laborales sometidas al derecho español se regirán exclusivamente por esta ley”.

Ahora bien, si conforme a la ley concursal, la competencia en materia laboral hubiese correspondido al juez del concurso, el juez de lo mercantil que habría sido competente para abrir un procedimiento de insolvencia territorial será competente para aprobar la extinción o modificación de esos contratos, aunque no se haya incoado ningún procedimiento concursal en España».

-Efectos de la reducción en la cotización a la Seguridad Social aplicable a los trabajadores mayores de 62 años. En este sentido, se modifica el apartado 4 del art. 144 LGSS, queda redactado de la siguiente forma:

"La obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, en la de nacimiento y cuidado de menor, en la de riesgo durante el embarazo y en la de riesgo durante la lactancia natural, así como en las demás situaciones previstas en el artículo 166 en que así se establezca reglamentariamente.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, las empresas tendrán derecho a una reducción del 75 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante la situación de incapacidad temporal de aquellos trabajadores que hubieran cumplido la edad de 62 años. A estas reducciones de cuotas no les resultará de aplicación lo establecido en el artículo 20.1".

-Se modifica la Ley 5/2011, de 29 de marzo de Economía Social, para incorporar un nuevo art. 10 bis, que dispone la opción de la capitalización de la prestación por desempleo pata la adquisición de la condición de sociedad laboral o transformación en cooperativa por sociedad mercantiles en concurso".

-Se modifica la Disp. Adic.1º de la RDL 1/2020 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal para incorporar una nueva definición de "grupo de sociedades": "A los efectos del texto refundido de la Ley Concursal se entenderá por grupo de sociedades el definido en el artículo 42.1 del Código de Comercio, aunque el control sobre las sociedades directa o indirectamente dependientes lo ostente una persona natural o una persona jurídica que no sea sociedad mercantil".

-Se modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. En concreto se añade un nuevo apartado g) al artículo 2 de esta Ley para disponer que: "en el ámbito concursal, se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita para todos los trámites del procedimiento especial:

- a los deudores personas naturales que tengan la consideración de microempresa en los términos establecidos en el texto refundido de la Ley Concursal, a los que resulte de aplicación el procedimiento especial previsto en su libro tercero, siempre que acrediten insuficiencia de recursos para litigar.
- los sindicatos estarán exentos de efectuar depósitos y consignaciones en todas sus actuaciones y gozarán del beneficio legal de justicia gratuita cuando ejerciten un interés colectivo en defensa de las personas trabajadoras y beneficiarias de la Seguridad Social.

-Se modifica el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, RDL 1/2022 de 29 de noviembre, para incluir que: "el concurso de acreedores no podrá dar lugar a la resolución judicial del plan de pensiones del concursado" (art. 8. Últ. Párrafo del apartado 8º).

-La Ley 16/2022 articula el contenido jurídico de varias disposiciones transitorias para regular el régimen transitorio aplicable a los procedimientos y actuaciones iniciadas después de la entrada en vigor de esta Ley (Disp. Transit.1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 5ª)

-La presente ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE, con excepción del libro tercero del texto refundido de la Ley Concursal, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023, salvo el apartado 2 del artículo 689, que entrará en vigor cuando se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y la disposición adicional undécima referida a los aplazamientos y fraccionamientos de deudas tributarias por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023.

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL

Financiación de la Seguridad Social. La cotización

-STS 17/05/2022, nº 577/2022, Recurso de Casación 4198/2019, Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

SEGURIDAD SOCIAL: COTIZACIÓN: RESPONSABLES DEL PAGO: SOLIDARIOS: DERIVACIÓN DE RESPONSABILIDAD: CONCURSO: enajenación de unidades productivas en el seno de un procedimiento concursal en que se constate que la unidad económica transmitida mantiene su identidad: previsión normativa: artículo 149.2 de la Ley Concursal, en la redacción posterior a la reforma introducida mediante Real Decreto-ley 11/2014, de Medidas urgentes en materia concursal: obligación del adquirente de responder de las deudas contraídas con la Seguridad Social con anterioridad respecto de las cuotas debidas del conjunto de trabajadores que prestan sus servicios en la unidad económica, y no sólo de aquellos trabajadores que forman parte de la unidad productiva. DOCTRINA DEL TS.

Fallo: El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra una Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en fecha 29-03-2019, desestimatoria del recurso deducido frente a una Resolución de la Dirección Provincial de Madrid de la Tesorería General de la Seguridad Social, de 25-10-2016, en materia de derivación de responsabilidad solidaria y reclamaciones de deuda de la Seguridad Social.

Acción protectora. Las prestaciones del Sistema de Seguridad Social:

A). Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

-STS 20/04/2022, nº 354/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 193/2019. Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín

INCAPACIDAD ABSOLUTA: trabajadora, vendedora de cupones que, antes de empezar a prestar servicios para la ONCE, tenía una agudeza visual de 0,1 en ambos ojos y con posterioridad a dicha incorporación pasa a tener una agudeza visual de 0,047 en el ojo derecho y de 0,000 en el izquierdo, al haberse agravado las lesiones, no reconociéndose la GI por haberse aquietado a la denegación de la misma. Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante, contra la Sentencia de 22-11-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos en reclamación de IP, que casa y anula y, resolviendo el debate en suplicación, desestima el de tal clase interpuesto por el «INSS» y la «TGSS» codemandados.

-STS 06/04/2022, nº 310/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 1289/2021. Ponente: Sebastián Moralo Gallego

PRESTACIONES POR INCAPACIDAD TEMPORAL: el subsidio debe abonarse al beneficiario, hasta la fecha de la notificación de la resolución administrativa con declaración de alta médica por agotamiento del plazo, que es cuando el trabajador debe reincorporarse a su puesto de trabajo y comenzará a lucrar el correspondiente salario, y no desde la fecha de la resolución. RECURSO DE SUPLICACIÓN es procedente ante la notoria la afectación general apreciada a través de los numerosos precedentes sobre la misma cuestión. Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante, contra la Sentencia de 05-02-2021 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos sobre prestación por incapacidad temporal, que casa y anula y, resolviendo el debate de suplicación, estima el tal clase formulado por la demandante, reconociendo el derecho de la actora a percibir el subsidio de incapacidad temporal hasta la fecha de notificación de la resolución de alta.

-STS 24/05/2022, nº 473/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 3448/2020. Ponente: Angel Antonio Blasco Pellicer

PRESTACIONES POR INCAPACIDAD TEMPORAL: el subsidio debe abonarse al beneficiario, hasta la fecha de la notificación de la resolución administrativa con declaración de alta médica por agotamiento del plazo, que es cuando el trabajador debe reincorporarse a su puesto de trabajo y comenzará a lucrar el correspondiente salario, y no desde la fecha de la resolución. RECURSO DE SUPLICACIÓN es procedente ante la notoria la afectación general apreciada a través de los numerosos precedentes sobre la misma cuestión. Fallo: El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Mutua Colaboradora demandada, contra la Sentencia de 30-7-2020 de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, dictada en autos promovidos en reclamación de derecho y cantidad.

-STS 24/05/2022, nº 469/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 2427/2019. Ponente: Concepción Rosario Ureste García

GRAN INVALIDEZ: estimación: el actor que tiene reconocida una incapacidad permanente, no tiene la obligación de someterse al riesgo de una intervención quirúrgica para determinar si las lesiones son o no definitivas en orden a si procede el reconocimiento. REITERA DOCTRINA. Fallo: El TS estima el recurso unificación de doctrina interpuesto por Don Amadeo, casa y anula la sentencia del TSJ del País Vasco de 2-4-2019, y entrando a resolver el recurso de suplicación formulado por el INSS y la TGSS, procede su desestimación y la correlativa confirmación de la sentencia dictada por el JS núm. 3 de los de Vitoria dictada el 27-12-2018.

-STS17/05/2022, nº 446/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 2883/2019. Ponente: Juan Molins García-Atance

PRESTACIONES POR INCAPACIDAD TEMPORAL: el subsidio debe abonarse al beneficiario, hasta la fecha de la notificación de la resolución administrativa con declaración de alta médica por agotamiento del plazo, que es cuando el trabajador debe reincorporarse a su puesto de trabajo y comenzará a lucrar el correspondiente salario, y no desde la fecha de la resolución. RECURSO DE SUPLICACIÓN es procedente ante la notoria la afectación general apreciada a través de los numerosos precedentes sobre la misma cuestión. Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte actora, contra la sentencia dictada por el TSJ Justicia de Navarra en fecha 23-5-2019, para casar y anular la sentencia recurrida, reponer las actuaciones al momento anterior a dictarla a fin de que el TSJ entre a conocer del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social, promovidos en reclamación de derecho y cantidad.

B). Jubilación

-STEDH 21-07-2022 Caso Bieliński v. Polonia

El caso se refiere a la reducción de la pensión de vejez del demandante en virtud de una nueva ley que entró en vigor vigente en 2009 para ex empleados de los servicios uniformados. Su apelación contra las decisiones de reducción de su pensión, interpuesta en 2017, finalmente le fue desestimada en 2021. Basándose en el artículo 6 § 1 (derecho a un juicio justo dentro de un tiempo razonable) y el artículo 13 (derecho a una recurso efectivo) del Convenio, el demandante se queja de que la duración del procedimiento en su caso era excesivo y que no había vías legales disponibles para que presentara esta denuncia a nivel nacional También alega en virtud del artículo 6 § 1 que el examen prolongado de los tribunales nacionales de sus apelaciones lo privó efectivamente de su derecho de acceso a un tribunal.

-STS 590/2022, de 29-06-2022. Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

La cuestión suscitada se centra en determinar si la resolución del INSS, acordando la pérdida de la pensión de jubilación por tres meses, por compatibilizarla con una actividad por cuenta propia, al ostentar el control efectivo de una sociedad mercantil, es ajustada a derecho. La Sala IV, da una respuesta positiva tras analizar el alcance de la Disposición Adicional 27ª de la LGSS 1994, vigente en el caso que nos ocupa, así como el art 164.4 LGSS, señalando que, aunque conste que el demandante asesoraba a la mercantil de la que tiene el control efectivo, esa actividad no enervaría cualquiera otra que en la misma empresa pudiera ostentar e integrar aquel quehacer, y por la que figuraba en alta en el sistema con las correspondientes obligaciones de cotización. Por tanto, la situación del pensionista no estaría bajo el ámbito de aplicación del art. 165.4 LGSS/1994, ya que, manteniéndose la regla general de incompatibilidad del disfrute de la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista a la que se refiere su apartado 1, la salvedad que el apartado 4 recoge para los trabajadores por cuenta propia lo es para unas actividades específicas que no generan obligación de cotizar por prestaciones ni, por ende, van a generar derechos en ese ámbito del régimen de la seguridad social, situación que no es la que ostenta la parte demandante desde el momento en que su alta en el RETA, no cuestionada, lo es por el desarrollo de actividad mercantil societaria y a todos los efectos.

-STS de 08/02/2022, nº 120/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3930/2020 y STS de 08/02/2022, nº 119/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3087/2020

JUBILACIÓN ACTIVA: DISTINCIÓN ENTRE AUTÓNOMOS "CLÁSICOS" Y "SOCIETARIOS": se plantea la 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), considerándose en la sentencia que 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. Las Sentencias cuentan con un Voto Particular.

La cuestión suscitada en ambos recursos de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si el demandante tiene derecho al incremento de su pensión de jubilación activa (hasta llegar al 100%). La clave radica en el alcance que posea la contratación laboral realizada por la comunidad de bienes en la que se integra el pensionista.

El actor solicitó al INSS acogerse a los beneficios de la jubilación activa con efectos del 1-1-2018; para compatibilizar la realización de una actividad por cuenta propia con la percepción del 100% de la cuantía de la pensión de jubilación, dando lugar a la resolución del INSS de 21-12-2017 que se impugna. El actor constituyó una Comunidad de Bienes que tenía por objeto realizar los actos necesarios para la explotación de oficina de farmacia, correspondiendo en consecuencia al actor el 70% de la titularidad de la misma y al otro comunero el 30% restante, y teniendo contratados al menos a tres trabajadores desde su constitución. En diciembre de 2014 el demandante comienza a percibir pensión de jubilación con cargo al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), en cuantía del 50% por jubilación activa. En diciembre de 2017 solicita al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), los beneficios de la jubilación activa plena, para compatibilizar la realización de trabajo por cuenta propia con el 100% de la cuantía de la pensión, teniendo un trabajador por cuenta ajena contratado, lo que le fue denegado.

En la Sentencia, la Sala establece la distinción entre autónomos "clásicos" y "societarios", en relación con la jubilación activa. Así, la sentencia de 30 de mayo de 2017, rcud 2268/2015, al igual que la de 24 de enero de 2018, rcud 389/2016 entiende que con dicha pensión activa "Se trata pues de incentivar el trabajo más allá de la edad de jubilación estableciendo, al efecto, la posibilidad de

compatibilizar trabajo y pensión, a la par que se mejora la pensión máxima reconocida". En relación con la jubilación activa y el acceso al 100% del importe de la misma, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en las sentencias de 23 de julio de 2021, rcuds 1459/2020, 1702/2020 y 1515/2020. También se ha dictado, con igual fecha, sentencia en los rcuds 4416/2019, 2956/2019, 1328/2020 y la de 21 de septiembre de 2021, rcud 1539/2020. Las dictadas en los rcuds 1328/2020, 1459/2020, 1702/2020, 2956/2019, 4416/2019 y la de 21 de septiembre de 2021, rcud 1539/2020, afectan a un trabajador autónomo que había constituido una sociedad limitada, teniendo en plantilla a más de un trabajador contratado por cuenta ajena. La sentencia del rcud 1515/2020, también aborda la jubilación activa de una trabajadora autónoma socia de una sociedad anónima, que tenía contratados a 31 trabajadores. En todas ellas se dijo que la compatibilidad plena de la pensión de jubilación activa con el trabajo requería dos requisitos: realizar una actividad por cuenta propia y tener contratado a un trabajador. Respecto de la actividad por cuenta propia, y atendiendo al campo de aplicación del RETA y lo dispuesto en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA), el Tribunal Supremo ha considerado que "La diferencia entre el autónomo societario y el que ejerce su actividad actuando como persona física, denominado "autónomo clásico" por el preámbulo de la Ley 20/2007, afecta a su responsabilidad patrimonial. Estos últimos responden de sus deudas, incluidas las salariales con los trabajadores contratados y las cotizaciones a la Seguridad Social, con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 del Código Civil), asumiendo personalmente el riesgo y ventura de la actividad empresarial. La prolongación de la vida activa supone asumir un riesgo empresarial personal que justifica que, si tiene contratado al menos a un trabajador, disfrute de una compatibilidad plena de la pensión de jubilación y de sus ingresos como autónomo. Por el contrario, el citado consejero o administrador de una sociedad mercantil se beneficia de la limitación de la responsabilidad societaria, que en principio no afecta a su patrimonio personal, sin que él suscriba contrato alguno con ningún trabajador (en todo caso, lo suscribe representando a la empresa), ni responda de las deudas salariales, ni de las cotizaciones a la Seguridad Social derivadas del alta en la Seguridad Social del trabajador contratado por la mercantil. Si quiere disfrutar de la compatibilidad plena entre pensión e ingresos, deberá desarrollar una actividad por cuenta propia actuando como persona física y no a través de una sociedad mercantil. No cabe que se pretenda actuar bajo el amparo de una sociedad mercantil, con personalidad jurídica propia, para lo que es favorable (la limitación legal de responsabilidad para los socios o partícipes, art.1 de la Ley de Sociedades de Capital; y soslayarlo para lo que pueda ser desfavorable".

En relación con el requisito relativo a la contratación de al menos un trabajador por cuenta ajena para acceder a la jubilación activa plena advierte que resulta imprescindible que la contratación se haya realizado por la persona jubilada. Las SSTS de 23 de julio de 2021 (rcuds 2956/2019, 4416/2019, 1328/2020, 1459/2020, 1515/2020 y 1702/2020), así como la 921/2021 de 21 septiembre (rcud. 1539/2020) explican que "La titularidad de las relaciones laborales concertadas por la sociedad le corresponde a ésta, ostentando por ello la posición de empleadora, no a sus consejeros, administradores sociales o socios, por lo que no se cumple el citado requisito legal. La tesis contraria supondría ignorar la existencia de la persona jurídica". En definitiva, el requisito de haber contratado a un trabajador por cuenta ajena no concurre cuando éste presta servicios para una sociedad de capital.

En ellas aparece una doctrina de máxima relevancia para la cuestión:

La finalidad de la reforma operada por la Ley 6/2017 ha sido la de favorecer la conservación del nivel de empleo: que no se destruya empleo por el mero hecho de jubilarse el empleador. Debemos distinguir:

a) La jubilación del empresario que tiene la condición de persona física es causa de extinción de los contratos de sus trabajadores con una indemnización extintiva de solamente un mes de salario [art. 49.1.g) del ET]. Para evitar que la jubilación de los empleadores que tienen la condición de personas físicas, cause la extinción de los contratos de sus trabajadores, el art. 214.2, párrafo 2º de

la LGSS prevé excepcionalmente que se puedan jubilar y percibir al mismo tiempo la pensión de jubilación íntegra.

b) Si en vez de tratarse de un empleador que tiene la condición de persona física, se trata de una persona jurídica, la extinción de su personalidad jurídica es ajena a la jubilación de sus consejeros y administradores sociales, articulándose mediante un despido colectivo u objetivo con la indemnización extintiva del art. 53.1.b) del ET.

En el supuesto enjuiciado, la jubilación del actor, que es uno de los administradores solidarios, en nada afecta a los trabajadores de la empresa, cuyos vínculos laborales se concertaron con una persona jurídica. En la sentencia referencial el jubilado activamente era administrador único. En cualquier caso, la jubilación del administrador único de una sociedad no es causa de extinción de los contratos de trabajo. Se deberá articular mediante un despido colectivo u objetivo.

c) Es cierto que, en los casos de cotitularidad de la empresa sin forma societaria, la jubilación de uno de los cotitulares del negocio no es causa de extinción del contrato conforme al artículo 49.1.g) del ET, de forma que el despido del trabajador con motivo de dicha jubilación se califica de improcedente (sentencias del TS de 15 de abril de 1992 1991 y 25 de junio de 1992 (RJ 1992, 4673), recurso 1844/1991). Se trata de un supuesto específico en que la jubilación del empleador persona física no conlleva la extinción de los contratos de sus trabajadores porque hay otro cotitular. Dicho supuesto específico no desnaturaliza la causa de extinción de contratos de trabajo por jubilación del empresario prevista en el art. 49.1.g) del ET.

En definitiva, la jubilación del actor, que es uno de los administradores solidarios y titular del 25% del capital social, en modo alguno podría afectar al empleo, al subsistir la sociedad limitada.

El demandante, ahora recurrido, no es un autónomo administrador o consejero de una sociedad mercantil, que haya contratado a trabajadores por cuenta ajena, sino que es un comunero integrado en una comunidad de bienes, que es la que ha efectuado la contratación de trabajadores por cuenta ajena.

Uno de los principales argumentos de la sentencia recurrida radica en que las personas integrantes de la comunidad de bienes asumen las responsabilidades derivadas del ejercicio de la actividad empresarial (explotación de Farmacia, en nuestro caso). Sin embargo, no cabe confundir la posibilidad de exigir responsabilidad a quienes actúan en nombre de determinados entes (aunque posean personalidad jurídica) con la condición de la que ello deriva.

La traslación de responsabilidades desde el sujeto que actúa en el tráfico jurídico (la comunidad de bienes) hacia quienes se integran en él (los comuneros) no comporta un cambio ontológico. No por el hecho de tener que afrontar el resultado de la actividad desplegada por la comunidad significa que los comuneros, y no esa, han sido quienes aparecen como sujetos de derechos y obligaciones, con independencia de que ello suceda aun careciendo de personalidad jurídica. En suma, que la responsabilidad de los partícipes en la comunidad frente a sus trabajadores, al igual que frente a terceros, sea una responsabilidad directa, personal e ilimitada, no se debe confundir con quien es el empresario, que es la comunidad de bienes, como empleador único y no los partícipes en la misma.

Por otro lado, a tenor del artículo 305.1 LGSS los comuneros quedan obligatoriamente incluidos en el RETA siempre que, como tales, desarrollen una actividad productiva y no se limiten a la administración de los bienes compartidos. Pero que una persona deba quedar incluida en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos no le confiere la condición de empleadora a efectos laborales.

La Entidad Gestora sostiene que para compatibilizar la actividad productiva con la pensión plena (y no al 50%) es necesario que el pensionista esté incluido en el RETA como persona física, sin que baste con que ello derive de su condición de comunero. La Sala no comparte este argumento, sino que considera que lo decisivo para que surja la compatibilidad no es el modo en que las normas

de Seguridad Social encaucen la inclusión del comunero en el RETA, sino la existencia de una contratación laboral como la exigida por el artículo 214.2.II LGSS.

Respecto al alcance del artículo 214.2.II LGSS, a cuyo amparo cabe compatibilizar la pensión de jubilación con una actividad productiva, son dos las condiciones: Primera, que "la actividad se realiza por cuenta propia". Segunda, que "se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena". Consideramos que estas exigencias del artículo 214.2.II LGSS no concurren cuando un comunero invoca los contratos de trabajo que discurren entre la comunidad de bienes y las personas que trabajan para ella. Y como exponen las sentencias de 23 de julio de 2021, "la compatibilidad plena de la pensión de jubilación en la cuantía del 100% con la actividad por cuenta propia constituye una excepción a la regla general de incompatibilidad del disfrute de la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista (art. 213.1 de la LGSS), lo que impide que pueda interpretarse extensivamente".

La conclusión a la que llega el Tribunal Supremo es que la contratación laboral realizada por una comunidad de bienes no puede aprovechar a sus comuneros a los efectos de la jubilación activa, por la imposibilidad de que la jubilación de una persona cotitular de la empresa sea invocada a efectos de jubilación. Esto es, si aparece como empleadora una comunidad de bienes, las circunstancias psicofísicas que afecten a uno de los comuneros (muerte, incapacidad, jubilación) no pueden subsumirse en el artículo 49.1.g) ET. Del mismo modo, las actuaciones de la comunidad de bienes (en este caso, emplear o mantener el empleo de tres personas) tampoco pueden entenderse realizadas por un comunero concreto o por varios de ellos, sin perjuicio de las responsabilidades que les alcancen.

Como se expone en las sentencias de 23 de julio de 2021, hay que subrayar la conexión entre la jubilación activa del beneficiario y los contratos de trabajo. "En el caso de una persona física, el empleador es el jubilado. Si tiene contratados a uno o más trabajadores, tendrá derecho a la jubilación activa con el 100% de la pensión. Por el contrario, si se trata de una persona jurídica, el empleador no es el jubilado. Puede suceder que se jubilen varios socios y administradores sociales de una mercantil que tiene un único trabajador (por ejemplo, cuatro administradores solidarios que son titulares de la cuarta parte del capital social cada uno). La tesis de la sentencia recurrente conduciría a reconocerles a todos ellos sendas pensiones con compatibilidad plena, las cuales traerían causa de un único contrato de trabajo suscrito por una persona distinta: la sociedad, lo que iría en contra del tenor literal de la norma".

Además, de admitirse la tesis de la sentencia recurrida podría suceder que se jubilen varios comuneros simultáneamente y la comunidad de bienes tenga contratado un único trabajador, lo que supondría reconocerles a todos ellos sus respectivas pensiones con compatibilidad plena, las cuales traerían causa de un único contrato de trabajo suscrito por una persona distinta, la comunidad de bienes, lo que iría en contra del tenor literal de la norma.

También podría suceder que se jubilara un comunero, teniendo la comunidad contratada a una persona por cuenta ajena y solicitara la pensión de jubilación activa con el 100%, una vez que le ha sido concedida, se jubila un segundo comunero y solicita asimismo la pensión de jubilación activa, apelando al hecho de que la comunidad ya tiene contratado a un trabajador por cuenta ajena y no hay razón alguna para adjudicar dicha contratación al comunero que se jubiló primero, ya que los dos ostentan los mismos derechos en la comunidad.

La claridad con que el artículo 1.2 ET identifica a la comunidad de bienes como posible empleadora, a efectos laborales constituye un argumento cuya solidez no puede cuestionarse. La titularidad de las relaciones laborales concertadas por la comunidad de bienes le corresponde a ésta, ostentando por ello la posición de empleadora, no a sus integrantes, por lo que no se cumple la exigencia del artículo 214.2.II LGSS. La tesis contraria supone tanto como desconocer o neutralizar la existencia de la comunidad de bienes. Por tanto, el pensionista y demandante no tiene contratada a persona alguna como trabajadora para auxiliarle en la llevanza de la Oficina de Farmacia. Las tres personas empleadas poseen como contraparte de sus relaciones laborales a la comunidad de bienes,

sin que sea relevante (tampoco debatido aquí) que el interesado sea quien posea, de facto, la capacidad de organizar y dirigir el negocio.

Las dos Sentencias cuentan con un VOTO PARTICULAR, que discrepa de la mayoría en el alcance que se ha dado al régimen jurídico que preside el debate, enmarcado en una relación jurídica de Seguridad Social y que debería haber llevado a confirmar la sentencia recurrida, estando centrado en el derecho al incremento en la prestación de jubilación activa de quien es miembro de una Comunidad de Bienes, y los trabajadores lo son de la empresa Farmacia de la que es comunero el demandante. Parte de que la posición de la comunidad de bienes, entidad sin personalidad jurídica, respecto de la responsabilidad que puedan asumir quienes la integran, no puede entenderse como elementos disociados y con sus propias consecuencias. La asunción de responsabilidad de los comuneros, ciertamente, no elimina la existencia de la propia comunidad de bienes, como figura del tráfico jurídico. Pero sí que deviene en relevante la posición que ocupan quienes configuran dicha entidad y que en el ámbito de la Seguridad Social vienen a mantener una personal y directa vinculación por su condición de comuneros.

Los magistrados discrepantes consideran que el hecho de que en el contrato de trabajo aparezca como empleador una comunidad de bienes y que, como tal, pueda ser demandada y condenada en un proceso, no altera la realidad de la responsabilidad jurídica de los comuneros. Cuando los tres trabajadores de la comunidad de bienes formulen una demanda contra dicha comunidad, la condena se dictará contra dicha comunidad. Pero la ejecución se hará efectiva contra el patrimonio de los comuneros, quienes responderán con todos sus bienes, presentes y futuros (art. 1.911 del Código Civil), al igual que sucedería si hubieran contratado a los trabajadores como personas físicas. Lo mismo sucederá en caso de incumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social. Si la comunidad de bienes incurre en un incumplimiento respecto de las cotizaciones a la Seguridad Social de los tres trabajadores empleados, la reclamación de las cotizaciones adeudadas se hará efectiva con el patrimonio de los comuneros, en las mismas condiciones que si los hubieran contratado como personas físicas. Se trata de una diferencia esencial respecto de los autónomos societarios. Las sentencias del TS de 23 de julio de 2021 (RJ 2021, 3639), recursos 1459/2020, 1702/2020, (RJ 2021, 3641)1515/2020, (RJ 2021, 3957)4416/2019, 2956/2019, (RJ 2021, 3995)1328/2020 y la de 21 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4286), recurso 1539/2020; negaron que los autónomos societarios pudieran acceder a la jubilación activa percibiendo una pensión de jubilación del 100% porque el empleador no era el socio sino una sociedad autónoma o limitada, con personalidad jurídica propia y limitación de la responsabilidad al patrimonio social. Por el contrario, la comunidad de bienes carece de personalidad jurídica y los comuneros responden con su patrimonio personal de las deudas salariales y de Seguridad Social en relación con los trabajadores contratados.

Consideran que el art. 214.2 de la LGSS lo que exige para que la pensión de jubilación que en ella se regula acceda al 100% es que "la actividad se realice por cuenta propia" -condición que mantiene el aquí demandante, comunero que ejerce una actividad- y que "se acredite tener contratado, al menos a un trabajador por cuenta ajena" -lo que a su entender y discrepando del criterio de la mayoría, también concurre en este caso, al estar trabajado por cuenta ajena otros trabajadores en la comunidad que por cuenta propia atiende el demandante-.

En el Voto Particular se mantiene que si un autónomo titular de una oficina de farmacia tiene contratado a un único trabajador por cuenta ajena y tendría derecho a la jubilación activa percibiendo el 100% de la pensión de jubilación; el hecho de que dos farmacéuticos sean dueños de una oficina de farmacia, los cuales, debido a su copropiedad del negocio, han debido de constituir una comunidad de bienes que tiene contratados a varios trabajadores, ello no debería impedirles el reconocimiento del mismo derecho, si partimos de que las comunidades de bienes no tienen personalidad jurídica. El voto mayoritario conducirá a que el actor continúe realizando un trabajo por cuenta propia en su farmacia, con tres trabajadores contratados, respondiendo con su patrimonio personal, presente y

futuro, de todas las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con los tres trabajadores que continúan prestando servicios en la farmacia, sin percibir una pensión de jubilación del 100%, lo que, a nuestro juicio, vulnera el art. 214.2 y concordantes de la LGSS y supone una diferencia de trato injustificada.

-STSJ de Galicia de 16/11/2021, nº 4503/2021/2021, Recurso de Suplicación, núm. 2188/2021

COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN CON FUNCIONES INHERENTES A LA TITULARIDAD DEL NEGOCIO: se plantea, en relación con un trabajador autónomo, la compatibilidad de la pensión de jubilación del RETA con el desempeño de funciones inherentes a la titularidad del negocio.

Se considera en la sentencia que a la hora de efectuar la exégesis de la normativa relativa a esta clase de incompatibilidades debe diferenciarse necesariamente entre "autónomos clásicos" y "autónomos societarios", al seguir la doctrina judicial (STS de 21 de septiembre de 2021 [Rec. núm. 1539/2020]) la senda iniciada por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, cuyo art. 1 (relativo al ámbito de aplicación subjetivo de la norma) diferencia entre, por un lado, "personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo" (denominada "actividad autónoma o por cuenta propia"), y por el otro, "los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias ..., los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común ..., y quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla"; diferenciación ésta que ya venía siendo asumida por la jurisprudencia de suplicación, admitiendo que el caso del trabajador autónomo "*no es lo mismo que un empresario individual, es distinto, porque aquí el beneficio de la explotación está implicado en el trabajo personal y directo en ella del autónomo, lo que no sucede en el administrador-socio que percibe beneficios por esta segunda condición, pero no retribución por la primera*" (STSJ Castilla-La Mancha, de 22 de mayo de 2017 [Rec. núm. 105/2016]).

Atendiendo a esa dicotomía, si hablamos de "autónomos clásicos" se puede anticipar que desde siempre se han venido entendiendo las funciones inherentes a la titularidad del negocio compatibles con la pensión de jubilación, como todas aquellas de índole administrativa, de relación con organismos oficiales, ayuntamientos, tributarias, etc., en las que el jubilado sigue siendo dueño del negocio y como tal paga impuestos, firma contratos, ostenta la representación de la empresa, etc., en contraposición a aquellas otras que suponen llevar personalmente la explotación del negocio, con presencia física en él a lo largo de la jornada, trabajo de despacho, de oficina o de otro tipo y que sí dan lugar a una situación de incompatibilidad, que deberán ser ejercitadas por persona distinta del titular del negocio.

Esta división entre "autónomos clásicos" y "autónomos societarios" es la que aquí interesa, porque, de un lado, el sistema de incorporación al RETA difiere en uno y otro caso cuando se trate de la prestación de servicios ya jubilado; y de otra, porque, a la hora de discernir si el trabajo del jubilado resulta compatible con su pensión, debe prestarse especial atención a esta diferenciación (con excepción de los "autónomos mutualistas", cuyo análisis se escapa al objeto de este pleito). Y es que si de lo que se trata es de un autónomo jubilado "clásico" que pretende continuar trabajando, debe atenderse como presupuesto previo al trabajo, si la prestación del mismo supone la realización de funciones inherentes a la titularidad del negocio de que se trate, porque, aunque si bien es cierto que el art. 305.1 de la LGSS considera trabajador autónomo a todo aquel que realice "de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona,

una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena", no resulta menos veraz que aun cuando la idea de que el trabajador autónomo es su propio empresario es la básica que preside toda la normativa del RETA, para ser calificado como trabajador por cuenta propia no basta con ser titular de una empresa o negocio, sino que es preciso que aquel realice su efectivo trabajo, en sentido económico de forma habitual y directa, sin que sea obstáculo el hecho de la utilización del servicio remunerado de otras personas.

Por ello, según la doctrina más autorizada, esa necesidad de que la actividad por cuenta propia se desarrolle de manera personal y directa significa que el trabajador debe intervenir con su propio esfuerzo en la actividad productiva, lo que permitirá su diferenciación de la persona que sólo es titular de la actividad o explotación. De ahí que deba distinguirse entre el ejercicio de funciones inherentes a la titularidad del negocio, entre las que se encuentran las de índole administrativo, de relación con organismos oficiales, ayuntamientos, tributaria, etc., en las que el jubilado sigue siendo dueño del negocio y como tal paga impuestos, firma contratos, ostenta la representación de la empresa, etc., de aquellas otras actividades que suponen llevar personalmente la explotación del negocio, con presencia física en él a lo largo de la jornada, trabajo de despacho, de oficina o de otro tipo, de manera que sólo se produce la incompatibilidad en el segundo caso.

Tratándose de "autónomos societarios", su particularidad radica en que su encuadramiento en el RETA encuentra expresa determinación legal desde el año 1997 (en concreto, por causa de lo dispuesto en la DA 43ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), concretada ahora en el art. 305.2 b) de la LGSS. Ahora bien, el hecho de que el autónomo se encuentre necesariamente encuadrado en el RETA si posee una determinada participación social, no significa que esa previsión legal a efectos de inclusión en el sistema deba extrapolarse necesariamente al ámbito de las incompatibilidades entre pensión y trabajo, al tratarse de una mera presunción legal, de tal manera que el autónomo societario puede encontrarse incluido en el RETA, pero mantenerse únicamente como titular del negocio, sin ejercer funciones inherentes a tal titularidad, ya que los preceptos aquí implicados (arts. 305 LGSS y 93 de la Orden de 24 de septiembre de 1.970) actúan de manera independiente, siendo distintos sus efectos. Pese a ello, lo cierto es que la previsión de los arts. art. 305.1 de la LGSS debe mantenerse como criterio orientativo a efectos de determinar si el autónomo simplemente desempeña las funciones inherentes a la titularidad del negocio, o si, por el contrario, estas implican una dedicación de carácter profesional (esto es, realizando de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo), utilizándola como método de averiguación de las verdaderas intenciones del pensionista. Porque, debe otorgarse al jubilado la posibilidad de destruir las presunciones legales, incluso la contenida en el art. 2º.3 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, de tal manera que aún en el supuesto de concurrir los requisitos legales que obligan al jubilado autónomo a darse de alta en el RETA, deberá permitírsele acreditar que pese a todo se limita a mantener la titularidad del negocio, incluso en el caso de las sociedades de capital, e incluso si se trata de la figura del administrador. Así, en el caso de autónomos que figuran como administradores únicos de una concreta sociedad, incumbe a estos acreditar que su actividad empresarial real no resultaba incompatible con la percepción de su pensión. En estos casos, en suma, aunque la obligación de alta en el RETA supone una presunción de estar realizando un trabajo por cuenta propia en los términos exigidos para causar alta en dicho régimen especial, se trata de una presunción que: 1) no impide permanecer en el percibo de la pensión de jubilación, aun incluso estando obligado al alta y cotización en el RETA, al tratarse de dos efectos jurídicos distintos y compatibles entre sí; y 2) en todo caso corresponde al propio trabajador desvirtuar la presunción legal, únicamente a efectos de encuadramiento.

Debe admitirse la plena compatibilidad del alta en el RETA con el percibo de la pensión de jubilación, siempre y cuando el pensionista mantenga la mera titularidad del negocio, logrando

desvirtuar así la presunción legal -que corresponde al trabajador-, ya que el alta en el RETA implica una presunción de estar realizando un trabajo por cuenta propia en los términos exigidos para causar alta en dicho Régimen Especial de la Seguridad Social, susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario por el trabajador (STSJ Galicia de 16 de octubre de 2017, Rec. núm. 548/2017). Así, puede suceder que se den los condicionantes legales para la incorporación al RETA conforme a lo dispuesto en el art. 305 LGSS, pero el pensionista se limita a mantener la titularidad del negocio, con lo que podríamos encontrarnos con la paradoja de un autónomo afiliado y en alta en el RETA que lo compatibiliza con la pensión de jubilación en ese mismo régimen.

En este caso concreto se da la particularidad de que el pensionista en el momento de la concesión de la pensión (al que debe atenderse, al efecto de determinar la si el reconocimiento de la misma resultaba ajustado a derecho) "era administrador único de la entidad Bodero y Vales-Villamarín Consultores SLP, poseyendo el 75% de las participaciones sociales, y mantuvo dicha condición, ejerciendo las funciones inherentes al cargo después de su baja en la Seguridad Social de 31/10/2014, y así firmaba las cuentas anuales y nóminas de personal, así como contratos mercantiles en nombre la sociedad". Es decir, se trataba de una Sociedad Limitada Profesional, regulada a día de hoy en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

La sentencia reconoce que la complejidad normativa exige en estos casos de aplicación de la normativa preconstitucional adaptarla al actual contexto económico, realizando así una labor hermenéutica en la que se encuentre presente la realidad social (art. 3.1 CC); porque, aunque la taxonomía efectuada por el Tribunal Supremo pueda resultar útil a los efectos clasificatorios en materia de jubilación activa, lo cierto es que la misma se encuentra necesitada de mayor precisión, cuando menos a los efectos que aquí nos ocupan. Y es que, la simple diferenciación entre "autónomos clásicos" y "autónomos societarios" precisa de mayor especificidad en esta clase de pleitos, habida cuenta la compleja diversidad de fórmulas societarias en nuestro ordenamiento jurídico, sin que se puedan identificarse necesariamente, por ejemplo, un "autónomo societario profesional" (a los que se refiere a la Ley 2/2007, de 15 de marzo) y un "autónomo societario" titular de acciones en una sociedad anónima.

Tras analizar las sociedades profesionales, la sentencia (partiendo de que la finalidad del art. 93 de la Orden de 24 de septiembre de 1.970 no es otra que la de posibilitar que el autónomo pueda mantener el negocio, conservando el pensionista su titularidad, de tal manera que no se extingan los contratos de trabajo), considera que cabe la posibilidad de que el socio profesional principal ostente la posición de titular del órgano de administración de la sociedad, constituido así como unipersonal, aunque no realice actividad alguna profesional para la sociedad, tal y como acredita el art. 8 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo. Teniendo en cuenta que la norma admite que las personas que se encarguen de la administración y representación puedan ser socios profesionales o no, considera la sentencia que resulta evidente que administración y representación, por un lado, y ejercicio de la actividad profesional que constituye el objeto social, por el otro, no resultan identificables. Todo ello supone la posibilidad de deslindar ambas figuras, de tal manera que el socio puede realizar la actividad profesional de que se trate y actuar como administrador de la sociedad, pero de igual manera puede suceder que el socio profesional limite su actuación (ello con independencia de la habilitación normativa) a la labor de administración de la sociedad. En este último, caso, y de acuerdo con la normativa relativa a sociedades de capital, el administrador ostenta "la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él" (art. 233.1) y la misma se extenderá "a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos".

Tratándose de sociedades profesionales el percibo de la pensión de jubilación resultará incompatible con el ejercicio de una actividad profesional que requiera una titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional, lo que no puede predicarse del

administrador que se limita a firmar las cuentas anuales y nóminas de personal, así como contratos mercantiles en nombre la sociedad. Y es que, si eso supusiera un inconveniente legal, derivado de la incompatibilidad que venimos analizando, el hecho de poseer la mayoría del capital social, aunque sin ejercer la actividad profesional, exigiría que el titular de "deshiciera" de sus participaciones, con el riesgo cierto de disolución de la sociedad.

En esta ocasión no consta que el pensionista se dedicase, tras el reconocimiento de la situación protegida, a la actividad colegiada de economista, limitándose a ejercer como administrador de la sociedad en los términos ya expresados. Así, el actor, en el momento de la solicitud de pensión, era administrador único de la entidad Bodero y Vales- Villamarín Consultores SLP, poseyendo el 75% de las participaciones sociales, limitándose como tal a firmar las cuentas anuales y nóminas de personal, y contratos mercantiles en nombre la sociedad. De ello deriva, como necesaria consecuencia, que el aquí demandante en el momento del reconocimiento de su pensión de jubilación se limitó a mantener la titularidad de la SLP, desempeñando funciones inherentes a dicha titularidad, sin implicación de carácter profesional en su desempeño, lo que debe conducir a la declaración de compatibilidad entre su pensión de jubilación y su condición de administrador.

Por ello, se estima el recurso de Suplicación interpuesto por el actor revocando la sentencia de instancia, dejando sin efecto las resoluciones de la gestora impugnadas, con mantenimiento del actor en el reconocimiento y percibo de la pensión de jubilación, y dejando sin efecto el reintegro de las cantidades percibidas.

-STS 30/03/2022, nº 283/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 4810/2018. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

PENSIÓN DE JUBILACIÓN: en caso de sucesión de empresa, que no excluye a las que se han transformado estructuralmente, por medio de operaciones de fusión, es responsable la empresa sucesora por los defectos de cotización, cometidos por la empresa anterior, debiendo interpretarse la palabra «causadas», no como prestaciones «reconocidas» antes de la sucesión, sino como las «generadas» antes de la misma. Fallo: El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la empresa codemandada, contra la Sentencia de 29-05-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, dictada en autos promovidos sobre pensión de jubilación.

-STS 10/05/2022, nº 399/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 139/2019. Ponente: Sebastián Moralo Gallego

JUBILACION PARCIAL: obligación de la empresa de abonar al INSS el importe de la prestación, en caso de cese simultáneo del jubilado parcial y del relevista en virtud de amortización del puesto de trabajo por causas objetivas, al subsistir la obligación empresarial de contratar a otro relevista mientras el jubilado parcial perciba la pensión de jubilación, salvo en los casos de extinción de la totalidad de los contratos de trabajo de la empresa por despido colectivo. Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS demandado, contra la Sentencia de 05-10-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos sobre reclamación de prestación de jubilación parcial, que casa y anula y, resolviendo el debate de suplicación, desestima el de tal clase formulado por la empresa demandante.

C). Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

-STS 24/03/2022, nº 372/2022, Recurso de Casación 3981/2020. Jurisdictión Contencioso-Administrativa. Ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

CLASES PASIVAS: PENSIÓN DE VIUDEDAD: DENEGACIÓN PROCEDENTE: PAREJA DE HECHO: acreditación de la convivencia desde 1965, unida a la existencia de hijos comunes: la prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante los medios señalados en el párrafo cuarto del art. 38.4 del TRLCPE, es decir, mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante: aplicación de la doctrina general fijada en la sentencia de 28 de mayo de 2020 que coincide con la fijada por la Sala Cuarta en la interpretación de la misma cuestión: aunque no existe la exigencia legal que obligue a un orden jurisdiccional a seguir la jurisprudencia de otro orden jurisdiccional distinto, no parece justificado, en principio, que ante regulaciones idénticas de situaciones idénticas, se llegue a soluciones distintas sin que concurran elementos que lo justifiquen: el TC ha avalado la constitucionalidad del art. 174.3 de la LGSS, precepto de igual contenido que el 38.4 del TRLCPE. Fallo: El TS desestima el recurso de casación número 3981/2020 interpuesto por la representación procesal de doña Adolfina contra la sentencia dictada el 4 de marzo de 2020 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, en el recurso contencioso administrativo nº 518/18.

D). Desempleo

-STJUE 24/02/2022, Asunto C 389/2020, Cuestión prejudicial

IGUALDAD DE TRATO: Entre hombres y mujeres: Seguridad Social (Directiva 79/7/CEE): Discriminación: existencia: normativa española (Ley General de la SS) que excluye las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar, en la medida en que afecta a un porcentaje muy superior de trabajadoras que de trabajadores (discriminación indirecta) y no está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo

-STS de26/04/2022, nº 363/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 1292/2019. Ponente: Ricardo Bodas Martín

PRESTACIÓN POR DESEMPLEO: la situación del trabajador excedente no readmitido injustamente desde la fecha en que debería haberse cumplido la obligación de readmitir es análoga a la del trabajador injustamente despedido a partir de la fecha del despido, por lo que la empresa debía de haberlo mantenido de alta en la seguridad social desde la fecha de incumplimiento de la obligación de readmitir hasta la fecha de efectos del despido, procediendo, por tanto, su reconocimiento al tener derecho a estar en alta en el RGSS al sobrevenir la contingencia o situación protegida. Fallo: El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el «Servicio Público de Empleo Estatal» demandado, contra la Sentencia de 13-12-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos en reclamación de prestación por desempleo.

-STS 19/04/2022, nº 344/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 1481/2019. Ponente: Sebastián Moralo Gallego

PRESTACIONES POR DESEMPLEO: la incompatibilidad con los salarios de tramitación abonados por el FOGASA, determina la devolución de las prestaciones temporalmente coincidentes

con los salarios de tramitación, y no de la totalidad de las percibidas. Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante, contra la Sentencia de 25-02-2019 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos en reclamación por desempleo, que casa y anula y, resolviendo el debate en suplicación, estima en parte el tal clase formulado por el «SEPE» demandado, en el sentido de limitar la obligación de la demandante a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas durante el periodo de tiempo coincidente con los salarios de tramitación abonados por el FOGASA.

-STS 19/04/2022, nº 341/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 602/2019. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

SUBSIDIO DE DESEMPLEO: extinción procedente por sanción, al incurrir el beneficiario en falta grave a tenor de los arts. 25.3 y 47.1 de la LISOS, que tipifican como tal la ausencia de comunicación de datos relevantes en el ámbito del percibo de la prestación como es la obtención de ingresos por la venta de una ganancia patrimonial por la venta de un bien inmueble, habiendo refrendado el TC la proporcionalidad de la medida al tener como finalidad combatir las percepciones fraudulentas y, consecuentemente, afianzar la sostenibilidad del sistema. Fallo: El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante, contra la Sentencia de 19-12-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede Málaga, dictada en autos promovidos en reclamación de prestaciones por desempleo.

-STS 26/04/2022, nº 367/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 2202/2019. Ponente: Concepción Rosario Ureste García

SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 55 AÑOS: el agotamiento de la Renta Activa de Inserción (RAI) se equipara al agotamiento de la prestación o subsidio por desempleo para permitir el acceso a su disfrute. COSTAS PROCESALES: no procede imponerlas por el mero criterio del vencimiento a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social-Servicio Público de Empleo Estatal por gozar del beneficio de asistencia jurídica gratuita. Fallo: El TS estima en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el SPEE, para casar y anular parcialmente la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 26-2-2019, sobre desempleo.

-STS 11/05/2022, nº 417/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 499/2020. Ponente: Ricardo Bodas Martín

PRESTACIONES POR DESEMPLEO: procede, de conformidad con las previsiones de la DA 10ª Ley 20/2007, de 11 julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, reconocerla a un trabajador, menor de 30 años, que presta servicios para su padre, trabajador autónomo, en virtud de un contrato de trabajo y que no convive con el mismo. Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por Don Pedro Jesús contra la sentencia dictada por el TSJ de Andalucía, sede en Granada, de 5-12-2019, que casa y anula, sobre la demanda sobre desempleo presentada contra el Servicio Público de Empleo Estatal y reconoce el derecho del demandante a lucrar las prestaciones por desempleo por el tiempo legalmente previsto y condenamos al SPEE a estar y pasar por dicha declaración, así como al abono de la prestación correspondiente.

-STS 10/05/2022, nº 401/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 1428/2019. Ponente: Juan Molins García-Atance

PRESTACIÓN POR DESEMPLEO: denegación a trabajador jubilado a tiempo parcial que concentra su actividad, en jornadas completas, en un periodo temporal, con posterior suspensión del contrato de trabajo, en otro periodo distinto, en el marco de un acuerdo de suspensión colectiva de los contratos de trabajo de toda la plantilla: falta de suspensión del contrato de trabajo. Fallo: El TS

desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandante, contra la Sentencia de 24-01-2019 de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, dictada en autos promovidos en reclamación de prestaciones por desempleo.

E). Prestaciones sanitarias

-STS 11/05/2022, nº 414/2022, Recurso de casación para la unificación de doctrina 873/2019. Ponente: Ricardo Bodas Martín

ASISTENCIA SANITARIA: no procede reconocerla a familiar a cargo de un reagrupante, que no ostenta la condición de beneficiario, y que ha obtenido la residencia legal por tal vía, ya que es obligación de dicho familiar la de tener cubierta la asistencia sanitaria y durante todo el tiempo que resida en España, sin que la concesión de la tarjeta de residencia temporal en España suponga la existencia automática del derecho; normativa anterior al RDLey 7/2018, de 27 julio. Fallo: El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el «INSS» demandado, contra la Sentencia de 13-12-2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Islas Baleares, dictada en autos promovidos en reclamación de asistencia, que casa y anula y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estima el de tal clase formulado por la demandada, desestimando la demanda.

Asistencia Social y Servicios Sociales

-STJUE 14-07-2022, C436/20 Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE) y Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas,

Procedimiento prejudicial — Artículos 49 TFUE y 56 TFUE — Situación meramente interna — Servicios en el mercado interior — Directiva 2006/123/CE — Ámbito de aplicación — Artículo 2, apartado 2, letra j) — Contratación pública — Directiva 2014/24/UE — Concepto de "contratos públicos" — Artículos 74 a 77 — Prestación de servicios sociales de asistencia a las personas — Acuerdos de acción concertada con entidades privadas de iniciativa social — Exclusión de los operadores con ánimo de lucro — Lugar de implantación de la entidad como criterio de selección»

3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

3.1. MONOGRAFÍAS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G.: *La pensión de jubilación*, Laborum, 2ª edición revisada y ampliada, 2022, 400 págs.

Monereo Pérez, J.L. y Martín-Serrano Jiménez, E.: *La nueva regulación legal de los planes y fondos de pensiones tras la reforma creadora de los fondos de pensiones de promoción pública (Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo)*, Laborum (Col. Trabajos de Investigación), 2022, 450 págs.

García Murcia, J (Dir.): *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección español*, KRK, 2022, 750 págs.

Vila Tierno, F. (DIR.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XX*, Bomarzo, 2022.

Monereo Pérez, J.L., López Insua, B. y Guindo Morales, S.: *La protección socio-laboral de los trabajadores autónomos. Entre Derecho normal y Derecho de la emergencia*, Laborum (Col. Trabajo de Investigación), 2021.

Monereo Pérez, J.L., y Maldonado Molina, J.A.: (Dirs.): *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español*, Granados Romera, M.I.y Fernández Bernat, J.A. (Coords.), Comares (Col. Trabajo y Derecho), 2021.

3.2. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Trujillo Pons, F.: *La fatiga informática en el trabajo*, Bomarzo, 2022, 570 págs.

3.3. MANUALES y LIBROS PRÁCTICOS

Blasco Pellicer, A., Goerlich Gisbert, F.J.: *Ley de la jurisidicción social*, Tirant lo Blanch, 2022.

Blasco Pellicer, A., Goerlich Pesete, J.M.: *Normas laborales básica*, Tirant lo Blanch, 2022.

Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo*, 43ª ed., Tecnos, Madrid 2022

Galiana Moreno, J.M, Sempere Navarro, A.V.: *Legislación laboral y de seguridad social*, 2022.

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N., Vila Tierno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 20ª ed. Comares, Granada 2022

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*, 18ª ed., Tecnos, Madrid 2022

VV.AA.: *Memento práctico salario y nómina 2022*, Francis Lefebvre, 2022, 1284 págs.

Laborum

Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social

nº 32 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Doctrina administrativa en materia de prestaciones de Seguridad Social en el segundo trimestre de 2022

Andrés Ramón Trillo García *Letrado de la Administración de la Seguridad Social*
https://orcid.org/0000-0002-0034-5194

1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES

1.1. Efectos de las solicitudes de prestaciones económicas de la Seguridad Social. Criterio de gestión nº 16/2022, de 9 de mayo de 2022

Se plantea la determinación de los efectos de las solicitudes de prestaciones una vez que se ha superado la fase aguda de la pandemia provocada por el COVID-19.

Con motivo del estado de alarma declarado en España mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID.19 (RDA), el INSS publicó el criterio de gestión 14/2020 con objeto de posibilitar que, en tanto, se restablecía el normal funcionamiento de los servicios en el INSS, la solicitud de prestaciones de la Seguridad Social pudiese entenderse presentada en la fecha que el interesado consignase en la misma, por ser en la que se cumplan los requisitos de acceso al derecho o en la que se obtenía mejor derecho.

A partir del 28 de marzo de 2022, la Comisión de la Salud Pública ha actualizado la Estrategia de Vigilancia y Control frente a la COVID-19, tras haberse superado la fase aguda de la pandemia, no siendo necesario guardar ya cuarentena por contacto estrecho.

Habida cuenta de que la situación actual de la pandemia es radicalmente distinta a la existente en el momento de adoptarse el criterio 14/2020, y que actualmente todos los centros de atención e información de la Seguridad Social están abiertos y funcionando con normalidad, habiéndose implementado, además. Durante el confinamiento nuevas formas de atención a disposición de aquellos ciudadanos que no desean desplazarse físicamente a los centros para ser atendidos –atención telefónica modalidad A ("pool de llamadas") y atención telefónica modalidad B (cita telefónica)– que actualmente se encuentran funcionando a pleno rendimiento y, teniendo asimismo en cuenta que la vía telemática se encuentra cada vez mas consolidada –a través de Tu Seguridad Social (TUSS) y la Plataforma de escritos y solicitudes sin certificado digital–, se considera oportuno derogar el citado criterio por haber perdido su objeto.

Por otra parte, tal y como se señalaba en el criterio 14/2020, la disposición adicional tercera del Real Decreto-Ley 13/2020, de 7 de abril, por la que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, estableció una serie de medidas extraordinarias de simplificación para la tramitación de los procedimientos que permitiesen a las entidades gestoras de la Seguridad Social resolver de forma provisional en materia de prestaciones de la Seguridad Social.

Puesto que en la actualidad los centros de atención e información de la Seguridad Social no están cerrados por motivo de la pandemia, cabe entender que los apartados 4 y 5 de la citada disposición adicional tercera ya no son aplicables.

En razón de lo expuesto, todas las solicitudes de prestaciones presentadas a partir de la fecha de publicación del presente criterio deberán resolverse conforme a la normativa de aplicación, sin tener en cuenta lo dispuesto en el criterio 14/2020.

2. JUBILACIÓN

2.1. Jubilación anticipada. Coeficientes reductores de la edad. Miembros del cuerpo de Mossos d´Esquadra. Criterio de gestión 15/2022, de 29 de abril de 2022

El apartado Cuatro de la disposición final vigésima octava de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, añade una nueva disposición adicional vigésima bis al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, para regular el régimen jurídico de la jubilación anticipada del colectivo de Mossos d´Esquadra.

La disposición adicional vigésima bis LGSS, relativa a los Coeficientes reductores de la edad de jubilación de los miembros del Cuerpo de Mossos d´Esquadra, establece:

"*1. La edad ordinaria exigida para el acceso a la pensión de jubilación conforme al artículo 205.1.a), se reducirá en un periodo equivalente al que resulte de aplicar el coeficiente reductor del 0,20 a los años completos efectivamente trabajados como miembros del Cuerpo de Mossos d´Esquadra.*

La aplicación de la reducción de la edad de jubilación prevista en el párrafo anterior en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a los sesenta años, o a la de cincuenta y nueve años en los supuestos en que se acrediten treinta y cinco o mas años de actividad efectiva y cotización en el Cuerpo de Mossos d´Esquadra sin cómputo de la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias, por el ejercicio de la actividad a que se refiere el párrafo anterior.

2. El periodo de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación del trabajador, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora para calcular el importe de la pensión de jubilación.

Tanto la reducción de la edad como el cómputo, a efectos de cotización, del tiempo en que resulte reducida aquella, que se establecen en el apartado anterior, serán de aplicación a los miembros del Cuerpo de Mossos d´Esquadra que hayan permanecido en situación de alta por dicha actividad hasta la fecha en que se produzca el hecho causante de la pensión de jubilación.

Asimismo, mantendrán el derecho a estos mismos beneficios quienes habiendo alcanzado la edad de acceso a la jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el apartado 1 de esta disposición adicional cesen en su actividad como miembro de dicho cuerpo, pero permanezcan en alta por razón del desempeño de una actividad laboral diferente, cualquiera que sea el régimen de la Seguridad Social en el que por razón de ésta queden encuadrados.

3. En relación con el colectivo al que se refiere esta disposición, procederá aplicar un tipo de cotización adicional sobre la base de cotización por contingencias comunes, tanto para la empresa como para el trabajador.

4. El sistema establecido en la presente disposición adicional será de aplicación a partir de la presente ley y, en ejercicios posteriores, en el marco de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado se ajustarán los tipos de cotización y se efectuará el cálculo de la transferencia nominativa con la que la Administración General del Estado financiará a la Generalitat de Cataluña el coste de la jubilación anticipada de la Policía de la Generalitat-Mossos d´Esquadra".

En relación con la indicada disposición y con lo establecido en distintos criterios de gestión para otros colectivos que se benefician de coeficientes reductores de la edad de jubilación, se imparten las siguientes instrucciones con el fin de lograr una actuación homogénea por parte de las distintas direcciones provinciales del INSS:

1.- Periodos en situación de incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y permisos retribuidos.

Algunas normas reguladoras de los coeficientes reductores de la edad den jubilación de algunos colectivos específicos prevén una serie de situaciones que deben computarse como tiempo efectivamente trabajado a efectos de percibir la bonificación por edad.

De esta forma, tanto el artículo 3 del Real Decreto 383/2008, de 14 de marzo, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos, como el artículo 3 del Real Decreto 1449/2018, aplicable a la policía local, prevén que, para el cómputo del tiempo efectivamente trabajado, deben descontarse todas las faltas al trabajo, salvo las siguientes:

a) Las que tengan por motivo la incapacidad temporal por enfermedad común o profesional, o accidente, sea o no de trabajo.

b) Las que tengan por motivo la suspensión de la prestación de servicios por nacimiento y cuidado de menor, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.

c) Los permisos y licencias retribuidos, disfrutados en virtud de las correspondientes disposiciones normativas o convencionales.

A diferencia de lo expuesto para los bomberos y la policía local, la disposición adicional vigésima del TRLGSS, referida a los coeficientes reductores de la edad de jubilación de los miembros del Cuerpo de la Ertzainzta, así como la nueva disposición adicional vigésima bis del TRLGSS, relativa a los miembros del cuerpo de Mossos d´Esquadra, no contemplan expresamente dichas excepciones. No obstante, procede considerar que, para el cómputo del del tiempo efectivamente trabajado, también en estos colectivos deben incluirse en el correspondiente certificado dentro del periodo efectivamente trabajado los periodos que figuran en la fecha a), b) y c).

Ahora bien, cabe indicar que, una vez que el trabajador en situación de incapacidad temporal alcanza los 18 meses, se encuentra en situación de "*prolongación de efectos económicos de la incapacidad temporal hasta que se califique la incapacidad permanente*", sin que durante este periodo exista obligación de cotizar, por lo que no puede considerarse de trabajo efectivo a los efectos que se analizan.

2.- Periodos de excedencia.

El criterio de gestión 4/2019, aplicable a los miembros de la Policía Local, siguiendo lo dispuesto en el criterio 8/2008, RJ 22/2013, relativo a la actividad de bombero y al Cuerpo de Ertzainzta, establece que cuando la permanencia en el Cuerpo de la Policía Local haya sido interrumpido por un periodo de excedencia, durante la cual se pudo realizar otros trabajos, será objeto de bonificación todo el tiempo, tanto el que precede a la excedencia como el que sigue al reingreso, durante el cual se ha ejercido la actividad bonificada. Esto es, los criterios citados consideran que el tiempo que se está en excedencia no es bonificable, pero si lo es, en cambio, el periodo anterior a la excedencia y el posterior a su reingreso.

Se considera oportuno extender lo dispuesto en los criterios anteriores a los miembros del Cuerpo de Mossos d´Esquadra.

Dado que los citados criterios no especifican un tipo concreto de excedencia, cabe entender que se aplica a cualquier excedencia la reincorporación al Cuerpo de Mossos d´Esquadra y la recuperación de todos sus derecho, siempre que se acceda a la jubilación ya reincorporado, cumpliendo el requisito de encontrarse en situación de alta en el momento del hecho causante en razón de la actividad bonificada o, habiendo alcanzado la edad de acceso a la jubilación que en cada caso resulte de la

aplicación de lo establecido en el apartado 1 de la disposición adicional vigésima bis del TRLGSS, por razón del desempeño de una actividad laboral diferente, en los términos establecidos en la citada disposición adicional.

3. Periodos de formación y prácticas.

Puede decirse que la fase formativa consta de dos partes: una primera fase de formación y la posterior fase de prácticas que concluye con la declaración de apto o no apto.

La redacción de la disposición adicional vigésima bis del TRLGSS impide aplicar con la necesaria seguridad jurídica las bonificaciones previstas para los Mossos d´Esquadra a quienes se encuentran en la fase de formación, ya que no cabe presuponer que desarrollen las funciones con la misma extensión que aquellos que ya han adquirido tal condición, con la consiguiente obligación de cotización adicional.

Sin embargo, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en la fase de formación, en la fase de prácticas si se presta un servicio efectivo en un puesto de trabajo como Mossos d´Esquadra, dicho periodo podrá computarse a efectos de la bonificación prevista en la disposición adicional vigésima bis TRLGSS, siempre y cuando se haya alcanzado con posterioridad la condición de funcionario de carrera en el Cuerpo de Mossos d´Esquadra.

A este efecto, deberá diferenciarse en el correspondiente certificado ambos periodos.

4. Periodo en que se tiene reconocida una incapacidad permanente total (IPT) y se pasa a "técnico de apoyo no policial".

Según el artículo 12 de la Ley 10/1994, el cuerpo de Mossos d´Esquadra, como policía ordinaria e integral, ejerce las funciones que el ordenamiento jurídico atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y, en concreto, ejerce una serie de funciones que se detallan en dicho precepto y que se catalogan en; funciones de seguridad ciudadana, funciones de policía administrativa, funciones de policía judicial, funciones de cooperación y colaboración con las entidades locales y las demás funciones que se le transfieran o deleguen por el procedimiento establecido en el artículo 150.2 de la Constitución.

Sin embargo, el Decreto 246/2008, de 16 de diciembre, de regulación de la situación administrativa especial de segunda actividad en el Cuerpo de Mossos d´Esquadra, con la finalidad de asegurar que las personas funcionarias del Cuerpo de Mossos d´Esquadra tengan en todo momento las aptitudes adecuadas para cumplir las funciones que tienen encomendadas, prevé el pase a la segunda actividad como punto de llegada de un proceso progresivo de adaptación del puesto de trabajo a las aptitudes concretas de la persona funcionaria afectada por una disminución de sus condiciones físicas o psíquicas, sea por razón de la edad o por disminución de las capacidades.

Dentro del pase a la segunda actividad por disminución de las capacidades, el Decreto distingue aquellos casos en los que no se ha declarado la IPT, absoluta o gran invalidez y aquellos otros en los que si se declara tal incapacidad.

El capítulo 5 del Decreto 246/2008 está dedicado a los puestos de trabajo de apoyo técnico para quienes no pueden continuar realizando tareas policiales. Concretamente, el artículo 19 hace alusión al personal del Cuerpo de Mossos d´Esquadra perteneciente a las escalas básica, intermedia, ejecutiva y superior que sea declarado por causas físicas o psíquicas en IPT para las tareas policiales, quien podrá optar por ocupar alguno de los puestos de trabajo no policiales que se reservarán específicamente al personal del Cuerpo de Mossos d´Esquadra. Estos puestos de trabajo, de acuerdo con lo que se establezca en la relación de puestos de trabajo, implicarán el ejercicio de funciones genéricas de apoyo.

El artículo 21 del citado Decreto concreta las funciones de los puestos de trabajo no policiales, disponiendo que:

"*Las funciones genéricas de apoyo, que tienen que adaptarse a las discapacidades de cada persona funcionaria, y que en ningún caso implicarán el desarrollo de tareas policiales, serán las siguientes:*

a) Funciones de apoyo técnico superior en relación con el ámbito del mando, la dirección, la orientación, la coordinación y la inspección de los servicios. Los puestos de trabajo que ocuparán estas personas se denominarán genéricamente en la RLT (relación de puestos de trabajo) técnico/a superior de apoyo, reservados a las personas funcionarias del cuerpo de mozos de escuadra de la escala superior o de la escala ejecutiva en situación de incapacidad permanente total.

b) Funciones de apoyo técnico intermedio, en relación con la gestión y la supervisión técnica de las diversas áreas y unidades. Los puestos de trabajo que ocuparán estas personas se denominarán genéricamente en la RLT técnico/a intermedio/a de apoyo, reservados a las personas funcionarias del cuerpo de mozos de escuadra de la escala intermedia en situación de incapacidad permanente total.

c) Funciones de apoyo técnico básico, en relación con las tareas ejecutivas derivadas y complementarias de las funciones de carácter superior o intermedio asignadas a los puestos de trabajo de técnico/a superior de apoyo y técnico/a intermedio/a de apoyo en las diversas áreas, unidades o servicios. Los puestos de trabajo que ocuparán estas personas se denominarán genéricamente en la RLT técnico/a básico/a de apoyo, reservados a personas funcionarias del cuerpo de mozos de escuadra de la escala básica en situación de incapacidad permanente total".

De acuerdo con el criterio de gestión 14/2019:

"*2. Los policías locales en régimen de segunda actividad que continúen desempeñando funciones en un destino en el Cuerpo de Policía Local, se consideran dentro del ámbito de aplicación de la norma, resultándoles de plena aplicación los coeficientes reductores de la edad de jubilación.*

3. El periodo de tiempo durante el cual los Policías locales, aun ostentando tal categoría, se encuentren prestando servicios fuera del Cuerpo de Policía Local, en otro servicio municipal, o durante el que se encuentren en régimen de segunda actividad prestando servicios compatibles con su estado, fuera del Cuerpo de Policía Local, queda fuera del ámbito de aplicación del citado real decreto. En estos supuestos, dicha norma sólo resultará de aplicación para aquellos años de trabajo efectivo como Policía Local".

Lo expuesto se considera igualmente aplicable al Cuerpo de Mossos d´Esquadra.

Por tanto, con independencia de las funciones específicas que se realicen, siempre que se continúen desempeñando funciones dentro del Cuerpo de funcionarios de carrera de Mossos d´Escuadra, serán de aplicación los coeficientes reductores de la edad de jubilación.

5. Escala de Apoyo.

A juicio del INSS, la reducción de la edad de jubilación prevista en la DA 20 bis LGSS debe entenderse aplicable a todas las escalas que conformen el cuerpo de funcionarios de carrera de Mossos d´Esquadra, con independencia de las funciones específicas que se realicen, siempre que se continúen desempeñando funciones dentro del Cuerpo de funcionarios de carrera de Mossos d´Esquadra.

Desde la entrada en vigor de la Ley 2/2008, de 11 de abril, de modificación de la Ley 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalidad-Mossos d´Esaquadra, la Escala de apoyo, con sus categorías de facultativo y técnico, se encuentra incluida en la Ley 1071994 dentro del Cuerpo de funcionarios de carrera de Mossos d´Esquadra, como una escala más, por lo que, exigiendo la disposición adicional del TRLGSS ser "*miembros del Cuerpo de Mossos d´Esquadra*", permanecer en situación de alta por dicha actividad y "*años completos efectivamente trabajados como miembros*

del Cuerpo de Mossos d´Esquadra", no se encuentra razón legal para excluir a dicha escala de los beneficios recogidos en la citada disposición, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos para ello. .

6. Movilidad entre el cuerpo de los Mossos d´Esquadra y el de la Guardia Urbana.

Se analiza si, en el supuesto de movilidad entre el cuerpo de los Mossos d´Esquadra y el de la Guarda Urbana, sería posible tener en cuenta la reducción de edad de jubilación prevista en cada uno de los cuerpos a efectos de acumularlas.

Al respecto cabe indicar que el criterio de gestión 8/2008 se refiere expresamente a la aplicación conjunta de la bonificación de edad como bombero y la que pueda corresponder en razón de otra actividad. El criterio concluye que "*cabe entender que son compatibles y acumulables los beneficios otorgados por haber trabajado como minero y posteriormente como bombero, en tanto que, al acceder a la jubilación anticipada en calidad de tal no se incumpla con el límite de edad vigente en cada momento.*

En el caso de que, por razón de la actividad laboral como minero del carbón y por aplicación de los beneficios previstos para dicho Régimen Especial, pudiera el interesado acceder al derecho a la jubilación en edad inferior a la del límite que le fuera de aplicación para la jubilación como bombero, podría causar en el Régimen General la correspondiente pensión de jubilación a la expresada fecha, pero sin posibilidad de acumular al mismo tiempo los beneficios previstos para la jubilación anticipada de los bomberos".

Dicho criterio se extendió posteriormente al Cuerpo de la Ertzainzta en el RJ 39/2010 del mismo criterio de gestión.

Asimismo, el artículo 5 del 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, condiciona el acceso a la jubilación anticipada de los policías locales por aplicación del coeficiente reductor de la edad de jubilación a la permanencia en situación de alta hasta la fecha en que se produzca el hecho causante de la pensión de jubilación (párrafo primero del artículo 5). Si bien, permite mantener el derecho a estos beneficios a quienes, reuniendo los requisitos establecidos en el Real Decreto y habiendo alcanzado la edad de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el artículo 2 y disposición transitoria primera, cesen en su actividad como policía local, pero permanezcan en alta por razón del desempeño de una actividad laboral diferente, cualquiera que sea el régimen de la Seguridad Social en el que por razón de ésta queden encuadrados.

Tal y como se recoge en la letra c) de la Instrucción Tercera del criterio de gestión 4/2019, "El real decreto no contempla la posibilidad de compatibilizar y acumular los beneficios similares a los otorgados en una actividad bonificada (por ejemplo, los previstos en la disposición adicional vigésima del TRLGSS para el Cuerpo de la Ertzaintza). En consecuencia con lo previsto en el criterio 8/2008, aplicado al supuesto de los policías locales debe acreditarse al menos 15 años de cotización como policía local, ha de cumplirse el requisito de cotización adicional y tenerse cumplida la edad que resulte de la aplicación del artículo 2 al servicio de las entidades que integran la Administración local, condiciona el acceso a la jubilación anticipada de los policías locales por aplicación de lo establecido en el artículo 2 y disposición transitoria primera. Una vez reunidos todos los requisitos previstos en este real decreto, el interesado podrá cesar en la actividad de policía local y permanecer en alta en otra actividad distinta. De ser también ésta una actividad bonificada, para poder acumular ambos beneficios, deberán acreditarse igualmente en esta última los requisitos previstos en la su normativa.

En el caso de que, por razón de otra actividad laboral bonificada, el interesado pudiera acceder a la pensión de jubilación a una edad inferior a la del límite que le fuera de aplicación para la jubilación como policía local, podría causar la correspondiente pensión de jubilación, pero sin la posibilidad de

acumular al mismo tiempo los beneficios previstos para la jubilación anticipada de los policías locales en el Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre".

Teniendo en cuenta lo anterior y la similitud que existe con el criterio con el supuesto que ahora se analiza, cabe concluir la procedencia de extender la aplicación del criterio 8/2008 y de la Instrucción Tercera del criterio de gestión 4/2019 al Cuerpo de Mossos d´Esquadra, a efectos de permitir la acumulación de bonificaciones siempre y cuando se cumplan los requisitos necesarios.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

4.1. Pensión de viudedad de parejas de hecho y prestación temporal de viudedad. Criterio de gestión 14/2022, de 4 de abril. Criterio de gestión nº 14/2022, de 4 de abril de 2022

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medias de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones (LPAP), añade una nueva disposición adicional cuadragésima al TRLGSS, con el siguiente contenido:

"*Disposición Adicional cuadragésima. Pensión de viudedad de parejas de hecho en supuestos excepcionales.*

Con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad, con de entrada en vigor de la presente Disposición, cuando, habiéndose producido el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja de hecho con anterioridad a la misma, concurran las siguientes circunstancias:

a) Que la muerte del causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización a que se refiere el artículo 219 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.

b) Que el beneficiario pueda acreditar en el momento de fallecimiento del causante la existencia de pareja de hecho, en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 221.

c) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.

d) Para acceder a la pensión regulada en la presente Disposición, la correspondiente solicitud deberá ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de la misma. La pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero del mes siguiente a la solicitud, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en esta Disposición".

En relación con esta nueva disposición adicional, se establecen las siguientes instrucciones a efectos de lograr una actuación homogénea por parte de todas las direcciones provinciales del INSS:

1. Apartado a) de la DA40ª TRLGSS. Aplicación a supuestos en los que no existe denegación expresa y a supuestos de reconocimiento y posterior suspensión de la pensión de viudedad de parejas de hecho por dejar de acreditar el requisito de falta de ingresos.

La nueva redacción del artículo 221.1 del TRLGSS dada por la LPAP, que entra en vigor el 1 de enero de 2022, elimina el requisito relativo a los ingresos del supérstite de la pareja de hecho que con anterioridad se exigía para el acceso y mantenimiento de la pensión de viudedad. Así, el artículo 221.1. del TRLGSS, en la nueva redacción introducida por la LPAP, señala que "*1. También tendrán derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, quienes cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 219, se encuentren unidos al causante en el momento de fallecimiento como pareja de hecho*".

Con carácter general, el régimen jurídico de acceso a la pensión de viudedad es el vigente en el momento del hecho causante. Sin embargo, en ocasiones se establecen excepciones por medio de

disposiciones adicionales o transitorias. Es lo que ocurre con la nueva DA 40 ª del TRLGSS que, con carácter excepcional, posibilita el acceso a la pensión de viudedad a los supervivientes de una pareja de hecho, cuando el hecho causante tuvo lugar con anterioridad al 1 de enero de 2022 y, entre otras circunstancias, no se puede causar el derecho a la pensión de viudedad por no reunir los requisitos de ingresos que anteriormente exigía el artículo 221.1 TRLGSS.

La norma exige que "no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad", con independencia de si esta imposibilidad se produce tras una solicitud de pensión que se deniega o si simplemente no se llegó a solicitar por conocer que no se iba a tener derecho a la misma por no reunir los requisitos de ingresos que con anterioridad se exigían a las parejas de hecho en el artículo 221 TRLGSS-No se exige una nueva resolución desestimatoria de la pensión de viudedad solicitada por el supérstite de una pareja de hecho, basta con que el INSS compruebe que el actor no cumplía los requisitos que de acuerdo con la legislación anterior a la LPAP eran necesarios para el acceso de la pensión de viudedad y que si puede acceder a la misma en virtud de la nueva DA 40ª del TRLGSS.

En segundo lugar, se plantea si cabe aplicar la nueva DA 40ª del TRLGSS a aquellos supuestos en los que si se llegó a reconocer la pensión de viudedad pero, posteriormente, se suspendió por dejar de reunir los requisitos de ingresos que anteriormente se exigen.

Pese al tenor literal de la citada letra a), resultaría incomprensible que, tras la reforma llevada a cabo por la LPAP, el nuevo artículo 221.1 del TRLGSS no solo dejase de exigir a las parejas de hecho el requisitos de ingresos para acceder a las pensiones de acceder a las pensiones de viudedad cuando el hecho causante es posterior a 1 de enero de 2022, sino que además permitiese, por medio de la DA 40ª del TRLGSS, que la pensión pudiera causarse aun cuando el hecho causante fue anterior a dicha fecha y se denegó la pensión de viudedad por no reunir los requisitos de ingresos y, sin embargo, continuase exigiéndose el mantenimiento de dichos requisitos en aquellos otros supuestos en los que si se pudio acceder a la pensión de viudedad por acreditar esos requisitos de ingresos que posteriormente no se pudiese mantener.

Atendiendo a la intención del legislador de la LPAP de equiparar el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho al de los matrimonios mediante la eliminación de los requisitos de ingresos que anteriormente se exigían solo a las parejas de hecho, resultaría más coherente si, al igual que ocurre en el artículo 221.1 y en la DA 40ª del TRLGSS, se eliminase también la necesidad de mantenimiento del requisitos de ingresos a aquellas parejas de hecho que si pudieron acceder a la pensión con anterioridad a la LPAP. De otro modo, se haría de mejor condición, no solo a las parejas de hecho que acceden por primera vez a la pensión ¡de viudedad a partir de 1 de enero de 2022 en aplicación del nuevo artículo 221 del TRLGSS, sino también a aquellos que, por superar el requisito de ingresos que anteriormente se exigía, no tuvieron derecho a la pensión de viudedad antes del 1 de enero de 2022. Esto es, no solo se favorecerían los casos de hechos causantes posteriores a la entrada en vigor de 1 de enero de 2022, sino que se favorecerían los casos de pensiones denegadas con anterioridad a esta norma en detrimento de aquellas pensiones reconocidas y posteriormente suspendidas a las que se continuaría exigiendo que acreditasen que sus ingresos no superen un determinado límite.

De acuerdo con los razonamientos expuestos, cabe considerar que en aquellos supuestos en los que llegó a causarse la pensión de viudedad por no reunir el supérstite de la pareja de hecho los requisitos entonces exigidos, en los que posteriormente se suspendió el abono de la pensión de viudedad por no mantener el requisitos relativo a los ingresos, procederá rehabilitar el pago de la pensión a partir del 1 de enero de 2022, dando una retroactividad de 3 meses desde la nueva solicitud, con el límite de la fecha de entrada en vigor de la DA 40ª del TRLGSS.

2. Apartado b) de la DA 40ª TRLGSS. Requisito de convivencia con el causante con carácter inmediato al fallecimiento.

Entre las circunstancias que deben concurrir para el acceso de la pensión de viudedad en aplicación de lo dispuesto en la DA 40ª del TRLGSS, se requiere: "*b) Que el beneficiario pueda acreditar en el momento de fallecimiento del causante la existencia de pareja de hecho, en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 221*",

Según la nueva redacción del artículo 221.2 del TRLGSS introducida por la LPAP, para constatar que existe nueva pareja de hecho se debe acreditar, entre otros requisitos, una convivencia estable y notoria con el causante con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años (exigencia que ya se recogía en el antiguo artículo 221.2 del TRLGSS), si bien, introduce como novedad que no será necesario acreditar tal convivencia cuando existan hijos en común:

"*2. A efectos de lo establecido en este artículo, se reconocerá como pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona no constituida pareja de hecho, y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, salvo que existan hijos en común, en cuyo caso solo deberán acreditarse la constitución de la pareja de hecho de conformidad con lo previsto en el párrafo siguiente.*

La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante".

La DA 40ª y la nueva redacción del artículo 221 del TRLGSS se aplican desde la entrada en vigor de la LPAP, esto es, desde el 1 de enero de 2022.

La DA 40 ª TRLGSS, al remitirse al apartado 2 del artículo 221, no señala que deba entenderse en su redacción anterior a la LPAP. Por consiguiente, la existencia de pareja de hecho, a la que se refiere el apartado b) de la DA 40ª del TRLGSS, se debe acreditar en los términos establecidos en el artículo 221.2 TRLGSS en la redacción dada por la LPAP.

De esta forma, el requisito exigido en el apartado b) para el acceso de la pensión de viudedad en aplicación de lo dispuesto en la DA 40ª del TRLGSS se cumple cuando el supérstite de una pareja de hecho ha tenido hijos en común con el causante y acredita la constitución de la pareja de hecho de conformidad con lo establecido en el artículo 221.2 del TRLGSS, aunque no acredite la convivencia ininterrumpida de 5 años con el fallecido.

3. Apartado c) de la DA 40ª del TRLGSS. Derecho de opción.

Para el acceso a la pensión de viudedad en aplicación de lo dispuesto en la DA 40ª del TRLGSS, se requiere: "*c) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social*".

El mismo requisito se exigió en su momento por la Ley 4072007, de 4 de agosto, de Medidas en materia de Seguridad Social (LMSS), en el apartado d) de la disposición adicional tercera, para el acceso a la pensión de viudedad en supuestos especiales de uniones de hecho. Se dijo entonces que "*En caso de percibir otra pensión, el beneficiario tendrá derecho de opción por una de ambas*".

En el mismo sentido, el RJ 37/2013 del criterio 46/1999 resuelve la cuestión planteada cuando la pensión de viudedad se reconoce en aplicación de lo dispuesto en la DT 13ª.2 del TRLGSS y existe concurrencia de beneficiarios:

"La norma contenida en la repetida DT 18ª.2 LGSS (actual DT 13ª.2 del TRLGSS), cuando supedita el derecho a la pensión de viudedad a que los solicitantes no tengan derecho a otra pensión pública, está configurando un derecho de carácter subsidiario; un derecho, pues, que, en términos estrictos, solo se adquiere cuando no se posee otro mejor o equivalente".

Siguiendo la línea anterior, el supérstite de una pareja de hecho, que ya sea beneficiario de otra pensión contributiva de la Seguridad Social, podrá solicitar la pensión de viudedad en aplicación de lo dispuesto en la DT 40ª del TRLGSS y ejercitar el derecho de opción por la más beneficiosa. De esta manera, no se contraviene la finalidad última perseguida en la DA 40ª del TRLGSS de que no se reconozcan dos pensiones contributivas, sin cercenar al interesado el derecho de optar por la que resulte más beneficiosa.

En relación con el este requisito, cabe precisar que deben entenderse incluidas las pensiones contributivas del sistema de Clases Pasivas.

En este sentido, cabe señalar que el artículo 9 del TRLGSS, rubricado "Estructura del sistema de la Seguridad Social" establece:

"*1. El sistema de la Seguridad Social viene integrado por los siguientes regímenes:*

a) El Régimen General, que se regula en el título II de la presente ley.

b) Los regímenes especiales a que se refiere el artículo siguiente.

2. Los regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social se regularán de conformidad con lo previsto en el artículo 10, apartados 3 y 4. Reglamentariamente se establecerán el tiempo, alcance y condiciones para la conservación de los derechos en curso de adquisición de las personas que pasen de unos a otros regímenes, mediante la totalización de los períodos de permanencia en cada uno de dichos regímenes, siempre que no se superpongan. Dichas normas se ajustarán a lo dispuesto en el presente apartado, cualquiera que sea el régimen a que hayan de afectar, y tendrán en cuenta la extensión y contenidos alcanzado por la acción protectora de cada uno de ellos".

Por su parte, el artículo 10 al que remite el anterior precepto dispone:

"*1. Se establecerán regímenes especiales en aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciera preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social.*

2. Se considerarán regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes:

a) Trabajadores por cuenta propia o autónomos.

b) Trabajadores del mar.

c) Funcionarios públicos, civiles y militares.

d) Los demás grupos que determine el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1".

En consecuencia, el supérstite de una pareja de hecho que ya sea beneficiario de una pensión contributiva del sistema de Clases Pasivas, podrá solicitar la pensión de viudedad en aplicación de lo dispuesto en la DT 40ª del TRLGSS y ejercitar el derecho de opción por la más beneficiosa.

4.- Concurrencia de beneficiarios por nuevo pensionista en virtud de la DA 40ª del TRLGSS.

En el supuesto de que proceda reconocer la pensión de viudedad en aplicación de lo dispuesto en la DA 40ª del TRLGSS y con anterioridad se hubiera reconocido a otro beneficiario la pensión de

viudedad derivada del mismo causante, se plantea si procedería la revisión de la pensión de viudedad reconocida en primer lugar y realizar el reparto a prorrata entre los dos beneficiarios.

Esa misma cuestión surgió se reguló el acceso de la pensión de viudedad para las uniones de hecho (DA 3ª de la LMSS) y cuando se abordó el tema de las pensiones de viudedad en supuestos de separación judicial y divorcio (DT 18ª del TRLGSS). En ambos casos se optó entonces por no revisar la pensión de viudedad que ya viniese percibiendo el primer beneficiario del causante y por reconocer la pensión a aquel que en virtud de la nueva disposición se convierte en un nuevo beneficiario del causante en proporción al tiempo convivido con el mismo.

Teniendo en cuenta los precedentes anteriores, se considera que procede resolver la cuestión planteada con motivo de la nueva DA 40ª del TRLGSS en los mismos términos, de forma que, cuando el beneficiario de una pensión de viudedad reconocida en aplicación de lo dispuesto en la DA 40ª del TRLGSS concurra con otros beneficiaros anteriores del mismo causante, al supérstite de la pareja de hecho, que en aplicación de la nueva DA 40ª del TRLGSS tenga ahora derecho a la pensión de viudedad, se le reconocerá la parte de pensión que corresponda en proporción al tiempo convivido con el causante, sin que se revisen las pensiones de viudedad preexistentes de quienes hubieran sido cónyuges o huérfanos.

5. Ámbito temporal de aplicación a las parejas de hecho de la prestación temporal de viudedad regulada en el artículo 222 del TRLGSS.

El artículo 222 del TRLGSS, en redacción dada por la LPAP, permite que las parejas de hecho que no puedan acceder a la pensión de viudedad puedan percibir la prestación temporal de viudedad cuando cumplan los requisitos establecidos.

Conviene precisar que este derecho se aplica a hechos causantes producidos a partir de 1 de enero de 2022.

Como se ha dicho anteriormente, con carácter general, el régimen jurídico de acceso a la pensión de viudedad es el vigente en el momento del hecho causante. La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en informe de fecha 1 de febrero de 20'22, recuerda que "*la fecha del hecho causante es a que determina la legislación aplicable, como señalan, entre otras michas, las SSTS, Sala de lo Social, de 18 de julio de 1997 y de 16 de octubre de 2003*".

La Disposición Final Octava de la LPAP establece que "*La presente ley entrará en vigor el 1 de enero de 2022*" y, a diferencia de lo que ocurre para la pensión –para la que la DA 40ª del TRLGSS posibilita, con carácter excepcional, el acceso a la pensión de viudedad a los supervivientes de una pareja de hecho cuando el hecho causante tuvo lugar con anterioridad al 1 de enero de 2022 y se cumplen determinadas circunstancias–, no se introduce ninguna disposición adicional que permita reconocer la prestación temporal a hechos causantes anteriores a 1 de enero de 2022.

4.2. Pensión en favor de familiares. Requisitos de "haber convivido con el causante y a su cargo". Criterio de gestión 17/2022, de 27 de junio de 2022

Se plantea si el requisito de convivencia exigido para el acceso a la pensión en favor de familiares debe acreditarse necesariamente mediante el padrón municipal verificado a través del acceso al Sistema de Verificación de Datos de Residencia o el certificado de empadronamiento o si, por el contrario, en aquellos casos en los que la información obtenida en el padrón municipal no coincida con la obtenida de los documentos aportados por el interesado, cabe admitir otros medios de prueba.

El artículo 226.2.a) del TRLGSS no exige acreditar el requisito de convivencia mediante el padrón municipal o el certificado de empadronamiento.

Tampoco hace mención expresa sobre la forma en que se ha de acreditar dicha convivencia las normas reglamentarias que desarrollan el citado artículo 226.2.a) del TRLGSS -artículo 40 del Real Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen general de la Seguridad Social, así como las condiciones que han de reunir para tener derecho al reconocimiento de la pensión; y artículo 22.1.1.c) de la Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social.

Por otro lado, la propia jurisprudencia considera que el certificado de empadronamiento constituye una presunción iuris tantum, esto es, que admite prueba en contrario por la que se puede acreditar que el domicilio habitual de la persona física es distinto a aquel que resulte del padrón municipal.

Teniendo en cuenta lo anterior y partiendo de que la forma preferente de acreditar la convivencia entre el causante y la persona solicitante de la pensión en favor de familiares es de padrón municipal, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en el informe de fecha 8 de junio de 2022, respecto de la cuestión planteada establece que "*dado que no existe una norma que imponga que la acreditación de la convivencia entre la persona causante y la persona solicitante de la pensión debe hacerse exclusivamente a través del padrón municipal*", concluye que "*en aquellos casos en los que exista controversia y pueda acreditarse de facto la existencia de dicha convivencia con otras personas a través de cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho, debe admitirse prueba en contrario*".

Procede señalar que, respecto de la acreditación de este requisito de convivencia, con el fin de evitar actuaciones fraudulentas, la Dirección Provincial del INSS deberá apercibir al solicitante de la pensión en favor de familiares de que obtener, para sí o para otro, el disfrute de la prestación de la Seguridad Social, la prolongación indebida de la misma, o facilitar a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello u perjuicio a la Administración Pública es constitutivo del delito tipificado en el artículo 307 ter de la Ley Orgánica 1071995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pudiendo aplicarse subsidiariamente la infracción administrativa tipificada en el artículo 26.1 LISOS.

nº 32 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

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 11/2022, DE 25 DE JUNIO, POR EL QUE SE ADOPTAN Y SE PRORROGAN DETERMINADAS MEDIDAS PARA RESPONDER A LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS Y SOCIALES DE LA GUERRA EN UCRANIA, PARA HACER FRENTE A SITUACIONES DE VULNERABILIDAD SOCIAL Y ECONÓMICA, Y PARA LA RECUPERACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DE LA ISLA DE LA PALMA

En el preámbulo del Real Decreto-Ley 11/2022 se recuerdan las importantes consecuencias que en todos los órdenes está generando la invasión de Ucrania por parte de Rusia desde finales de febrero, tanto desde el punto de vista humanitario como económico. En el primer caso, España ha ido implementando las medidas necesarias para garantizar una apropiada gestión de la situación migratoria, asegurando el adecuado acogimiento de los refugiados y la atención de sus necesidades.

A su vez, con la finalidad de afrontar las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, el Gobierno impulsó un Plan Nacional de respuesta con medidas tanto normativas como no normativas. Para las primeras, aprobó el Real Decreto ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptaron medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania

Transcurridos más de cuatro meses desde la invasión de Ucrania, en el preámbulo de la norma que analizamos se hace referencia a la persistencia del conflicto en Ucrania que continúa tensionando el nivel general de precios, a través principalmente del gas natural, los carburantes y los alimentos. La economía española afronta esta situación desde una *posición sólida*, manteniendo una intensa creación de empleo y en plena ejecución del programa de reformas e inversiones del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que tiene en la transición energética uno de sus cuatro ejes principales. No obstante, la tasa de inflación ha subido desde un nivel cercano a cero a principios de 2021 hasta situarse por encima del 8%, reflejando primero el impacto directo de los precios de la energía, y de manera más reciente, su traslación a los precios de los bienes y servicios que la utilizan en sus procesos de producción.

En este escenario, resulta necesario seguir adoptando medidas para reducir los precios de la energía, moderar la inflación y apoyar a los colectivos más vulnerables; tanto prorrogando las ya previstas en el Real Decreto-Ley 6/2022, de 29 de marzo, como incorporando otras nuevas que se juzgan adecuadas para hacer frente a la actual coyuntura.

De entre las medidas adoptadas en el Real Decreto Ley, destacamos a continuación las relativas al ámbito de la Seguridad Social.

Extensión del incremento extraordinario del 15% establecido para el ingreso mínimo vital a las pensiones de jubilación e invalidez no contributivas

Se da una nueva redacción al artículo 45 del Real Decreto-Ley 6/2022, que estableció un incremento extraordinario en la prestación de ingreso mínimo vital. Recordemos que a través de la citada norma, el Instituto Nacional de la Seguridad Social reconocería un incremento extraordinario

en la prestación de ingreso mínimo vital vigente a su entrada en vigor respecto de las mensualidades de abril a diciembre de 2022, ambas incluidas, que consistió en la aplicación de un porcentaje del 15% al importe mensual que tenga establecido cada beneficiario individual o unidad de convivencia en los mencionados meses, incluyendo los complementos mensuales reconocidos y excluyendo los importes correspondientes a periodos previos, así como a otros conceptos de periodicidad no mensual que hubieran podido acumularse.

Asimismo, se indicaba en el Real Decreto-Ley 6/2022 que la actualización de la cuantía de la prestación con efectos de 1 de enero de 2022, tomando como referencia los ingresos anuales computables del ejercicio 2021, no afectaría a este incremento extraordinario, siempre que se mantuviese el derecho a la percepción de la prestación, una vez efectuada dicha actualización.

Pues bien, a través del Real Decreto-Ley 11/2022 se introduce un nuevo artículo 45 bis en el Real Decreto ley 6/2022, que contempla una medida similar aplicable a las pensiones de jubilación e invalidez del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, estableciendo un incremento extraordinario del 15% para dichas pensiones desde el 1 de julio hasta el 31 de diciembre de 2022, respecto de la cuantía que corresponda percibir a cada beneficiario durante esos meses.

Dicho incremento extraordinario únicamente afectará al importe a percibir por los beneficiarios de las citadas pensiones, no teniendo incidencia en el importe de las pensiones no contributivas que haya de *tomarse* como referencia a otros efectos.

Para financiar la medida señalada se ha aprobado, en el presupuesto del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para 2022, un suplemento de crédito por importe de 208 millones de euros.

Prórroga, hasta el 31 de diciembre de 2022, de los expedientes de regulación temporal de empleo vinculados a la situación de fuerza mayor temporal en el supuesto de empresas y personas trabajadoras de las islas Canarias afectadas por la erupción volcánica, con extensión de las medidas de Seguridad Social previstas para esos colectivos y para los trabajadores autónomos

En el Real Decreto-Ley 11/2022 se establece la prórroga, hasta el 31 de diciembre de 2022, de los expedientes de regulación temporal de empleo vinculados a la situación de 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, a los que se refiere la disposición adicional cuarta del Real Decreto-Ley 2/2022, por el que se adoptaron 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.

En igual sentido, de forma correlativa, y en relación con los trabajadores autónomos afectados por la indicada erupción volcánica, se prevé la prórroga durante seis meses más de las medidas extraordinarias de Seguridad Social contenidas al respecto en la disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 18/2021, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo; ya prorrogadas en la disposición final novena del Real Decreto-Ley 2/2022. Estas medidas se concretaban en una prestación por cese de actividad para los que se hayan visto obligados a cesar en su actividad, una prestación extraordinaria por cese de actividad para los afectados por una suspensión temporal de su actividad como consecuencia de los daños ocasionados por la erupción y una prestación extraordinaria por cese de actividad para aquellos que hayan visto afectadas sus actividades a raíz de los daños sufridos por la meritada erupción volcánica.

De otro lado, en el artículo 27 del Real Decreto-Ley 11/2022 se contempla la prórroga del aplazamiento del pago de cuotas a la Seguridad Social previsto en diversas normas. En primer lugar, y a fin de contribuir a la recuperación de las empresas y trabajadores autónomos afectados en su actividad por la erupción volcánica en la isla de La Palma, se prorroga durante tres meses más el

régimen extraordinario de aplazamientos en el pago de cuotas de la Seguridad Social establecido en el artículo 10 del Real Decreto-Ley 20/2021, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo para la reparación de los daños ocasionados por las erupciones volcánicas y para la reconstrucción económica de la isla de La Palma, previamente prorrogados mediante la disposición adicional quinta del Real Decreto-Ley 2/2022.

Igualmente, dadas las dificultades que se derivan del actual contexto económico, que inciden en el desarrollo de las actividades agrarias y las propias del ámbito pesquero, se prorroga, igualmente por un plazo de tres meses más, el régimen extraordinario de aplazamientos en el pago de cuotas de la Seguridad Social a que se refieren el artículo 2 del Real Decreto-Ley 4/2022, y el artículo 37 del Real Decreto-Ley 6/2022. Asimismo, y dadas también las dificultades que se derivan del actual contexto económico, que inciden en el desarrollo de las actividades de transporte, se considera oportuno prorrogar, igualmente, por un plazo de tres meses más, el régimen extraordinario de aplazamientos en el pago de cuotas de la Seguridad Social a que se refiere el artículo 28 del Real Decreto-Ley 6/2022, de 29 de marzo.

LEY 12/2022, DE 30 DE JUNIO, DE REGULACIÓN PARA EL IMPULSO DE LOS PLANES DE PENSIONES DE EMPLEO, POR LA 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

En el preámbulo de la Ley 12/2022 se alude a la necesidad de introducir reformas para potenciar la previsión social de carácter empresarial en el sistema privado de pensiones, que se explica fundamentalmente por razones de eficacia en relación con los objetivos que se pretenden y por la estructura del mercado de planes de pensiones, con un menor desarrollo de los planes de pensiones de empleo respecto de los planes del sistema individual.

Así, en el preámbulo se cita que se puede hablar de tres fases en los planes de pensiones de empleo:

- En la primera fase de implantación, de 1987 a 1998, se alcanzaron las 300.000 cuentas de partícipes con unos 10.000 millones de euros de patrimonio
- Posteriormente, se registró un crecimiento significativo hasta alcanzar 1,7 millones de cuentas de partícipes con un patrimonio de 30.430 millones de euros en 2007. Los factores determinantes de la expansión fueron el proceso de exteriorización de compromisos por pensiones y la promoción de planes de pensiones en la administración pública.
- Al inicio de la crisis financiera, estos planes mantuvieron un comportamiento favorable con una ralentización en el crecimiento de personas partícipes y de patrimonio a medida que la crisis se iba agravando. El efecto final ha sido el estancamiento del patrimonio de los planes de pensiones de empleo desde 2012, situándose en 35.681 millones de euros de patrimonio al cierre de 2020 y cerca de dos millones de cuentas de partícipes

A lo largo de los años, se nos recuerda que el patrimonio gestionado en los fondos de pensiones de empleo ha perdido peso relativo respecto del total de fondos de pensiones puesto que 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 %.

Por ello, el objetivo que persigue la Ley 12/2022 es revertir la citada tendencia y fomentar la potenciación de 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.

Se pone de manifiesto en el preámbulo del Real Decreto-Ley la ventaja derivada del fortalecimiento del ahorro sistemático para la jubilación es el robustecer el ahorro institucional a largo plazo de los fondos de pensiones de empleo, pero sin que ello suponga detrimento alguno del sistema público de pensiones, sino más bien un refuerzo de este.

La necesidad de potenciar la previsión social complementaria de corte profesional (segundo pilar del sistema de pensiones) se ha manifestado igualmente en los siguientes planos:

- El Pacto de Toledo tras su última renovación, cuya recomendación 16 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»
- El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en la reforma 5 del componente 30 recoge el compromiso de una «Revisión e impulso de los sistemas complementarios de pensiones», debiendo a tal efecto 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.
- La Ley 11/2020, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, que persiguió en su disposición adicional cuadragésima un nuevo impulso a los planes de pensiones de empleo a través de la promoción pública de fondos de pensiones de empleo.

Las líneas básicas que se preveían en el PNRR para desarrollar la reforma, y que se plasman en la Ley 12/2022, fueron las siguientes:

- Creación de un fondo de pensiones de empleo de promoción pública, gestionado por el sector privado, al que puedan adscribirse planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación.
- 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 para lo cual se han de establecer mecanismos e incentivos que hagan efectiva esta extensión con el fin de alcanzar la universalidad de estos planes de pensiones de empleo para todos los trabajadores y trabajadoras.
- Simplificación de los trámites en la adscripción y gestión de los planes de pensiones usando especialmente la digitalización para que las operaciones de alta de la empresa y del partícipe, aportación, información de rentabilidad y movimientos, petición de prestaciones y cobro sean on-line, teniendo en cuenta no dejar fuera a ningún usuario por la brecha digital.
- Diseño de mecanismos que favorezcan la movilidad de los trabajadores entre las diferentes empresas y sectores. La plataforma digital común que deberán usar todas las entidades gestoras y depositarias resultará un medio indispensable en esta norma.

- Diseño de 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.
- Limitación de los costes de gestión de los planes de empleo.

Por consiguiente, como se recoge en el preámbulo de la Ley 12/2022, a través de esta norma se refuerza 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 estos, 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. La negociación colectiva se establece como clave en el proceso de expansión de la previsión social empresarial a una gran cantidad de sectores (en los que prevalece la presencia de pequeñas y medianas empresas) ya que, hasta la fecha, solo sectores menores de la actividad económica han desarrollado planes sectoriales a escala nacional.
- 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 Ley 12/2022 pretende también un proceso de simplificación en las categorías de planes de pensiones existentes, como se cita en su preámbulo. La normativa actualmente vigente incluye, además de los planes de pensiones de empleo e individuales, un tercer género, el de los planes pensiones asociados, que han tenido un desarrollo muy modesto. Los planes de pensiones asociados, si bien tienen mayores coincidencias con los planes de pensiones individuales pueden compartir algunas características con los planes de pensiones de empleo. Con el objeto de potenciar la consolidación de los planes de pensiones se prevé un régimen de movilización a los planes de pensiones de empleo, en la medida en que se cumplan determinados requisitos referidos a las personas partícipes, o, en su defecto, a los planes de pensiones individuales.

En el propio preámbulo de la Ley se expone que se pretende también un proceso de simplificación en las categorías de planes de pensiones existentes. La normativa vigente incluye, además de los planes de pensiones de empleo e individuales, un tercer género, el de los planes de pensiones asociados, que han tenido un desarrollo muy modesto. Los planes de pensiones asociados, si bien tienen mayores coincidencias con los planes de pensiones individuales, pueden compartir algunas características con los planes de pensiones de empleo. Con el objeto de potenciar la consolidación de los planes de pensiones se establece un régimen de movilización a los planes de pensiones de empleo, en la medida en que se cumplan determinados requisitos referidos a las personas partícipes, o, en su defecto, a los planes de pensiones individuales. En todo caso, se prevé la posibilidad de que los planes de pensiones asociados mantengan su naturaleza si no optan por su incorporación a alguna de las otras dos categorías de planes de pensiones.

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. A dicha Comisión se le atribuyen funciones fundamentales sobre estos fondos de pensiones en su constitución y disolución, establecer las directrices de la inversión común de los fondos de pensiones de promoción pública abiertos y realizar un seguimiento periódico sobre las actividades y devenir de los mismos.
- 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 texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, establece para la comisión de control de fondo de pensiones, con ciertas singularidades, siempre que resulten compatibles con la Ley 9/2017, 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.
- Los activos de los fondos de pensiones serán invertidos exclusivamente en interés 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 extra financieros 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, 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.
- 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.

- Las asociaciones, federaciones, confederaciones o uniones de asociaciones de trabajadores por cuenta propia o autónomos, sindicatos, colegios profesionales y mutualidades de previsión social vinculadas a estos.
- Las 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 o de socios y socias trabajadoras y de socios de trabajo de sociedades cooperativas y laborales.
- 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.

Todas las novedades que se incluyen en la Ley 12/2022 modifican el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002. Así, al citado Texto Refundido se añade un capítulo XI, denominado Fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos.

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

Como se recuerda en el preámbulo de la Orden 473/2022, el Ingreso Mínimo Vital nació como prestación de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva, con el objetivo principal de garantizar, a través de la satisfacción de unas condiciones materiales mínimas, la participación plena de toda la ciudadanía en la vida social y económica, rompiendo el vínculo entre ausencia estructural de recursos y falta de acceso a oportunidades en los ámbitos laboral, educativo, o social de los individuos.

Conforme al Real Decreto 497/2020, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, corresponde a la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social el desarrollo de la política del Gobierno en materia de inclusión social.

La creación del Comité Asesor de la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social se basa en el modelo de gobernanza compartida recogido en la Ley 19/2021, 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».

Con el fin de garantizar un diseño eficaz de la política de inclusión social, la configuración de indicadores adecuados de medición de la pobreza y vulnerabilidad social y de asegurar la aplicación de criterios técnicos y velar por la calidad científica en el desarrollo y ejecución de los itinerarios de inclusión social, en el preámbulo de la Orden 473/2022 se considera necesario constituir formalmente un Comité Asesor, sin funciones decisorias, 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.

Las funciones de los miembros del citado Comité Asesor serán de consulta y emisión de recomendaciones. Los informes emitidos por el citado Comité deberán contribuir a validar, desde una perspectiva científica e independiente las citadas acciones y, en su caso, a la introducción de elementos innovadores, favoreciendo, en última instancia, la promoción de la igualdad de oportunidades de los colectivos en situación de especial vulnerabilidad.

Ámbito de actuación y objetivos del Comité Asesor

El Comité Asesor 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.

El Comité Asesor tendrá como objetivo general asesorar a la Secretaría General en sus competencias de elaboración y desarrollo de la política estatal en materia de inclusión. En concreto, su actividad se referirá:

- El diseño, impulso y evaluación de políticas que tienen por finalidad ayudar a la incorporación y la participación en la sociedad, en igualdad de oportunidades, de los colectivos más desfavorecidos.
- El impulso, elaboración, coordinación y seguimiento de las políticas, estrategias, planes y programas de actuación en materia de inclusión.
- La definición de objetivos de inclusión y desarrollo de un sistema de indicadores con los que llevar a cabo la medición, seguimiento y evaluación de los objetivos de inclusión.
- El desarrollo de indicadores objetivables de crecimiento inclusivo y de desigualdad para la economía española que puedan ser utilizados para el diseño y toma de decisión de nuevas políticas o la reformulación de las ya existentes.
- La definición y análisis de objetivos ligados al crecimiento inclusivo.
- El seguimiento continuo y evaluación ex post del grado de cumplimiento de los objetivos de inclusión y crecimiento inclusivo establecidos, en especial del Ingreso Mínimo Vital.

Funciones del Comité Asesor

Emitir informes sobre las materias propuestas a solicitud de la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social.

Igualmente emitir las observaciones pertinentes derivadas de la actividad solicitada por la Secretaría General al Pleno o los Grupos de Trabajo.

Llevar a cabo una valoración científica y académica sobre las metodologías y técnicas aplicadas en el proceso de diseño, ejecución y evaluación de la política de inclusión social.

Facultades de los miembros del Comité Asesor

Los miembros del Comité Asesor, que será procedentes de la Administración General del Estado y de la comunidad científica o investigadora, actuarán con plena independencia, autonomía e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Podrán solicitar aquella información que estimen necesaria para el adecuado desarrollo de sus funciones, en relación a la intervención requerida.

Tendrán la potestad de participar en los debates correspondientes a los asuntos incluidos en el orden del día, así como proponer temas a tratar en las sucesivas reuniones, formular ruegos y preguntas y hacer constar en el acta aquello que estimen pertinente y que guarde relación con los asuntos tratados.

Es interesante destacar que las decisiones y recomendaciones emitidas por el Comité no tendrán, en ningún caso, carácter vinculante.

Designación y cese de los miembros del Comité Asesor

El nombramiento y renovación de los miembros del Comité Asesor se realizará por el titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, a propuesta del titular de la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social, con una duración de cuatro años renovables por períodos sucesivos.

El cese de los miembros del Comité se producirá por renuncia, por el transcurso del tiempo para el que fueron nombrados y por incurrir en cualquier causa de incompatibilidad con el ejercicio de sus funciones.

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

Laborum

nº 32 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Novedades en materia de Seguridad Social del RD-Ley 32/2021 con repercusión en la actuación inspectora

New developments in the field of Social Security in Royal Decree-Law 32/2021 with repercussions on the inspection process

Francisco Javier Calderón Pastor *Inspector de Trabajo y Seguridad Social*

Cita Sugerida: CALDERÓN PASTOR, F.J.: «Novedades en materia de Seguridad Social del RD-Ley 32/2021 con repercusión en la actuación inspectora», *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 32 (2022): 217-239

Resumen

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, ha introducido importantes cambios tanto en normas laborales como de seguridad Social, centrándose el presente artículo en la descripción y análisis de las reformas en materia de Seguridad Social, especialmente en materia de cotizaciones, exenciones y en la prestación social en los denominados ERTE del Mecanismo RED. El estudio analiza las repercusiones de las mencionadas novedades sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Palabras clave

reforma laboral 2022; Seguridad Social; ERTE; exención de cuotas; Inspección de Trabajo y Seguridad Social; cotización; Mecanismo RED

Abstract

Royal Decree-Law 32/2021, of 28 December, on urgent measures for labour reform, the guarantee of employment stability and the transformation of the labour market, has introduced important changes in both labour and social security regulations, this article focuses on the description and analysis of the reforms in the field of social security, especially in terms of contributions, exemptions and social benefits in the so-called ERTE of the RED Mechanism. The study analyses the consequences of the above-mentioned developments on the work of the Labour and Social Security Inspectorate.

Keywords

labor reform 2022; Social Security; ERTE; exemption from quotas; Labor and Social Security Inspection; contribution; RED Mechanism

El presente comentario se va a centrar en el análisis de los aspectos de Seguridad Social del 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, así como en sus reformas o matizaciones posteriores.

La mayoría de las cuestiones que serán objeto de nuestra atención se refieren o giran alrededor de la cotización a la Seguridad Social, si bien es muy importante desde el punto de vista de las posibles actuaciones inspectoras el realizar un pequeño estudio de la nueva prestación social en los denominados ERTEs del Mecanismo RED. Por ende, desde un punto de vista sistemático, agruparemos el comentario en dos grandes bloques: A) Cotización a la Seguridad Social, B) Protección social en los ERTES del mecanismo RED.

1. NOVEDADES EN MATERIA DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

1.1. Cotización adicional en los contratos de duración determinada inferior a 30 días

Tal y como se señala en la propia exposición de motivos del RD-Ley 32/2021, a pesar de las sucesivas modificaciones que ha experimentado la legislación laboral española, el marco institucional

no ha sido capaz de abordar de manera eficaz el problema de la excesiva tasa de temporalidad, que se sitúa de manera sistemática muy por encima de la media europea (casi 12 puntos porcentuales).

Una de las medidas destinadas a luchar contra la inaceptable tasa de temporalidad en la contratación es precisamente el recargo en las cotizaciones de los contratos de duración determinada. Desde un punto de vista histórico, es una medida que nos ha acompañado en nuestra legislación, aunque con diversas redacciones, los últimos 20 años. Se introduce por la Disposición Adicional Sexta de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, contemplando un incremento de cotización del 36% en la cuota empresarial por contingencias comunes para contratos inferiores a 7 días. Dicha redacción se traslada al artículo 151 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante TRLGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 23 de octubre, añadiendo la exclusión del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios incorporada en el artículo 4 de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario en el Régimen General de la Seguridad Social. Posteriormente el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en su Disposición Final Segunda apartado 4, modifica la redacción del mencionado artículo 151, rebajando la duración a menos de 6 días e incrementando del 36 al 40% el recargo, manteniéndose como única exclusión el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios.

La redacción actual del artículo 151 del TRLGSS, tras la modificación operada por el Real Decreto-Ley 32/2021, está vigente desde el 31 de diciembre de 2021, por lo tanto, afecta a las personas trabajadoras con contratos de trabajo de duración determinada inferior a 30 días que hayan finalizado a el mismo a partir del día 31 de diciembre de 2021, con independencia que el contrato se hubiese formalizado con anterioridad. La Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, por la que se desarrollan las normas de cotización para el año 2022, en su artículo 26 regula esta cotización adicional.

La nueva redacción supone un cambio notable en el modelo de cálculo de la cotización adicional, lo cual vamos a estudiar mediante el análisis comparativo de ambas dicciones literales:

1º.- La redacción anterior se refería a los contratos temporales, sin embargo, la nueva dicción hace referencia única y exclusivamente a los contratos de duración determinada.

De conformidad con la nueva redacción del artículo 15 del ET, por el Real Decreto-Ley 32/2021, el contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora, si bien el apartado 3º del art. 151 del TRLGSS excluye a los contratos por sustitución, lo que significa que en la práctica el recargo solo se aplicará a los contratos de circunstancias de la producción, tanto a tiempo completo (402) como a tiempo parcial (502).

2º.- El ámbito de las exclusiones se amplía, pasando de una única exclusión (Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios) a cuatro exclusiones: no se aplicará cuando sean celebrados con trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios (Código 0163), en el Sistema Especial para Empleados de Hogar (Código 0138), en el Régimen Especial para la Minería del Carbón (Código 0911) ni a los contratos por sustitución (Códigos 410 y 510).

Posteriormente, el Real Decreto-Ley 5/2022, de 22 de marzo[1], ha modificado la redacción del apartado 3º del art. 151, con efectos desde el 31 de marzo de 2022, para excluir de la aplicación de la cotización adicional a 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,

[1] 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 (BOE de 23 de marzo).

técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad. La Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, que regula en su artículo 11 la cotización de los artistas y en el art. 26 la cotización adicional, pese a ser de fecha posterior, no recoge esta novedad.

El mencionado Real Decreto-Ley 5/2022, además de cambiar la denominación de la relación laboral especial y ampliar el campo de aplicación a las actividades técnicas o auxiliares, ha dado nueva redacción al art. 5 del RD 1435/1985, para regular el contrato laboral artístico de duración determinada, que solo se celebrará para cubrir necesidades temporales de la empresa, y que podrá ser para una o varias actuaciones, por un tiempo cierto, por una temporada o por el tiempo que una obra permanezca en cartel, o por el tiempo que duren las distintas fases de la producción. Podrán acordarse prórrogas, siempre que la necesidad temporal de la empresa, que justificó su celebración, persista. Precisamente estos contratos de duración determinada, inferior a 30 días, están excluidos de la cotización adicional.

3º.- La cotización adicional, hasta el 30 de diciembre de 2021, eran para los contratos de menos de 6 días (la literalidad se refería a los contratos de carácter temporal cuya duración efectiva sea igual o inferior a cinco días) y se ha ampliado a los contratos de duración determinada de duración inferior a 30 días.

4º.- Sin lugar a duda, el cambio más importante es el relativo a la forma de cálculo de la cotización adicional, al señalar el apartado 3º del mencionado art. 151, que dicha cotización adicional se calculará, multiplicando por tres la cuota resultante de aplicar a la base mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General de la Seguridad Social para contingencias comunes, el tipo general de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de las contingencias comunes. Precisando el apartado 1º de dicho precepto que la cotización adicional "*será a cargo del empresario a la finalización del mismo*" (contrato). Es decir, 3 × 23,6% × 38,89 (base minina cotización grupo 8) = 27,53 euros cada vez que finalice un contrato de menos de treinta días. Al referirse el precepto a la finalización del contrato, habrá que entender por tal la fecha de baja comunicada a la Tesorería General de la Seguridad Social, por ende, si los 29 días abarcan prestación de servicios durante dos meses, la cotización adicional de los 27,53 euros se aplicará únicamente en el segundo mes.

Dicho tenor literal difiere totalmente de la redacción anterior (RD-Ley 28/2018), que indicaba que la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes se incrementará en un 40 por ciento: 40% × 23,6% × base de cotización (salario con la parte proporcional de las pagas extraordinarias). Por ejemplo, un contrato de 5 días con SMI suponía un recargo de 18,35 euros y si cobraba el doble del SMI el recargo eran 36,7 euros.

Las diferencias son notables:

- Frente a un método de cálculo variable, en función de la base de cotización, y por ende, en función de los salarios percibidos, se ha pasado a una forma de cálculo de cuota fija de 27,53 euros por cada contrato, a su finalización, siendo indiferente que dure un día o veintinueve días.
- Será más gravoso para el empresario cuantos más contratos celebre y cuanto más corta sea su duración, por ejemplo, está más penalizado el celebrar tres contratos de un día que un contrato de tres días, mientras que en el sistema anterior era indiferente.
- En sentido contrario, no tendrá ninguna influencia en el nuevo sistema la cuantía de las retribuciones, que en el sistema anterior si era un factor fundamental.
- En los contratos de duración superior a cinco días (de seis a veintinueve días) se mantienen la penalización y anteriormente no había recargo.

Para finalizar haremos referencia a dos posibles problemas prácticos de la redacción del art. 151 del TRLGSS:

a. ¿Siendo la necesidad de mano de obra temporal y no estructural se puede celebrar un contrato indefinido o contrato de fijo discontinuo para evitar el abono del recargo o cotización adicional?

Pensemos, por ejemplo, en un evento que se celebra por primera y única vez en una ciudad y que necesita 100 personas trabajadoras (personal de cocina, camareros, conserjería…etc.), lo que implicaría un coste de cotización adicional de 2.750 euros. Desde un punto de vista práctico se puede plantear el debate sobre un posible interés empresarial en hacer contratos indefinidos o contrato de fijo discontinuo para evitar el abono de dicha cotización adicional.

Como consecuencia de la extinción de dichos contratos indefinidos, si consideramos un salario equivalente al SMI, el empresario debería abonar 105,48 euros por la indemnización por despido improcedente por cada uno de los 100 trabajadores[2], cantidad muy alta, consecuencia de la interpretación consolidada del Tribunal Supremo del prorrateo de la indemnización por meses[3]. Pudiera pensarse que la elevada cifra de la indemnización va a disuadir de emplear la fórmula del contrato indefinido, pero ha de tenerse en cuenta que puede emplearse el contrato indefinido sometido a periodo de prueba o el de fijo discontinuo para no pagar la elevada indemnización.

Ante posibles fraudes de ley a la Seguridad Social, como el expuesto en el ejemplo, la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al amparo del art. 6 apartado 4º del Código Civil, será de vital importancia. La utilización de modalidades contractuales en fraude de ley se tipifica como infracción grave en materia laboral en el artículo 7 apartado 2º del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS), considerándose una infracción por cada uno de los trabajadores afectados, y no cotizar en la cuantía debida, se tipifica como infracción grave en materia de Seguridad Social en el artículo 22 apartado 3º, salvo que se estime que la conducta descrita pueda tener cabida en la infracción muy grave del artículo 23 letra f) del mismo cuerpo legal, por comunicar o consignar datos falsos, que ocasionen liquidaciones fraudulentas en las cuotas a satisfacer a la Seguridad Social.

No obstante lo anterior, de *lege ferenda*, la solución más operativa desde un punto de vista práctico para acabar con estas posibles prácticas de ingeniería jurídica con fines fraudulentos, sería dar una nueva redacción más sencilla al apartado 1º del art. 151 del TRLGSS, sustituyendo la expresión "contratos de duración determinada inferior a 30 días" por "los contratos de duración inferior a 30 días".

b. ¿en los contratos cuya duración efectiva sea igual o inferior a cinco días se sigue aplicando el coeficiente multiplicador del 1,4 a efectos de periodo mínimo de cotización?

El actual artículo 249 bis del TRLGSS a los únicos y exclusivos efectos de acreditar periodo mínimo de cotización de algunas prestaciones de la Seguridad Social y no para otras cuestiones (verbigracia, el porcentaje aplicable a la base reguladora), considera cada día de trabajo como 1,4 días de cotización, es decir, cada cinco días de trabajo una semana cotizada por el efecto del descanso semanal.

El problema hermenéutico se plantea por la falta de adaptación de la dicción del mencionado art. 249 Bis a la nueva redacción del art. 151, ambos del mismo cuerpo legal, ya que literalmente se refiere *"…a los contratos de carácter temporal cuya duración efectiva sea igual o inferior a cinco días, regulados en el artículo 151 de esta ley…"* . Es claro y notorio que la redacción del actual art. 151, tras el RD Ley 32/2021, no contempla los contratos temporales sino los contratos de duración

[2] Calculadora de indemnización del poder judicial en un despido improcedente de 33 días por año de servicio. A diferencia de la indemnización de 1,52 euros en un contrato temporal a 12 días por año de servicio.

[3] El prorrateo de los días que exceden o no llegan a un mes completo se computa como si la prestación de servicios se hubiera efectuado durante toda la mensualidad: se considera como un mes completo (SSTS 20-7-2009, recurso 2398/2008, ECLI:ES:TS:2009:5261; 20-6-2012, recurso 2931/2011, ECLI:ES:TS:2012:4645; y 6-5-2014, recurso 562/2013, ECLI:ES:TS:2014:2125).

determinada y no se refiere a los contratos de duración efectiva igual o inferior a cinco días sino a los contratos de duración inferior a 30 días.

Si la intención del legislador era, como parece, el mantener que los contratos temporales cuya duración efectiva sea igual o inferior a cinco días cada día de trabajo se considerará como 1,4 días de cotización, desde el punto de vista de una adecuada técnica legislativa, sería más apropiado el haber eliminado cualquier referencia a la nueva redacción del artículo 151.

1.2. Cotización en los contratos formativos en alternancia:

Se regula en la nueva Disposición Adicional Cuadragésima Tercera del TRLGSS, incorporada por el RD-Ley 32/2021, y la primera duda surge en relación con la obligación o no de cotizar por formación profesional, puesto que esta DA 43ª es muy clara al señalar que "*…se cotiza por la totalidad de las contingencias de la Seguridad Social…ingresará las cuotas únicas correspondientes al Fondo de Garantía Salarial, que serán a su exclusivo cargo, así como las correspondientes a desempleo*[4] *y por formación profesional, que serán a cargo del empresario y del trabajador…"*, sin embargo, el artículo 11 apartado 4º del Estatuto de los Trabajadores, también en redacción del RD Ley 32/2021, expresamente señala que "*La acción protectora de la Seguridad Social de las personas que suscriban un contrato formativo comprenderá todas las contingencias protegibles y prestaciones, incluido el desempleo y la cobertura del Fondo de Garantía Salarial",* por tanto, no incluye la referencia literal a la formación profesional.

A mayor abundamiento de la falta de rigor técnico, el artículo 249 apartado 2º del TRLGSS no ha sido objeto de reforma, y si bien es cierto que, en relación con el derogado contrato para la formación y aprendizaje, señala de manera explicita *"Los contratos suscritos conforme a lo dispuesto en el apartado anterior de este artículo estarán exentos de la cotización por formación profesional".*

La Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, tampoco resuelve claramente el problema interpretativo planteado, aunque parece apuntar en el sentido positivo de la obligación de cotizar, puesto que en el art. 43 regula la cotización de los contratos de formación en alternancia sin incluir la cotización por formación profesional y en su DT 4ª indica que, hasta tanto no se determine por la correspondiente LPGE las cuotas únicas aplicables en los términos de la DA 43ª, la cotización de los contratos de formación en alternancia se efectuará conforme a lo dispuesto en el artículo 43.

Más allá de la duda expuesta, lo cierto que es la DA 43ª del TRLGSS, introduce un cambio importante en la manera de cotizar por los nuevos contratos de formación en alternancia respecto a los extintos contratos para la formación y el aprendizaje, distinguiendo en función de la cuantía de la base de cotización mensual por contingencias comunes determinada conforme a las reglas establecidas en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda:

Base de cotización mensual por contingencias comunes no supera la base mínima mensual de cotización de dicho Régimen (1.166,70€):

En este caso la cotización sigue como antes de la reforma: se acude a las cuotas únicas que determine para cada ejercicio la correspondiente LPGE, en concreto al art. 106 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de PGE para el año 2022, desarrollado por la Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo.

A continuación, se especifica que la cuota por contingencias comunes será a cargo del empresario y del trabajador, y la cuota por contingencias profesionales a cargo exclusivo del empresario.

[4] El artículo 290 del TRLGSS establece "*La cotización por la contingencia de desempleo en el contrato para la formación y el aprendizaje se efectuará por la cuota fija resultante de aplicar a la base mínima correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales el mismo tipo de cotización y distribución entre empresario y trabajador establecidos para el contrato en prácticas*". Precepto que tampoco está adaptado a la nueva redacción de la DA 43ª del TRLGSS.

Igualmente, ingresará las cuotas únicas correspondientes al Fondo de Garantía Salarial, que serán a su exclusivo cargo, así como las correspondientes a desempleo y por formación profesional, que serán a cargo del empresario y del trabajador.

Base de cotización mensual por contingencias comunes supera la base mínima mensual de cotización de dicho Régimen (1.166,70 €):

La cuota a ingresar estará constituida por el resultado de sumandos: Primer sumando (hasta 1.166,70€): las cuotas únicas ya explicadas. Segundo sumando (cantidad que exceda de 1.166,70€): se aplican los tipos de cotización ordinarios del Régimen que corresponda.

En lógica coherencia con el cambio expuesto, se indica que la base de cotización a efecto de prestaciones será la base mínima mensual de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, salvo que el importe de la base de cotización sea superior, en cuyo caso se aplicará esta.

A diferencia de los contratos de formación y aprendizaje que únicamente se podían realizar a tiempo completo, en el nuevo contrato de formación en alternancia se permite su celebración a tiempo parcial, en consonancia con dicho cambio, se introduce una regla de cotización, para explicitar que a los contratos formativos en alternancia a tiempo parcial les resultarán de aplicación las normas de cotización indicadas para los contratos formativos en alternancia a tiempo completo.

La Disposición Transitoria Segunda del RD-Ley 32/2021 establece que la cotización de los contratos de formación en alternancia, que se suscriban a partir del 31 de diciembre de 2021 y hasta el 30 de marzo de 2022, se realizará conforme a lo establecido en el apartado doce del artículo 106 de la LPGE para el año 2022 sobre los contratos para la formación y el aprendizaje. La cotización de los contratos para la formación y el aprendizaje suscritos con anterioridad al 31 de diciembre de 2021, se realizará conforme a lo establecido en la DA 43ª del TRLGSS y, hasta el 30 de marzo de 2022, conforme al art. 106.12 de la LPGE para el año 2022.

1.3. Beneficios de Seguridad Social en los contratos temporales

Contratos formativos:

En el apartado 4º de la DA 43ª del TRLGSS, se indica que a los contratos formativos en alternancia les resultarán de aplicación los beneficios en la cotización a la Seguridad Social que, a la entrada en vigor de esta disposición, estén establecidos para los contratos para la formación y el aprendizaje. La Nota conjunta de la Dirección General de Trabajo y de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, de 10 de febrero de 2022, al respecto aclara los siguientes extremos:

1º.- Se aplicarán a los contratos formativos en alternancia las reducciones en las cuotas del contrato de formación y el aprendizaje establecidos en el art. 3 de la Ley 3/2012, es decir, la contratación de trabajadores desempleados inscritos en la oficina de empleo, tendrán derecho, durante toda la vigencia del contrato, incluidas las prórrogas, a una reducción de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional, correspondientes a dichos contratos, del 100 por cien si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75 por ciento, en el supuesto de que la empresa contratante tenga una plantilla igual o superior a esa cifra.

2º.- Se aplicarán a los contratos formativos para la obtención de la práctica profesional los beneficios establecidos en el art. 7 de la Ley 3/2012: las empresas que transformen en indefinidos contratos en prácticas, a la finalización de su duración inicial o prorrogada, tendrán derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante tres años. En el caso de mujeres, dichas bonificaciones serán de 58,33 euros/mes (700 euros/

año). Podrán ser beneficiarios de las bonificaciones las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores en el momento de producirse la contratación, incluidos los trabajadores autónomos, y sociedades laborales o cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que estas últimas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena. En el supuesto de trabajadores contratados en prácticas y puestos a disposición de empresas usuarias, estas tendrán derecho, en los mismos términos, a idénticas bonificaciones cuando, sin solución de continuidad, concierten con dichos trabajadores un contrato de trabajo por tiempo indefinido.

3º.- Se aplicarán a los contratos formativos en alternancia y a los contratos formativos para la obtención de la práctica profesional las bonificaciones en las cuotas establecidos en la Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores: Las empresas que celebren contratos formativos con trabajadores con discapacidad tendrán derecho a una bonificación de cuotas con cargo a los presupuestos del Servicio Público de Empleo Estatal, durante la vigencia del contrato, del cincuenta por ciento de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a contingencias comunes, previstas para estos contratos.

Contratos de duración determinada:

La Nota conjunta de la Dirección General de Trabajo y de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, de 10 de febrero de 2022, mantiene en vigor los siguientes beneficios:

1º.- En relación con los beneficios establecidos en la Ley 43/2006, señalar que la mayoría se refieren a la celebración de contratos indefinidos. Sin embargo, algunos, como el recogido en el artículo 2 apartado 3º de la Ley 43/2006, serían plenamente aplicable a los contratos de duración determinada del artículo 15 del ET (circunstancias de la producción o sustitución) o a los contratos formativos del art. 11 del ET: cuando se trate de trabajadores con una discapacidad igual o superior al 33%, o que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, así como los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, contratados por un centro especial de empleo, se aplicarán las bonificaciones del 100 por cien de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta. La misma bonificación se disfrutará por los centros especiales de empleo en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento de empleo de personas con discapacidad o de transformación en indefinidos de los contratos de duración determinada o temporales, incluidos los formativos suscritos con trabajadores con discapacidad.

2º.- Para los contratos de sustitución se mantienen en vigor las bonificaciones del Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por nacimiento y cuidado de menor, adopción y acogimiento

Finalmente, señalar que el RD-Ley 32/2021 deroga la Disposición Adicional 21ª del ET, con fecha de efectos de 30 de marzo de 2022. Dicha DA 21ª regulaba las bonificaciones de los contratos de interinidad que se celebren con beneficiarios de prestaciones por desempleo, de nivel contributivo o asistencial, que lleven más de un año como perceptores, para sustituir a trabajadores que estén en la situación de excedencia de tres años por cuidado de hijo/ o de dos años por cuidado de familiares, darán derecho a una reducción en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes: a) 95% durante el primer año. b) 60% durante el segundo año. c) 50% durante el tercer año de excedencia del trabajador que se sustituye.

1.4. Cotización en los ERTES

El RD Ley 32/2021, por un lado, añade un nuevo artículo 153 Bis en el TRLGSS, que lleva por nombre "Cotización en los supuestos de reducción de jornada o suspensión de contrato", y por otro lado, modifica la redacción del apartado 2 del artículo 273, para eliminar cualquier referencia a la cotización empresarial, quedando redactado como sigue "*En los supuestos de reducción de jornada o suspensión del contrato, la entidad gestora ingresará únicamente la aportación del trabajador, una vez efectuado el descuento a que se refiere el apartado anterior.*"[5].

El nuevo art. 153 Bis incorpora cuatro reglas de cotización en los supuestos de reducción temporal de jornada o suspensión temporal del contrato de trabajo, ya sea por decisión del empresario al amparo de lo establecido en los artículos 47 o 47 bis del ET, o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal de acuerdo con los artículos 169 y siguientes del texto refundido de la Ley Concursal, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo:

1º.- La empresa está obligada al ingreso de las cuotas correspondientes a la aportación empresarial. Obligación empresarial no condicionada, lo que significa que no se hace depender de que el trabajador perciba o no la prestación por desempleo o, en su caso, la nueva prestación social regulada en la DA 41ª del TRLGSS.

2º.- Corresponde al SEPE o al ISM el ingreso de la aportación del trabajador en los términos previstos en el artículo 273.2 y en la disposición adicional cuadragésimo primera, respectivamente. A diferencia de la cuota empresarial, en este caso si nos encontramos ante una obligación condicionada, porque única y exclusivamente el SEPE ingresará la cuota obrera cuando se tenga derecho a la prestación por desempleo o a la prestación a la que se refiere la disposición adicional cuadragésima primera, mediante el descuento a que se refiere el artículo 273.

3º.- No supone ninguna novedad la forma de cálculo de las bases de cotización de la aportación empresarial: estarán constituidas por el promedio de las bases de cotización de los seis meses naturales inmediatamente anteriores al inicio de cada situación. Para el cálculo de dicho promedio, se tendrá en cuenta el número de días en situación de alta, en la empresa de que se trate, durante el período de los seis meses indicados.

Las bases de cotización se reducirán, en los supuestos de reducción temporal de jornada, en función de la jornada de trabajo no realizada.

4º.- De gran trascendencia práctica resulta la novedad introducida en cuarto lugar, al indicar que durante los períodos de suspensión temporal de contrato de trabajo y de reducción temporal de jornada, respecto de la jornada de trabajo no realizada, no resultarán de aplicación las normas de cotización correspondientes a las situaciones de incapacidad temporal, descanso por nacimiento y cuidado de menor, y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural.

Esta última regla resuelve los problemas puestos de manifiesto durante la pandemia en los ERTES COVID-19, como era la cotización en los supuestos de suspensión del contrato (IT, maternidad, riesgo durante el embarazo…etc.) de un contrato de trabajo previamente suspendido por estar en ERTE, dando una solución practica y sencilla, no se aplican las normas de cotización correspondientes a incapacidad temporal, descanso por nacimiento y cuidado de menor, y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, y por ello, se sigue cotizando de acuerdo con las tres reglas expuestas anteriormente.

[5] La redacción anterior disponía "*En los supuestos de reducción de jornada o suspensión del contrato, la empresa ingresará la aportación que le corresponda, debiendo la entidad gestora ingresar únicamente la aportación del trabajador, una vez efectuado el descuento a que se refiere el apartado anterior".*

1.5. Exenciones en la cotización de los ERTES

Se regula en la Disposición Adicional Cuadragésima Cuarta del TRLGSS[6], que establece el siguiente cuadro de exenciones, resaltando la propia norma que no tendrán efectos para las personas trabajadoras, manteniéndose la consideración del período en que se apliquen como efectivamente cotizado a todos los efectos:

TIPO DE ERTE	% EXONERACION	CONDICIONADO A LA FORMACION
ERTE ETOP (INCLUIDAS PRORROGAS)	20%	SÍ
ERTE FM	90%	NO
ERTE IMPEDIMENTO O LIMITACIÓN	90%	NO
MECANISMO RED MODALIDAD CÍCLICA	60% PRIMER CUATRIMESTRE DESDE LA ACTIVACIÓN 30% SEGUNDO CUATRIMESTRE 20% TERCER CUATRIMESTRE	NO
MECANISMO RED MODALIDAD SECTORIAL	40%	SÍ

El RD-Ley 32/2021 deroga la Disposición Adicional 4ª del RD Ley 16/2014 (por ejemplo, aplicada en el incendio de la fábrica de Campofrío en Burgos), que establecía exoneraciones de hasta el 100% en los ERTE por fuerza mayor con compromiso de mantenimiento del empleo y de efectuar determinadas reinversiones.

Procedimiento de aplicación por las empresas:

Se aplicarán por la TGSS a instancia de la empresa, previa comunicación de:

1º.- Identificación de las personas trabajadoras y periodo de la suspensión o reducción de jornada.

2º.- Previa presentación de declaración responsable, respecto de cada CCC, en el que figuren de alta las personas trabajadoras adscritas a los centros de trabajo afectados, y mes de devengo. Esta declaración hará referencia tanto a la existencia como al mantenimiento de la vigencia de los expedientes de regulación temporal de empleo y al cumplimiento de los requisitos establecidos para la aplicación de estas exenciones. La declaración hará referencia a haber obtenido, en su caso, la correspondiente resolución de la autoridad laboral emitida de forma expresa o por silencio administrativo.

3º.- Declaración responsable sobre el compromiso de la empresa de realización de las acciones formativas a las que se refiere esta disposición.

[6] Numeración conforme a la corrección de errores del día 19 de enero de 2022. La numeración originaria era la disposición adicional trigésima novena.

Se deberá presentar antes de solicitarse el cálculo de la liquidación de cuotas correspondiente al periodo de devengo de las primeras cuotas sobre las que tengan efectos dichas declaraciones. En el sistema de liquidación directa antes del penúltimo día del mes, tal y como establece el art. 29 del TRLGSS. Si la declaración responsable se efectuase en un momento posterior a la última solicitud del cálculo de la liquidación de cuotas dentro del período de presentación en plazo reglamentario correspondiente, estas exenciones únicamente se aplicarán a las liquidaciones que se presenten con posterioridad, pero no a los períodos ya liquidados

Las comunicaciones y declaraciones responsables se deberán realizar, mediante la transmisión de los datos que establezca la Tesorería General de la Seguridad Social, a través del Sistema RED, regulado en la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo.

Requisitos:

1º.- Sobre la no necesidad de estar al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social:

En consonancia con lo que ya se dispuso para los ERTEs COVID-19 por el RD-Ley 11/2021[7], no exige para la aplicación de las exenciones que la empresa se encuentre al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, en relación al ingreso por cuotas y conceptos de recaudación conjunta, así como respecto de cualquier otro recurso de la Seguridad Social, ni tampoco se exige el ingreso en plazo reglamentario de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta devengadas con posterioridad a la obtención de los beneficios (artículo 20 apartados 1 y 3 del TRLGSS). Ambos requisitos son siempre exigidos para la obtención de bonificaciones o reducciones de cuotas de Seguridad Social y también era una condición exigible en la derogada DA 4ª del RD-Ley 16/2014 para la exoneración de cuotas en ERTEs por fuerza mayor. Probablemente la *ratio decidendi* de la flexibilización o relajación de los requisitos para la obtención de la exención esté relacionado con la negativa situación económica y financiera por la que pueden estar atravesando las empresas que acceden a los ERTES.

2º.- Sobre la obligación de impartir formación:

Las exenciones son voluntarias para las empresas, tal y como señalan expresamente, tanto el art. 47.7. letra d) como el art. 47 Bis.5 letra a) y la DA 44ª del TRLGSS. Ahora bien, de acogerse las empresas a ellas, han de cumplir las condiciones y requisitos que se especifican en la propia disposición. En el caso de las exenciones en ERTEs ETOP y en el Mecanismo RED de carácter sectorial (letras a) y e) del apartado 1 de la DA 44ª), están obligadas a impartir formación, y en caso contrario, deberán ingresar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas respecto de cada trabajador en el que se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias de la Seguridad Social, previa determinación por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del incumplimiento de estas las obligaciones y de los importes a reintegrar.

La propia DA 44ª matiza dos cuestiones de gran importancia práctica en relación con la obligación de devolver las exenciones por incumplir la obligación de formación:

— En aquellos casos de incumplimiento parcial de la obligación no procede la devolución de la totalidad de la exención, sino que solamente se devuelve la exención de las personas trabajadoras respecto de las que se ha incumplido la misma.

— En el supuesto de que la empresa acredite la puesta a disposición de las personas trabajadoras de las acciones formativas no estará obligada al reintegro de las exenciones, cuando la persona trabajadora no las haya realizado. Por tanto, cuando

[7] En los RD Leyes anteriores (8/20, 18/20, 24/20, 30/20 y 2/21) solamente se excluía el apartado 1º del art. 20 del TRLGSS.

la empresa ofrece al trabajador la formación y éste se niega a recibirla, la empresa no estaría obligada a la devolución. En estos casos, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberá comprobar que efectivamente no ha existido voluntad real del trabajador en recibir la formación y que no se trata de un artificio formal de la empresa para evitar la devolución.

Se añade una nueva Disposición Adicional 25ª en el ET, que aclara cuatro aspectos fundamentales sobre las acciones formativas:

- Voluntariedad u obligatoriedad: Recalca nuevamente el carácter voluntario de las acciones formativas, salvo en los ERTES ETOP y en el Mecanismo RED de carácter sectorial en los que se haya accedido a exenciones, que como hemos indicado *ad supra*, tendrá carácter obligatorio para la empresa.
- Qué tipo o clase de formación se puede impartir: Su objetivo es la mejora de las competencias profesionales y de la empleabilidad, priorizándose las necesidades formativas reales de las empresas y los trabajadores incluyendo las competencias digitales y las que permitan recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa. Muy importante esta última matización, puesto que permite realizar formación no vinculada a la actividad desarrollada por el trabajador en la empresa (por ejemplo, un reponedor o un peón pueden acceder a cursos de informática o de atención al público).
- Modo de impartición: Se especifica las tres posibles modalidades de impartición: formación profesional (Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio), formación profesional para el empleo (Ley 30/2015, de 9 de septiembre), o a través de cualquier otro sistema de formación acreditada. El art. 47.7 letra d) del ET, y por remisión el art. 47Bis apartado 5 letra a), dispone que las empresas tendrán derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada, en los términos previstos en el artículo 9.7 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.
- Tiempo de impartición: Se puede impartir la formación durante la aplicación de la reducción de la jornada o la suspensión del contrato o en tiempo de trabajo, si bien se introducen dos límites, deberán respetarse los descansos legales (descanso diario y semanal) y el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

3º.- Cláusula de mantenimiento del empleo

Tal y como señala el art. 47 apartado 7º letra e) del ET, para los ERTE, y por remisión el art. 47 Bis apartado 5º letra a) del mismo cuerpo legal, para el mecanismo RED, los beneficios en materia de cotización, de carácter voluntario para la empresa, estarán condicionados, al mantenimiento en el empleo, con el contenido y requisitos del apartado 10º de la DA 44ª del TRLGSS, que recoge dicha obligación de mantenimiento del empleo de las personas trabajadoras afectadas durante los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del ERTE. Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes.

Si comparamos la redacción de este apartado 10º con la cláusula de salvaguarda del empleo recogida en la Disposición Adicional 6ª del RD-Ley 8/2020, en la redacción dada por el RD-Ley 18/2020[8], de los denominados ERTES COVID-19, las diferencias tienen gran trascendencia práctica:

a.- En ambos casos la duración de la obligación de mantenimiento es idéntica, 6 meses, sin embargo, el *dies a quo* del plazo es completamente distinto. Así, en los ERTES COVID-19 se computa desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiendo por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla, mientras que en la nueva regulación de los ERTEs se computará desde la finalización del periodo de vigencia del expediente de regulación temporal de empleo.

b.- También difiere notablemente el alcance del quantum a devolver, en los llamados ERTEs COVID-19 las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones, mientras que en la nueva regulación de los ERTEs de la DA 44ª, las empresas que incumplan el compromiso deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito. Esta reivindicación de las organizaciones empresariales durante toda la pandemia, de limitar el importe a devolver a los trabajadores afectados por la extinción, ha visto la luz para los nuevos ERTES del art. 47, 47 Bis y del Mecanismo RED.

No obstante, la Dirección General de Trabajo de Trabajo, había interpretado que la devolución o reintegro de la exención procedía por centro de trabajo y no por empresa.

c.- Análogos son los motivos por los que no se entiende incumplido el compromiso de mantenimiento del empleo, así, no se considerará incumplido este compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora[9]. Tampoco se considera incumplido por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo. En particular, en el caso de contratos temporales, no se entenderá incumplido este requisito cuando el contrato se haya formalizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 del ET y se extinga por finalización de su causa, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

Por ende, el único cambio sería la sustitución de la expresión "expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto" por la locución "se haya formalizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 del ET y se extinga por finalización de su causa". Desde un punto de vista técnico jurídico, dicha modificación, es acorde con la derogación del contrato de obra o servicio determinado por el RD-Ley 32/2021 y permite incluir la excepción de la terminación o conclusión de los contratos de sustitución, supliendo la omisión de la redacción de la DA 6ª del RD Ley 8/2020 en relación con los anteriores contratos de interinidad.

Aunque es cierto que el precepto analizado no utiliza la expresión "entre otros" o cualquier otra fórmula gramatical que induzca a pensar que nos encontramos ante una enumeración abierta o ejemplificativa, lo cierto es que tampoco se cierra de forma concluyente para inclinar la balanza hacia un *númerus clausus* o cerrado de causas de exclusión. A la luz de la experiencia de los denominados ERTES COVID-19 se echa en falta una mayor precisión de la norma analizada en relación con otras causas de extinción de la relación laboral, lo que puede dar lugar a problemas hermenéuticos en su aplicación práctica:

1º.- La terminología utilizada en relación con el despido disciplinario, que se limita a los casos de "declarado como procedente", provoca que pudieran quedar fuera de la excepción aquellos casos

[8] Los compromisos de mantenimiento del empleo se han mantenido vigentes en los términos del art. 5 del RD Ley 30/2020, art. 3 del RD Ley 2/2021, art. 3 del RD Ley 11/2021, art. 5 del RD Ley 18/2021 y DA 1ª del RD ley 2/2022.

[9] En la línea de la Disposición adicional cuarta apartado 4º del RD Ley 16/2014.

de reconocimiento del despido como procedente en conciliación administrativa, judicial o en los órganos creados a tal efecto por los interlocutores sociales, y también aquellos despidos disciplinarios notificados fehacientemente al trabajador pero que éste no recurre y se aquieta a la decisión empresarial. Una interpretación literal del precepto nos llevaría a exigir una sentencia o declaración judicial de procedencia del despido, lo que provocaría una auténtica indefensión o limitación en los derechos de defensa empresarial, si la procedencia se reconociera en conciliación o no interpusiera demanda frente al despido, lo que inclinaría la balanza hacía una interpretación teleológica de la excepción para no considerar en estos casos como incumplido el mantenimiento del empleo.

2º.- Un auténtico problema práctico se plantea en relación con las cartas de despido disciplinario cuando está pendiente la sentencia judicial sobre la procedencia del despido, incluidos los casos de readmisión, y las simultáneas actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por incumplimiento de la cláusula de salvaguarda del empleo, debiéndose aplicar preceptivamente el art. 20 apartado 6 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que en aquellos asuntos coincidentes con cuestiones que con carácter previo o incidental esté conociendo un órgano jurisdiccional y que pudieran dar lugar a la exigencia de pago de cuotas de la Seguridad Social, exige iniciar actuación inspectora con conocimiento formal del empresario, que interrumpirá el plazo de prescripción del artículo 24 del TRLGSS y una vez que sea firme la sentencia y sea esta comunicada a la ITSS, se iniciará la tramitación del expediente liquidatorio y, en su caso, sancionador, o bien se archivarán las actuaciones.

3º.- Un supuesto no contemplado por la norma son los casos de jubilación, incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez o fallecimiento del empresario, puesto que la norma se refiere única y exclusivamente a los mismos, pero en relación con la persona trabajadora. Dichos supuestos aparecen contemplados en el art. 49.1 letra g) del ET como causa de extinción del contrato de trabajo salvo que exista una sucesión de empresa de acuerdo con el art. 44 del ET. Por tanto, las dudas interpretativas surgen cuando no hay un heredero o continuador de la empresa, en caso contrario, es decir, cuando existe sucesión de empresa, es claro que ha de cumplirse el mantenimiento del empleo.

No podemos interpretar de manera homogénea los tres supuestos enunciados, puesto que en uno concurre la nota de voluntariedad, como es la jubilación, lo que llevaría a interpretar que sí existe incumplimiento empresarial, como han interpretado tanto algunos pronunciamientos judiciales[10], como la propia Dirección General de Trabajo[11] del Ministerio de Trabajo y Economía Social, mientras que en los otros dos supuestos hay una circunstancia totalmente ajena y objetiva que impide la continuación de la actividad empresarial, como es el fallecimiento o la incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del empresario persona física, lo que podría motivar que, al igual que ocurre cuando acontece con la persona trabajadora, que fuera causa suficiente para no considerar incumplida la cláusula de mantenimiento del empleo.

4º.- Tampoco se recoge en el apartado 10º de la Da 44ª del TRLGSS, al igual que ocurría con su predecesor la DA 6ª del RD Ley 8/2020, los supuestos de extinción a instancias del trabajador como es la extinción por violencia de género o por movilidad geográfica (art. 40) o modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41).

El art. 49.1 letra m) recoge como causa de extinción del contrato la decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género, hecho totalmente ajeno a la voluntad empresarial, salvo que éste sea el

[10] Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 5 de Bilbao de 9 de febrero de 2021 (Rec. 1/2021).

[11] Consulta de 19 de abril de 2021. Recordemos que la Dirección General de Trabajo es el órgano, que de conformidad con el art. 3 letra o) del RD 499/2020, tiene la competencia para la elaboración de informes y consultas relativas a la interpretación y aplicación de las disposiciones en materia laboral.

agresor, lo que implicaría que no se debería considerar como incumplida la cláusula de mantenimiento del empleo.

Sin embargo, de acuerdo con la letra c) del art. 50 del ET, la persona trabajadora puede solicitar la extinción del contrato de trabajo en los casos de negativa del empresario a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados, es decir, se deberán de dar dos condiciones, que dependen ambas de la voluntad empresarial, la primera que una sentencia ha declarado los mismo injustificados y la segunda la negativa empresarial a la reintegrar a los trabajadores en sus anteriores condiciones. Por ende, al igual que se ha interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[12], que dichas extinciones a instancias del trabajador se consideran computables a efectos de los umbrales del despido colectivo del art. 51 del ET, entendemos que son extinciones contractuales imputables al empresario y que deben dar lugar a considerar que la se ha incumplido la cláusula de mantenimiento del empleo.

5º.- Respecto a la causa contemplada en el inciso final de la letra g) del artículo 49.1 del ET, que se refiere a la extinción de la personalidad jurídica del contratante, se exige el seguir los trámites del art. 51 ET, y por tanto, ha de entenderse que la extinción de los contratos de trabajo es causa de reintegro de las exenciones aplicadas en las cotizaciones sociales por falta de mantenimiento del empleo.

d.- Aportando mayor seguridad jurídica en la interpretación, ha desparecido cualquier referencia a los apartados 3º y 4º de la DA 6ª del RD-Ley 8/2020, que se referían, respectivamente, a dos cuestiones distintas. La primera era una simple llamada de atención o elemento interpretativo, para valorar en el compromiso de mantenimiento las características específicas de los distintos sectores y las especificidades de las empresas con alta variabilidad o estacionalidad del empleo, y la segunda era mucho más compleja de interpretar, ya que recogía expresamente una causa de exclusión del compromiso de mantenimiento del empleo en sentido estricto, para aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores de acuerdo con el art. 5 apartado 2º del Texto Refundido de la Ley Concursal aprobado por RD Legislativo 1/2020.

1.6. Controles de Seguridad Social de la ITSS en los ERTES

Tal y como dispone, la DA 45ª[13], corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el ejercicio de sus competencias, la vigilancia del cumplimiento de los requisitos y de las obligaciones establecidas en relación a las exenciones en las cotizaciones de la Seguridad Social. Después de determinar la competencia de la ITSS, en detrimento de otras posibilidades legislativas como el control compartido con la TGSS y en línea con lo establecido para los ERTES COVID-19[14] en el denominado derecho de la emergencia, establece preceptivamente el desarrollo de acciones de control, pudiendo iniciarse en caso de incumplimiento de la normativa los correspondientes expedientes sancionadores y liquidatarios de cuotas.

Uno de los cambios introducidos por el RD-Ley 32/2021 en el procedimiento de los ERTE del artículo 47.3 del ET, es la supresión del traslado que hacía la Autoridad Laboral al SEPE tanto de la comunicación inicial como de la decisión empresarial, sustituyéndolo por la previsión que hace la nueva DA 26ª del ET, que establece que la TGSS, el SEPE y la ITSS tendrán acceso, a través de los procedimientos automatizados que se establezcan, a todos los datos necesarios para la identificación y tipo del expediente de regulación temporal de empleo, de la empresa y de las personas trabajadoras incluidas en el expediente, el tipo de medida a aplicar, el período en el que se puede producir la reducción de jornada de trabajo o suspensión de los contratos de trabajo y el porcentaje máximo de

[12] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2015, Asunto C-422-2014.

[13] Hasta la corrección de errores del BOE del día 19 de enero la numeración era la DA 40ª.

[14] Disposición Adicional 2ª y 4º de la Ley 3/2020 (originario RD Ley 9/2020) y DA 2ª del RD Ley 18/2021.

reducción de jornada o periodo máximo de suspensión de contrato previsto respecto de cada persona trabajadora. Posteriormente, el RD-Ley 4/2022, en su DA 4ª, precisa que las comunidades autónomas podrán remitir la información que obre en su poder directamente a la TGSS, al SEPE y a la ITSS o poner dicha información a disposición del Ministerio de Trabajo y Economía Social, a través de los procedimientos que este departamento determine, para su posterior remisión a la TGSS, el SEPE y a la ITSS, lo cual será aplicable también al Mecanismo RED.

Tampoco se ha puesto en marcha la previsión de un desarrollo reglamentario de la DA 42ª del TRLGSS, también introducida por el RD-Ley 32/2021, que señala que al objeto de reducir las cargas administrativas de las empresas, reglamentariamente se establecerá por el SEPE y la TGSS, un procedimiento único a través del cual las empresas puedan comunicar, a ambas entidades, el inicio y finalización de los períodos de suspensión y reducción temporal de jornada, de tal forma que la misma surta efecto para el desarrollo de la totalidad de las competencias de ambas entidades.

La Disposición Adicional 45ª finaliza dando algunas indicaciones sobre algunos de los aspectos a vigilar o controlar por la ITSS, al disponer "*En particular, vigilará la veracidad, inexactitud u omisión de datos o declaraciones responsables proporcionadas por las empresas o por cualquier otra información que haya sido utilizada para el cálculo de las correspondientes liquidaciones de cuotas, y sobre la indebida existencia de actividad laboral durante los períodos comunicados por la empresa de suspensión de la relación laboral o reducción de la jornada de trabajo, en los que se hayan aplicado exenciones en la cotización*".

Es notorio desde un punto de vista interpretativo, que tras de la declaración general de la competencia de la ITSS para realizar acciones de control de los requisitos y obligaciones de las exenciones en las cotizaciones, labor ordinaria de la Inspección, el párrafo final de la disposición objeto de análisis comienza con la expresión "*en particular*", lo que nos muestra a las claras el carácter meramente enunciativo y abierto de los aspectos objetos de control a los que hace referencia.

Sin perjuicio del carácter abierto o meramente ejemplificativo de los aspectos objeto de control, vamos a sistematizar los controles de la ITSS sobre las exenciones en las cotizaciones en cuatro grandes bloques:

I.- Controles documentales acompañados de otras actuaciones inspectoras:

En primer lugar, la disposición adicional 45ª obliga a controlar por la ITSS la veracidad, inexactitud u omisión de los datos o declaraciones responsables proporcionadas por las empresas o cualquier otra información utilizada en el cálculo de las liquidaciones. Controles que, cuando se pongan en marcha, se efectuarán a través de procedimientos automatizados.

Como se ha expuesto anteriormente, de conformidad con la DA 44ª, las exenciones se aplicarán por la TGSS, en el sistema de liquidación directa, a instancia de la empresa, previa comunicación de la identidad de las personas trabajadoras y del periodo de la suspensión o reducción de jornada, previa presentación de declaración responsable, respecto de cada CCC y mes de devengo, y previa presentación de la declaración responsable sobre el compromiso de la empresa de la realización de las acciones formativas.

En aquellas actuaciones inspectoras (visita, entrevistas, examen de facturas…etc.) en las que la ITSS constate la falta de veracidad, la inexactitud u omisión de los datos o declaraciones responsables o de cualquier otra información, por ejemplo, una empresa en ERTE que ha cerrado o puesto fin a su actividad con carácter definitivo, es decir, ha desparecido el carácter coyuntural temporal justificativo de la suspensión o reducción de jornada[15], se puede incurrir en el ilícito administrativo muy grave del art. 23 letra c) o de la letra f), dependiendo de si el elemento fundamental o nuclear del fraude está encaminado a la obtención indebida de prestaciones por desempleo o bien va dirigido a la obtención

[15] En este caso además procedería comunicar a la TGSS la baja de oficio de los trabajadores.

de liquidaciones fraudulentas. En ambos casos, la infracción se sancionará con multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros. El artículo 46 establece como sanciones accesorias: a) Perderán, automáticamente, y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción. b) Podrán ser excluidos del acceso a tales ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios por un período máximo de dos años, con efectos desde la fecha de la resolución que imponga la sanción. Se excluirá en todo caso del acceso a tales ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios por un periodo de cinco años, cuando la infracción cometida estuviera tipificada como muy grave en la letra f).

Ha de tenerse presente que todos los expedientes sancionadores por infracción grave del art. 22.2 (falta de alta) o muy grave de los artículos 16 y 23 del TRLISOS, pueden llevar aparejada la exclusión de los beneficios de seguridad Social, y entre ellos, se puede excluir del acceso a la exención de la DA 44ª del TRLGSS.

De tipificarse por la vía del artículo 23 letra c) del TRLISOS, el art. 43.3 del mismo cuerpo legal, en la redacción dada por la DF 3ª del RD Ley 15/2020, se dispone que la empresa responderá directamente de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la persona trabajadora (prestaciones), siempre que no concurra dolo o culpa de esta.

Respecto al posible expediente sancionador a las personas trabajadoras por la infracción muy grave contemplado en el artículo 26 apartado 2º del TRLISOS o del artículo 26.3 del TRLISOS, dependerá de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, fundamentalmente de la responsabilidad del mismo en el ilícito administrativo cometido (connivencia, conocimiento de los hechos…etc.).

Finalmente, en el caso de que se hubieran aplicado exenciones en la cotización procedería extender acta de liquidación para proceder al reintegro, con recargo y los intereses de demora correspondientes.

II.- Controles in situ mediante visita de Inspección:

En segundo lugar, la disposición adicional obliga a la ITSS a controlar la indebida existencia de actividad laboral durante los períodos comunicados por la empresa de suspensión de la relación laboral o reducción de la jornada de trabajo, en los que se hayan aplicado exenciones en la cotización. Se recoge la clásica función de vigilancia y control de la ITSS sobre la incompatibilidad entre trabajo por cuenta ajena y las prestaciones de la Seguridad Social, incluido el desempleo, que se extiende ahora a la nueva prestación social incorporada por la DA 41ª para el Mecanismo RED.

Lógicamente la incompatibilidad de trabajo y prestación durante un periodo en que la empresa ha aplicado un beneficio en la cotización como es la exención, además de los expedientes sancionadores que procedan, dará jugar a un acta de liquidación para reclamar el reintegro de dichas exenciones.

El artículo 298 letra h)del TRLGSS establece como obligación empresarial la de comunicar, con carácter previo a que se produzcan, las variaciones realizadas en el calendario, o en el horario inicialmente previsto para cada uno de los trabajadores afectados, en los supuestos de aplicación de medidas de suspensión de contratos o de reducción de jornada previstas en el artículo 47 del ET. Obligación reiterada por el art. 20 apartado 6º del RD 1483/2012, de 29 de octubre. En la misma línea, el art. 47 apartado 7 letra c), permite desafectar y afectar a las personas trabajadoras en función de las alteraciones de las circunstancias señaladas como causa justificativa de las medidas, previa comunicación al SEPE y, conforme a los plazos establecidos reglamentariamente, a la TGSS, a través de los procedimientos automatizados que establezcan dichas entidades.

El incumplimiento de la obligación empresarial de comunicar las variaciones del calendario inicial o en su caso, del horario, puede dar lugar a la apertura por la ITSS de expediente sancionador por infracción grave del art. 22 apartado 13 del TRLISOS. La infracción se sancionará con multa, en su grado mínimo, de 751 a 1.500 euros, en su grado medio de 1.501 a 3.750 euros; y en su grado máximo de 3.751 a 7.500 euros

El art. 282 del TRLGSS establece que la prestación y el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando este se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado. Incompatibilidad recogida también en el artículo 15 del RD 625/1985.

Dar ocupación a los trabajadores afectados por la suspensión de contratos o reducción de jornada, en el período de aplicación de las medidas de suspensión de contratos o en el horario de reducción de jornada comunicado a la autoridad laboral o a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, en su caso, se tipifica como infracción muy grave en el artículo 23 letra j) del TRLISOS. La infracción se sancionará con multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros. Se aplican las sanciones accesorias del artículo 46 del TRLISOS anteriormente referenciadas.

Respecto al posible expediente sancionador a las personas trabajadoras por la infracción muy grave contemplado en el artículo 26 apartado 2º o 3º del TRLISOS*,* dependerá de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, fundamentalmente de la responsabilidad del mismo en el ilícito administrativo cometido (conocimiento o no de la comunicación de desafectación al SEPE, connivencia…etc.).

Al igual que hemos señalado en el apartado de controles documentales, en el caso de que se hubieran aplicado exenciones en la cotización por el trabajador que compatibiliza indebidamente trabajo por cuenta ajena y prestación por desempleo, procedería extender acta de liquidación para proceder al reintegro, con el recargo y los intereses de demora correspondientes.

III.- Incumplimiento de la cláusula de mantenimiento o salvaguarda del empleo (TRLGSS DA 44ª apartado 10º):

Si la ITSS comprueba el incumplimiento del mantenimiento del empleo durante 6 meses se procederá a extender acta de liquidación, para que se proceda al reintegro del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes.

En función de las circunstancias concurrentes, se levantará acta de infracción por el ilícito administrativo grave del artículo 22 apartado 9º del TRLISOS, al tratarse de un incentivo al mantenimiento del empleo, entendiendo producida una infracción por cada trabajador afectado. Incluso se puede incurrir en supuestos de infracciones muy graves del art. 23 letra f), por apreciarse fraude en el comportamiento empresarial (por ejemplo, se comunican por el Sistema RED bajas voluntarias a la TGSS ocultándose despidos improcedentes o despidos objetivos).

IV.- Incumplimiento empresarial de la formación (DA 44ª apartados 8º y 9º):

La TGSS comunicará al SEPE la relación de personas trabajadoras por las que las empresas se han aplicado las exenciones. El SEPE verificará la realización de las acciones formativas, conforme a todos los requisitos establecidos en la DA 25ª del ET. Cuando no se hayan realizado las acciones formativas, según la verificación realizada por el SEPE, la TGSS informará de tal circunstancia a la ITSS para que ésta inicie los expedientes sancionadores y liquidatorios de cuotas que correspondan, respecto de cada una de las personas trabajadoras por las que no se hayan realizado dichas acciones.

En relación con tipo infractor, su encaje se produce también en la infracción grave del art. 22.9 del TRLISOS, entendiendo producida una infracción por cada trabajador afectado salvo que proceda

apreciar la infracción muy grave del art. 23 letra f), por apreciarse fraude en el comportamiento empresarial (por ejemplo, se aparenta o finge la impartición de la formación).

1.7. Modificaciones en la negociación colectiva con trascendencia en la recaudación de cuotas

Por su contribución a la sostenibilidad económica financiera del sistema de Seguridad Social, hay que destacar dos medidas del RD-Ley 32/2021, en primer lugar, la modificación del artículo 84.2 del ET que cambia la prioridad aplicativa en la negociación colectiva en materia salarial, y en segundo lugar, la introducción de un nuevo apartado 6º en el art. 42 del ET sobre el convenio aplicable en los casos de contratas y subcontratas. Ambas son reformas aparentemente laborales por su trascendencia salarial pero su importancia sobrepasa ampliamente dicho ámbito, por las lógicas consecuencias en materia de cotización y de prestaciones de Seguridad Social, que el cambio implica.

Trasciende a las pretensiones del presente artículo el realizar un análisis profundo de ambas reformas, por lo que nos limitaremos a apuntar brevemente las líneas maestras del cambio:

1º.- Modificación en relación con la prioridad aplicativa del convenio de empresa:

En reforma del año 2012, primero por el RD-Ley 3/2012 y posteriormente con la Ley 3/2012, se modifica la redacción del art. 84.2 del ET, para otorgar prioridad aplicativa al Convenio de empresa respecto a los convenios de ámbito superior, habitualmente convenio provincial, autonómico o estatal sectorial, entre otras materias, sobre, letra a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa, y letra b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.

El RD-Ley 32/2012 deroga la mencionada letra a), relativa al salario base y a los complementos salariales, lo que tiene una gran trascendencia práctica, al tener prioridad aplicativa el salario de convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en relación con las cuantías salariales del convenio de empresa.

Existen excepciones a dicha prioridad aplicativa en materia salarial como es la prioridad del convenio de empresa en relación con el abono o compensación de las horas extraordinarias y en la retribución específica del trabajo a turnos, puesto que la letra b) del art. 84.2 no ha sido derogada, o, de manera más discutible, en el salario de los contratos formativos del art. 11 del ET, al referirse al convenio colectivo sin concretar si se refiere al de empresa o al sectorial superior.

Se trata de una vuelta al papel tradicional del convenio de empresa en materia salarial, que habitualmente nacía para mejor las condiciones salariales pero no para minorarlas o reducirlas, sin perjuicio de que existan otros mecanismos empresariales como la inaplicación de condiciones laborales del artículo 82.3 del ET, también denominadas cláusulas de descuelgue salarial, para cuando existan razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que hagan necesario no aplicar el salario sectorial.

Ha de tenerse presente la DT 6ª del RD-Ley 32/2021 en relación con la aplicación transitoria de la modificación del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores.

2º.- Convenio Colectivo aplicable en los supuestos de descentralización productiva, incluidas las empresas multiservicios:

Se ha introducido en el ET un nuevo apartado 6º en el artículo 42 junto con una nueva DA 27ª para excluir la aplicación del mencionado apartado a los Centros Especiales de Empleo. Una interpretación cohonestada de ambas normas junto con el art. 84.2 del ET nos daría el siguiente juego en la prioridad aplicativa:

1º.- Se aplicaría en primer lugar, como establece el segundo párrafo del art. 42.6, el convenio de empresa, pero respetando siempre el salario base y a los complementos salariales del convenio

sectorial en los términos vistos anteriormente. Aunque existen posiciones doctrinales contrarias, nótese que en relación con el convenio de empresa no se aplica la prohibición de concurrencia de convenios del apartado 1º del artículo 84 (*prior tempore potior iure*), como se deduce de la salvedad del apartado 1º el art. 84 del ET, que deja a salvo lo dispuesto en el apartado 2º, y éste claramente dispone que el convenio de empresa podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior.

2º.- Centros Especiales de Empleo, que aplicarán, en su caso, su convenio de empresa y el Convenio Colectivo General de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

3º.- El artículo 42.6 después de la declaración general de aplicación del convenio de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, incluye una salvedad, "*que exista un convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III.*". Esta salvedad de difícil hermenéutica, parece referirse a supuestos como, un posible futuro convenio colectivo de empresas multiservicios. o el convenio de contratas ferroviarias o a las denominadas contratas de gestión integral, en las que una persona trabajadora lleva a cabo varias actividades, contemplado en algunos pronunciamientos de la sala de lo social del Tribunal Supremo, como la Sentencia de 17 de marzo de 2015.

4º.- Aplicación del convenio de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata (limpieza, construcción, seguridad…etc.), cualquiera que sea el objeto social o forma jurídica de la empresa, lo que incluye las llamadas empresas multiservicios. Supone la consagración legal de la interpretación mantenida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 11 de junio de 2020 y por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en base a sus criterios operativos desde el año 2015, en aplicación del principio de especialidad de la actividad desarrollada por la empresa contratista o subcontratista. No obstante, existen posturas doctrinales contrarias, partidarias de entender que el convenio colectivo sectorial aplicable es de la actividad de la empresa principal[16] .

2. PRESTACIÓN SOCIAL EN EL MECANISMO RED

Se regula en la Disposición Adicional 41ª del TRLGSS, introducida por el artículo 3.5 del RD-Ley 32/2021, con entrada en vigor el 30 de marzo de 2022. En una primera aproximación a su análisis jurídico surge la primera duda sobre su verdadera naturaleza jurídica, es decir, si se trata o no de una prestación de la Seguridad Social, como puede ser la prestación por desempleo, por los siguientes motivos:

1º.- No se ha modificado el artículo 42 del TRLGSS, que establece la acción protectora del sistema de Seguridad social. Estableciendo el apartado 3º del mencionado art. 42 que la acción protectora comprendida en los apartados anteriores establece y limita el ámbito de extensión posible del Régimen General y de los especiales de la Seguridad Social, así como de las prestaciones no contributivas.

2º.- La propia denominación del título "Medidas de protección social", aunque es cierto que utiliza la expresión "prestación". No se remite al Título III del TRLGSS, que regula la prestación por desempleo, ni se incluye en el art. 267 del mismo cuerpo legal como situación legal de desempleo. El acceso no implicará el consumo de las cotizaciones previamente efectuadas a ningún efecto incluido el desempleo (DA 41ª. 8)

3º.- El establecimiento de un mecanismo propio de financiación fuera de la gestión del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: Se constituirá un Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (sin personalidad jurídica), adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía

[16] Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de piso", *Revista de Derecho Social*, n.º 96, 2022, pp. 38-39. Goñi Sein, J.L.: "Contratas, subcontratas y Convenio Colectivo aplicable", *Revista de Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*. pp. 91-99.

Social, para la financiación de las prestaciones y exenciones de cotizaciones, incluidos los costes de la formación. Serán recursos los excedentes de las prestaciones por desempleo (contributivo y asistencial), las aportaciones de los PGE, las aportaciones procedentes de los instrumentos de financiación de la Unión Europea orientados al cumplimiento del objeto y fines del Fondo, así como los rendimientos del Fondo. La DA 4ª del RD-Ley 4/2022 pone en marcha dicho Fondo RED y su DT 4ª establece que transitoriamente las medidas de protección social se atenderán con cargo a los presupuestos de gasto del SEPE.

4º.- No será de aplicación a esta prestación social la compensación con cuantías a percibir en concepto de prestaciones y subsidios por desempleo o de subsidio extraordinario de desempleo o de renta activa de inserción ni con las percepciones indebidas derivadas de estas prestaciones y subsidios (DT 3ª del RD-Ley 4/2022).

No obstante, los problemas hermenéuticos en relación con su naturaleza jurídica se mantienen, básicamente porque el apartado 4º del artículo 42 del TRLGSS, dispone que *cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, forma parte del sistema de la Seguridad Social.* Además, la DA 41ª se remite a los apartados 4º y 7º del art. 47 del ET y la letra f) del apartado 7º se refiere a "La prestación a percibir por las personas trabajadoras se regirá por lo establecido en el artículo 267 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y sus normas de desarrollo", y por otro lado, se señala que es incompatible con la obtención de otras prestaciones económicas de la Seguridad Social…", donde el término "otras prestaciones" puede hacer pensar que se trata de una prestación de la Seguridad Social.

Requisitos de acceso y ámbito subjetivo de aplicación:

1º.- Se ha activar, por acuerdo del Consejo de Ministros, el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo. La primera activación se ha producido por la Orden PCM /250/2022, de 30 de marzo, para las Agencias de Viaje.

2º.- Las empresas afectadas deben obtener autorización de la autoridad laboral para su aplicación, y reduzcan la jornada o suspendan los contratos.

3º.- Podrán acceder, en primer lugar, las personas trabajadoras por cuenta ajena, cuando se suspenda temporalmente su contrato o se reduzca temporalmente su jornada, siempre que su salario sea objeto de análoga reducción, sin que sea necesario acreditar un periodo mínimo de cotización, y en segundo lugar, las personas socias trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado y de sociedades laborales incluidas en el RGSS o RE que protejan la contingencia de desempleo. Se requerirá que el inicio de la relación laboral o societaria en la empresa autorizada sea anterior a la fecha del Acuerdo del Consejo de Ministros que declare la activación del mismo.

Incompatibilidad:

1º.- Será incompatible con prestaciones o subsidios por desempleo, cese de actividad, renta activa de inserción y con otras prestaciones la Seguridad Social, salvo que estas hubieran sido compatibles con el trabajo.

2º.- No podrán percibir, de forma simultánea, prestaciones derivadas de dos o más Mecanismos RED.

3º.- Será incompatible con la realización de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo. Será compatible con la realización de otro trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial. En este caso, de su cuantía no se deducirá la parte proporcional al tiempo trabajado.

Gestión y Procedimiento:

El reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de estas prestaciones, corresponde al SEPE, salvo en el Régimen Especial del Mar que corresponden al ISM, y sin perjuicio de las atribuciones reconocidas a la ITSS en materia de sanciones.

Las cantidades indebidamente abonadas serán reclamadas por el SEPE con arreglo al procedimiento de los artículos 33 y 34 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril. Transcurrido el plazo fijado para el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas o de responsabilidad empresarial sin haberse efectuado el mismo, corresponderá a la TGSS proceder a su recaudación en vía ejecutiva de conformidad con el RD 1415/2004, devengándose el recargo y el interés de demora.

Frente a las resoluciones del SEPE se podrá formular reclamación previa, en el plazo de treinta días hábiles, de acuerdo con el artículo 71 de la LRJS.

En relación con el procedimiento para la solicitud y el reconocimiento del derecho a la prestación se remite a una Orden del Ministerio de Trabajo y Economía Social, de conformidad con las siguientes reglas:

a) La empresa deberá formular la solicitud, en representación de las personas trabajadoras, en el modelo establecido al efecto en la página web o sede electrónica del SEPE. En la solicitud constarán los datos que sean necesarios para el reconocimiento del derecho. Se hará constar la naturaleza de la medida aprobada por la Autoridad Laboral y, en caso de reducción de jornada, el porcentaje máximo de reducción autorizado.

b) El plazo para la presentación será de un mes desde la notificación de la resolución de la AL, en la que se autorice o desde la fecha del certificado del silencio administrativo.

En caso de presentación fuera de plazo, el derecho nacerá el día de la solicitud. En este supuesto, la empresa deberá abonar el importe que hubiese percibido en concepto de prestación del mecanismo RED desde el primer día en que se hubiese aplicado la medida de reducción o suspensión del contrato.

c) El acceso a la prestación requerirá la inscripción de la persona trabajadora ante el Servicio Público de Empleo.

La Disposición Transitoria Tercera del RD Ley 4/2022, en espera de la precitada Orden Ministerial, establece dos especialidades:

a) El SEPE reconocerá las prestaciones con efectos del primer día en que pudieran ser aplicables las medidas, o con efectos de la fecha de presentación de la solicitud, si se presentó fuera del plazo, y las abonará una vez reciba la comunicación empresarial.

b) La empresa deberá remitir al SEPE una comunicación a mes vencido, indicando la información sobre los periodos de actividad e inactividad del mes natural inmediato anterior. En el caso de los días trabajados en reducción de jornada, las horas trabajadas se convertirán en días completos equivalentes de actividad. Previsión ya recogida anteriormente en la DT 8ª del RD Ley 32/2021, con una remisión a la resolución de la persona titular de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal.

Cuantía, duración y cotización:

La base reguladora será el promedio de las bases de cotización en la empresa por contingencias profesionales, excluidas las retribuciones por horas extraordinarias, correspondientes a los 180 días inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de aplicación de la medida. En caso de no acreditar 180 días de ocupación cotizada en dicha empresa, se calculará en función de las bases del periodo inferior acreditado en la misma.

El porcentaje será del 70 por ciento, durante toda la vigencia de la medida. La cuantía máxima mensual será el 225% del IPREM mensual vigente en el momento del nacimiento del derecho incrementado en una sexta parte. Si la relación laboral es a tiempo parcial, la cuantía máxima se determinará teniendo en cuenta el IPREM calculado en función del promedio de las horas trabajadas.

La duración de la prestación se extenderá, como máximo, hasta la finalización del período de aplicación del Mecanismo RED en la empresa.

El acceso a esta prestación no implicará el consumo de las cotizaciones previamente efectuadas a ningún efecto, ni tan siquiera de cara a futuros accesos a la protección por desempleo. A sensu contrario, el tiempo de percepción de la prestación no tendrá la consideración de periodo de ocupación cotizado para el desempleo. No obstante, el período de ocupación cotizada de seis años para acceder al desempleo se retrotraerá por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera percibido la citada prestación. En el caso de reducción de jornada, se entenderá como tiempo de percepción de prestación el que resulte de convertir a día a jornada completa el número de horas no trabajadas.

Durante la aplicación de las medidas de suspensión o reducción, la empresa ingresará la aportación de la cotización que le corresponda, debiendo el SEPE ingresar únicamente la aportación de la persona trabajadora, previo descuento de la prestación.

La prestación se suspenderá cuando la relación laboral se suspenda por otra causa (por ejemplo, por incapacidad temporal) y se extinguirá si se causa baja en la empresa por cualquier motivo o por la imposición de sanción, en los términos previstos en el TRLISOS.

En sintonía con todas las medidas sociales aplicadas durante la pandemia en los denominados ERTES COVID-19, es patente a lo largo de su regulación, el régimen privilegiado de esta nueva medida de protección social de la DA 41ª en comparación con la prestación contributiva por desempleo ordinaria o a la prestación por desempleo vinculada a los ERTES ETOP, principalmente en tres aspectos, se aplica siempre el porcentaje del 70% durante toda vigencia de la medida (en desempleo ordinario a partir del día 180 se aplica un 50%), no se requiere periodo mínimo de cotización y el contador a cero o no consumo de cotizaciones a ningún efecto. Ello ha provocado precisamente que el RD Ley 2/2022 extienda esos mismos beneficios o mejoras sociales a los ERTES por fuerza mayor o por impedimento o limitación.

2.1. MEJORAS DE LA PROTECCIÓN EN LOS ERTES POR FUERZA MAYOR

El RD Ley 2/2022 ha introducido una nueva DA 46ª en el TRLGSS, aplicable tanto a los ERTES por fuerza mayor (art. 47.5) como a los ERTES por impedimento o limitación, históricamente conocidos en la doctrina como *factum principis* (art. 47.6), para establecer los siguientes beneficios en las prestaciones contributivas por desempleo:

a) El porcentaje aplicable a la base reguladora será del 70%, durante toda la vigencia de la medida. No obstante, serán de aplicación las cuantías máximas y mínimas previstas en el artículo 270.3.

b) No implica el consumo de las cotizaciones a ningún efecto.

c) No se exige período de ocupación cotizada mínimo para acceder a las prestaciones.

La *ratio decidendi* de esta novedad legislativa parece clara, ya que constituía un auténtico agravio comparativo que los ERTES por fuerza mayor o por impedimento o limitación tuvieran menos beneficios para las personas trabajadoras que los ERTES del denominado Mecanismo RED, tanto por crisis macroeconómica como sectorial, con esta modificación legislativa se igualan las mejoras sociales.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE PAÍS VACO Nº 734/2022 DE 24 DE MARZO, SALA DE LO SOCIAL, SOBRE RELACIÓN LABORAL DE REPARTIDORES EN PLATAFORMAS DIGITALES Y PRESUNCIÓN DE VERACIDAD DE LAS ACTAS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

La Sentencia desestima el Recurso de Suplicación formulado por la empresa Glovoapp23 S.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Once de los de Bilbao, de 7 de mayo de 2021, dictada sobre Procedimiento de Oficio y entablado por la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a GLOVOAPP 23 SL.

Como aspectos a destacar que afectan a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la Sala concluye lo siguiente, en relación con la presunción de certeza de las actas de infracción:

Según el recurrente, el escrito de la demandante, en este caso la TGSS, se basa en un relato de hechos generalista y subjetivo. En segundo lugar, entiende que el acta de origen de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se basa en simples apreciaciones globales o calificaciones jurídicas al no recoger las circunstancias concretas de cada repartidor y recoger solo los elementos de hecho que se refieren a la laboralidad. Por tanto, afirma que los hechos incluidos en la demanda no gozan de presunción de certeza, ni de veracidad, debiendo ser la demandante quien demuestre que respecto a los repartidores concurren las notas de dependencia y ajenidad.

Según expone la Sentencia, cuando se elabora una demanda y aunque sea en un procedimiento de oficio, es porque su redactor, en este caso la TGSS, piensa que lo allí desglosado y finalmente solicitado corresponde, cuando menos, a su realidad y aunque esta pueda ser más o menos subjetiva. Por tanto, no puede acusarla de falta de objetividad porque consigne los datos que entienda como más adecuados para ratificar el acta de la ITSS que está en su origen.

Finalmente concluye que corresponde a la demandada aportar las pruebas que destruyan esa presunción de certeza, conforme a lo establecido en el artículo 150.2 d), de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en virtud del cual:

"*d) Las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso harán fe salvo prueba en contrario, incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada*"

Por tanto y aunque pueda haberse producido algún déficit en el acta de referencia y, sobre todo, en su traslación fáctica a la sentencia recurrida, no puede suponer alterar la carga probatoria haciendo caso omiso y de manera absoluta, de lo establecido en el precitado artículo 150.2.d), de la Ley 36/2011, de 10 de julio.

Laborum

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

nº 32 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La protección por desempleo de las personas trabajadoras al servicio del hogar: barreras jurídicas y económicas que se han superado[1]

Unemployment protection for domestic workers: legal and economic barriers that have been overcome

Daniel Pérez del Prado *Profesor Titular (i) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad Carlos III de Madrid
https://orcid.org/0000-0001-7106-6769

Cita Sugerida: PÉREZ DEL PRADO, D.: «La protección por desempleo de las personas trabajadoras al servicio del hogar: barreras jurídicas y económicas que se han superado», *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 32 (2022): 243-258

Resumen

A lo largo de estas páginas se analizan las particulares condiciones de trabajo y sociales en las que se encuentran las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar en el momento de producirse la reforma operada por el RDL 16/2022 y la ratificación del Convenio 189. A partir de ahí, se desarrollan las razones jurídicas y económicas que han dado pie a este importante cambio normativo.

Abstract

This article examines the particular working and social conditions of domestic workers at the time of the reform brought about by Royal Decree-Law 16/2022 and the ratification of Convention 189. The legal and economic justification for this important regulatory change are then developed.

Palabras clave

trabajo doméstico; trabajo del hogar; desempleo

Keywords

domestic work, house work, unemployment

1. INTRODUCCIÓN: LA SITUACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

El pasado mes de septiembre, el RDL 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar (en adelante, RDL 16/2022)[2] procedía a poner fin a la histórica discriminación[3] que padecían las personas trabajadoras de este sector, consistente en el hecho de haber estado excluidas del sistema de protección por desempleo[4]. Esto, a su vez, hizo desaparecer el principal obstáculo que impedía la ratificación del Convenio 189 de la OIT, lo que fue autorizado por el Congreso el pasado 9 de junio.

La procedencia de esta reforma legislativa y la alineación de nuestro ordenamiento jurídico con las exigencias del Convenio 189 era absolutamente necesaria si se tiene en cuenta las especiales

[1] Este trabajo forma parte del proyecto de investigación "La dimensión socio-laboral de los riesgos asociados al cambio tecnológico: Conceptualización, prevención y reparación" (PID2021-124979NB-I00).

[2] BOE 08/09/2022, núm. 216.

[3] Tal y como declaró el TJUE, según veremos más adelante.

[4] La ausencia de protección por desempleo es una característica constante de esta actividad desde que se reguló por primera vez el régimen especial de empleados del hogar a través del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico. BOE de 15 de octubre de 1969, núm. 247.

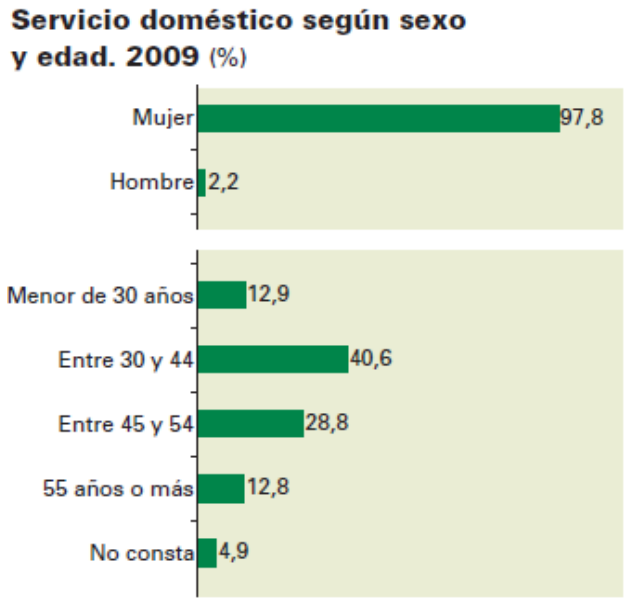
Fecha Recepción: 03/10/2022 - Fecha Aceptación: 04/10/2022
Pags. 243-258

condiciones de trabajo y de protección social que sufrían y aún sufren las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar.

Que la situación laboral y social de las personas trabajadoras de este sector no es la deseable es algo que han puesto de manifiesto la mayor parte de los estudios que se han hecho hasta la fecha[5]. Esto es debido a múltiples factores, entre los que destacan el sector de actividad, el modo de prestación del servicio, la regulación de sus condiciones de trabajo y la cobertura dispensada por la Seguridad Social.

Junto a la anterior descripción general, podríamos describir el sector del empleo en el hogar familiar en torno a varias coordenadas básicas. En primer lugar, el trabajo doméstico es un sector fuertemente feminizado. Tal y como muestra el siguiente gráfico, la práctica totalidad de la mano de obra está integrada por mujeres (97.8%) de mediana edad (el grupo mayoritario es de aquellas que tienen entre 30 y 44 años –40,6%–, seguido del de entre 45 y 54 años –28,8%–).

Gráfico 1



Fuente: INE

En segundo lugar, es un sector con fuerte presencia de trabajadoras inmigrantes. Aunque no son la mayoría del sector, pues las españolas suponen el 58,1% del total, lo cierto es que tienen un peso destacado, especialmente rumanas (21,4%), ecuatorianas (11,1%) y bolivianas (11%)[6], tal y como muestra el siguiente gráfico.

[5] Colectivo IOÉ, *El Servicio Doméstico en España. Entre el trabajo invisible y la economía sumergida*, Juventud Obrera Cristiana de España, Madrid, 1990; Sanz Saez, C., *Régimen prestacional de las empleadas de hogar: análisis crítico y perspectivas de cambio*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016.

[6] Fuente: INE 2009.

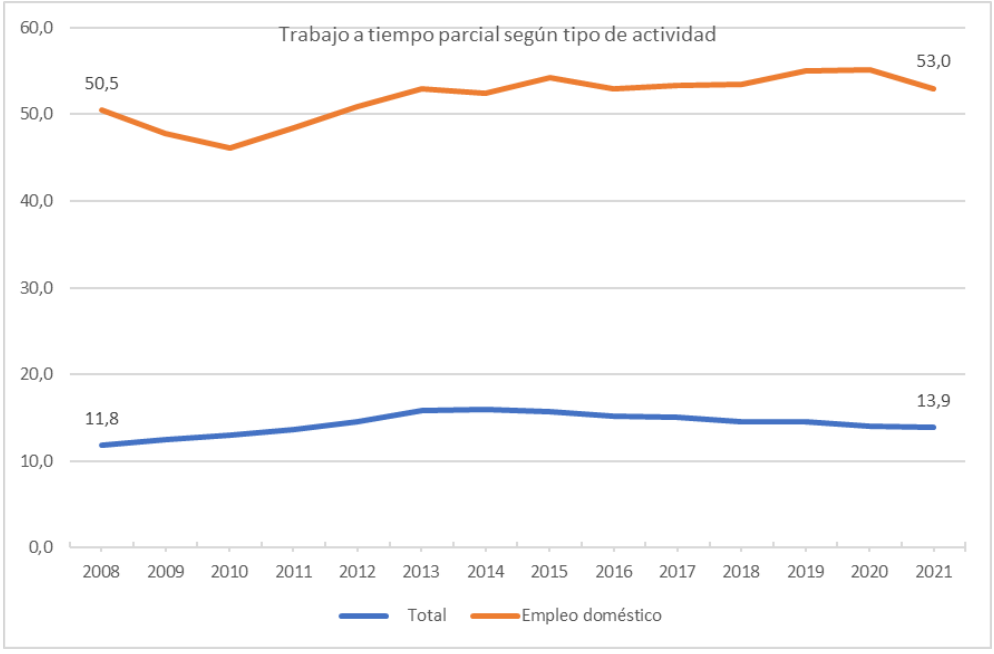
Gráfico 2



Fuente: INE

En tercer lugar, el trabajo doméstico se desarrolla frecuentemente a tiempo parcial. Como puede comprobarse en el siguiente gráfico, el porcentaje de personas trabajadoras a tiempo parcial en este sector casi quintuplica al del conjunto de la población. Además, en los últimos ha venido experimentando un ligero crecimiento, en torno a tres puntos más, algo mayor que el resto de la población trabajadora, que ha crecido en cuatro puntos.

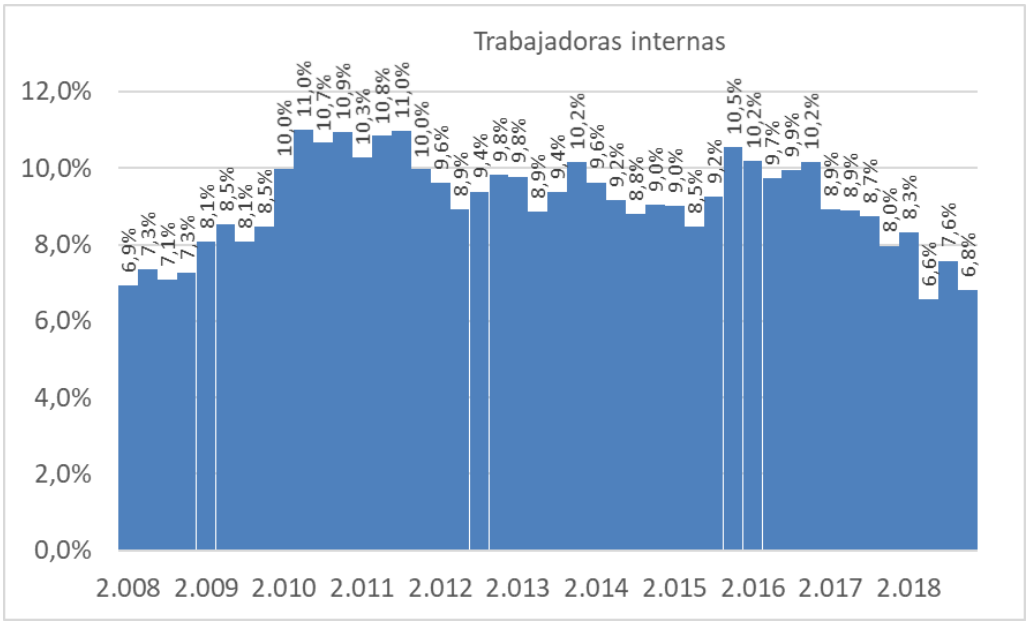
Gráfico 3



Fuente: elaboración propia a partir de la EPA.

En cuarto lugar, otra de las notas características del sector es la de contar con trabajadoras internas[7], esto es, que residen de forma permanente en el hogar familiar del empleador. El siguiente gráfico muestra la evolución experimentada en los últimos años. Como puede comprobarse, tras un ligero incremento durante la crisis, que llevó el porcentaje de internas al 11%, hoy las cifras vuelven a situarse en el entorno del 6-7%, que es justo el que teníamos antes de la recesión.

Gráfico 4



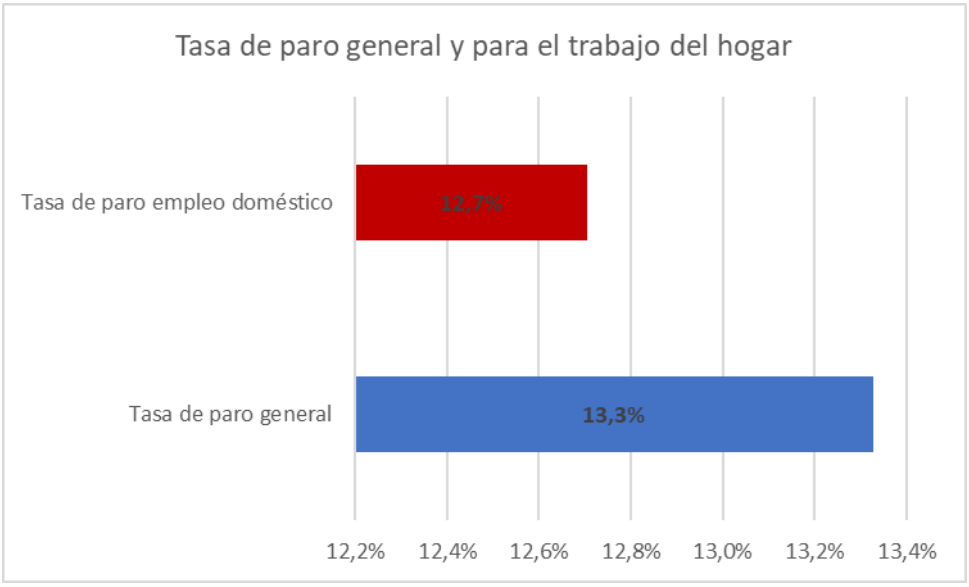
Fuente: Nieto Rojas (2019).

Por último, aunque como puede comprobarse en el siguiente gráfico las empleadas del hogar parecen sufrir una menor tasa de paro que el conjunto de la población. No obstante, este dato no debe llevarnos a engaños, pues puede estar encubriendo un buen número de trabajadoras en el empleo sumergido, que es otra de las características que habitualmente se atribuye al sector.[8]

[7] Nieto Rojas, P., «Trabajo doméstico y derechos colectivos. Algunas reflexiones al hilo del RD. 1620/2011 y del Convenio 189 OIT», *Lex social: revista de los derechos sociales*, 2, 2019, p. 398.

[8] Sanz Sáez, C., *Régimen prestacional de las empleadas de hogar: análisis crítico y perspectivas de cambio*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, p. 126.

Gráfico 5



Fuente: elaboración propia a partir de la EPA. Datos cuarto trimestre de 2021.

En suma, el empleo doméstico es un trabajo feminizado, con fuerte presencia extranjera, frecuentemente a tiempo parcial y, probablemente, con importantes bolsas de empleo sumergido.

2. RAZONES JURÍDICAS PARA UN TRATAMIENTO IGUALITARIO: EL ORIGEN DE LA REFORMA

Los datos anteriores evidencian que, aunque la intervención normativa operada por el RDL 16/2022[9] se ha justificado sobre la base de otorgarles un tratamiento no discriminatorio, lo cierto es que los cifras aportan que existían buenas razones también del lado económico y social. Dejando estos últimos para el siguiente apartado y centrándonos por ahora en lo jurídico, lo cierto es que no ha sido hasta una época relativamente reciente cuando las condiciones sociales y de trabajo de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar han despertado un cierto interés en el legislador.

Ya en el año 2007 hubo un intento de ratificar el Convenio 189 de la OIT, ratificación cuyo principal obstáculo era precisamente el coste que implicaba, entre otras exigencias, la extensión de la cobertura por desempleo a este grupo de personas trabajadoras, además de por los problemas técnicos y prácticos que plantearía la reforma legal de las formas de extinción[10]. Sin embargo, la crisis económica que comenzó un año después paralizó este intento reformador.

No sería hasta cuatro años después cuando la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social[11], estableciera en su DA 39ª la incorporación de los empleados de hogar en el régimen general de la Seguridad Social. La integración en el régimen general se produjo a través de la figura del sistema especial, previsto en el art. 11 LGSS.

Aunque esta norma no introdujo cambio alguno en lo que hace a la cobertura del desempleo de las trabajadoras del hogar, sí abrió una vía para que en el futuro esto se produjera, al remitir

[9] BOE 8-9-2022, núm. 216.

[10] García González, G., «Derechos sociales y empleados del hogar: reformas jurídicas inaplazables para la dignificación del trabajo doméstico en España», *Revista de Derecho Social*, vol. 77, 2017, pp. 83-104.

[11] BOE de 2 de agosto de 2011, núm. 184.

esta cuestión a la nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, que el Gobierno debía dictar con efectos 1 de enero de 2012[12]. Esta remisión fue cuestionada, pues suponía posponer una decisión en materia de Seguridad Social, que la propia norma abordaba, a otra de índole laboral posterior[13].

Sea como fuere, lo cierto es que la mencionada evaluación y, por consiguiente, la decisión acerca de la posible incorporación de estas trabajadoras al sistema de protección por desempleo se postergó una vez más. La DA 2ª RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar[14] establecía que, con anterioridad al 31 de diciembre de 2012, debía realizarse un informe sobre «la viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera». El mandato no se llegó a materializar[15], en buena medida por los fuertes ajustes financieros que España se vio obligada a adoptar durante la Gran Recesión.

En el año 2013 la Comisión de Empleo y Seguridad Social aprobó por unanimidad una enmienda transaccional a la Proposición no de Ley sobre ratificación del Convenio número 189 de la OIT y la Recomendación número 201 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos. Dicha enmienda transaccionada y consensuada con todos los grupos de la Cámara instaba al Gobierno a: «que en un plazo razonable evalúe la posibilidad de someter a ratificación el Convenio número 189 y la recomendación número 201 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y, en consecuencia, adapte la legislación española en el sentido que regulan los citados textos»[16].

A pesar de este claro posicionamiento político, no hubo más movimientos hasta que, forzado por las circunstancias o, más concretamente, por el TJUE, el legislador se ha visto obligado a actuar. La STJUE de 24 de febrero de 2022[17], asunto C 389/20, estableció que no son compatibles con el ordenamiento de la Unión Europea las normas de Seguridad Social que sitúen a las personas trabajadoras en el hogar familiar en desventaja particular con respecto al resto de personas trabajadoras, no estando justificado tal tratamiento justificado por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

En concreto, considerando la manifiesta, incontrovertida y absoluta feminización del Sistema Especial de empleo en el hogar familiar, tal y como evidencian los datos a que hemos hecho referencia con anterioridad, el Tribunal reconoce que la exclusión de la protección por desempleo entraña, a priori, una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al artículo 4.1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo[18] , 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, cuestionando que pueda

[12] DA 39ª, apartado 3 f).

[13] García González, G., «Derechos sociales y empleados del hogar: reformas jurídicas inaplazables para la dignificación del trabajo doméstico en España», cit., p. 91.

[14] BOE de 17 de noviembre de 2011, núm. 277.

[15] García González, G., «Derechos sociales y empleados del hogar: reformas jurídicas inaplazables para la dignificación del trabajo doméstico en España», cit., p. 91.

[16] Posteriormente, el Congreso ha aprobado al menos dos Proposiciones no de Ley instando al Gobierno a proceder a la ratificación, la última en fechas relativamente recientes: BOCG, Serie D, Núm. 20, 23 de febrero de 2016, p. 15. BOECG, Serie D, Núm. 391, 16 de julio de 2018, p. 19.

[17] Monereo Pérez, J. L.; López Insua, B. M., «Discriminación indirecta y reconocimiento de las prestaciones por desempleo a las empleadas del hogar: un punto de partida para la consecución de una plena igualdad», *La Ley Unión Europea*, 101, 2022, Wolters Kluwer; Monereo Pérez, J. L.; Rodríguez Iniesta, G., «La legislación española que excluye constitutivamente de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar, resulta discriminatoria y contraria al derecho social de la Unión Europea: Conclusiones del Abogado General del TJUE en el asunto C 389/20», *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, 29, 2021, Laborum.

[18] DOUE 10/01/1979, vol. 2, L 6/24

contar con una justificación objetiva y ajena a dicha discriminación, en términos de objetivos legítimos y coherentes de política social, y de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Las particularidades que tradicionalmente se habían señalado como razones para justificar este tratamiento diferenciado son rechazadas por el TJUE, al considerar que no son exclusivas del citado sector, extendiéndose a otros colectivos con condiciones de trabajo muy similares y respecto de los cuales no existen diferencias en el nivel de protección social (y laboral), como es el caso de «los jardineros y conductores particulares o los trabajadores agrícolas y los trabajadores contratados por empresas de limpieza» (FJ. 61).

Este argumento va en línea con los que ya había puesto la doctrina encima de la mesa, en particular en relación con la exclusión de la protección por desempleo. Así, se ha dicho que, aunque en el momento del nacimiento de la relación laboral especial de empleadas del hogar pudiera tener sentido su exclusión de la protección por desempleo, pues al fin y al cabo se vinculó a un peculiar sistema de aseguramiento, más cercano al de los trabajadores por cuenta propia que al de los trabajadores por cuenta ajena, hoy en día carecería de sentido mantener tal exclusión cuando es pacífica su condición de trabajadores por cuenta ajena[19]. Además, la ausencia de protección de las trabajadoras del hogar, contrastaba con la progresiva cobertura de la protección por desempleo a colectivos de trabajadores por cuenta ajena (agrarios, del mar, ferroviarios, jugadores profesionales, de fútbol, representantes de comercio, minería del carbón, toreros y artistas)[20] o los propios trabajadores por cuenta propia a través del cese de actividad.

Sea como fuere, lo cierto es que la mencionada sentencia no daba más opciones que la adopción de la reforma legal a que hemos hecho referencia, lo que a su vez dejaba expedita la vía hacia la ratificación del Convenio 189. En concreto, los cambios introducidos por el RDL 16/2022 pueden resumirse de la siguiente forma[21]:

En primer lugar, la norma elimina el apartado cuarto del art. 3 de la LPRL y añade una disposición adicional decimoctava a fin de garantizar, a través del correspondiente desarrollo reglamentario, un nivel de protección de la seguridad y salud de las personas al servicio del hogar familiar equivalente a la de cualquier otra persona trabajadora en materia preventiva.

En segundo lugar, se modifica el art. 33.2 ET con el objetivo proporcionar cobertura de garantía salarial al colectivo de personas trabajadoras al servicio del hogar, incluyéndolas en su ámbito subjetivo. Esto se acompaña de varias modificaciones en el RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial[22], a través de las que se reconoce, por un lado, la obligación de cotización de las personas empleadoras del servicio doméstico y, por otra, se proporciona una cobertura indemnizatoria a las personas trabajadoras del servicio doméstico en los casos de insolvencia o concurso de las empleadoras.

---

[19] García Ninet, J. I., *Propuestas para un cambio de régimen jurídico de los empleados de hogar,* Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, p. 111. García Viña, J., *Aspectos laborales de salud laboral y de seguridad social de los empleados del hogar*, Editorial Comares, Granada, 2009, pp. 184-185. Luján Alcaraz, J., *El régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 87-88.

[20] Guerrero Padrón, T., «Inmigración femenina y servicio doméstico: resurgimiento de un régimen especial de seguridad social decadente», *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, vol. 7, 2008, p. 40.

[21] Para un primer análisis de la reforma, véase: Rojo Torrecilla, E., «Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Notas introductorias y texto comparado con la normativa derogada o transitoriamente vigente.», 2022, fecha de consulta 1 octubre 2022, en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/09/real-decreto-ley-162022-de-6-de.html; Sanz Saez, C., «La necesidad de la reforma de las trabajadoras del cuidado y del servicio doméstico», *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2022, fecha de consulta 28 mayo 2022, en https://www.aedtss.com/la-necesidad-de-la-reforma-de-las-trabajadoras-del-cuidado-y-del-servicio-domestico/.

[22] BOE 17/04/1985, núm. 92.

En tercer lugar, se suprime la letra d) del art. 251 LGSS, a efectos de que no quede excluida de la acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar la correspondiente al desempleo. Con la misma finalidad, se modifica el art. 267 LGSS a fin de que conste como situación legal de desempleo la extinción por causa justificada contemplada en el nuevo art. 11.2 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (en adelante RD 1620/2011)[23]. En este sentido, debe recordarse que la reforma ha procedido a eliminar la figura del desistimiento y sustituirla por causas objetivas de extinción. Así, además de las generales dispuestas en el art. 49 ET, el art. 11.2 RD 1620/2011 prevé ahora otras particulares como: a) disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida; b) modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescinda de la persona trabajadora del hogar; y c) el comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora.

En cuarto lugar, como medida transitoria de apoyo se establece una cotización reducida durante el año 2022, sin perjuicio de que, a partir de enero de 2023, haya de hacerse en los términos que se establezcan en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Una vez incluida la prestación por desempleo dentro de la acción protectora del sistema especial de empleados y empleadas de hogar, la cotización por desempleo deviene obligatoria, cambio que implica un coste que esta medida pretende suavizar. De hecho, también se actualiza el contenido de la DT 16ª LGSS, relativa a las bases y tipos de cotización y acción protectora en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, incluyendo la escala de retribuciones y bases aplicable durante el año 2023.

Por último, se opera una completa reforma del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, para eliminar las diferencias injustificadas en las condiciones de trabajo de las personas incluidas en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar con relación al resto de personas trabajadoras por cuenta ajena, e introducir buena parte de los cambios normativos descritos en esta norma especial.

En suma, a pesar de diversos intentos, ha tenido que ser el TJUE el que pusiera de manifiesto la existencia de discriminación indirecta, desencadenando una reforma legislativa que, por tardía, no deja de menos pertinente. Como se ha dicho «la norma comentada ofrece una mejora sustancial de condiciones de trabajo y de protección social para las trabajadoras del hogar en una equiparación de derechos básicos que ha tardado tiempo en poder materializarse, víctimas también de la crisis europea y de las políticas de austeridad que gobernaron este país, y que tras sucesivos retrasos, ha podido llevarse a cabo dentro del programa de reformas sociales emprendido por el gobierno de coalición progresista y el Ministerio de Trabajo y Economía Social»[24].

3. LAS RAZONES ECONÓMICAS DEL CAMBIO

Como puede comprobarse, entre los diversos problemas jurídicos que son causa del trato discriminatorio sufrido por las personas trabajadoras del hogar familiar ocupa un lugar central la protección por desempleo, cuyo coste se esgrimía como la principal razón de todas[25]. A su vez, esta era causa y consecuencia de la falta de ratificación del Convenio 189 OIT, ya que art. 14 establece que «todo Miembro […] deberá adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social»[26].

[23] BOE 17/11/2011, núm. 277.

[24] Baylos Grau, A. P., «La mejor de las condiciones de trabajo y de la Seguridad Social de las trabajadoras al servicio del hogar familiar», *Según Antonio Baylos...*, 2022, fecha de consulta 10 septiembre 2022, en https://baylos.blogspot.com/2022/09/la-mejora-de-las-condiciones-de-trabajo.html.

[25] Desdentado Daroca, E., «Las reformas de la regulación del trabajo doméstico por cuenta ajena en España», *Investigaciones feministas*, vol. 7, 2016, p. 148.

[26] A este respecto, la OIT ha señalado que la expresión "la protección de la seguridad social" debería guiarse por las nueve ramas clásicas de la seguridad social descritas y definidas en el Convenio 102 sobre la seguridad social

Pero, ¿existían verdaderos motivos económicos para excluir de la acción protectora del sistema de protección por desempleo a las trabajadoras al servicio del hogar familiar? Desde un punto de vista económico, el asunto puede analizarse desde dos perspectivas diferentes. Por una parte, desde el punto de vista del coste, que es la que estuvo presente en el debate político. Por otra, desde el plano de los incentivos, mucho menos frecuente en los análisis.

Comenzando por este último, el argumento central es que no podía darse acceso a la protección por desempleo, pues ello daría pie a conductas estratégicas por parte de las personas empleadoras y empleadas, propiciando de esta forma el fraude.

Es cierto que evitar el fraude en la Seguridad Social o en cualquier otro ámbito público es un principio rector que ha de marcar la acción política de cualquier Administración. De hecho, en este concreto ámbito, la prevención del fraude, se encuentra entre las actividades esenciales del INSS y de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social[27]. Aun así, son pocos los estudios que se han llevado a cabo en lo que hace el tamaño del empleo irregular en el sector, prácticamente inexistentes en lo relativo al fraude en las prestaciones que tienen reconocidas. Lo primero permitiría determinar cuál podría ser el coste aproximado en caso de que aflorara. Lo segundo constituiría un indicador aproximado de cómo sería el fraude en el ámbito particular del desempleo

Según el estudio del Colectivo Ioé, el alta en la Seguridad Social se registra sólo en el 13% de los hogares que tienen empleadas por horas, sea cual sea su nacionalidad, y es más frecuente cuando el trabajador o la trabajadora es inmigrante que cuando es de origen español. Además, en la esfera privada, más del 60% trabajan de manera irregular, sin seguridad ni protección social y con salarios de rango variable. Esto implica que el empleo irregular en el sector oscilaría entre las 200.000 y las 250.000 personas[28].

En un contexto sociosanitario, el informe de Cuanter S.A. (2001) señala que tan sólo un 17,4% de las empleadas de hogar (entrevistadas en una encuesta específica a partir de una muestra representativa a nivel nacional) afirma estar dada de alta en la Seguridad Social, cuando el régimen sería aplicable a un 64,2%. Por tanto, un 46,8% de las empleadas de hogar no estarían afiliadas, aun teniendo derecho[29].

Por su parte, la investigación de Cabo, González y Roces muestra, a partir de las encuestas específicas, que el sector del empleo doméstico alcanzaría un porcentaje de empleo irregular en relación al empleo total del 66,5%, lo que supondría el 29,8% del total del empleo femenino irregular[30].

Al margen de lo anterior, estos análisis, como se adelantó, no se detienen en el fraude en prestaciones. Ello es lógico teniendo en cuenta que el principal problema no estriba tanto en cómo se hace uso de la protección dispensada por la Seguridad Social como en el hecho de que exista una cobertura efectiva del sistema.

A este respecto, las dificultades de acceso de la Inspección al centro de trabajo, esto es, el hogar familiar, suele ser una cuestión que se sitúa en el centro del debate[31]. En efecto, conforme a lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de

(norma mínima). Estas nueve ramas son: asistencia médica; prestaciones monetarias de enfermedad; prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez; prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional; prestaciones familiares; prestaciones de maternidad; prestaciones de invalidez; y prestaciones de sobrevivientes. OIT, *Protección social del trabajo doméstico. Tendencias y estadísticas*, Ginebra, 2016, p. 8.

[27] Arts. 133 y 297 LGSS.

[28] Colectivo IOÉ, *Mujer, inmigración y trabajo.*, IMSERSO, Madrid, 2001.

[29] Cuanter, S.A., *Estudio sociosanitario de las empleadas de hogar*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2001.

[30] De Cabo, G.; González, A.; Roces, P., *La presencia de las mujeres en el empleo irregular*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2005, pp. 241-271.

[31] Muñoz Molina, J., «Nueva regulación del régimen laboral y de seguridad social de los empleados del hogar», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 4, 2013, p. 95.

Trabajo y Seguridad Social[32], «si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de una persona física, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial», lo que mengua notablemente la potencial eficacia de la labor de inspección. El motivo de tal limitación es obvio, pues está en juego el derecho a la intimidad personal y familiar consagrado en el art. 18 CE del titular del hogar y de su familia.

No obstante, también se ha señalado que, frente a la visión tradicional, el conflicto no deja de plantearse entre dos derechos fundamentales, el mencionado art. 18 CE y la integridad física a que se refiere el art. 15 CE. De ahí que «la solución al problema apuntado no deba pasar por subordinar los derechos laborales constitucionales a los del hogar familiar, sino en buscar un equilibrio entre ambos»[33] . Este, el de la ponderación entre los derechos fundamentales en juego, es el posicionamiento que adopta el Convenio 189, cuando su art. 17.3 dispone que «en la medida en que sea compatible con la legislación nacional, en dichas medidas se deberán especificar las condiciones con arreglo a las cuales se podrá autorizar el acceso al domicilio del hogar, en el debido respeto a la privacidad». En el mismo sentido se alinea el apartado 24 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de abril de 2016, sobre las trabajadoras domésticas y las cuidadoras en la UE cuando «pide [a los Estados miembros] que, en la medida en que sea compatible con las legislaciones nacionales, se especifiquen en dichas medidas las condiciones con arreglo a las cuales se podrá autorizar el acceso al domicilio del hogar, con el debido respeto a la privacidad»[34]. El RDL 16/2022 no establece, sin embargo, ningún tipo de medida a este respecto.

Por lo que respecta a lo segundo, cuál es coste que la protección por desempleo en este sector llevará aparejado, hay que tener en cuenta que la cobertura de la protección por desempleo de las trabajadoras al servicio del hogar familiar no es algo extraño en los países de nuestro entorno. La siguiente tabla muestra las diversas contingencias protegidas por los sistemas de seguridad social de un conjunto de setenta países. Como puede comprobarse, de ellos, veintiséis tienen incluido el desempleo entre las contingencias cubiertas por el sistema, es decir, casi un 40% del total.

Si analizamos este grupo de Estados, nos encontramos con que casi la mitad, doce, son miembros de la UE[35]. En particular, todos los países nórdicos, Benelux, Francia, Alemania, Reino Unido, Italia y Portugal. Con excepción del Reino Unido, todos los demás son también miembros de la zona euro. Es cierto que los modelos de Seguridad Social de estos países son diferentes y que la intensidad de la protección también diferirá. Tampoco lo es menos que el tamaño y situación del empleo doméstico en cada uno de ellos puede presentar también rasgos muy distintos. Sin embargo, aun teniendo en cuenta estos elementos, es innegable que, si el coste fuera elevado, la muestra de países sería mucho más reducida.

[32] BOE de 22 de julio de 2015, núm. 174.

[33] García González, G., «Derechos sociales y empleados del hogar: reformas jurídicas inaplazables para la dignificación del trabajo doméstico en España», cit., p. 93.

[34] Puede consultarse el texto completo en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0053_ES.html

[35] La muestra incluye un total de 16 países de Europa occidental. Ver OIT, *Protección social del trabajo doméstico. Tendencias y estadísticas*, cit..

Tabla 1. Contingencias cubiertas por los sistemas nacionales de seguridad social para el trabajo doméstico

País	Tipo de régimen (general o especial)	Tipo de cobertura (obligatoria o voluntaria)	Tipos de prestaciones cubiertas para el trabajo doméstico						
			Atención médica	Pensiones (vejez, invalidez, sobrevivientes)	Prestación de enfermedad	Prestación de desempleo	Prestación en caso de lesiones profesionales	Prestación familiar	Prestación de maternidad
Argelia	Especial	Obligatoria	●	●	○	○	○	○	○
Argentina	General	Obligatoria	●	●	●	○	●	●	●
Austria	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	●	●
Bélgica	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	●	●
Bolivia	General	Obligatoria	●	○	○	○	○	○	○
Brasil	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	○	●
Bulgaria	General	Obligatoria	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E
Cabo Verde	General	Obligatoria	●	●	●	○	●	●	●
Canadá	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	●	●
Chile	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	○	●
China (Hong Kong)	Especial	Obligatoria	●	○	○	○	●	○	○
Colombia	General	Obligatoria	●	●	●	○	●	○	●
Costa Rica	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	○	●
Cuba	General	Obligatoria	●	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E
República Checa	General	Obligatoria	●	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E
Dinamarca	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	●	●
Ecuador	General	Obligatoria	●	●	●	○	●	○	●
Egipto	Especial	Obligatoria	○	●	○	○	○	○	○
El Salvador	Especial	Voluntaria	●	○	○	○	○	○	●
Fiji	General	Voluntaria	●	●	○	○	○	●	○
Finlandia	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	●	●
Francia	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	●	●
Gabón	General	Obligatoria	○	●	○	○	○	○	○
Alemania	Especial	Obligatoria	●	●	●	●	●	●	●
Grecia	General	Obligatoria	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E
Guatemala	Especial	Voluntaria	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E
Honduras	Especial	Voluntaria	●	○	○	○	○	○	○
Hungría	General	Obligatoria	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E
Islandia	General	Voluntaria	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E
Indonesia	General	Obligatoria	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E
Irlanda	General	Obligatoria	●	●	●	●	○	●	●
Israel	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	●	●
Italia	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	●	●
Kenia	General	Obligatoria	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E
República de Corea	General	Voluntaria	○	○	○	●	●	○	○
Letonia	General	Obligatoria	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E

País	Tipo de régimen (general o especial)	Tipo de cobertura (obligatoria o voluntaria)	Tipos de prestaciones cubiertas para el trabajo doméstico						
			Atención médica	Pensiones (vejez, invalidez, sobrevivientes)	Prestación de enfermedad	Prestación de desempleo	Prestación en caso de lesiones profesionales	Prestación familiar	Prestación de maternidad
Lituania	General	Obligatoria	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E
Luxemburgo	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	●	●
Malasia	General	Voluntaria	○	●	○	○	○	○	○
Malí	General	Obligatoria	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E
Mauritania	General	Obligatoria	○	●	○	○	●	○	○
Mauricio	General	Obligatoria	○	●	○	○	●	○	○
México	Especial	Voluntaria	●	●	●	●	○	○	●
Países Bajos	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	●	●
Nueva Zelanda	General	Obligatoria	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E
Nicaragua	General	Obligatoria	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E
Noruega	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	●	●
Panamá	General	Obligatoria	●	●	●	○	○	○	●
Paraguay	Especial	Obligatoria	●	○	●	○	●	○	●
Perú	General	Obligatoria	●	●	●	○	○	○	●
Filipinas	General	Obligatoria	●	●	●	○	●	○	●
Polonia	General	Obligatoria	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E
Portugal	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	●	●
Rumania	General	Obligatoria	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E
Federación de Rusia	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	○	●
Senegal	General	Obligatoria	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E
Singapur	General	Obligatoria	●	●	●	○	○	○	●
Sudáfrica	General	Obligatoria	○	○	●	●	○	○	●
España	General	Obligatoria	●	●	●	○	●	●	●
Suecia	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	●	●
Suiza (Cantón de Ginebra)	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	●	●
Togo	General	Obligatoria	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E	S/E
Túnez	Especial	Obligatoria	●	●	○	○	●	○	○
Turquía	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	○	●
Reino Unido	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	●	●
Estados Unidos	Especial	Obligatoria	●	●	○	○	●	○	○
Uruguay	General	Obligatoria	●	●	●	●	●	●	●
Venezuela	General	Obligatoria	NS	NS	NS	NS	NS	NS	NS
Vietnam	General	Obligatoria	●	●	●	○	●	○	●
Zambia	General	Obligatoria	S/E	●	●	○	●	○	●

Notas:
● Con cobertura para las trabajadoras domésticas.
○ Sin cobertura para las trabajadoras domésticas.
S/E: No se especifica

Fuente: OIT 2016

Junto a lo anterior y por lo que se refiere al coste en sí, no hemos encontrado datos o estudios que permitan valorar el coste del cambio introducido por el RDL 16/2022 pues, como hemos señalado con anterioridad, el análisis que impuso al Gobierno el RD 1620/2011 nunca vio la luz. El único dato oficial que se ha hecho público es que, según los cálculos del Gobierno, el gasto de la prestación por desempleo para las empleadas del hogar oscilaría entre 275 y 382 millones de euros anuales. A esto, habría que sumar los 130,3 millones de euros que el Ejecutivo estima del coste de la bonificación en las cotizaciones. Es decir, el Ejecutivo plantea un escenario de coste máximo de unos 512 millones. Al

tiempo del cierre de este estudio no se ha publicado tampoco el proyecto de presupuestos, por lo que no se disponen de cifras que permitan corroborar si estas previsiones se mantienen.

Sea como fuere, con valor meramente exploratorio o tentativo, desarrollemos algunos cálculos generales que, sin valor en cuanto al coste concreto que la mencionada extensión podría llevar aparejada, sí nos permitan determinar la magnitud general de las cifras de las que estaríamos hablando[36]. De esta forma seremos capaces de corroborar hasta qué punto estas cifras se encuentran ajustadas a la realidad.

En el año 2021, la cuantía media de la prestación contributiva por desempleo por beneficiario fue de 896,7 euros mensuales[37]. Si multiplicamos esta cuantía por doce pagas, arroja un resultado de 10.760,4 euros de media al año.

De otra parte, ese mismo año, el número de personas ocupadas en sector rondó de media los 553.000[38], el de paradas se situó en el entorno de los 77.000[39], mientras que los activas ascendieron a 630.000[40]. Si a ello le sumamos una cifra de empleo sumergido de alrededor de 250.000 personas (*vid. supra.*), que se verían incentivado a aflorar como consecuencia de la mejora en la acción protectora, nos encontraríamos con que el conjunto de la población activa del sector rondaría los 880.000 activos.

Si multiplicamos la cuantía anual media al año por el número medio de personas paradas ese año más las estimaciones de empleo irregular el resultado es unos 3.250 millones de euros. ¿Es esto mucho o poco dinero? Teniendo en cuenta que el gasto en prestaciones de desempleo superó los 24 millones de euros ese año[41], supondría en torno al 15% del presupuesto.

Tabla 3. Cálculos generales sobre el coste de cobertura: todos los parados y empleo irregular

Año 2021

Cuantía	896,7 euros al mes × 12= 10.760,4 euros
Beneficiarios	77.000 + 250.000 = 327.000
Coste	327.000 × 10.760,4 = 3.618.650.800
% Respecto del Total	**3.618.650.800 / 24.525.573.000 = 14,75%**

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del INE y MTSS

Nótese que los cálculos son muy exagerados. Estamos asumiendo que el conjunto del empleo sumergido se quedaría en desempleo, que todos ellos percibirían la prestación media, ninguno la asistencial y no habría vacíos de cobertura. Intentemos, por ello, ajustar un poco más.

[36] Pérez Del Prado, D., «El debate en torno a la protección por desempleo en el empleo doméstico», en Sanz Saez, C. (ed.) *Reflexiones sobre el empleo doméstico: de dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, Gobierno Vasco, 2020.

[37] Estadísticas de prestaciones por desempleo. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Cuantía media diaria multiplicada por 30.

[38] Fuente: INE. Ocupados por tipo de jornada, sexo y rama de actividad. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada rama. Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico; actividades de los hogares como productores de bienes y servicios para uso propio. En concreto, del cuarto al primer trimestre respectivamente (en miles): 518,8; 557,3; 584,7; 556,3.

[39] Fuente: INE. Parados por sexo y rama de actividad Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada rama. Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico; actividades de los hogares como productores de bienes y servicios para uso propio. En concreto, del cuarto al primer trimestre respectivamente (en miles): 75,5; 75,5; 62,3; 92,6.

[40] Fuente: INE. Activos por grupo de edad, sexo y rama de actividad. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada rama. Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico; actividades de los hogares como productores de bienes y servicios para uso propio. En concreto, del cuarto al primer trimestre respectivamente (en miles): 594,3; 632,8; 647,0; 648,9.

[41] Estadísticas de prestaciones por desempleo. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. La cifra en concreto fue 24.525.573.000 euros, lo que incluye prestación contributiva, asistencial, RAI y PAE.

En la siguiente tabla, sumamos el conjunto de la población activa y la estimación de empleo irregular, con lo que tendríamos una proyección de población activa total (regular e irregular aflorada). Si multiplicamos esta cifra por la tasa de paro[42] de sector para 2021, tendríamos el número medio de personas paradas para ese año, unas 107 mil. Si repetimos la anterior operación y multiplicamos la cuantía media anual de la prestación contributiva por nuestra estimación de personas beneficiarias, arrojaría un resultado en torno a los 1.155 millones de euros, el 4,37% de lo gastado ese año en desempleo.

Tabla 4. Cálculos generales sobre el coste de cobertura: todos los parados y estimación de paro del empleo irregular

Año 2021

Cuantía	896,7 euros al mes × 12= 10.760,4 euros
Beneficiarios	(630.000 + 250.000) × 12,2% = 107.360
Coste	**10.760,4 × 107.360= 1.155.236.544**
% Respecto del Total	**1.155.236.544 / 24.525.573.000 = 4,7%**

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del INE y MTSS

En relación a lo anterior, podría afirmarse que la tasa de paro es muy optimista pues, como hemos señalado anteriormente, es probable que sea más baja que la general, en buena medida por el empleo irregular o sumergido. Si en vez de la tasa del sector, empleamos la tasa de desempleo del mismo año, 13,3%, el resultado anterior se eleva hasta los 1.260 millones de euros, lo que supondría un 5,1% del total del gasto en prestaciones por desempleo para ese año.

Tabla 5. Cálculos generales sobre el coste de cobertura: todos los parados y estimación de paro del empleo irregular II

Año 2021

Cuantía	896,7 euros al mes × 12= 10.760,4 euros
Beneficiarios	(630.000 + 250.000) × 13,3% = 117.040
Coste	10.760,4 × 117.040= 1.259.397.216
% Respecto del Total	**1.259.397.216 / 24.525.573.000 = 5,1%**

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del INE y MTSS

Por consiguiente, de los cálculos anteriores podríamos deducir que el coste de la cobertura del trabajo del hogar por el sistema de protección por desempleo rondaría 5% o, lo que es lo mismo, entre 1.150 y 1.260 millones de euros. Nótese, no obstante, que, a pesar de los ajustes realizados, los cálculos siguen siendo enormemente exagerados, pues estamos asumiendo que todos los parados percibirían la más generosa de las prestaciones, la contributiva y en su cuantía media. Dicho de otra forma, el razonamiento no incluye el menor coste derivado de quienes no tendrían acceso al sistema y hubieran sido expulsados, de quienes lo harían a través del nivel asistencial y los menores salarios del sector. Aun así, dada la importante diferencia entre los datos aquí reflejados y los del Gobierno, es probable que estos últimos sean algo generosos.

4. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

A lo largo de estas páginas hemos tenido ocasión de analizar muy sucintamente la situación del trabajo doméstico en relación del conjunto del mercado de trabajo, destacando sus notas características: el empleo doméstico es un trabajo feminizado, con fuerte presencia extranjera, frecuentemente a tiempo parcial y, probablemente, con importantes bolsas de empleo sumergido.

[42] Recuérdese que la tasa de paro se define como el cociente entre los parados por los activos.

En este marco poco favorecedor, la aprobación del RDL 16/2022 y la ratificación del Convenio 189 se han erigido como dos herramientas clave en la mejora de las condiciones de trabajo y de protección social de estas trabajadoras. A pesar de que, a juzgar por los debates parlamentarios, existiría un cierto consenso a favor, lo cierto es que las dificultades económicas que atravesó nuestro país durante la Gran Recesión hicieron imposible alcanzar esa meta. Que haya tenido que ser una STJUE el detonante de la reforma no hace más que añadir una cierta justicia poética: lo que la política de austeridad de Bruselas hizo imposible, Luxemburgo lo ha hecho realidad.

Entre los argumentos en contra de la ratificación del mencionado Convenio ha destacado tradicionalmente la protección por desempleo, último escollo en el proceso de constante equiparación, teniendo en cuenta sus singularidades, respecto del resto de la población trabajadora. En efecto, se ha dicho que, al margen de otras consideraciones, la incorporación de estas trabajadoras al sistema de protección frente al desempleo conllevaría una serie de problemas técnicos y de viabilidad financiera que lo harían desaconsejable.

Frente a esta postura, hemos tenido ocasión de analizar cómo la cobertura frente al desempleo resulta una posición relativamente dominante en los países de nuestro entorno; hemos relativizado los temores relacionados con el fraude; y nos hemos aproximado a cuál sería el coste potencial para el sistema, unas cifras que, aunque alejadas de las del Gobierno, en parte por exageradas[43], son perfectamente asumibles, incluso en momentos como los actuales en los que las turbulencias económicas e internacionales pueden hacer resurgir algún temor.

5. BIBLIOGRAFÍA

Baylos Grau, A.P., «La mejor de las condiciones de trabajo y de la Seguridad Social de las trabajadoras al servicio del hogar familiar», *Según Antonio Baylos...*, 2022, fecha de consulta 10 septiembre 2022, en https://baylos.blogspot.com/2022/09/la-mejora-de-las-condiciones-de-trabajo.html.

Colectivo IOÉ, *El Servicio Doméstico en España. Entre el trabajo invisible y la economía sumergida*, Juventud Obrera Cristiana de España, Madrid, 1990.

Colectivo IOÉ, *Mujer, inmigración y trabajo.*, IMSERSO, Madrid, 2001.

Cuanter, SA, *Estudio sociosanitario de las empleadas de hogar*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2001.

de Cabo, G.; González, A.; Roces, P., *La presencia de las mujeres en el empleo irregular*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2005.

Desdentado Daroca, E., «Las reformas de la regulación del trabajo doméstico por cuenta ajena en España», *Investigaciones feministas*, vol. 7, 2016, pp. 129-148.

García González, G., «Derechos sociales y empleados del hogar: reformas jurídicas inaplazables para la dignificación del trabajo doméstico en España», *Revista de Derecho Social*, vol. 77, 2017, pp. 83-104.

García Ninet, J.I., *Propuestas para un cambio de régimen jurídico de los empleados de hogar,* Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.

García Viña, J., *Aspectos laborales de salud laboral y de seguridad social de los empleados del hogar*, Editorial Comares, Granada, 2009.

Guerrero Padrón, T., «Inmigración femenina y servicio doméstico: resurgimiento de un régimen especial de seguridad social decadente», *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, vol. 7, 2008, pp. 23-46.

[43] Exageradas, adrede, las nuestras, aunque quizá las de Gobierno sean algo optimistas.

Luján Alcaraz, J., *El régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar*, Aranzadi, Navarra, 2000.

Monereo Pérez, J.L.; López Insua, B.M., «Discriminación indirecta y reconocimiento de las prestaciones por desempleo a las empleadas del hogar: un punto de partida para la consecución de una plena igualdad», *La Ley Unión Europea*, n.º 101, 2022, Wolters Kluwer, p. 3.

Monereo Pérez, J.L.; Rodríguez Iniesta, G., «La legislación española que excluye constitutivamente de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar, resulta discriminatoria y contraria al derecho social de la Unión Europea: Conclusiones del Abogado General del TJUE en el asunto C 389/20», *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, n.o 29, 2021, Laborum, pp. 13-23.

Muñoz Molina, J., «Nueva regulación del régimen laboral y de seguridad social de los empleados del hogar», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 4, 2013, pp. 77-97.

Nieto Rojas, P., «Trabajo doméstico y derechos colectivos. Algunas reflexiones al hilo del RD. 1620/2011 y del Convenio 189 OIT», *Lex social: revista de los derechos sociales*, n.º 2, 2019, pp. 397-410.

OIT, *Protección social del trabajo doméstico. Tendencias y estadísticas*, Ginebra, 2016.

Pérez del Prado, D., «El debate en torno a la protección por desempleo en el empleo doméstico», en Sanz Sáez, C. (ed.) *Reflexiones sobre el empleo doméstico: de dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, Gobierno Vasco, 2020.

Rojo Torrecilla, E., «Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Notas introductorias y texto comparado con la normativa derogada o transitoriamente vigente.», 2022, fecha de consulta 1 octubre 2022, en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/09/real-decreto-ley-162022-de-6-de.html.

Sanz Sáez, C., «La necesidad de la reforma de las trabajadoras del cuidado y del servicio doméstico», *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2022, fecha de consulta 28 mayo 2022, en https://www.aedtss.com/la-necesidad-de-la-reforma-de-las-trabajadoras-del-cuidado-y-del-servicio-domestico/.

Sanz Saez, C., *Régimen prestacional de las empleadas de hogar: análisis crítico y perspectivas de cambio*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016.

Clásicos de la Seguridad Social

Laborum

nº 32 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS (1839-1919): El institucionismo liberal krausista y la protección social en España

FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS (1839-1919): The liberal Krausist Institutionalism and social protection in Spain

José Luis Monereo Pérez *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social y de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L.: «FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS (1839-1919): El institucionismo liberal krausista y la protección social en España», *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 32 (2022): 261-324

1. INTRODUCCIÓN

> *"Que la sociedad no es una simple yuxtaposición de individuos, sino una unidad propia, real; que hay, pues, un ser social, aunque no fuera ni parte de sus miembros (lo cual haría de él una entidad escolástica), podría decirse que es hoy uno de esos principios comunes, salvo para algunos restos, aunque importantes, el antiguo individualismo atomista, de la extrema izquierda hegeliana, etc."*
>
> Francisco Giner de los Ríos[1]

Francisco Giner de los Ríos (Ronda, 1839-Madrid, 1919) defendió un reformismo social que pretendía "corregir" las desviaciones del liberalismo individualista, sobre la base de un liberalismo social organicista. Ese nuevo liberalismo orgánico (de carácter ético-espiritualista y no biológico) sería el arma ideológica principal de la crítica krausista al régimen "liberal" autoritario de la Restauración. Para él la sociedad no es un simple agregado de individuos, sino un organismo social con entidad propia. La "solución" organicista y corporativa permitirá ampliar las bases del consenso y los resortes de la integración social, y con ello contribuiría a la preservación del orden y la paz social. El liberalismo orgánico krausista será un soporte ideológico-político para defender un doble principio interrelacionado: el principio de intervención estatal en las cuestiones socio-económicas y el principio de autonomía de los grupos y organizaciones sociales. Uno de los puntos de interconexión entre dichos principios es la propuesta de instauración de un dualismo de la representación política (general y de intereses sectoriales), realizada desde la afirmación del carácter pluralista de la sociedad y de la consideración de que la persona presenta una multiplicidad de formas de expresión en el tejido social. Es manifiesta la repercusión directa de ese modo de pensar en el largo y controvertido proceso de institucionalización de la reforma social en España.

Fue un impulsor de la cultural y de regeneración política y cultural de nuestro país. Su influencia en los reformistas españolas ha sido directa y penetrante (el mismo fue un gran reformador social y renovador del sistema educativo e impulsor de un republicanismo social que afrontar la

[1] Giner de los Ríos, F.: "La Ciencia, como función social", *BILE, XXIII,* Tomo I, 1899, p. 27.

solución de la cuestión social. Se puede decir sin ninguna exageración que influyó en todas las corrientes de pensamiento –científicas, literarias, políticas y sociales– donde se suman personalidades como Emilio Castelar[2], Joaquín Costa, Manuel Azaña, Azorín, Canalejas, toda la escuela krausista de Oviedo –que contó nada menos que con Adolfo Posada, Adolfo Álvarez Buylla–, Luis Morote, Piernas Hurtado, Rafael María de Labra, Eugenio Montero Ríos, Alfredo Calderón, Federico de Castro, Tomás de Tapia, Segismundo Moret, Vicente Santamaría Paredes, Eduardo Pérez Pujol, José Ortega y Gasset, Miguel de Unamuno, Antonio Machado, Juan Ramón Jiménez, Pedro Salinas, C. Bernardo de Quirós, José Castillejo, Manuel García Morente, Julián Besteiro, Fernando de los Ríos, Alberto Jiménez Fraud, Juan Marichal, Pardo Bazán, Josep Pijoan, Luis de Zulueta, Manuel B. Cossío, y un largo etcétera. Por no hablar de su enorme influencia en Latinoamérica. Hubo una corriente krausista impulsada por él, al propio tiempo una influencia que más mucho más allá del krausismo corriente específica de pensamiento cultural, social, política, sociológico y jurídico. Ello se plasmaría en respuesta innovadoras como la creación de la Institución Libre de Enseñanza (10 de marzo de 1876) y el impuso a las reformas sociales reflejado la influencia a la creación de la Comisión de Reformas Sociales, el Instituto de Reformas Sociales y el mismo Instituto Nacional de Previsión, entre muchas instituciones y organismos. Esto supone que su influencia se proyectó desde el último tercio del siglo XIX y el primer tercio del siglo XX. Luego no desaparecería, pues tuvo gran influencia en Latinoamérica[3] y tras la recuperación de la democracia constitucional en nuestro país se retomarían muchas de sus ideas y propuestas para construir en nuevo orden democrático. Su filosofía era conciliadora y armonizadora entre las diversas tendencias consideradas radicales (liberalismo individualismo y socialismo revolucionario). Concebía las relaciones entre el Estado y la Sociedad como instancias orgánicamente estructuras y dotadas de autonomía. Tenía una concepción que revalorizaba el papel del Derecho, pues éste era el instrumento que ordenaba al propio Estado y regía las relaciones sociales. Su puesta en práctica sólo pudo realizar en la vida política en la Primera República española, en la cual Nicolás Salmerón[4] fue presidente en el año 1873[5]. Sin exageración alguna, su lugar en la cultura y su influencia en el pensamiento social, educativo, filosófico, político y jurídico ha sido determinante, dejando una huella imborrable y persistente en prácticamente todos los campos del saber señaladamente en las ciencias sociales y jurídicas. Pero, además, conviene destacar que Giner de los Ríos supo centrar su mirada en las corrientes más avanzadas de su época –a menudo a contracorriente de lo que acontecía en España–. Exponente importante en su percepción de la *cuestión social* y la apuesta para su solución a través de la doble vía de la intervención estatal y el fortalecimiento de las organizaciones emanadas de la propia sociedad civil; la obra de Giner contiene una perfilada filosofía social de impronta pedagógica y jurídica. Una de sus ideas fundamentales tiene que ver con su concepción de la sociedad civil, pues lo que él pretendía era *crear una conciencia cívica* en los

[2] Figura importante dentro del republicanismo liberal clásico español, marcando diferencias nítidas con el republicanismo social. Véase, señaladamente, Castelar, E.: *La fórmula del progreso-Discursos (1870/1892*), edición y estudio preliminar, «El republicanismo liberal y la idea de progreso: Emilio Castelar», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2010.

[3] Esa influencia destaca queda acreditada en VV.AA.: *El krausismo y su influencia en América Latina,* Prólogo de Teresa Rodríguez de Lecea (Instituto Fe y Secularidad) y Dieter Koniecki (Fundación Friedrich Ebert), Presentación de José Prat (Presidente del Ateneo de Madrid), Madrid, Edita Fundación Friedrich Ebert-Instituto Fe y Secularidad, Imprenta Calatrava, 1989. Se analiza globalmente esa influencia y se recogen estudios más detallados de esa influencia en países latinoamericanos: México, Brasil, Bolivia, Argentina, Puerto Rico, Cuba, Ecuador y Costa Rica. La influencia en Colombia se subraya en la Presentación de José Prat.

[4] Salmerón y Alonso, N.: *Trabajos filosóficos, políticos y discursos parlamentarios,* edición y estudio preliminar, "El republicanismo español: los supuestos básicos del pensamiento político y social de Nicolás Salmerón", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007.

[5] Esa concepción krausista alcanzaría la mayor perfección y coherencia en las investigaciones realizadas por Adolfo González Posada (que el mismo quiso simplificar como Adolfo Posada). *Tratado de Derecho político,* edición especial íntegra en un solo volumen y Estudio preliminar "El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada" (pp. VII-CLXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003. Para un estudio completo de su pensamiento jurídico, social y político, véase ampliamente Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

individuos; una esfera pública de diálogo comunicativo en una sociedad vertebrada. Pero también la lucidez que mostró en todo lo relativo a las cuestiones pedagógicas que conectaban directamente con el pensamiento más avanzado de la época del liberalismo social de John Dewey[6]. Por tanto, Giner captó el sentido de su época y anticipó algunas propuestas reformistas que se materializarían en España, en Europa y en el mundo anglosajón. Quizás, en gran medida, todo se entienda mejor indicando que "don Francisco ha hecho "hombres", y esto es lo que deja y lo que da a la España futura; porque su obra tuvo lo que es propio del educador, cuya gloria y cuya eficacia residen, no en los principios que expone, y que en lo substancial tuvieron siempre predicación y propaganda, sino en los espíritus que forman y que lanzan a la vida como fuerzas que realizarán el ideal y promoverán nuevas vibraciones de él"[7]. Esa confluencia es patente cuando Giner afirma que educar es forjar personas que sepan dirigir con sentido sus propias vidas; toda educación debe intentar forma a la persona en todas sus dimensiones; toda reforma educativa que sólo esté en la mente del legislador y no en la mente y en el corazón de los profesores no sirve de nada; la formación del ser humano es una condición de la evolución social hacia formas más progresistas de convivencia; la misión de la educación es formar el alma nacional, lograr el progreso espiritual de nuestro país, así como el conocimiento como el sentimiento, sin violencias ni fanatismos; educar es noble misión, destinada a preparar a la persona para el ministerio individual y social de la vida; la vida entera, en todo su complejidad, debe estar presente en las aulas, palpitante y arrolladora; en la enseñanza debe promoverse la innovación, la creatividad, y debe procurarse la reforma, pero bien planteada y bien meditada, etcétera[8]. Con todo la idea de formar personas en la Escuela –*sjolé*, traducible por ocio creativo– y en la Universidad es una preparación para la vida, vinculando las dimensiones individuales y colectivas, por un lado, y por otro, la instrucción racional con la experiencia práctica. De ahí que considerase que la pedagogía es la ciencia de la educación basada no sólo en valores, sino también en la experiencia en la realidad viviente donde se ponen en contraste todos los ámbitos del saber racional, que no tienen un sentido en sí mismos, sino en la interconexión entre dinámica con la vida como experiencia vital.

El tipo de krausismo que forjaron hombres como Julián Sainz del Río (introductor del Krausismo en España, siendo su discípulo Giner de los Ríos), Nicolás Salmerón, y después Gumersindo de Azcárate, Francisco Giner de los Ríos (Ronda, 1839-Madrid, 1915), Gumersindo de Azcárate, Fernando de Paula Canalejas, Emilio Castelar, etcétera (como después, a su estela, todo el llamado "Grupo de Oviedo", con figuras tan destacadas por Adolfo González Posada, Adolfo Álvarez Buylla, Rafael Altamira, entre otros, que en una nítida inflexión evolucionarían hacia el liberalismo social y político)[9] era un krausismo liberal y de fuerte impregnación organicista. Es evidente que no

[6] Esa confluencia desde el prisma del liberalismo social y su proyección en cuestiones pedagógicas se demuestra en Monereo Pérez, J.L.: Véase Monereo Pérez J.L.: "El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos (I)", en *Revista de derecho constitucional europeo,* Año 8, núm. 15-16 (2011), pp. 543-632. https://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/13GinerRios.htm https://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/10JLMonereo.htm.

[7] Altamira Y Chevea, R.: "Giner de los Ríos. Educador" (1ª edición, Valencia, Prometeo, Sociedad editorial, 1915), edición crítica y estudio preliminar sobre "La mirada de Altamira: el Giner educador que hizo nacer al Giner jurista", de Delia Manzanero, Pamplona, Analecta Editorial, 2015, p. 14.

[8] Cfr. Giner de los Ríos, F.: *Ensayos menores sobre educación y enseñanza,* 3 Tomos, *Obras Completas de Francisco Giner de los Ríos,* Madrid, Espasa-Calpe, 1927; *Educación y Enseñanza, Obras Completas de Francisco Giner de los Ríos,* Madrid, Espasa-Calpe, 1933; *La Universidad Española,* en *Obras Completas de Francisco Giner de los Ríos,* t. II., Madrid, Espasa-Calpe, 1916. (Reeditada por Civitas, Madrid, 2001); *Pedagogía Universitaria. Problemas y noticias,* Barcelona, Manuales-Soler-Sucesoras de Manuel Soler-Editores, s/f. (entre 1903 y 1910?).

[9] En el plano de la política social el liberalismo social krausista de Gumersindo de Ácarate, y los integrantes de la Escuela krausista de Oviedo (Adolfo González Posada, Adolfo Álvarez Buylla, etcétera), pudo conectar en la realización de las reformas sociales laborales y de previsión social con figuras eminentes del liberalismo social como José Canalejas y Méndez. El encuentro de estas personales –junto con el republicanismo social regeneracionista de Luis Morote– daría lugar al proyecto de creación del Instituto del Trabajo, antecedente inmediato del Instituto de Reformas Sociales. Véase ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., pp. 308 y ss.; asimismo Monereo Pérez, J. L.: "JOSÉ CANALEJAS Y MÉNDEZ (1854-1912): los orígenes de la Reforma Social desde el Liberalismo Social

todo el krausismo español tuvo esa caracterización. Existió también un krausismo diferente, de tipo conservador[10]. El krausismo liberal[11] progresista es un krausismo que defendería ciertas formas de democracia frente a la dictadura y el sistema del Antiguo Régimen Absolutista. Llevaría a la práctica política el ideario de la filosofía krausista. La primera "cuestión universitaria" se produce en 1867, y terminó, como es sabido, con la expulsión de Julián Sanz del Río de su cátedra (que fue el maestro, y como tal referente, de Giner de los Ríos). En realidad Giner y el krausismo, a pesar de su defensa de un liberalismo moderado, padecerían durante largo tiempo de su trayectoria persecuciones ideológicas y políticas, con imputación de connotaciones peyorativas que se dejaron sentir en nuestra historia contemporánea. En una perspectiva de conjunto, se puede afirmar que el krausismo no fue un simple repertorio de ideas abstractas, ni tampoco un círculo intelectual que pueda ser clasificado en rígidos moldes de una escuela filosófica. Como fenómeno histórico-cultural, el krausismo aparece como un rico y dilatado movimiento humanista, que trató de renovar el viejo reformismo español; supuso la cristalización de un compromiso, expreso o tácito, que hombres de distintas tendencias políticas, filosóficas y religiosas, adoptaron respecto a los valores de la modernidad, con la finalidad de llevar a cabo una modernización y regeneración de la vida nacional en sus más variadas manifestaciones[12]. Lo que recibimos de Giner de los Ríos –y sus realizaciones institucionales y aportaciones– es toda una herencia cultural. Se puede afirmar que Giner de los Ríos es el inspirador intelectual y espiritual de las generaciones de 1898 y de 1914, desplegando su influencia ideológica hasta el advenimiento del de la Guerra Civil.

La misma Institución Libre de Enseñanza (fundada el 10 de marzo de 1876, por Giner de los Ríos junto con los catedráticos destituidos Montero Ríos, Figuerola, Salmerón, Moret [liberal krausista que fue, significativamente, Presidente de la Comisión de Reformas Sociales creada en 1883], Azcárate, Linares y Calderón) suponía un repliegue de los krausistas republicanos para intentar lleva a cabo en un ambiente adverso su proyecto de reforma social y de progreso de los hombres: predominaba la propuesta teoría y práctica, al mismo tiempo, de educar al *"hombre nuevo"*, con plena capacidad, autonomía de pensamiento en el plano moral y científico; es decir, se pretendía una reforma social y política a través de la educación y la ciencia, combinando la actuación de la sociedad civil y la intervención de un Estado democratizado (que no existía precisamente en el momento de creación de la ILE). El "hombre nuevo" es una persona plena, que por medio de la educación integral y la experiencia desarrolla sus capacidades de pensar y actuar en una sociedad integradora en la que se autorrealiza desplegando todas facetas de su personalidad creadora (el ser humano como "persona social")[13]. La ILE desde su misma creación tenía ese objetivo modernizar y regenerar el país a través

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; POSADA, A.: *El Instituto del Trabajo* (en coautoría con Adolfo Álvarez Buylla y Luis Morote, Madrid, Est.Tipográfico de Ricardo Fe, 1902) (Existe una segunda edición, a cargo de Santiago Castillo, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987).

[10] Véase Capellán De Miguel, G.: "El primer krausismo en España: ¿Moderado o Progresista?", en Suárez Cortina, M. (ed.): *Las máscaras de la libertad. El liberalismo español 1808-1950,* Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 169 y ss.; Capellán De Miguel, G.: *Gumersindo de Azcárate. Biografía intelectual,* Valladolid, Junta de Castilla y León, 2004.

[11] El krausismo tampoco fue una filosofía menor, a pesar la extendida posición en contrario. Desde el punto de vista jurídico realizó aportaciones importantes, y desde el punto de vista político se vinculaba (sobre todo en Ahrens) con una versión del liberalismo democrático de sentido social y no individualista (liberalismo social orgánico). Lo que fácilmente se resolvía en la defensa de procesos de democratización y del reformismo político-social. De ahí que su doctrina iusnaturalista se resuelva en un Estado positivo que interviene en una sociedad orgánicamente estructura, pero sin absorberla. Fue, en realidad, un fenómeno de dimensiones europeos, y de especial calado en nuestro país. Véase Ureña, E.M. y Álvarez Lázaro, P. (eds.): *La actualidad del krausismo en su contexto europeo,* Madrid-Universidad Pontificia de Comillas, 1999.

[12] Heredia Soriano, A.: "El krausismo español (Apunte histórico-bibliográfico)", en *Cuatro ensayos de historia de España,* Madrid, Edicusa, 1975.

[13] Monereo Pérez, J.L.: "El reformismo socio-liberal de Giner de los Ríos; organicismo y corporativismo social", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 142 (2009), pp. 279-338; Monereo Pérez J.L.:"La reforma educativa como proyecto político-jurídico de transformación democrática: legado y actualidad del institucionismo

de la educación y la reforma social que garantizase la emancipación de las clases populares. Mediante una enseñanza renovada deberían formarse personas que fuesen útiles al servicio de la humanidad y de nuestro país. Ahí cabe situar las ideas pedagógicas de Giner de los Ríos, las cuales estaban vinculadas a las corrientes más avanzadas de la pedagogía moderna de su tiempo; y no exentas de ideas anticipadoras humanistas a su propio tiempo. Giner desarrolló el método intuitivo y el principio de la actividad basándose en las concepciones de Pestalozzi y Fröbel. Pero también conectó la enseñanza con la filosofía humanista y el contacto con la naturaleza[14], introduciendo un componente de respeto hacia el medioambiente no como elemento externo al individuo y la sociedades humanas, sino como formando una interconexión con ellas, sin confundir naturaleza y sociedad. La dirección de pensamiento de Giner y de la ILE está en la base de numerosas instituciones y revistas innovadoras que se irían publicando en nuestro país desde su creación[15]. Por la ILE pasarían una parte significativa de los intelectuales de nuestro país tanto de la generación del 98 como de la generación del 14: Juan Uña[16], Julián Besteiro, Antonio Machado, José Manuel Pedregal, Fernando de los Ríos, Antonio Vinent, Miguel de Unamuno, José Ortega y Gasset, Santiago Ramón y Cajal, Ramón Menéndez Pidal, Juan Ramón Jiménez, etcétera. La ILE postulaba la libertad de pensamiento y ponía en práctica los modelos más avanzados de enseñanza de su época.

Este énfasis en la educación para una ciudadanía activa constituía una aportación original del krausismo español de Giner de los Ríos; y ello por más que entronque con el pensamiento krausista fundacional de autores como Krause y H. Ahrens. El pensamiento de Giner de los Ríos se concreta en un krausismo que se vence decididamente hacia el *liberalismo social.* La ILE nace como proyecto de Universidad Libre. La ILE era el instrumento pedagógico ideado para la formación de hombres,

de Giner de los Ríos", *Ábaco*, no. 90, 2016, pp. 14–36. *JSTOR*, https://www.jstor.org/stable/26561960. Accessed 1 Oct. 2022. Decía Giner todos los seres humanos deben ser personas: "lo que España necesita y debe pedir a la escuela no es precisamente hombres que sepan leer y escribir; lo que necesitan son hombres, y formarlos requiere educar el cuerpo tanto como el espíritu, y tanto o más que el entendimiento, la voluntad. Estas personas deben educar su conciencia del deber, su espíritu de iniciativa, la confianza en sí mismo, su carácter, su responsabilidad y compromiso". Cfr. Giner de los Ríos, F.: *Educación y enseñanza, Obras completas,* tomo XII, Madrid, Espasa-Calpe, 1933, p. 243.

[14] Véase, por ejemplo, Giner de los Ríos, F.: *El espíritu de la educación en la Institución Libre de Enseñanza. Estudios sobre Educación*, *Obras completas*, Vol. 7, Madrid, Espasa-Calpe, 1922, pp. 19-55; Jiménez Landi, A.: "Las excursiones de la Institución". Estudios Turísticos, 83, 1984, 101-108.

[15] Por muchos conceptos resulta paradigmática *La Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas,* que se publicaría por entonces en la Universidad Central. Publicación nacida en el seno de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid –hoy Complutense– que, con espíritu regeneracionista enmarcado en la tradición krausista española, es impulsada y creada en enero de 1918 a iniciativa del entonces titular de la cátedra de Historia de literatura jurídica, Rafael de Ureña y Smenjaud (1852-1930), que será su primer director como tal decano de la citada facultad. En sus propósitos expresará el propio Ureña el lema de la revista: "Todo por la ciencia y para la ciencia", una ciencia "genuinamente española", añadirá. Hasta su desaparición, en el primer trimestre de 1936, y coincidiendo con la Edad de Plata de la Cultura española, la publicación promoverá, cultivará y difundirá la investigación no sólo procedente del estricto campo jurídico sino del amplio de las ciencias sociales, perfilando una relevante presencia e influencia en el ámbito universitario y académico. Nace como órgano de la citada Facultad de Derecho y del Museo-Laboratorio Jurídico de la Universidad de Madrid, creado este en 1906 al modo de los museos pedagógicos promovidos por la Institución Libre de Enseñanza, y su primer artículo, firmado por Rafael Altamira y Crevea, estará dedicado a la labor desarrollada por el que fue considerado "el maestro de los maestros", Gumersindo de Azcárate y Menéndez, que había fallecido el 15 de diciembre de 1917, y del cual la revista inserta también su ensayo Juicio crítico de la Ley 61 de Toro. Publican sus trabajos en esta prestigiosa revista ilustres juristas como Adolfo González Posada, Luis Jiménez de Asúa, José Castán Tobeñas, Felipe Clemente de Diego, Quintiliano Saldaña, Adolfo Bonilla y San Martín, Luis Redonet, Vicente Castañeda o José Gascón Marín, entre otros muchos. El director de la revista en el momento de su última entrega, en el primer trimestre de 1936, será el entonces decano de la Facultad de Derecho, Adolfo González Posada.

[16] Monereo Pérez, J.L.: «El liberalismo social krauso-institucionista de Juan Uña Sarthou», *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 140 (2008), pp. 795-820; asimismo, Monereo Pérez, J.L.: "Crítica social republicana y reformismo político-jurídico: Leopoldo Palacios Morini (1876-1952)", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 134 (2007), pp. 307-358.

como base de un ambicioso proyecto de regeneración social[17]. Es suficiente retener que para Giner de los Ríos "la formación general del hombre, como hombre, no en su especialidad profesional, como abogado, como industrial, como científico, labrador, maestros, médico, etc."[18]. Los puntos de conexión con Dewey son harto significativos. Paradigmáticamente, señalaba John Dewey que "la educación es el método fundamental de progreso y de las reformas sociales". Ambos pensaban en términos de educación de la ciudadanía, es decir, crear una esfera de ciudadanos activos, participativos, en la esfera de la sociedad civil y en el espacio político[19]. Pero incluso alcanzó a delimitar un modelo humanista de maestros y magisterio en los niveles del sistema educativo, lo que se refleja perfectamente en sus ensayos sobre la enseñanza y se materializó en su gran obra institucionalista: la Institución Libre de Enseñanza.

La ILE no constituía para Giner y sus discípulos una alternativa excluyente a la intervención del Estado, pues era bien consciente que el Estado tiene un papel central la organización de la enseñanza en todos los ámbitos. Lo que era necesario es democratizar al Estado para garantizar los valores educativos supremos de una educación en libertad, encaminada a educar a personas librepensadoras. De hecho el impulso inicial de la ILE constituía una reacción a la falta de libertad de la enseñanza pública oficial en un Estado no democrático o con un déficit democrático tan significativo como el de la Restauración cuyo substrato estaba en un poder de las fuerzas representadas por la oligarquía terrateniente y caciquil. Esa lacra es la que fue evidencia por autores como Joaquín Costa y los regeneracionistas más avanzado; pero también desde el republicanismo social del Padre fundador de la previsión y la Seguridad Social en España, es decir, José Maluquer y Salvador (seguido de Joaquín Costa)[20].

Giner de los Ríos se interesó especialmente por disciplinas (algunas nacientes a finales del siglo diecinueve) como la antropología, la sociología, la educación y el Derecho. Para el ala más progresista del liberalismo social (y socialismo de cátedra) adquiriría una centralidad la defensa de la democracia parlamentaria vinculada por la reforma social, en sus proyecciones de mejora de las condiciones laborales y de vida de las clases trabajadores y del compromiso activo para establecer una legislación protectora de dichas clases trabajadoras (Giner, Salmerón, Gumersindo de Azcárate, la Escuela de Oviedo, y después Julián Besteiro y Fernando de los Ríos….). La tradición liberal se reflejó en la presencia en el Partido Liberal (Eugenio Monteros Ríos, Rafael Altamira, Segismundo Moret, José Canalejas), y la dirección del liberalismo y republicanismo social engrosando las filas del Partido Reformista (Gumersindo de Azcárate, Benito Pérez Galdós, Melquíades Álvarez, Adolfo Posada, Adolfo Álvarez Buylla, que, entre otros, fueron fundadores de dicho partido). Ambos partidos, desde sus notables diferencias, incluían en sus programas y acciones de gobierno las reformas laborales y de protección social pública; algunos de ellos evolucionarían hacia el socialismo con su pertenencia al Partido Socialista (Julián Besteiro y Fernando de los Ríos; y sin militancia propiamente dicha, Adolfo Álvarez Buylla que evolucionaría desde el "socialismo de cátedra" de origen germánico hacia el socialismo democrático defendido por los partidos socialdemócratas de la coyuntura histórica que le tocó vivir)[21]. El análisis histórico verifica ese compromiso activo, como también las diversas

[17] Véase, en general y por todos, Cacho Viu, V.: *La Institución Libre de Enseñanza. I. Orígenes y Etapa Universitaria (1860-1881),* Madrid, Ediciones Rialp, 1962.

[18] Giner de los Ríos, F.: "Problemas urgentes de nuestra educación nacional", en *Obras Completas de Francisco Giner de los Ríos,* vol. 16, tomo 1, Madrid, Espasa-Calpe, 1927, p. 91.

[19] Dewey, J.: *Mi credo pedagógico,* Buenos Aires, Losada, 1967, p. 64. En este sentido Monereo Pérez, J.L.: "El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos (I y II)", en *Revista de derecho constitucional europeo,* números 15-16 (2011), pp. 543-632.

[20] Para la verificación de esta conexión de pensamiento, véase Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007, espec., Capítulo III.2 ("Regeneracionismo y costismo en José Maluquer y Salvado"), pp. 255-293.

[21] Véase Crespon Carbonero, J.A.: *Democratización y reforma social en Adolfo Álvarez Buylla. Economía, Derecho, Pedagogía, Ética e Historia Social,* Oviedo, Universidad de Oviedo, 1998; Monereo Pérez, J. L.: "ADOLFO ÁLVAREZ BUYLLA Y GONZÓLEZ ALEGRE (1850-1927): La reforma jurídico-social y el aseguramiento público

–abundantes, por cierto– publicaciones de los krausistas liberales, de los krauso-positivistas y de los krauso-socialistas democráticos[22]. Pero ya antes los intelectuales krausistas liberales y republicanos sociales formaron parte del Partido Centralista (Salmerón, Azcárate, Adolfo Posada, Piernas Hurtado, Urbano González Serrano, etcétera). En la esfera política sus programas avanzados para su tiempo fueron propuestos y puestos en práctica –aunque con éxito moderado–; y en el plano de la política de reforma social su presencia en la Comisión de Reformas Sociales y en el Instituto de Reformas Sociales (con la propuesta anticipada del Instituto de Trabajo, que concitó la colaboración de José Canalejas, Adolfo Posada, Adolfo González Buylla y Luis Morote (regeneracionista republicano). Estos proyectos quedarían frustrados con le instauración de la Dictadura del Primo de Rivera, que no sólo puso término al sistema parlamentario de la Restauración, sino que también suprimió el Instituto de Reformas Sociales, destruyendo las aspiraciones de transformación política y social del krausismo liberal-social. Habría que esperar ya a la Proclamación de la Segunda República Española en 1931, pero aquí los intelectuales krausistas estaban ya mercados y en gran medida en retirada (subsistían ciertamente Adolfo Posada, con un cierto protagonismo inicial en la preparación de una Anteproyecto de Constitución República de bases democráticas y corporativistas; pero ya se dejaba pasado al krausismo-socialista democrático de Julián Besteiro y Fernando de los Ríos; en estos, miembros del Partido Socialista, presidía una mezcla y combinación del ideario socialista democrático reformista y del armonicismo organicista-corporativista; cuyo exponente se refleja en la defensa de cámara de representación profesional junto a las típicas cámaras parlamentarias de la tradición liberal). Ese armonicismo organicistas y sensible a lo social ya estaba presente en la filosofía idealista alemana de Krause, continuada por Heinrich Ahrens. Krause tenía un componente metafísico que sus introductores tradujeron también en una filosofía de razón práctica encaminada a transformar en orden de cosas imperantes. Giner, como Salmeron y Azcárate, tenían a su modo una filosofía de la praxis, un programa de acción, que ha sido calificado por "racionalismo pragmático"[23]. Una razón práctica que les condujo a materializar compromisos políticos, sociales, culturales y educativos en particular. Explícitamente la idea era reintroducir, adaptándola esa filosofía, y transformarla como filosofía de la acción transformadora de nuestro país. Es decir, *el krausismo liberal incorporaba una "proyecto de sociedad",* de reorganización y regeneración ante la crisis existente entre los dos siglos (que en España tendría su especificidad en la crisis del 98, y la profunda crisis social y política del régimen de la Restauración). El eje de esa visión práctica se debe ante todo a Giner de los Ríos, que supo ejercer una influencia basada en convicción y en imbuir a todos los intelectuales que se prestaron a ello de un halo de responsabilidad con la sociedad. Por ello mismo, Giner pudo decir que "La Institución no pretende limitarse a instruir, sino cooperar a que se formen hombres útiles al servicio de la Humanidad"[24]. De ahí la relevancia que otorgaba a la pedagogía social –formadora de personas librepensadoras y críticas–, y una política del Derecho, que haga frente a las exigencias cambiantes de la vida en la sociedad; una política del Derecho comprometida con la transformación con objetivos programáticos concretos yendo más allá de la metafísica abstracta; el ideal de la Humanidad debería ser materializado a través de la razón práctica y la llamada a la acción. Uno esos problemas era el "problema social" (la cuestión social de su tiempo), como también la lucha contra la ignorancia y el inmovilismo desde la defensa de una democracia pluralista y tolerante por naturaleza. Debería establecer medidas institucionales y jurídicas para resolver la pobreza, la miseria

en España desde el republicanismo social y el "socialismo de la cátedra", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (24), (2020), pp. 295–330. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/427

[22] Un estudio sobre las corrientes ideológicas presentes en la reforma social en España en materia sociolaboral, en Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., pp. 133 y ss., y 356 y ss.; Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007, espec., pp. 21 y ss., y 175 y ss.

[23] López-Morillas, J.: *Racionalismo pragmático. El pensamiento de Francisco Giner de los Ríos,* Madrid, Alianza Editorial, 1988, p. 11.

[24] Giner de los Ríos, F.: *Ensayos,* edición y selección de Juan López-Morillas, Madrid, Alianza editorial, 1969, p. 116.

social de las clases populares a través de acciones positivas del Estado encaminadas a garantizar la justicia social y de las organizaciones autónomas de la propia sociedad civil. Para ello rechaza tanto el liberalismo doctrinario individualistas como el socialismo radical que neutralizaría la libertad del individuo e impediría una esfera pública con una sociedad civil activa y pensante. En este sentido asumía en gran medida los postulados inherentes al *self-government* o autogobierno de la sociedad estructurada orgánicamente como cuerpo social (desde las estructuras locales a las centrales; desde las organizaciones profesionales hacia las organizaciones políticas parlamentarias, propias del Estado de partidos). De este modo, el concepto de *self-government* refleja el pluralismo político, social y jurídico, pues a través de él se reconoce a los distintos grupos y colectividades sociales que existen en sociedades complejamente estructuradas. Reconoce al Estado como la comunidad jurídica y orden del derecho mismo en la vida y asimismo como elemento de integración –pero no confusión– de las distintas esferas autónomas en las que se organiza la sociedad. Su ideal de Estado es una instancia política orgánica que debe garantizar la cohesión y promover la armonía social, pero que no debe absorber a los individuos ni a la sociedad civil en sus distintas esferas[25].

Ese liberalismo armónico democrático, se evidencia ya en la introducción a la revista "La Razón" que en 1860 había escrito Francisco de Paula Canalejas y entraría en directa confrontación con el tradicionalismo y con el liberalismo moderado. El liberalismo krausista es organicista y armónico, cree en la existencia de un orden natural y en la posibilidad de establecer una conciliación entre ideales e intereses diversos, superando así los conflictos que fracturan a la sociedad moderna. La política es un instrumento fundamental para contribuir a esas soluciones armónicas de los conflictos y moralizar las relaciones sociales. No se trataba tan sólo de proteger (mediante medidas públicas laborales, asistenciales o de previsión social), sino de producir e infundir una nueva moral colectiva y solidaria, alternativa al individualismo y al socialismo colectivista. La solución de la *cuestión social debe producirse sobre la base de una nueva moral que genere un deber social* no sólo vertical del Estado intervencionista (Estado tutelar o Estado protector), sino también dentro de una sociedad civil más vertebrada y orgánicamente organizada.

Las intervenciones sobre la cuestión social han de ser realizadas de forma orgánica, consensuadas entre todos los actores públicos y privados implicados, a fin de instrumentar una *política social* capaz de resolver de manera eficiente los problemas político-sociales planteados, superando las insuficiencias de las respuestas del orden liberal. Ello suponía nuevas formas de "gobierno de lo social" –una *solución "interna"* del régimen del liberalismo establecido y revisado–, que partía de la centralidad política de "lo social" y de la necesidad de establecer cauces institucionales y jurídicos de neutralización pacífica de los conflictos sociales derivados de la desigualdad real en una sociedad fundada sobre la igualdad formal. Lo cual se traducía en un replanteamiento del enfoque del liberalismo individualista clásico, según el cual la armonía social se podría obtener con base al juego espontáneo de los mecanismos propios del "orden natural" de las sociedades. Era preciso re-situar el lugar de la política en la sociedad en el sentido de "moralizar la política" pública de intervención en la esfera social. El reformismo partía de la posibilidad de reconciliar el Estado y la Sociedad sobre la base de acentuar y reformar los vínculos de solidaridad orgánicos emergentes en la sociedad y que se habían fracturado por el individualismo liberal. El organicismo social reformista estaba vinculado a la teoría del orden natural de las sociedades industriales; un orden natural que debería se *reconstituido* desde el punto de vista político y jurídico, a través de la construcción de nuevos vínculos de solidaridad orgánica.

Se pretendía "moralizar" la política e introducir la ética en la economía, en la confianza de que esta "reforma moral" (con su reciprocidad de derechos y deberes; un haz de "obligaciones mutuas"; "mutualizadas") restableciera la armonía perdida correspondiente al orden orgánico –"natural"– de las sociedades civilizadas. Es este el modo de pensar en el que se despliega la crítica social reformista,

[25] Giner de los Ríos, F.: *Estudios jurídicos y políticos,* en *Obras completas,* Vol. V, Marid, Espasa-Calpe, 1921, pp. 112 y ss. *passim*

y en particular el reformismo republicano. Los reformistas krauso-institucionistas concebían que el objetivo esencial de la política y del Derecho era ayudar a los más débiles, a los más desfavorecidos, aunque no se opusieran a la economía de mercado. Pensaban, no obstante, que no se podía contar con el mercado para que se realizase el valor de la justicia. Por ello tiene que ser el Estado –junto con la autoorganización de la sociedad civil a través de estructuras asociativas– el que tendría que regular el mercado para conseguir que los más pobres también tengan una oportunidad efectiva, pues la economía de mercado permite crear riqueza, pero nunca ha sido suficiente para crear una sociedad civilización, ni siquiera para crear una sociedad que se humanamente aceptable. Se necesita que el Estado se ocupe de garantizar aquellos bienes que no deben ser dependientes del mercado, sino objeto de desmercantilización[26]. En el fondo creían en la libertad como no dominación y como autogobierno; la potenciación de ciudadanos virtuosos y políticamente activos; la instauración de un sistema de gobierno público que se comprometiera de modo activo a impulsar las condiciones político-institucionales y la independencia de las personas, precisamente como pilar necesario para generar ciudadanos comprometidos con los intereses públicos y dotados de una moralidad imprescindible para el funcionamiento de la comunidad. En esta línea de pensamiento la libertad exige una organización del sistema político no basada en la dominación del individuo, pero también una cierta interferencia pública en su vida para crear las condiciones materiales para su libre desenvolvimiento (educación, mecanismos de satisfacción de las necesidades sociales mínimas dentro de una política de bienestar público, etc.)[27].

La política no se agota en el Estado, pero éste no aparecería en el liberalismo krausista originario como un Estado intervencionista, sino más bien encaminado a crear las condiciones adecuadas para que los individuos desarrollen sus potencialidades en la sociedad. Estado y sociedad deben permanecer como esferas separadas. Su visión de la sociedad orgánica no era precisamente "estatalista", sino concebida como una entidad separada de la realidad estatal; esto es, como un organismo dotado de vida propia. De ahí su oposición básica a las concepciones contractualistas que pretendían explicar el origen de la sociedad como resultado de un pacto consciente entre individuos co-asociados con particulares intereses egoístas (Hobbes; Rousseau). En virtud de un principio de orden natural en el desenvolvimiento social se explica la intrínseca sociabilidad del hombre. Sin embargo, ese orden natural no es estático ni mucho menos invariable por la acción reformadora del hombre, que puede llegar a la defensa de la legitimidad de la revolución, ante una situación de gobierno autoritario que impida el libre desenvolvimiento de la sociedad (*self-government*). Es el caso de la revolución de septiembre de 1868, aunque apartándose de sus excesos[28]. Pero es sólo un

[26] Véase Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, CES, 1996, espec., pp. 27 y ss.; Monereo Pérez, J.L.: "La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de «desmercantilización»", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 19 (1995). Se ha hablado también de "intercambios obstruidos" para referirse a aquellos bienes substraídos a la esfera mercantil de intercambios. Véase Walzer, M.: *Las esferas de la justicia,* México, FCE, 1993.

[27] Véase Pettit, P.: *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno,* Barcelona, Editorial Paidós, 1999, pp. 25 y ss.

[28] Véase Giner de los Ríos, F.: "El viejo liberalismo", en *La Época,* 2 de noviembre de 1868, pp. 2 y 3. La desconfianza hacia el hecho revolucionario, al que opondría la evolución lenta presidida por el racionalismo armónico, se reflejó pronto, como se puede comprobar en su ensayo "La juventud y el movimiento social (1870)", en *Obras Completas,* t. VII, Madrid, Espasa-Calpe, 1922, pp. 101 a 126.
En el pensamiento de Giner de los Ríos influye tanto la doctrina germánica como la doctrina anglosajana en el campo de las ciencias sociales y jurídicas; ambas fueron estudiadas por él. En su concepción del enseñanza y de la ideal del Derecho Social, que le fue especialmente próxima, el influjo es ante todo germánico. Puede consultarse, en general, para el ambiente de la época que conocía perfectamente Giner, Gurvitch, G.: *La idea del Derecho Social. Noción y sistema del Derecho social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX,* edición y traducción de directa del francés y estudio preliminar, "La idea del Derecho social en la teoría general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch", a cargo de José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005, LV+782 pp. , espec., capítulo cuarto (sobre la idea del Derecho Social en Alemania), pp. 549 y ss. Don se sitúa la teoría jurídica de Ahrens, Röder y en la teoría económica, K. Marlo y Schaäfle, y el

recurso excepcional, pues el krausismo liberal apostaría por una política de transformación gradual y de reforma pacífica del orden existente, incluso durante el período de la Restauración. Se trata de impulsar las fuerzas naturales del progreso de la humanidad. La historia tiene un sentido que cabe desvelar (descubriendo sus las leyes de desarrollo social) e impulsar (a través de la acción de la sociedad vertebrada en estructuras intermedias[29] y del Estado creando las condiciones indispensables para llevar a cabo dicha acción consciente). En el pensamiento krausista la historia conduce a la Alianza de la Humanidad, en la armonía universal con Dios. Fijado científicamente el ideal lo que habría que favorecer es la senda del progreso conducente a su plena realización. En gran medida, Giner aparece como uno de los inspiradores originarios de la actitud krausopositivista e introductor de una concepción científica de la Psicología y de la Sociología[30]. Aunque esa actitud krausopositivista encontraría su defensa más explicita y acabada en Salmerón[31], Urbano González Serrano[32], Manuel Sales y Ferré[33], Adolfo Posada[34] y Adolfo Gonzáles Buylla (más próximo al socialismo de catedra y al socialismo democrático-liberal.

En ese contexto, Francisco Giner de los Ríos (Ronda, 1839-Madrid, 1919) tuvo un papel determinante, actuando como renovador cultural e inspirador político, en la estela de renovación del pensamiento krausista, incorporando las aportaciones de Ahrens y Röder. Por lo demás, incorporó en lo que pudo, "no sólo nuevos elementos tomados de Schäffe, Hobhouse o Gram. Wallas que le llevaban a la sociología, sino que resaltaba los vínculos que le unían con San Agustín, Spinosa, Leibniz, Kant, Schelling y Savigny"[35].

---

jurista autriaco, Lorenz von Stein. Asimismo, véase *Ibid.*, Capítulo quinto " (sobre la teoría del Derecho Social y las personas colectivas complejas de Otto von Gierke), pp. 591 y ss.

[29] Para las más serias dudas sobre un supuesto "sentido de la historia", véase Löwith, K.: *El sentido de la historia. Implicaciones teológicas de la filosofía de la historia,* Madrid, Aguilar, 1973; Löwith, K.: *Historia del mundo y salvación. Los presupuestos teológicos de la filosofía de la historia,* Buenos Aires, Katz Editores, 2007; Löwith, K.: *El hombre en el centro de la historia. Balance filosófico del siglo XX,* Barcelona, Empresa Editorial Herder, 1998.

[30] Abellán, J.L.: *Liberalismo y romanticismo (1808-1874),* t. IV, Madrid, Espasa-Calpe, 1984, p.518.

[31] Véase Monereo Pérez, J.L.: "El republicanismo español: los supuestos básicos del pensamiento político y social de Nicolás Salmerón", Estudio Preliminar a Salmerón y Alonso, N.: *Trabajos filosóficos, políticos y discursos parlamentarios,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007.

[32] Véase González Serrano, U.: *Psicología fisiológica,* Madrid, Lib. De Fernando Fe, 1886; ID.: *Crítica y Filosofía,* Madrid, Biblioteca Económica y Filosófica vol. XLI, Madrid, Impr. de R. Angulo, 1888.

[33] Véase Nuñez Encabo, M.: *Manuel Sales y Ferre: Los orígenes de la sociología en España,* Madrid, Edicusa, 1976; Jerez Mir, R.: *La introducción de la sociología en España,* Madrid, Editorial Ayuso, 1980.

[34] Véase Laporta, F.J.: *Adolfo Posada: política y sociología en la crisis del liberalismo español,* Madrid, Edicusa, 1974; Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003. La expresión "krausopositivismo" fue utilizada por Adolfo Posada por vez primera en su ensayo "Los fundamentos psicológicos de la educación según el Sr. González Serrano", en *BILE,* núm.16 (1892), p.4. Sin embargo, conviene anotar que esa forma de positivismo no se tradujo en absoluto en el ámbito jurídico como positivismo legalista y formalista. El antiformalismo es un rasgo caracterizador de Giner y Posada; y en gran medida de los juristas más avanzados de la corriente plural del Krausismo español (deudor del pensamiento de Krause, pero también renovador de su filosofía y teoría del Derecho).
Véase Nuñez, D.: *El darwinismo en España,* Madrid, Castalia, 1969; Nuñez, D.: *La mentalidad positiva en España: Desarrollo y crisis,* Madrid, Júcar,1975. La deriva del krausismo hacia el positivismo es perceptible en obras muy significativas, tan sólo entre los krausistas ofreció una particular resistencia a esa deriva Tiberghien. Véase Tiberghien, G.: *Introducción a la filosofía y preparación a la metafísica. Estudio analítico sobre los objetos fundamentales de la ciencia. Crítica del positivismo,* trad. Vicente Piñó y Vilanova, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1875; *Krause y Spencer,* Madrid, Fernando Fe, 1883; ID.: *Ensayo teórico e histórico sobre la generación de los conocimientos humanos,* Madrid, Lib. De Fco. Góngora, 1875, con "Apéndice" de Nicolás Salmerón y Urbano González Serrano, traductores de esta obra; Salmerón, N.: "Prólogo" a la obra de Giner, Hermenegildo.: *Filosofía y Arte,* Madrid, Editorial: Imp. de M. Minuesa de los Ríos, 1878.

[35] Pérez-Prendes, J.M.: "Las ciencias jurídicas", en *La edad de plata de la cultura Española (1898-1936)*, vol. II., *Historia de España Menéndez Pidal,* dirigida por J.Mª. Jover Zamora, Madrid, Espasa-Calpe,1999, pp. 339 y ss., en particular, p. 356.

2. PENSAMIENTO SOCIAL-LIBERAL Y REFORMISMO SOCIAL Y JURÍDICO

Francisco Giner de los Ríos participaba de una concepción organicista y democrática de la sociedad. Por ello pudo afirmar que "la sociedad toda, no sólo el Estado, es también un organismo, cuyas funciones se condicionan y necesitan recíprocamente, trascendiendo a cada una de ellas el bien y el mal, el progreso y el retroceso, la energía y la postración de las restantes. Consecuencia de este principio evidente es que, de igual suerte que todo fin en la vida ha menester del derecho como uno de los elementos esenciales de aquélla, el desarrollo próspero de éste pide, a su vez, el eficaz concurso de sus elementos hermanos. Una sociedad escéptica y descreída, ignorante, miserable, inmoral, jamás engendrará un derecho positivo culto y elevado"[36].

La teoría orgánica del Estado se revitaliza en el último tercio del siglo XIX, como una reacción frente al fracaso del liberalismo individualista[37]. Esta concepción influyó en el socialismo de cátedra, en el liberalismo social y en las corrientes del catolicismo social. Estas corrientes de pensamiento persiguen, a pesar de sus diferencias significativas, una mayor intervención del Estado, partiendo de la crítica al abstencionismo social del Estado y al economicismo individualista (partidario de un "laissez faire" selectivo), y de la defensa de la intervención en el problema social.

El krausismo español cristalizó en un tipo de liberalismo organicista y reformista. Liberalismo y krausismo se implican mutuamente, alcanzando el primero en el segundo su expresión filosófica y política. De ahí que el impulso y la preocupación que se deriva del krausismo para una reforma en profundidad de la sociedad española[38]. Es un liberalismo social y republicano, distinto al liberalismo individualista y al liberalismo conservador. Pero, lejos de lo que ha podido afirmarse en otra época, ese tipo de liberalismo organicista y reformista tenía un entronque especialmente intenso en las propias elaboraciones de Krause[39], el cual veía al hombre como socialmente situado, no aislado; y a la sociedad como un solidario organismo.

---

[36] Giner de los Ríos, F.: *La política antigua y la política nueva* (1868-1872), en *Obras Completas,* vol. V (*Estudios jurídicos y políticos*), Madrid, Espasa-Calpe, 1921, p.176. Por lo demás, abundando en su organicismo personalista, afirma que "cada una de estas sociedades es, no sólo una realidad sustantiva, un verdadero ser, sino una verdadera *persona,* dotada de conciencia, o sea, de representaciones, sentimientos y tendencias racionales comunes, que aparecen como la faz espiritual de su vida, tan luego como se forma cierta unión, sea total sea parcial, entre varios individuos al menos". Cfr. Giner de los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos,* edición crítica y estudio preliminar, "El organicismo social de Giner de los Ríos (pp. IX-XXXIX)", de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008, p.115.

[37] La exposición y defensa matizada de la concepción orgánica del Estado fue realizada de forma detenida y sistemática, entre nosotros, por Reus Y Bahamonde, E.: *Teoría orgánica del Estado,* Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1880. El autor, doctor en Filosofía y Letras, acepta y defiende esa concepción organicista, simpatiza con el socialismo de cátedra y con la concepción organicista del Estado (el Estado como sociedad para el derecho). Para Reus "el Estado, es primeramente organismo (persona), y organismo creado por un impulso humano y mantenido por este mismo impulso, de la manera que puede mantenerse entre seres espirituales, mediante una prestación continua de medios (derecho), y en atención a la vida de una entidad, que él representa, y para la cual ha sido formado (nación)…Podemos, pues, definirle como organismo jurídico de la vida nacional, y si se quiere un concepto más explícito, atendiendo a que la nación es también orgánica en sí, y podría inducir a confusiones por demasiado concreta la fórmula antedicha, añadiremos que el Estado es la persona jurídica, que representa y desenvuelve la vida nacional" (*Ibid.*, pp. 74-75). Defiende, por otra parte, la intervención del Estado a través de una Política Social en el problema social, como aplicación de la teoría orgánica expuesta y en el entendimiento de que "toda evolución democrática es social" (*Ibid.*, pp. 133 y ss., y 195 y ss.).

[38] Abellán, J.L.: *Historia Crítica del Pensamiento Español,* t. IV., Madrid, Ed. Espasa Calpe, 1979, p.394.

[39] Antes del organicismo liberal krausista otros autores tan relevantes como Hegel habían defendido esquemas organicistas de la sociedad y del Estado (y mostraron sus reticencias respecto de las representaciones políticas inorgánicas propias de los parlamentos de la democracia demoliberal). El modelo representativo de Hegel se basaba en la idea de corporación. Veáse (sin?) F.de la Mora,p.33. También organicista fue Herbert Spencer (citar ensayos; ver también p.34). Por cierto, en la recepción de Spencer tuvo un papel fundamental el krausismo y muy en particular su deriva hacia lo que se dio en llamar krausoinstitucionismo (o, menos exactamente, krausopositivismo) a través de Giner, y muy especialmente de su discípulo eminente Adolfo Posada. Véase, por ejemplo, *La enseñanza del Derecho,* Discurso leído en el solemne acto de la apertura del curso académico de 1884 a 1885 en la Universidad Literaria

(a)Krause, en efecto, había tratado de superar el individualismo formalista a través de la defensa de un organicismo social y, en conexión con ello, con un particular enfoque de "lo social" que suponía la implicación del Derecho y del Estado en la creación de las condiciones de posibilidad para el desarrollo del individuo. El organicismo social atribuye a la sociedad una entidad propia, con una fisonomía definida y específica distinta a los miembros que se integran en ella. Krause había insistido en que el sentido del Derecho no es sólo el de preservar a los hombres de daños externos, sino también el de sentar las bases de la sociedad y sociedades humanas. En este orden de ideas la teoría krausiana pretende superar la visión puramente atomística e individualista mantenida por el formalismo, la cual se vería desplazada por una concepción orgánica de la sociedad. Desde esta concepción orgánica de la sociedad, lo social no es representado como una unión atomística de individuos aislados y egoístas, ni reunidos a través de un contrato de transacción entre intereses divergentes en juego, sino que es percibido como una realidad superior y diferenciada respecto de la simple suma o yuxtaposición de las partes individuales[40].

Su imagen de la sociedad evolucionada supera la idea de una simple unión atomística, y, por consiguiente, inorgánica (*Gesellschaft*), y conduce a una "unidad orgánica" (*Geselligkeit*). Este lúcido y fructífero –como de inmediato se apuntará aquí– enfoque lo planteó en su obra *Das Urbid der Menschheit*[41]. Esa idea de de "unidad orgánica" fue una idea-fuerza especialmente fecunda y con desarrollos *posteriores* bien conocidos. Es el caso de Tönnies y su obra "Comunidad y Asociación"[42], de Schmoller y, en términos generales, de los llamados "socialistas de cátedra[43], pero también la concepción aún más influyente a través del solidarismo de Emilio Durkheim que contrapuso a la

de Oviedo, Oviedo, Imp.Y Lit. de Brid y Regadera, 1884 (en lo que se refiere a su recepción pedagógica, y con cita de su obra "La educación física, intelectual y moral. La moral evolucionista"), y sus *Principios de sociología,* 1ª edición, 1908, y 2ª ed., 1929. En *La enseñanza del Derecho* había destacado Posada algunas virtualidades positivas del positivismo ("La época actual gracias al predominio del positivismo, se caracteriza en lo que al método se refiere, por el triunfo en la ciencia del procedimiento analítico, y el procedimiento analítico, es siempre un procedimiento expansivo y libre, mucho más libre en cada momento del la investigación que el sintético, como que bien entendido, supone el destronamiento de toda autoridad arbitraria e irracional y la sujeción del pensar en el conocer, no al capricho, pues éste sería el resultado del procedimiento empírico, que es muy distinto, sino a la conciencia como fuente y como espejo que existe en la profunda intimidad de nuestro espíritu, donde se reflejan, como en claro y transparente río, los objetos de que luego, mediante el contrate y las pruebas y todos los útiles de que hombre puede valerse, la razón certifica").

[40] Véase la completa obra de Querol Fernández, F.: *La filosofía del Derecho de K. Ch. F. Krause,* Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2000, pp. 149 y ss.

[41] Krausse, K.Ch.F.: *Das Urbild der Menschheit. Ein Versuch von Karl Christian Friedrich Krause, weiland Doctor der Philosophie und Mathematik. Aufs neue herausgegeben von Dr. Paul Hohlfeld und Dr. August Wünsche. Dritte, durchgesehene Auflage,* Leipzig, 1903.

[42] Tönnies, F.: *Comunidad y Asociación*, trad. José-Francisco Ivars, revisión de J.L. Monereo Pérez, edición y estudio preliminar, "La interpretación de la Modernidad en Tönnies: "Comunidad y "sociedad-asociación" en el desarrollo histórico" (pp. XI-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009.

[43] Sobre las corrientes del "socialismo de cátedra" y "socialismo jurídico", puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999; Monereo Pérez, J.L.: "Reformismo social y socialismo jurídico", Est.preliminar a Menger, A.: *El derecho civil y los pobres,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998; Monereo Pérez, J.L.: "El tiempo de los derechos sociales: la construcción fundacional de Antón Menger", en *Revista de derecho del trabajo,* núm. 29 (2020), pp. 225-281; Monereo Pérez, J.L.: "Reforma Social y Ética en Economía Política: La Teoría de Gustav Schmoller", en *Temas Laborales,* núm. 93 (2008), pp. 11 y sigs; Schmoller, G.: *Política social y economía política,* Estudio Preliminar de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007; Monereo Pérez, J.L.: "Reforma social y ética en Economía Política: la teoría de Gustav Schmoller", en *Temas Laborales,* núm. 93 (2008), pp. 11-76. Texto completo: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2556734; Monereo Pérez, J.L.: "El "socialismo de cátedra" de Gustav Schmoller en la construcción de la política social moderna", en *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas,* núm. 11 (2017), pp. 33-120. En la estela de la política social en la dimensión jurídica la doctrina germana en materia de política jurídica tendría conexiones relevantes con aquélla corriente de pensamiento, al respecto, Monereo Pérez, J.L.: "LUDWIG HEYDE: "La Seguridad Social en el marco de la política y el Derecho Sociales". *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (23), (2020), pp. 357–389. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/415

"solidaridad mecánica" una "solidaridad orgánica" basada en la interdependencia social cuyo soporte sería una fase avanzada de la división del trabajo social. Estos autores habían creído que se podrían resolver los conflictos sociales y políticos que fracturaban a la sociedad moderna a través de la integración orgánica y pluralista de las distintas clases y fuerzas sociales. En este sentido la noción de organismo social[44] sobre la que se construyen estos enfoques permitía resaltar el elemento de unidad, de pertenencia a un orden común (la sociedad), que sino comportaba la superación de las contradicciones sociales si al menos permitiría su coexistencia pacífica. Esta es al menos la tradición cultural del organicismo democrático, que poco tiene en común con el organicismo de tipo autoritario propio de las distintas formas de totalitarismo (fascismo, nacionalsocialismo, nacionalsindicalismo, estalinismo…)[45]. En la sociedad orgánica, "el Estado funda su fin y forma propia de acción en abrazar la humanidad en un organismo político para hacer efectivas las condiciones interiores y exteriores de nuestra humanización"[46]. Se parte de la idea que la humanidad "para realizar en el tiempo esta forma de vida en el todo y en las partes está llamada a reunirse con una persona y sociedad fundamental y orgánica con sus personas interiores de unas en otras, y en forma de un Estado político humano... El hombre educado en el puro humanismo presta derecho y condición de todos lados con libre voluntad, esto es, en forma de virtud moral"[47].

En la sociedad orgánica el individuo se realiza en cuanto que miembro orgánico de ese ente superior de pertenencia. El organicismo social significa, ante todo, unidad de fin con diversidad de funciones. Esa pluralidad y multiplicidad, es en los organismos complejos (organismos de organismos) más indispensable. La sociedad no sólo es ser, sino "persona"[48]: "La comunicación de individuos que la forman va engendrando, mediante la compenetración de sus diversos pensamientos, afectos, propósitos, una expresión común, un fondo homogéneo de ideas, emociones, tendencias, que no es la mera resultante mecánica de los elementos individuales, sino que el ser social, subordinando estas fuerzas y contrayéndolas dentro de su esfera, necesidades, condiciones y límites, las determina por relación a su fin en un producto orgánico…Tal es la génesis del espíritu público , –en términos más amplios– de la conciencia social"[49]. Realza, de nuevo, que "la sociedad no sólo tiene conciencia, sino personalidad"[50]. Aquí adquiere un lugar central el concepto de persona social, que implica una visión antropológica del hombre social con personalidad social propia para los fines comunes. Ciertamente, Krause y Julián Sanz del Río habían mantenido una visión antropológica del hombre, compuesto armónico en la inseparabilidad de la unión entre cuerpo y espíritu; y es que interesa

[44] Giner de los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos,* edición crítica y estudio preliminar, "El organicismo social de Giner de los Ríos (pp. IX-XXXIX)", de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008, p. 95-98 ("Organismo social").

[45] Para esta concepción amplia del totalitarismo, véase Arendt, H.: *Los orígenes del totalitarismo,* Madrid, Alianza Editorial, 1981.

[46] Krause/Sanz Del Río, J.: *Ideal de la Humanidad para la vida,* Barcelona, Ediciones Orbis,1985, p.77. Observa que la necesaria intervención del Estado encuentra límites intrínsecos, a saber: "el Estado, como la forma exterior de la justicia, debe asegurar a los ciudadanos las condiciones para cumplir libremente la totalidad de su destino; pero las condiciones interiores de libertad y de mérito moral, las intimidades del ánimo y las potencias superiores del entendimiento y la voluntad están fuera de su esfera y sobre sus medios. Bajo estos respectos el Estado puede solo dar las *condiciones exteriores,* puede concurrir a su modo, prestando derecho a la actividad de las otras instituciones relativas al destino humano; pero el Estado no puede fundar ni dirigir la vida interior de estas instituciones" (*Ibid.*, p. 84).

[47] Krause/Sanz Del Río, J.: *Ideal de la Humanidad para la vida,* Barcelona, Ediciones Orbis,1985, p.176.

[48] *La persona social. Estudios y fragmentos,* edición y estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008, pp. 25 y ss.

[49] *La persona social,* cit.,26.

[50] *La persona social,* cit., p.27. Apunto que "el concepto de persona, en su más amplio sentido, no es un concepto puramente antropológico, pues se aplica a otros seres que al hombre: sirva de ejemplo el problema de la personalidad divina. Pero en la esfera a que se contraen estas observaciones, puede resumirse diciendo que *equivale al del hombre,* como ser racional, y en los dos órdenes de sujetos que lo representan: el individual y el social. A ambos corresponde por naturaleza la posibilidad de llegar al grado superior de evolución de que es capaz la conciencia finita, según se manifiesta en el hombre adulto y educado…" (*Ibid.*, p. 28).

realzar la "centralidad de la idea del Hombre en la metafísica krausista. De ella parte la filosofía, y a ella vuelve, siendo asimismo el vehículo de acceso a lo exterior al propio individuo humano"[51]. En esa dirección observa Giner que "en la Humanidad, no sólo el individuo es un ser, sino toda sociedad verdaderamente tal. Toda comunidad de individuos (o de sociedades) unidos para cumplir un fin real, o varios, o todos, mediante su mutua cooperación, constituyen su propio *organismo*, sustancialmente diverso de cada uno de sus miembros y aun la mera suma de estos"[52]. Con ello queda de manifiesto, nuevamente, la concepción organicista social típica de la filosofía krausista. Lo social es inmanente a la situación del hombre en sociedad, y refleja en sí que todos los individuos participan de una misma esencia, esto es, de una misma naturaleza común. Es la noción de persona el eje de su filosofía del Derecho, pero también el concepto de persona social, constituye una apertura a la dimensión social, sociológica del individuo, pues para él en la Humanidad, no sólo el individuo es un ser, sino toda sociedad verdaderamente tal. Toda comunidad de individuos (o de sociedades) unidos para cumplir un fin real, o varios, o todos, mediante su mutua cooperación, constituyen su propio organismo, sustancialmente diverso de cada uno de sus miembros y aún de la mera suma de éstos[53]. Esa naturaleza común y no el contrato social estaría en el origen y explicaría "lo social". Los derechos del hombre derivan de la solidaridad y asistencia inherente a la sociedad. De este modo se afirma la existencia de intereses comunes superiores que prevalecen sobre los intereses particulares. Es en interés de la sociedad –aglutinante del propio de los individuos singulares que la componente– lo que da fundamento a la existencia de los derechos humanos y a la realización de una "*política social*"[54] por parte del Estado y del Derecho. La sociedad orgánica, el organicismo social, tendría una de sus primeras proyecciones en la teoría krausista del Derecho y del Estado, la cual se sustentaría en una concepción realista del Derecho como cualidad de la vida, cuyo material constituye el fondo de todas sus relaciones e institutos. Para el Krausismo (incluidos Ahrens y Giner) el Derecho no se agota en la actividad legislativa estatal, existen formas de derecho extra-estatal, surgidas de los grupos, comunidades u organismos sociales menores. En este sentido su concepción se enmarca en un pluralismo jurídico realista[55]. Para él hay en la sociedad otra vida más allá del Estado, tanto en lado interior, como fuera de sus fronteras[56]. El pluralismo defendido por Giner de los Ríos está presente

[51] Rodríguez De Lecea, T.: *Antropología y filosofía de la historia en Julián Sanz del Río,* Madrid, CEC, 1991, pp. 124-125. Observa el autor que "el Hombre definido como compuesto de cuerpo y espíritu, entiende una relación de tal calidad que genera un ser nuevo, con capacidades y virtualidades nuevas, que no poseía cada uno de los componentes de esa unión por sí mismo" (*Ibid.*, p. 129). En esa concepción el "concepto de organismo pretende sustentar una visión cosmovisional, relacionando entre sí: lo real y lo cognoscible, el individuo y la colectividad, el ser finito y el infinito", siendo el "objeto de la filosofía" siempre "la ciencia del hombre, y no la Ciencia por sí" (*Ibid.*, pp. 190-191).

[52] Giner, F.: *La teoría de la persona social en los juristas y sociólogos de nuestro tiempo,* en *Obras Completas,* t. VIII, p.56.

[53] *La teoría de la persona social en los juristas y sociólogos de nuestro tiempo,* en *La persona jurídica,* en *Obras completas,* vol. VIII, cit., p.56.

[54] Giner de los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos,* edición crítica y estudio preliminar, "El organicismo social de Giner de los Ríos (pp. IX-XXXIX)", de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008, pp. 185 y ss. (a propósito de Schäffle).

[55] Giner mantuvo hasta el final de sus días esa visión pluralista, pues, en efecto, afirmaba que "las reglas del derecho no son un producto aislado del espíritu nacional, por ejemplo, sino la obra compleja de acciones y de reacciones entre las diversas sociedades, corporaciones, villas, pueblos". Cfr. Giner de los Ríos, F.: *Acerca de la función de la Ley,* Madrid, 1932, pp. 18-19 (En esta edición no se hace constar la editorial, pero se observa que el original está "publicado en francés en el número de Agosto-Septiembre, 1908, de la *Revue Internationale de Sociologie,* París, y ahora por primera en castellano", *Ibid.*, p. 49). También deja constancia de que se asiste a una renovación de la teoría de las fuentes del derecho en un sentido inequívocamente más pluralistas (*Ibid., pp.* 23 y ss.). La ley estatal no puede pretender el monopolio de la regulación jurídica: "No soñamos, pues, en rebajar la función de la ley, sino solamente en colocarla en su lugar. Esta función no es más que un *caso particular* de la acción del hombre sobre el hombre, tal y como ella se desenvuelve en un sistema de relaciones espirituales" (*Ibid., p.* 37).

[56] Giner de los Ríos, F.: "La política antigua y la política nueva", en *Revista de España,* Tomo 10, núm. 38, 1869, pp. 192-197. Véase Monereo Pérez J.L.: "El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos (I)", en *Revista de derecho constitucional europeo,* Año 8, núm. 15-16 (2011), pp. 543-632. https://www.

desde su misma concepción de la sociedad. Para él "Toda sociedad humana, en su más amplio sentido, es un grupo donde se resuelve una o más oposiciones (sexo, carácter, fines, profesiones…) y cuyos miembros cooperan a un fin común; aunque éste se reduzca a términos tan sumarios como la defensa recíproca contra un enemigo exterior; y aunque la conciencia del vínculo en los individuos sea más o menos rudimentaria, y aun falte casi por completo, y aunque su organización tenga un carácter sumamente sencillo, indefinido y transitorio, siempre que se reúnen aquellas condiciones, hay sociedad". Por lo demás, este organismo se va concretando gradualmente, unas veces con lentitud, otras con rapidez, y obedeciendo a causas muy diversas; entre ellas, la voluntad del hombre, tácita o expresa, instintiva o deliberada, sólo es una de tantas, ya más, ya menos importante, contra lo que ha solido entenderse en las doctrinas que hacían depender la vida social del arbitrio indiferente del sujeto[57]. La *sociedad no es no es una masa inorgánica*, que pueda ser organizado incluso por el Estado sin más y en todos sus elementos; sino que es la sociedad misma, aunque sólo en el respeto y cualidad de su función jurídica; coincidiendo, por tanto, cuantitativamente los límites de ambos órdenes. Ninguno de ellos contiene, pues, al otro, como el todo a la parte. En el fondo, la vida social es un sistema de acciones y reacciones entre todos sus miembros, y entre éstos y ella, para el fin común. Sin duda, en esta constitución dinámica puede decirse que hay una doble dirección; del todo, y con esto, una especie de atracción y repulsión sociales (los llamados "altruismos y egoísmo"). Pero así como en la naturaleza no son estas dos fuerzas, sino direcciones relativamente contrarias de una misma energía, así también acontece en la sociedad[58]. El pluralismo social que es inherente a esta concepción de la sociedad conduce, de suyo, al pluralismo jurídico, toda vez que "el derecho que es propio de toda persona social puede dividirse, como el del individuo, en dos esferas, a saber: interno, que abraza el orden de condiciones necesarias para una vida como Estado, en su unidad y en sus relaciones con sus miembros; y externo, que se refiere a las condiciones de esa vida, en su acción y reacción con las demás personas, ora exteriores, ora pertenecientes a ella, pero consideradas como sujetos independientes"[59].

Se ha estimado que ella constituyó una de los precedentes directos de las diversas escuelas de teoría social favorables al Estado intervencionista a través de la elaboración de la "*política social*" y la defensa de una teoría orgánica de la propiedad que realza su función social. Así las teorías de reforma social como las postuladas por Stein-Mohl[60] y las impulsadas por el socialismo de cátedra

ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/13GinerRios.htm https://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/10JLMonereo.htm.

Monereo Pérez, J.L.: "El reformismo socio-liberal de Giner de los Rios; organicismo y corporativismo social", en *Civistas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 142 (2009), pp. 279-338; Monereo Pérez J.L.:"La reforma educativa como proyecto político-jurídico de transformación democrática: legado y actualidad del institucionismo de Giner de los Ríos", *Ábaco*, no. 90, 2016, pp. 14–36. *JSTOR*, https://www.jstor.org/stable/26561960. Accessed 1 Oct. 2022

[57] Giner de los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos,* edición crítica y estudio preliminar, "El organicismo social de Giner de los Ríos (pp. IX-XXXIX)", de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008, pp. 110-112. En este sentido, piensa, que no hay sociedad, pues, ni organismo, en una serie indefinida de individuos con una o varias notas comunes, como no lo hay siquiera en una muchedumbre accidental reunida en determinado lugar y para determinado fin, sino una mera colectividad, que no toma cuerpo. Pues ni siquiera la unidad de fin, sin la diferenciación cooperativa, puede engendrar esa definición y limitación que constituye la base cierta de toda sociedad y el motivo de la formación de sus órganos específicos, los cuales no son característicos, como se ha pretendido, de todo ser, unidad biológica u organismo, *pero no organismo social* (*Ibid.,* p. 122). Una organización momentánea no es creadora de sociedad.

[58] Giner de los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos,* edición crítica y estudio preliminar, "El organicismo social de Giner de los Ríos (pp. IX-XXXIX)", de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008, p.116.

[59] Giner de los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos,* edición crítica y estudio preliminar, "El organicismo social de Giner de los Ríos (pp. IX-XXXIX)", de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008, p. 117.

[60] Sobre el pensamiento social y filosófico-jurídico de estos dos autores, véase las síntesis lúcida de Gurvitch, G.: *La idea del Derecho Social. Noción y sistema del Derecho social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el*

(Schmoller, Schäffle, Wagner, que constituyeron la Sociedad para la Política Social, "*Der Verein für Sozialpolitik"*)[61]. Entre nosotros el socialismo de cátedra encontró una importante recepción explícita[62] e implícita. Especialmente la recepción y la influencia se realizaron a través de traducciones instrumentales de obras significativas de esta corriente de pensamiento reformista (se tradujeron obras

fin del siglo XIX, edición y traducción de directa del francés y estudio preliminar, "La idea del Derecho social en la teoría general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch", a cargo de José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005, LV+782 pp. ; Monereo Pérez, J.L.: "De las declaraciones a la garantía multinivel de los derechos sociales fundamentales: la aportación de Georges Gurvitch", en *Lex Social, Revista De Derechos Sociales* 12(1), (2022), pp. 166-273. https://doi.org/10.46661/lexsocial; *in extenso,* Monereo Pérez, J.L.: *Democracia pluralista y derecho social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.

[61] Sobre la influencia de la teoría krausista en el desarrollo de la política social, especialmente en Alemania (pero que cabría extender a otras países donde el krausismo tuvo una gran implantación como España, Francia, Bélgica, etc.), véase Von Philippovich, E.: *Die Entwicklung der wirtschaftlichen Ideen im 19. Jahrhundert,* Tübingen, 1910, pp. 74 y ss.; Vester, W.: *Sozialphilosophie und Sozialpolitik der deutschen Rechtsphilosophie des XIX Jahruhunderts. Krause, Ahrens, Röder. Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde bei der Philosophischen Fakultät der Hessischen Ludwigs-Universität zu Gieseen,* Giessen, 1935, pp. 46 y ss., *passim.* La influencia en Schäffle de la teoría krausiana y su singular organicismo social ha sido muy destacada entre nosotros. La influencia que en la economía política de los socialistas de cátedra estaba teniendo el krausismo fue referida por Röder en una carta que dirige a Giner de los Ríos el 28 de septiembre de 1871 (Lo recoge Ureña en su Prólogo a Querol Fernández, F.: *La filosofía del Derecho de K. Ch. F. Krause,* Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2000, p.21). También, Suárez Cortina, M. (ed.): *El gorro frigio. Liberalismo, democracia y republicanismo en la Restauración,* Madrid, Biblioteca Nueva, 2000.

[62] Dicha corriente encontró defensores directos como es el caso de Duarde Y Furió, V.: *El socialismo de cátedra en sus relaciones con el Derecho y la noción de Estado,* Discurso leído en la sesión inagural del curso de 1883 á 84, Valencia, Ateneo Científico, Literario y Artístico de Valencia, Imprenta de Manuel Alufre, s/f. (1883). Duarde lo considera como "hermano gemelo del liberalismo armónico" (*Ibid.*, p. 5). Destaca que todos los autores de esta corriente "coinciden en lo esencial, en la afirmación de que las leyes naturales económicas en cuanto quiera dárseles una aplicación general son viciosas, pues siempre y en todas ocasiones deben sujetarse al derecho y a la moral, puesto que el individuo cuando cultiva sus intereses económicos, no deja de ser por ello un miembro del *organismo político* del Estado, y por ende sujeto en la condicionalidad de sus relaciones a las leyes, fuera de las cuales no es posible perseguir el bien ni llegar al cumplimiento de los múltiples fines individuales y sociales del hombre". Por ello entienden que más allá de las posiciones del individualismo economicista, el egoísmo y el interés individual no son las únicas bases de la ciencia económica, "y sí la aspiración al bienestar individual y social, al derecho, a la moral y a la justicia". Pero, además, es posible conciliar, armonizar, esos intereses individuales y sociales dentro del proceso de sociabilidad. Esa conciliación no es espontánea y requiere de la intervención del Estado en la regulación de los fenómenos económicos. Así lo entienden los socialistas de cátedra (*Ibid.*, pp. 8 a 11). Para los socialistas de cátedra es legítima y necesaria la intervención del Estado en la esfera económica. Duarde vincula el krausismo de Ahrens (el que más influyó en Giner) con el socialismo de cátedra: "El Estado, según Ahrens, es la sociedad organizada con el fin de realizar el derecho por medio de instituciones orgánicas o el poder que tiene por fin el desarrollo d e las facultades de la Nación y el perfeccionamiento de su vida por una marcha progresiva, que no se ponga en contradicción con los destinos de la humanidad, según el concepto que merece para Bluntschli. *En cualquiera de ambos sentidos corresponde al Estado intervenir y dirigir los principales fenómenos económicos".* Si el Estado es la sociedad organizada con el fin de realizar el derecho, necesariamente ha de intervenir en la organización del trabajo, en la producción de riqueza y en la distribución de la misma, no limitando la libertad, pero previniendo y castigando sus abusos, y restableciendo el orden siempre que se perturbe el estado de derecho (*Ibid.*, p. 20). Para él existe una interferencia e interdependencia mutua entre la economía y el Derecho y el Estado dentro del organismo social: "En el organismo social acontece lo que en la mecánica física; dos ruedas que engranen, o permanecen ambas en reposo o ambas han de moverse a la vez; si pues la economía influye en el derecho y marcha del Estado, el derecho y el Estado han de influir precisamente en la economía, influencia que repetimos no puede ser meramente tutelar y transitoria, sino *permanente*, esencial y de derecho propio" (*Ibid.*, p. 23). Por ello concluye que el socialismo de cátedra no es una escuela perturbadora y revolucionaria; no pretende realizar grandes cambios no modificaciones de la estructura económica y social vigente (del orden del capitalismo), sino que, por el contrario, busca su más eficaz y resistente apoyo en el derecho y en el Estado (haciendo del capitalismo un orden organizado para los fines de la vida humana digna (*Ibid.*, pp. 21-22). Sobre los fundamentos del socialismo de cátedra y su recepción en España, puede consultase Monereo Pérez, J.L.: "La 'escuela nueva' en economía y la política de reforma social", Estudio preliminar a Schmoller, G.: *Política social y economía política,* Granada, Ed.Comares, 2007, pp. V a XXXVI.

de Schmoller, Schäffle), siendo los krausistas los principales introductores (Giner, Azcárate, Buylla, Piernas Hurtado, etcétera).

Krause consideraba necesaria la acción positiva del Estado para contribuir a la igualdad real de los individuos, garantizando que todos puedan tener las mismas oportunidades para desarrollarse plenamente en sociedad. El valor que inspira e impulsa esa intervención es el de la solidaridad social[63]. De ahí su rechazo al abstencionismo Estatal en las cuestiones sociales y a la doctrina del *laissez faire, laissez passer"* defendida por el liberalismo individualista; su rechazo a la exposición ilimitada del individuo a las fuerzas asimétricas del mercado. El Derecho[64] ha de garantizar los derechos solidarios que corrijan las situaciones de desigualdad social y, en general, las circunstancias que impida que el individuo disfrute de una vida digna. Sin embargo, krause no defendería la versión autoritaria del llamado en la época "socialismo de Estado" (denominación que hacía referencia, de ordinario, a las doctrinas que defendían el intervencionismo estatal en la solución de la cuestiones sociales y económicas), sino que postulaba un *organicismo pluralista* en cuyo marco junto al Estado se situaba en papel mediador a los organismos intermedios, a las sociedades intermedias. De ahí que defendiera los derechos de la vida asociativa y se apartara del "estatismo" autoritario al estilo del que después postularía Bismarck. La acción conjunta del Estado y de los "organismos intermedios" que vertebran la sociedad civil es lo que constituye el motor del progreso social[65]. El progreso, concepto oscuro, debería sustituirse por el de la evolución, el cual implica al mismo tiempo mayor diferenciación y mayor integración o unidad de sus partes (*unidad orgánica*): no todos los factores sociales caminan a la par, adelantándose unos más que otros y pudiendo observarse en las sociedades, ya estancamiento, suspensión de desarrollo. Tampoco hay siempre progreso moral, sino cuantitativo; y por último, debe cuidadosamente distinguirse entre la diferencia de tipo y la degrado de evolución[66]. Krause –como después también Ahrens y Giner– defendía el intervencionismo público, pero *no era estatalista* (donde el Estado tiende, o pretende, absorber al individuo y a los grupos sociales), pues la sociedad civil tiene que tener un espacio propio donde los individuos puedan desplegar sus potencialidades y sus intereses de todo tipo pudieran articularse orgánicamente a través de los cuerpos sociales intermedios. La sociedad es un organismo con identidad propia, pero integrado por una multiplicidad de organismos intermedios. Por consiguiente, el liberalismo krausista ya desde el pensamiento de su fundador se apartaba del liberalismo individualista y se inclinaba fuertemente hacia lo que después se denominaría "liberalismo social", forma de pensamiento que, en unión con otras ideologías de reforma social, cristalizará políticamente en el Estado social de Derecho y la constitucionalización de

[63] Véase al respecto Landau, P.: "Die Rechtsphilosophie Krauses", en Kodalle, K.(Hrsg.).: *Karl Christian Friedrich Krause (1781-1832). Studien zu seiner Philosophie und zum krausismo,* Hamburgo, 1985, p. 92. También Gurvitch, G.: *La idea del derecho social,* traducción y estudio preliminar "La 'Idea del Derecho Social' en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch", a cargo de J.L. Monereo Pérez y A.Márquez Prieto, Granada, Ed.Comares, 2004.

[64] Es necesario subrayar la centralidad que el Derecho tiene en el pensamiento krausista, lo que se justifica por la función que ha de ocupar en el sistema social. Por lo demás, y en relación a ello, se ha destacada, con razón, el protagonismo krausista en el ámbito jurídico desde 1869 hasta 1936, lo cual se lograría "por la configuración, actualización y difusión de una concepción del Derecho, realizada mediante la conjunción de tres elementos principales, aunque no únicos". Cfr. Pérez-Prendes, J.M.: "El influjo del krausismo en el pensamiento jurídico español", en Ureña, E.M. y Álvarez Lázaro, P.N. (Eds.): *La actualidad del krausismo en su contexto europeo,* Madrid, Editorial Parteluz-Universidad Pontificia de Comillas, 1999, pp. 187 y ss. , en particular pp. 189 y 215. Realza, igualmente, que "Clave esencial en la formación general universitaria de los juristas fue la difusión, como elemento central, de criterios jurídicos por medio de la obra del jurista alemán H. Ahrens "Enciclopedia jurídica o exposición orgánica de la ciencia del Derecho y el Estado", traducida en 1873 por Francisco Giner, Gumersindo de Azcárate y Augusto G. de Linares, profesores de la Institución Libre de Enseñanza. Esta versión española fue de mayor calidad que las que se hicieron a otros idiomas" (*Ibid.*, p. 216).

[65] Sobre el ideario y las preocupaciones sociales de Krause, véase Wolgast, S.: *Kart Christian Friedrich Krause (1781-1832) Ammerkungen zu Leben un Werk. Sitzungsberichte der Sächsischen Akademie der Wissenschaften zu Leipzig. Philologisch-historischer Klasse. Band 129 –Heft 5,* Berlin, 1990, pp. 63-64.

[66] Giner, F.: *La persona social,*cit., p. 38. Con planteamiento crítico respecto de la doctrina de Spencer (*Ibid.*, pp. 40 y ss.).

los derechos económicos, sociales y culturales[67]. De hecho, directamente Giner –como antes Krause y Ahrens– había vinculado su filosofía jurídica, y en particular la noción de persona, con la teoría de los derechos humanos[68]. Entre los derechos de la persona incluye el derecho a la existencia; derecho a la subsistencia cuya garantía y realización efectiva exige "la acción íntegra e indivisa de la sociedad entera y de la cooperación orgánica (no ciertamente, de su lucha y rivalidad) de todos los elementos constitutivos de este orden"[69].

El krausismo español recibiría de la teoría de Krause (desarrollada por sus discípulos principales Ahrens y Röder…) el organicismo social, la concepción organicista de la sociedad; una teoría organicista que pretendía situarse en una posición intermedia entre el liberalismo individualismo y el colectivismo socialista. Lo que defendía era un "liberalismo organicista" de marcada orientación social. Ahrens –como se realzaría en la versión española de su pensamiento– afirmaba el carácter y fin ético del Estado, en sí y en relación con la vida entera. Pero, por contraposición al Estado absolutista, el Estado organicista reconoce las esferas vitales y sociales, que sólo pertenecen al orden del derecho y la política bajo el aspecto de su régimen jurídico, es decir: reconocimiento de una "ciencia de la sociedad". De este modo se aplica el principio del *organismo* a la vida toda del Estado, en oposición al mecanismo anterior, con lo que se establece un auténtico concierto entre el orden y la libertad. Esta concepción organicista conduce de suyo a la aplicación más pluralista del concepto de *representación* en todos los círculos y grados de la vida social y política, lo para Ahrens y Giner lleva a defender la implantación de un sistema bicameral, como después se indicará. Todo ello en contraposición a la teoría y práctica abstractas del liberalismo individualista radical. Se podía, así, afirmar, el "carácter ético de la política y especialmente del fin del Estado". El fin ético del Estado es el Derecho en todo su pleno sentido, como derivado del fin ético de la humanidad, y en constante relación con él. El Estado es "Estado jurídico", y, en esta condición, ha de establecer y regular el conjunto de las condiciones (positivas y negativas) que nacen de la recíproca dependencia entre todas las esferas y relaciones de la vida, para el completo desarrollo de cuantos elementos constituyen la cultura humana. Este objeto señala al Estado su propia misión y actividad, en su *orgánico enlace con la totalidad de los elementos del bienestar y la cultura* humanos. He aquí que se incluye, entre dichas actividades públicas, la administración jurídica del bienestar social[70]. En esa visión organicista y pluralista, la sociedad sería el orden uno y total de la vida humana, el cual se despliega en tantos particulares órdenes fundamentales cuantos son los fines capitales de la vida y los modos de la actividad social que a ellos se dirigen. Precisamente por ello, la relación entre el Estado y la sociedad no se ha de entender como exterior y mecánica, sino *orgánicamente.* Ahora bien: Todo organismo particular en la vida social, además del Estado, tiene, no sólo su especial derecho privado, sino también público, que se refiere a las mutuas relaciones que lo enlazan con los restantes, y a las que interiormente median entre sus diversos miembros y elementos por respecto a la prosecución del común. Así pues, junto al "derecho público general", unitario y común, coexisten otros "derechos privados especiales", particulares, que corresponden a los distintos círculos de la vida social (profesiones) y órdenes

[67] Véase Monereo Pérez, J.L.: "El reformismo socio-liberal de Giner de los Ríos. Organicismo y corporativismo social", en *Civitas. Revista española de derecho del traba*jo, núm. 142 (2009), pp. 279-338; Hobhouse, L.T.: *Liberalism* (1ª ed. 1911), Nueva York, Oxford University Press, 1964. Traducida al castellano, Hobhouse, L.T.: *Liberalismo*, edición crítica y estudio preliminar., "Los fundamentos del liberalismo social y sus límites; Leonard Trelawney Hobhouse", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007; Hobhouse, L.T.: *The Metaphysical Theory of the State* (1ª edición 1918), Londres, Allen & Unwin, 1960, Trad. esp., *Teoría metafísica del Estado*, traducción, Introducción y notas de Dalmacio Negro Pavón, Madrid, Aguilar, 1981; Hobhouse, L.T.: *The Elements of Social Justice* (1ª edición 1922), Londres, George Allen & Unwin, 1965.

[68] Véase Giner de los Ríos, F.: *Resumen de la filosofía del Derecho,* en *Obras Completas de Francisco Giner de los Ríos,* t.XIII; y *Principios de filosofía del derecho,* en *Obras Completas,* t. I.

[69] Giner de los Ríos, F.: *Resumen de la filosofía del Derecho,* en *Obras Completas de Francisco Giner de los Ríos,* t.XIII, cit., p. 134.

[70] Véase "Estado presente de la ciencia política y bases para su reforma por E.Ahrens", en *Estudios jurídicos y políticos, Obras Completas de Francisco Giner de los Ríos,* t. V, Madrid, Espasa-Calpe, 1921, pp. 215 y ss., espec., pp. 221 y ss.

de personalidades. Coincidiendo con Mohl (*Historia de las ciencias políticas*) y con apoyo en su *Enciclopedia Jurídica*, entiende que el Estado –el cual establece los principios imperativos comunes de todo "derecho público"– representa la unidad en la pluralidad, esto es, sin absorber en sí al derecho especial de las demás esferas[71].

Ahora bien, conviene precisar que ese organicismo social tiene un carácter más ético-espiritual que biológico-positivista. Su organicismo tiene un carácter ético-espiritual; una concepción ético-orgánica de la sociedad que conecta con su iusnaturalismo racionalista[72]. La sociedad es una conjunción armónica que engloba a individuos, grupos sociales y asociaciones diversas. Para Giner de los Ríos "el concepto de organismo no pertenece a la biología, sino a todos los órdenes, o sea, a la metafísica"[73]. Ese organicismo de base espiritualista tiene una cierta similitud con el organicismo social y pluralista que defendiera Gierke[74]. Como en éste su organicismo se separa de la biología se adquiere una dimensión antropológica, en la medida en que defiende al individuo como persona no absorbida por la sociedad, de manera que la filosofía jurídica de Giner giraría entorno, dentro de su iusnaturalismo racionalista, a la defensa de la persona individual y de sus derechos fundamentales[75]. De ahí su insistencia en la reforma del hombre interior a través de la educación. Ello le diferencia del organicismo biológico positivista. El *organicismo ético-espiritualista* acentúa la unidad como remedio a la fragmentación de la estructura social de la sociedad industrial; es decir, un reformismo social que pretendería situarse entre el individualismo y el socialismo[76]. Su soporte era una concepción humanista de la sociedad y la defensa de la persona, de su dignidad y derechos, pero promoviendo una tipo de sociedad democráticamente organizada donde los individuos asociados este en las condiciones espirituales y materiales para el pleno desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, igualdad, justicia y solidaridad. La suya no era una filosofía iusnaturalista abstracta, sino una filosofía de la praxis desplegada en el plano social, jurídico y político (filosofía de la acción para transformar la sociedad a través reformas sociales y pedagógicas encaminadas a hacer nacer un "hombre nuevo"). En esto el papel del Derecho cumplía una función esencial, entendido no sólo como forma jurídica

[71] "Estado presente de la ciencia política y bases para su reforma por E.Ahrens", en *Estudios jurídicos y políticos, Obras Completas de Francisco Giner de los Ríos*, cit., pp. 240 y ss.

[72] Díaz, E.: *La filosofía social del krausismo español,* Madrid, Editorial Debate, 1989, pp. 199 y ss.; Díaz, E.: "Krausismo e Institución Libre de Enseñanza: pensamiento social y político", en Ureña, E.M. y Álvarez Lázaro, P.N. (Eds.): *La actualidad del krausismo en su contexto europeo,* Madrid, Editorial Parteluz-Universidad Pontificia de Comillas, 1999, pp. 217 y ss.

[73] Giner de los Ríos, F.: *La persona social: Estudios y fragmentos,* 2 tomos, Madrid, Victoriano Suárez, 1899, pp. 193-194.

[74] El organicismo social e historicista de Gierke (integrante de la Escuela Histórica alemana) se refleja en muchos aspectos, pero muy especialmente en su teoría sobre la persona jurídica y la función social de la propiedad privada. Véase Gierke, O.: *La función social del derecho privado. La naturaleza de las asociaciones humanas,* trad. José M. Navarro Palencia, Madrid, Sociedad Editorial Española, Sociedad Editorial Española, 1904. Sobre su pensamiento puede consultarse González Vicent, F.:"La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke", en *Anuario de Filosofía del Derecho,* tomo XVI (1971), ensayo recogido después en González Vicente, F.: *Estudios de Filosofía de Derecho,* Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979.

[75] Precisamente esta es la pretensión de su emblemática obra, *La persona social,* 2 tomos, Madrid, Victoriano Suárez, 1899 (Obra que se que tiene el lector ante sí teniendo en cuenta la edición de 1929).

[76] El organicismo antropológico como base de la reforma social política y social alcanzaría una cristalización más elaborada, perfecta y coherente en krausistas fuertemente comprometidos con la reforma política y social, como es el caso de Azcárate (*Concepto de sociología,* discurso leído en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 7 de mayo de 1891 (reeditado en *Revista de Investigaciones Sociológicas,* 56, octubre-diciembre 1991, pp. 245 a 273), p.52; *Estudios económicos y sociales,* Librería de Victoriano Suárez, 1876, pp. 273 y ss.) Álvarez Buylla (*La protección del obrero (Acción Social y Acción Política),* Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1910; *La cuestión obrera y las leyes,* Madrid, Zyx, 1969) y Posada ("Política social y Legislación del trabajo", en *Derecho Usual*, Madrid, Ediciones de La Lectura, s/f., pp. 489 y ss.; *La reforma constitucional,* Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1931). Véase Díaz, E.: *La filosofía social del krausismo español,* Madrid, Debate, 1989, y Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

abstracta, sino como materialización de fines y valores, siendo formalización de la realidad de la vida social en la que se inserta e impulsa el progreso de la sociedad. Es manifiesto que su visión del Derecho se aleja del positivismo formalista y se halla más próximo al iusnaturalismo racionalista armónico, situado en la senda de la filosofía krausista.

El Estado ha de intervenir, y ha de hacerlo porque "es organismo regulador de la sociedad, pero que debe respetar su sustantividad"[77]. A él le corresponde el deber de establecer las condiciones materiales para realizar el ideal de una sociedad organizada de modo armónico; una sociedad no reconducible a una simple yuxtaposición de individuos, sino a un ser social, con una unidad propia; es decir, una "persona social"[78]. El Estado contemporáneo, "bien puede ser llamado 'Estado de Derecho', *Rechststaat,* con tal que se quiera reconocer que el derecho (en cuanto a su contenido *social*) [el subrayado es suyo] es un sistema, no de límites negativos y exteriores para garantizar la impenetrabilidad recíproca de las esferas individuales, sino de cambios éticos, de servicios entre los miembros de toda comunidad humana para ayudarse en el desenvolvimiento de su vida (Krause)"[79]. Desde su "ideal de la humanidad" pensaban que estaba incrustado en el corazón del desarrollo social: su organicismo era también evolucionismo social. En consecuencia, el progreso social es una ley vida, que, sin embargo, necesitaba ser impulsada a través de las reformas adecuadas. A través de ese organicismo social los intelectuales krausistas más inquietos acabarían vinculando liberalismo social orgánico con intervención estatal no autoritario. Esa intervención debería ser correctora de las disfuncionalidades sociales y económicas de la modernización industrial (la *"cuestión social*").

En el plano político el organicismo en sus distintas manifestaciones (de modo destacado las direcciones corporativistas) se tradujo en la defensa de un liberalismo social organicista. Ese liberalismo orgánico se contrapuso al liberalismo individualista; un liberalismo que los krausistas calificaban frecuentemente de "abstracto" y que, por cierto, era el tipo de ideología liberal dominante en el siglo XIX[80]. Ese liberalismo social organicista tendría una expresión concreta en el fomento de la participación activa de los grupos y asociaciones en el seno de la sociedad civil y también en su elevación a las estructuras estatal, a través de la defensa de un sistema de doble representación política (un sistema bicameral)[81]. Ese componente organicista no era exclusivo del liberalismo krausista

[77] Posada, A.: *Breve historia del krausismo español,* Oviedo, Universidad de Oviedo, 1981, p.45.

[78] Giner de los Ríos, F.: *La persona social: Estudios y fragmentos,* 2 tomos, Madrid, Victoriano Suárez, 1899; Giner de los Ríos, F.: "La ciencia como función social", en *BILE,* núm. 466, 467 (1899).

[79] Giner de los Ríos, F.: *Acerca de la función de la Ley,* Madrid, 1932, pp. 18-19 (En esta edición no se hace constar la editorial, pero si observa que el original está "publicado en francés en el número de Agosto-Septiembre, 1908, de la *Revue Internationale de Sociologie,* París, y ahora por primera en castellano", *Ibid.*, p. 49), pp. 39-40.

[80] Existe, sin duda, una fuerte tensión entre el liberalismo individualista y el liberalismo organicista, que en el krausismo –especial en nuestro país– ha podido verse como una contradicción en los términos. Así se ha señalado que el krausismo hispano, en cuanto teoría, está fundamentalmente determinado por el esfuerzo dirigido a la transformación de la sociedad desde el individuo: lo que es extraordinariamente contradictorio con la concepción organicista de la sociedad"; y se añade que "individualismo es compatible solamente con la teoría liberal que afirma que la sociedad es un mero agregado de individuos, con la teoría del pacto. Pero esto es lo que niegan los krausistas españoles, especialmente los discípulos de Sanz del Río". Cfr. Terron, E.: *Sociedad e ideología en los orígenes de la España contemporánea,* Barcelona, Ediciones Península, 1969, pp. 203-204. En todo caso, hay que tener en cuenta que se trata de formas históricas de liberalismo, sin que el individualismo radical pueda considerarse como intrínseco y de esencia a toda forma pura de liberalismo.

[81] Giner de los Ríos, F.: *Estado de la ciencia política y bases para su reforma por E. Ahrens,* en *Obras Completas,* vol. V (*Estudios jurídicos y políticos*), Madrid, Espasa-Calpe, 1921, pp. 263-269, donde se indica con Ahrens que: "en el orden general jurídico y político, debe ya la representación formar una asamblea *doble* (no varias asambleas), conforme al llamado sistema bicameral". Así, "con efecto, la división en dos cámaras, consecuencia de la teoría que hemos expuesto, se funda en la distinción entre el orden general público del derecho y el Estado, y los diversos órdenes especiales y profesionales o de clase, aunque públicos también, y que si, ante todo, en sus respectivos círculos y para sus propios fines sociales obran con independencia, reciben también del Estado auxilio, según el principio del derecho; de surte que en una cámara se aplica, en su unidad y generalidad inmediata, y en la otra, predominantemente, en su relación, mediata a todos los fines sociales y profesionales de la vida. Aquélla, pues, representa a la Nación como persona moral, en su unidad, según los diversos grados de la personalidad; la otra, en el

(ideología liberal basada en el racionalismo armónico), sino también y más ampliamente de buena parte del liberalismo social (*v.gr.*, Hobhouse; Ruggiero)[82]. Para el krausismo liberal la nación era una comunidad orgánica y pluralista, donde se realza la idea social frente a la idea individual[83] y la presencia de una multiplicidad de asociaciones autónomas. La "sociedad es un organismo"[84]. Pero es

organismo interior de sus clases. Toda ley, empero, requiere de ambas cámaras, para que los intereses se compensen y armonicen entre sí y mediante el principio general del derecho. La formación de ambos cueros por medio de la elección tiene que ser también distinta. La primera procede de electores que, sin tener en cuenta la organización de las clases sociales, desempeñan su función en determinados centros locales de los círculos de la personalidad, con tal de que reunan sólo condiciones generales, así físicas como intelectuales y morales, La cámara por estados es, al contrario, nombrada por los electores de cada clases… Así, pues, será verdaderamente orgánica la representación en que hallen lugar, tanto la unidad de la Nación y del orden jurídico, cuando la diversidad y especialidades de las clases y sus intereses… La representación es en la esfera política y social el vínculo propiamente orgánico también de los individuos e instituciones particulares, tanto entre sí, cuando con el todo, sosteniendo en ellos el proceso normal y regular de la vida…Esta representación tiene lugar supremamente en el poder legislativo del Estado" (*Ibid.*, pp. . 264-267). De este modo, el "espíritu social" penetraría en el Estado sin ser absorbido por él.

[82] Hobhouse, L.T.: *Liberalismo,* revisión, edición y Estudio Preliminar "Los fundamentos del 'liberalismo social' y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007; Ruggiero, G.De.: *Historia del liberalismo europeo,* edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005.

[83] Véase Solari, G.: *Filosofía del Derecho Privado,* t. I. *La idea individual,* Buenos Aires, Editorial Desalma, 1946; t. II. *La idea social,* Buenos Aires, Editorial Desalma, 1946; Wieacker, F.: *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000.

[84] Ahrens puede concluir sus reflexiones, con plena coherencia, con la siguiente "conclusión": "Hemos expuesto sucintamente el organismo de la sociedad, como está fundado en la naturaleza del hombre y como tiende a constituirse en el desarrollo progresivo de los pueblos. La organización ha llegado a ser la divisa de nuestra época, el sistema exclusivo de individualismo atomístico y de libertad abstracta se muestra impotente para la reconstrucción de la sociedad; pero la reorganización sucesiva no puede establecerse sino con relación a los principios de libertad, de la autonomía del *self-government* y de la coordinación orgánica de las diversas esferas de la actividad humana, formando, en el seno de cada pueblo, un sistema federativo de todas las esferas de vida y de cultura, y presentando el desarrollo sucesivo y siempre más armónico del organicismo ético de la humanidad". Cfr. Ahrens, E.: *Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho,* 6ª edición original (1868)y 3ª edición española., traducida por Pedro Rodríguez Hortelano y Mariano Ricardo de Asensi, Madrid, Carlos Baylly-Bailliere, Librería Extranjera y Nacional, Científica y Literaria, 1873, p.655. Interesa tener en cuenta –en este contexto discursivo y también para lo que viene después– la crítica (y el tipo de crítica) organicista que Ahrens ya había formulado originariamente a la teoría del contrato de Rousseau. En este sentido afirma, en efecto, que "Tenemos que señalar en esta doctrina dos errores fundamentales que se han llevado en la revolución francesa a las más peligrosas consecuencias. El primer error reside en la concepción de la voluntad común, como origen del derecho y de todas las instituciones políticas", donde, entre otras cosas cuestiona, la teoría de Rousseau de establecer la ley de las mayorías y a hacer del individualismo el eje del orden social. Y seguidamente apunta al "segundo error, no permitiendo ver en el hombre más que el individuo, debía conducir a disolver la sociedad en sus últimos átomos, a romper todos los vínculos permanentes formados por intereses comunes en el seno de la grande sociedad política, y a establecer un orden social en el que debía constituir un poder central, cada vez más fuerte en presencia de la masa si cohesión de los individuos, ; no teniendo estos más que intereses divergentes y encuentros fortuitos y pasajeros, no podían encontrar vínculos duraderos fuera del poder, y la acción del poder debía aumentar a medida que la fuerza de cohesión entre los miembros llegara a debilitarse más". A ello contrapone la idea de una concebir el Estado como una asociación, no de individuos, pero si de familias, fijas en un mismo lugar, formando comunidades, y viniendo a entrar por medio de la federación en la organización más completa del Estado. Por el contrario, la teoría liberal individualista –sustentada en un individualismo atomístico– mantiene todo el espíritu de la época "que tenía a disolver la sociedad en sus último átomos, para reconstruirla de nuevo, a merced de la voluntad, por los convenios o el contrato social. El libre consentimiento de todos es sin duda aluna un elemento moral de una grande importancia; pero Rousseau exagerándole y desprendiendo la voluntad de la razón y de las leyes eternas del mundo moral, ha acreditado esta deplorable opinión, que se puede improvisar todo un orden moral nuevo por la simple voluntad, y que toda verdad, como toda justicia, depende de un acto o de una voluntad soberana… La teoría de Rousseau, por su *individualismo atomístico,* consecuencia de la ficción de la vida de aislamiento en el estado de naturaleza, se ha hecho, pues, el principal instrumento de que se han servido para romper, por de pronto en Francia y en seguida en casi todos los Estados europeos, los grupos naturales de los pueblos, las divisiones provinciales, y sobre todo los cuerpos y las corporaciones que habían llegado a ser grandes trabas para el libro movimiento de los individuos. Pero esta teoría, puramente destructiva, no ha podido oficiar nada, y ha sido, en donde ha hallado una aplicación completa, como en los Estados

un organicismo que no anula la libertad individual, pues toda persona individual o colectiva tiene una

Unidos, la causa de una inestabilidad peligrosa para todas las funciones del Estado, hasta para las funciones judiciales. Además, esta teoría servirá siempre de instrumento para derribar todos los fundamentos objetivos del orden social, constituyendo a la masa del pueblo, y alguna vez a cada individuo, como soberano, quitando toda independencia y toda dignidad al Gobierno, que viene a ser un simple mandatario, contra el que ni aun hay necesidad de invocar el derecho de insurrección, pues que se le pone simplemente fuera de servicio. En fin, la teoría de la volunta dicha general, que no es realmente mas que la suma de las voluntades individuales consultadas por el *sufragio universal*, conducirá siempre al despotismo de las mayorías, y esto en los países en que las masas están poco ilustradas, por defecto de una larga educación pública, se transformará fácilmente en despotismo de uno solo a favor del sufragio universal. Así es como se oscurece y se destruye en la inteligencia del pueblo esta verdad, que hay principios de bien, de moralidad y de justicia superiores a la voluntad de cada uno y a los decretos de las mayorías. Del mismo modo que la voluntad no es más que un instrumento intelectual cuyo valor se mide según el bien que ejecuta, así el contrato no es más que una forma, muy importante para la garantía de la libertad, pero que para ser justo debe ser apropiado a la naturaleza de las relaciones que en él se determinan. El contrato no tiene su solo dominio de aplicación en el derecho privado, como pretenden algunos autores; puede también arreglar relaciones políticas, pero el principio que debe servir de regla para estos contratos reside en el bien, en el objeto moral y político que se ha de realizar de común acuerdo. La doctrina del contrato político o social presupone, pues, una doctrina antropológica y ética del bien del hombre y de la sociedad; cuando ella se desprende de estos principios reguladores, no viene a ser más que una teoría de lo arbitrario, en medid de agitación perpetua, de revolución, de anarquía y de despotismo (*Ibid.*, pp. 25 a 28). Este modo de pensar de Ahrens tenía bastante proximidad al expresado por autores de la Escuela Histórica (de hecho en su "*Curso*" Ahrens mantiene una posición muy positiva y cercana con esta escuela historicista; *Ibid., pp.* 42 y ss., aunque con elementos de crítica) y con autores conservadores, ciertamente lúcidos, como Burke y Bonald. Véase Monereo Pérez, J.L.: "El pensamiento jurídico de Savigny", Estudio preliminar a Savigny, M.F.C.: *Sistema del Derecho Romano Actual,* Edición especial íntegra en un solo volumen, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005; "Ciencia del Derecho en Savigny", Estudio preliminar a Savigny, M.F.C.: *Tratado de la posesión según los principios del derecho romano,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005; "Filosofía política de Donoso Cortés: Teología política y crisis del sistema liberal", Estudio preliminar a Donoso Cortés, J.: *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006; y "Antonio Alcalá Galiano y los dilemas del liberalismo originario en la España del siglo XIX", Est. Preliminar a Alcalá Galiano, A.: *Máximas y principios de legislación y jurisprudencia,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho, 2006). Ahí se muestran las ambigüedades del krausismo respecto no sólo respecto al liberalismo individualista sino también –se ha de reconocer técnicamente– respecto a los principios propios del liberalismo democrático y de la democracia parlamentaria. Ahrens alaba en la escuela histórica su concepción del "Estado como un organismo, y no como una simple agregación de individuos....: ha considerado el derecho igualmente como un elemento *orgánico* de la sociedad, influido por todos los otros elementos de cultura social, y desarrollándose por una impulsión interna de la vida nacional". La crítica: "Pero por otro ha desconocido el carácter libre y racional que distingue el organismo moral de la sociedad de todo organismo físico sometido a leyes fatales… El organismo moral y libre, manifestado en el derecho, no debe, pues, estar identificado con un organismo físico.." (*Ibid.*, pp. 47-48). Lo que supone una posición explícita a favor de un organismo ético, ni físico ni biológico. Acusa a la escuela histórica de afirmar principios "revestidos de un carácter más bien naturalista y fisiológico que moral" (*Ibid.*, p. 50). Reafirma su adscripción a la escuela de Krause: las "condiciones de un sistema orgánico y armónico se llenan cumplidamente, según nuestro más íntimo convencimiento, en la doctrina filosófica de Krause (1780-1832), que nos servirá de guía en este trabajo, acerca del derecho natural". Y es que, ciertamente, en su opinión, "La teoría de Krause, a propósito del derecho y del Estado, resume todos los progresos llevados a cabo, y contiene todas las ideas fundamentales que se han producido en la sucesión de los sistemas: es el *sistema orgánico y armónico del derecho y del Estado*" (el subrayado es de Ahrens) (*Ibid.*, pp. 63-64). Añade, en esa dirección que "La doctrina de Krause presenta así, en el dominio del derecho, un carácter eminentemente *orgánico*. En todas las materias concernientes al derecho reconoce dos elementos principales, de los que el uno caracteriza al hombre en su *individualidad personal,* y el otro en sus *relaciones orgánicas* con los diversos grados de sociabilidad, con la familia, con la nación, con la humanidad. Estos dos elementos que hemos denominado elemento personal y *elemento social,* deben armonizarse en todas las instituciones humanas; están combinados en la exposición de los derechos absolutos, de la igualdad, de la libertad, de la asociación en la propiedad, en los contratos y en el derecho de sociedad…En la teoría del Estado, Krause armoniza igualmente las doctrinas opuestas establecidas acerca de esta materia; considera el Estado como la institución especial del derecho, y no absorbe en él al hombre y la sociedad… El Estado tiene la misión de mantener todo el desarrollo social en la senda de la justicia, y de asegurar a todos los ramos del destino humano los medios necesarios a su perfección. De este modo el Estado es el mediador del destino individual y social; sin embargo, *no es más que uno de los órganos principales del vasto organismo social. La sociedad es un todo orgánico,* compuesto de diversas instituciones, de las que cada una se refiere a ua fase importante de la vida humana, y todas son llamadas, en una época de madurez y armonía social, a constituir una unidad superior, que mantenga a cada una su independencia relativa, y sometiendo todas a una dirección general, para el cumplimiento

independencia relativa, que exige que se respete en su existencia y su actividad propia. Es así que la personalidad humana no debe ser absorbida en su comunidad social, bajo cualquier forma que se presente[85]. Pero el Estado tiene una obligación de ayuda y asistencia a los hombres en sociedad, siempre que ese principio heterónomo respete la esfera marcada por el principio de autonomía. Ello se enmarca en una comprensión específica de las tareas del Estado: "El Estado –afirma– no es una institución de simple policía; debe por su parte ayudar al desenvolvimiento social, porque hay casos y relaciones en que no bastan la acción y asistencia privadas, en que a causa de la generalidad de las necesidades es necesario también que el Estado atienda a ellas por leyes generales y por una acción pública". Pero apunta, no obstante, que "esta función del Estado, que constituyendo el aspecto más importante de su actividad, tiene también mayor necesidad de estar determinado, porque teniendo mala aplicación, puede llegar a ser una fuente de opresión y despotismo"[86]. Es lo cierto que Ahrens (como, en el fondo uno de sus discípulos en nuestro país, Giner) el "hombre" aparece como "fundamento y fin de todos los derechos". De ello se infieren los derechos de la personalidad humana, cuya realización efectiva exige en muchos casos la intervención del Estado, con referencia a Schäffle, observa que es precisamente el Estado quien por el principio orgánico y armónico del derecho tiene el *deber de velar* porque todas las fuerzas que están en el estado latente en cada nación puedan llegar a florecer y a constituir en su seno un todo de cultura armónica; debe velar por la educación, vivienda, la salud (por medio de medidas higiénicas preventivas, positivas y negativas), la protección del trabajador (limitaciones a la jornada, medidas protectoras de jóvenes y mujeres; el "derecho al ocio" con Fichte)[87]. Piensa que todo hombre tiene un *derecho de subsistencia*, que en caso necesario impone que el Estado tiene que garantizarle los medios indispensables para vivir durante el tiempo necesario para volver a reponerse por medio del trabajo propio (pp. 282 y ss., y ampliamente pp. 318 y ss.). Ahora bien, considera que "la asistencia es, por su naturaleza, *subsidiaria,* complementaria y más o menos accidental" (*Ibid.*, p. 319). Este *principio de subsidiariedad* en la intervención del Estado es un rasgo generalizado y generalizable de la corriente de pensamiento krausista. En este contexto entiende que es importante para el "hombre sociable" la asociación en cooperativas (*Ibid.*, pp. 322 y ss.). El principio heterónomo de protección social pública –vinculado al "interés general" de la comunidad social– se reconduce al "derecho de trabajo". Ese "derecho del trabajo, que conviene no confundir con el derecho al trabajo, comprende en general el conjunto de condiciones necesarias a la existencia y a la organización del trabajo. Este derecho debe ser examinado bajo el doble punto de vista del individuo y de la sociedad". Desde el punto de vista de la sociedad, "el derecho concerniente al trabajo comprende el conjunto de las medidas que pueden tomarse por el Estado, para establecer justas relaciones entre las partes que concurren al trabajo, para asegurar, en cuanto sea posible, la bondad de los productos, y para evitar las crisis industriales". (*Ibid.*, pp. 338 y ss., y 511 y ss.). Considera el fin del Estado bajo el punto de vista ideal, señalando que "El Estado, siendo un organismo viviente, existe y se desarrolla por una unidad de principio que le anima desde el origen, y forma la regla y el fin constante de su actividad"[88]. Con todo "el principio de "dejar pasar, dejar hacer" por importante que

común del destino del hombre y de la humanidad" (*Ibid.*, pp. 64-65). Con estas premisas, desarrollo su propio pensamiento sobre el Derecho y el Estado: "Del derecho como principio orgánico y organizador, considerado en sus tres funciones o modos de aplicación". Para él "el derecho, llamado a reglar en el organismo de la vida humana las relaciones recíprocas condicionales entre todas las esferas de la vida, entre todas las personas y todas las esferas que se organizan socialmente para los bienes y fines principales, para la religión, las ciencias, las artes, etc., debe ejercitar su misión en tres direcciones principales, de conformidad con las relaciones constituidas en todo el *organicismo viviente"* (*Ibid.*, pp. .113 y ss.).

[85] Ahrens, E.: *Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho*, cit., p. 113.

[86] Ahrens, E.: *Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho*, cit., p. 117. Recuerda, a propósito de estas reflexiones que "estas mismas consideraciones harán todavía comprender mejor por qué en la teoría de Krause se define el derecho como el conjunto orgánico de las condiciones del progreso humano, porque para cada parte y en cada materia deben determinarse las condiciones habida consideración con todas las relaciones que sostiene con otras partes y objetos en el organismo social" (*Ib*., p. 119).

[87] Ahrens, E.: *Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho*, cit., pp. 267 y ss.

[88] Ahrens, E.: *Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho*, cit., p. 525.

sea, no puede constituir una regla absoluta para el Estado; así como la libertad debe estar sometida a ciertos principios generales, así también el movimiento social, que, abandonado a su propio impulso, podría adquirir en cierta dirección un predominio peligroso, debe ser mantenida en cierto equilibrio que el Estado tiene entonces el deber de restablecer, aumentando los medios de ayuda a favor de las partes deprimidas o que han quedado rezagadas… Ningún organismo puede existir y desarrollarse sin un cierto equilibrio entre todas sus partes. En el organismo físico se mantiene por leyes fatales; en *organismo ético y libre del Estado debe conservarse por leyes racionales formuladas y ejecutadas* según las libres fluctuaciones de la vida social por el Estado. Mantener en cierto grado el equilibrio, la proporción, la armonía entre las diversas ramas del trabajo social de cultura, contener sobre todo los evidentes extravíos y protuberancias, he ahí la función importante del Estado debe llenar, y por leyes generales que regulen mejor las relaciones entre las diversas partes, y por socorros que puede distribuir según las reglas de una justa proporción. Esta acción de reglamento orgánico está comprobada desde luego en general en las tres funciones orgánicas del derecho"[89]. Su modo de pensar liberal-social se opone a la "opinión liberal extrema", esto es, la que afirma la "libertad abstracta, enteramente negativa": "es la teoría de este liberalismo individualista, que no concibe para el hombre ni para la sociedad una idea de conjunto, un plan de actividad coordinado, y rechaza por consiguiente toda intervención del gobierno en la marcha de la vida nacional"[90]. Corresponde al Estado la función de favorecer "directa y positivamente todo el desarrollo social" (p. 533). Es así que "el Estado llena una función orgánica, dirigiéndose a que cada parte, no pudiendo vivir y prosperar más que en sanas relaciones con el todo, llegue a ser una *totalidad* viviente íntegra, humana, reuniendo en una esfera todos los elementos humanos que completan su acción propia" (p. 538). Pero su "organicismo social" es "organicismo ético", donde el Estado es "el organismo el orden especial que concurre a la realización del destino humano por medio del derecho, como las demás esferas cooperan por su fin especial" (p.541)[91]. Para él "la sociedad y el Estado no son dos órdenes contrapuestos y separados. La sociedad es el orden social completo, comprendiendo tantos órdenes especiales como hay fines principales particulares proseguidos en estos diferentes órdenes. La sociedad es un sistema de fines organizados; para cada fin principal hay un orden, un organismo particular. El Estado es el orden organizado del derecho…es, pues, el orden organizado para el derecho, apoderándose y abrazando para este fin especial a la sociedad entera; él es la sociedad considerada y organizada bajo el punto de vista y para el fin del derecho. La sociedad es, pues, un organismo complejo que abraza una variedad de organismos en los diversos géneros y grados de esferas" (pp. 544-545). Todo ello tiene su soporte en la teoría "orgánica", la cual "responde también del mejor modo a todas las justas exigencias de la vida práctica". Para esta doctrina orgánica "el poder es uno, pleno y entero en su origen, que se encuentra en la vida de la personalidad colectiva de la nación y constituye aquí la soberanía nacional; bajo este punto de vista, puede decirse que todos los poderes emanan de la nación; este poder soberano general puede también entrar en acción y llegar a ser el poder regulador, cuando, por ejemplo, desaparece un órgano,

[89] Ahrens, E.: *Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho*, cit., pp. 528-529, y ampliamente el capítulo XIX de dicha obra.

[90] Ahrens, E.: *Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho*, cit., p. 531.

[91] En su ensayo "Principales doctrinas tocante a la soberanía política", en *Revista de Legislación y Jurisprudencia,* tomo 55 (1879), y recogido como último capítulo en la presente edición, Giner había mantenido (1879) la concepción orgánica del derecho, y el carácter orgánico también de la actividad que ha de realizarlo. El Estado enlaza con la finalidad de los demás círculos "por mutuas relaciones orgánicas"… "coopera en su límite al destino unitario de la personalidad jurídica. Así es la actividad íntegra de ésta, el punto de donde parte y el término a que se convierten en definitiva todas sus particulares actividades". Ahora bien, el Estado mantiene una relación de supremacía respecto a otros poderes particulares: "es el único poder supremo en la vida jurídica; y no se expresa, por tanto, la soberanía ni puede encarnarse en órgano especial alguno". En todo caso, mantiene una concepción organicista totalizadora del orden social: "Pero toda sociedad, y la nación, por tanto, es un propio ser, un *organismo* –según Platón, Hegel, Krause, Spencer, cada cual a su modo, han mostrado–, y como tal, pose una actividad total, fundamental y primaria inmanente en ella, que la ejerce por sí misma de una manera espontánea, continua e inmediata, y por sus órganos específicos, de una manera mediata, reflexiva y discontinua". También afirma "el carácter orgánico de la soberanía".

es destronado un rey, o una dinastía se extingue"[92]. Albert Schäffle (1831-1903) había mantenido también una concepción organicista de la sociedad y de la economía, defendiendo un enfoque ético-antropológico de la ciencia económica, situando al hombre en el centro de la economía[93]. Durante su primera época mantuvo una expresa adscripción a la concepción krausista de la sociedad y del Estado[94]. Más tarde mantendría algunas posiciones próximas al "socialismo de cátedra" (ya en sí autores fundadores como Schmoller estaban fuertemente influenciados por el krausismo, su filosofía social y su concepción del Derecho) –aunque sin pertenencia a dicha Escuela de Pensamiento, y sin aceptar algunos postulados intervencionistas de la misma–. Es harto significativa la recepción de Schäffle en las figuras más representativas del krausismo, comenzando por el mismo Giner que reflexiona críticamente sobre el pensamiento de este autor de modo reiterado en su obra *La persona social*[95]. Esa recepción se completaría con la traducción de su libro *La quinta esencial del socialismo,* realizada por dos krausistas de Oviedo eminentes, como Adolfo Posada y Adolfo Buylla[96]. Giner ya realzó la concepción organicista de Schäffle y la inspiración de su filosofía en el pensamiento de Krause ("al cual sigue, sobre todo en el derecho") (p.50). Subraya en él que el concepto de persona social no equivale a los de corporación, asociación, etc., sino al de *sujeto socialmente activo,* cualidad que tanto corresponde al individuo como a las sociedades. También la concepción del Estado como una parte de la sociedad. Precisamente "la formación de los "órganos" –complexiones de tejidos, instituciones– es el contenido de la *teoría de la organización social"* en Schäffle. En todo ello destaca la "«huella de Krause», con su doble jerarquía de personas sociales, totales y especiales, tal como sobre todo la desenvuelve en su *Ideal de la Humanidad*". Igualmente, "en cuanto a la doctrina de la sociedad, sus principales guías son Lilienfedld y el mismo Krause, de cuyo *Ideal de la Humanidad* se nota doquiera la huella luminosa"[97]. Por cierto Giner lo da como una de los miembros de la "Asociación para la política social, que en 1872 fundó con otros publicistas" (p.169, nota 2, y p.173, vinculándolo con Gustav Schmoller). Destaca que ha sido "a la par krausiano y positivista"; "en gran medida acepta el concepto de Krause, pero se distingue de él por seguir la tendencia usual contemporánea que considera aquella propiedad como relación meramente social". Defiende la necesidad de una "política social" para corregir las desigualdades generadas por el capitalismo individualista. Esa política social ha de ser completa, que debería comprender, entre otras, tres reformas capitales: la protección, el

[92] Ahrens, E.: *Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho*, cit., p. 549. El mismo Ahrens había desarrollado esta teoría más detenidamente en su obra *Doctrina orgánica del Estado* ("Organische Staatslehre", Wien, 1850). Entiende que "el Estado forma en el gran organismo de cultura de la humanidad un organismo especial, que constituye un todo viviente en el que el centro o el poder central debe permanecer en enlace íntimo de acción y de influencia recíproca con todas las partes. El Estado no es, pues, ni una unidad o un poder abstracto, separado de la totalidad viviente de sus miembros, ni un simple producto, en variación incesante, de su voluntad; debe ser constituido de una manera fuerte en su poder central, pero llamar todas las partes para que concurran al ejercicio de todos los poderes particulares. Estos dos puntos de vista principales deben estar reunidos en una unidad superior para la verdadera concepción ética y orgánica del Estado; sin embargo, hasta el presente, no han encontrado más que una aplicación más o menos exclusiva en dos teorías opuestas cuyos principios constituyen, y que, con algunas modificaciones introducidas, han dominado los ánimos. Las dos teorías opuestas son las que consideran al Estado como una persona jurídico o civil (en el sentido romano), o como una simple sociedad; la verdadera teoría orgánica une estos dos puntos de vista en una verdad superior" (*Ibid., p.* 554). Esa "teoría ético-orgánica" del Estado la resume en las páginas 557 a 559.

[93] Véase Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999.

[94] Véase Ureña, E.M.: "La "Escuela de Krause" y su influjo en el enfoque de la ciencia económica de Albert Schäffle", en Herrero Y Rodríguez De Miñon, M. y Scholz, J.M. (Coords.).: *Las ciencias sociales y la modernización. La función de las Academias,* Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2002, pp. 423 y ss.; y en el contexto de pensamiento económico y político-social alemán de la época, Monereo Perez, J.L.: Estudio preliminar a la obra de Schmoller, C.: *Política social y Economía Política,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007.

[95] Giner de los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos,* cit., pp. 49 y ss. ("Schäffle"), 169 a 238 ("Un nuevo libro de Schäffle", que contiene un estudio detenido sobre su pensamiento en distintos campos del saber).

[96] Schäffle, A.E.: *La quinta esencia del socialismo,* traducción y notas de Adolfo Buylla y Adolfo Posada, Gutenberg, Librería Nacional y Extranjera, Madrid, 1885.

[97] Giner de los Ríos, F.: *La persona social,* cit., pp. 63 a 73.

seguro y la representación de los trabajadores[98], con comparaciones con Antón Menger[99]. Defiende el seguro social organizado por el Estado, en una dirección que parte del sistema implantado en el sistema de Bismarck[100]. Todo ello –como los derechos laborales– camina en la dirección de devolver al trabajador la dignidad de su destino como persona, su condición civil plena, su familia, su libertad, su subsistencia en condiciones de dignidad. El *seguro obligatorio* (enfermedad, accidente, invalidez, vejez, desempleo, etcétera) constituye una forma de intervención del Estado aplicable a toda la clase trabajadora, aunque al tiempo debe abrazar la tutela de todos los individuos en situaciones necesidad. La institución del seguro es imprescindible, tanto en su época, a causa de la disolución tan rápida de la clase media en los dos extremos del proletariado y de la opulencia; como la disolución, asimismo de los vínculos de la familia, localidad y gremio, cuya acción protectora se aunaba en otros tiempos; pero también por el desarrollo de un sentimiento profundo de la personalidad, que va rechazando más y más cada día el auxilio del hospital, del asilo y otras formas individuales de la antigua beneficencia. *El seguro constituye un remido social, económico y político para esta situación de nuestro tiempo, remido que se legitima principalmente:* a) porque sólo así se regula al distribución de la renta nacional, de suerte que contribuyan el asegurado y el empresario; b) porque, precisamente, las masas que más necesidad tienen del seguro son las que menos sienten esta necesidad; c) porque comienza desde la juventud; d) porque pide a los asegurados de todas las edades una misma cuota, sin lo cual, con dificultad hallarían trabajo los viejos, puesto que el empresario tendría que pagarles relativamente mayor jornal; y sólo es posible esta protección a la ancianidad mediante el seguro general y obligatorio desde la juventud; e) por la mayor sencillez y baratura de la administración y la completa garantía de sus buenos servicios[101]. Siguiendo también a Schäffe, observa que se trata de uno de los progresos más grandiosos de nuestra época[102]. Sus reflexiones le aproximan el liberalismo social de los "socialistas de cátedra" alemanes, que postulan una intervención económica y social del Estado, garantizando los espacios de libertad y justicia social a través de reformas sociales y económicas[103].

Giner de los Ríos analiza con identificación interior y adhesión en lo principal el *programa de protección legal de los trabajadores* propuesto por Schäffle (pp. 190 y ss.). También señala que por la "introducción de motivos éticos en la esfera económica, se aproxima Schäffle a Adam Müller y al llamado "socialismo cristiano", así como al socialismo de cátedra, que en otros respectos, sin embargo, censura" (p.173). Observa que para Schäffle la solución del problema social tiene que venir por la doble actuación de la acción pública y de la iniciativa privada, sin pretensiones de exclusividad (p.173). (No se olvide que Azcárate se ocupa de Schäffle en sus *Estudios económicos y sociales*, de 1876). Schäfle propone un sistema de doble representación, sea en dos Cámaras, o sea en una sola que es lo que parece más sencillo, sistema que refleja la influencia de Ahrens (p.182). Es este uno de los pilares de la filosofía social de Schäffle, la representación de los trabajadores. "Ya el partido democrático social había pedido en Alemania, en 1885 y en 1890, la constitución de una Cámara ("Parlamento del trabajo") donde hallase representación especial la clase obrera de todo el

[98] Giner de los Ríos, F.: *La persona social,* cit., pp. 169 y ss.

[99] Menger, A.: *El derecho civil y los pobres*, trad.esp., A. Posada, Madrid, 1898 (Reeditada en Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), con Estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, 1998). Cfr. Giner de los Ríos, F.: *La persona social,* cit., p. 188.

[100] Giner de los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos,* edición crítica y estudio preliminar, "El organicismo social de Giner de los Ríos (pp. IX-XXXIX)", de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008, pp. 195-1988.

[101] Giner de los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos,* edición crítica y estudio preliminar, "El organicismo social de Giner de los Ríos (pp. IX-XXXIX)", de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008, p. 195 y ss.

[102] Giner de los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos,* edición crítica y estudio preliminar, "El organicismo social de Giner de los Ríos (pp. IX-XXXIX)", de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008, p.196.

[103] Giner de los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos,* edición crítica y estudio preliminar, "El organicismo social de Giner de los Ríos (pp. IX-XXXIX)", de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008, pp. 218 y ss.

Imperio". Las "Cámaras industriales" enviarían a su vez delegados a la sección correspondiente de los "Parlamentos políticos" (pp. 196-197). Califica el ideario de Schäffle como "socialismo «práctico»" (p. 205). Constata, con similitud de criterios, que Schäffle apunta a "la suavidad gradual de la lucha por la existencia" (p. 209). Mira con cierta aceptación que no busca la modificación radical de las bases económicas actuales, o sea la supresión del capitalismo, sino en la *"política social";* "es decir, en *un sistema de reformas múltiples sobre estos dos fundamentos:* la protección al trabajador y el estímulo a su propio auxilio, el cual forma en rigor parte del primero; pues toda tutela abraza, como uno de sus elementos integrantes, la educación del protegido para valerse cuanto antes por sí propio" (p. 211). «El socialismo "de cátedra" –y acaso del Estado– es, asimismo, para nuestro autor, en esta segunda época, una tendencia contradictoria. Ese socialismo se limita a reclamar la intervención del Estado liberal contra la tiranía capitalista y a favor de las clases obreras; cuando ese Estado liberal no significa –dice– sino la "dominación política del capitalismo". Pero la "política social", a que en su último libro sigue atribuyendo tan grande importancia, ¿en qué difiere del socialismo de cátedra y aun acaso del de Estado?». Esa es la pregunta que se hace el propio Giner, dada la proximidad de planteamientos. No aprecia Giner una necesaria contradicción, una antítesis del individuo y el Estado, pues aparte de la relatividad de la distinción entre el derecho público y el privado, ambos pueden conciliarse, armonizarse. Valora, aunque con alguna reticencia, la extensión del "principio de tutela" o principio de protección pública de las personas necesitadas para garantizar la dignidad humana (pp. 218-227). El socialismo de cátedra y los "socialismo de Estado" presentan el rasgo común de su espíritu antirrevolucionario y su adhesión a una "política social" que, sin subvertir las bases actuales de la organización económica, atenúe sus inconvenientes, sus vicios y sus ásperas luchas inhumanas, ennobleciendo a un tiempo al trabajador y al capitalista, y confiando –en parte– esta intervención tutelar y pacificadora al Estado[104]. El caso es que desde distintas corrientes de pensamiento se defiende la intervención del Estado como organismos correctores de las desigualdades: "mediante el antagonismo de estas fuerzas todas –afirma–, se va elaborando, como una resultante orgánica, el ideal venidero, sobre el cual todavía parece difícil decidir"[105].

En el proceso de la evolución social, entiende que toda reforma, como la requería su tiempo, tiene que combinar los recibido y la novedad (pp. 234-235). Entiende que el pensamiento del Schäffle maduro se diferencia "de los socialistas de cátedra, entre los cuales formó un tiempo: de los Schmoller, Wagner, Ziegler (quizá nuestro Azcárate y Buylla[106]), se distingue de otra parte Schäffle,

[104] Giner de los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos,* edición crítica y estudio preliminar, "El organicismo social de Giner de los Ríos (pp. IX-XXXIX)", de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008, p. 236.

[105] Giner de los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos,* edición crítica y estudio preliminar, "El organicismo social de Giner de los Ríos (pp. IX-XXXIX)", de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008, p. 237.

[106] Buylla estuvo muy influido por el socialismo de cátedra, aunque su actitud puede calificarse de *recepción crítica,* como puede comprobarse en Buylla, A.: *La Escuela de los Socialistas de Cátedra, Discurso leído en el solemne acto de apertura del curso académico de 1879 a 1880 de la Universidad de Oviedo,* Oviedo, Imp. y Lit. de V.Brid., 1879. Subraya Buylla que dicha escuela nueva niega la existencia de leyes naturaleza y universales en el orden económico. El reclamo del método histórico y realista, es decir, fundado en los hechos. También apunta su concepto orgánico del Estado y del Derecho –bajo el influjo de Ahrens, indicando que para Schmoller el Estado es el más importante de los organismos morales, familia, iglesia y municipio, que completan y hacen más fuerte la vida individual y tienen el fin de realizar el hombre ideal en el gran *organismo* de la colectividad. El Estado ha de realizar una intervención protectora, atendiendo a que las simples fuerzas individuales no son suficientes por sí mismas. Esa intervención en las esferas sociales deriva ante todo de la comprensión del Estado como el organismo de la sociedad política y económica. El Estado vendría a ser "la persona mayor en la familia social". Pero encuentra el peligro de que se exagere la intervención del Estado aniquilando las fuerzas centrífugas que representan los otros organismos sociales, rompiendo así la armonía en lugar de mantenerla. La ve como un paso más en la expansión de la doctrina orgánica del Estado, manteniendo el principio ético-antropológico: de este modo Schäffle considera la producción, no como un proceso natural, sino como un proceso de cultura, como un acto moral por medio del cual, el hombre, con pleno conocimiento de causa, tiende a la realización de su fin. El Estado ha de intervenir para moralizar la economía, pues ha de prevalecer el elemento ético en la ciencia económica. Se han de subordinar los intereses

por admitir ahora el colectivismo, al menos en hipótesis; aunque coincida con ellos en su espíritu antirrevolucionario y en su adhesión a una "política social" que, sin subvertir las bases actuales de la organización económica, atenúe sus inconvenientes, sus vicios y sus áspera luchas inhumanas, ennobleciendo a un tiempo al trabajador y al capitalista, y *confiando (en parte) esta intervención tutelar y pacificadora al Estado*" (p.236). Considera que toda transformación o reforma nunca han sido meramente políticas, sino que todas han sido a la vez y por necesidad político-sociales, además de ir siempre precedida la acción legislativa del Estado de una transformación social, que la motiva y hace posible. Defiende esa modelo de reforma total que comprende la mejora de la situación de las clases trabajadoras, el pauperismo, la miseria económica, intelectual, educativa y moral, mejora de la posición de la mujer, etcétera (p.236, nota,64). El propio Giner se adscribe a una línea de pensamiento y acción de moderado reformismo, cuando reflexiona en los términos siguientes: "Ahora, si este ideal del colectivismo forzoso y el Estado, según piensa el autor (Schäffle), debiese prevalecer en ese porvenir, tanto se debería a la vehemencia de la democracia social revolucionaria, como a la templanza de un Schäffle, un Wagner, un De Greef, un Sydney Webb y tantos otros hombres que han tomado sobre sí la misión, no digamos de enlazar con lo antiguo –que harto se enlaza ello por sí sólo– sino la de apaciguar los espíritus desasosegados y acostumbrados a la idea de una transformación, que Dios sabe si está o no en el programa de la historia futura" (p. 238).

En este sentido, y orden de ideas, conviene no confundir el liberalismo organicista con el posterior organicismo de las ideologías totalitarias del siglo veinte. Se ha señalado, con razón, que "el liberalismo orgánico ha sido una realidad ideológica e intelectual tan auténtica como el liberalismo individualista, materialista"[107]. El organicismo liberal permitía una explicación orgánica del Estado y del Derecho que basaba en presupuestos democráticos y pluralistas junto a la defensa de los derechos

materiales a los éticos y políticos. La Economía –como Moral– es una ciencia eminentemente antropológica, toca directamente a la actividad humana en el orden de vida social. De manera que el carácter ético es inherente a la ciencia económica. Más allá de sus aportaciones positivas, se muestra crítico, pues afirmar al término de su discurso: "No dejamos empero de reconocer que la Escuela hoy dominante en Alemania, prohija en errores, como la negación de leyes naturales económicas, el extremado particularismo de sus doctrinas, el predominio exclusivo del método inductivo, la dirección omnímoda y la intervención poco menos que absoluta del Estado, la suprema regencia del elemento ético en la Economía, el proteccionismo como norma de las relaciones comerciales entre las Naciones y la progresión como forma de impuesto de los cuales no podemos, ni siquiera hacernos solidarios". La misma idea de moralizar la economía e introducir la ética en la económica es defendida por Ziegler,Th.: *La cuestión social es una cuestión moral,* t. I, Barcelona, Editores Henrich y Cía, 1904, espec., pp. 10 y ss. Ahora bien, la moralización no es sólo de la economía y de las relaciones sociales de tipo económico cuyo objeto es el trabajo ajeno, sino también la del trabajador: el individuo que quiere vivir ha de trabajar, no puede darse a la pereza.

Ziegler entiende que el individualismo liberal, que puede definirse como una concepción mecánica del mundo, debe ser superado por una doctrina más solidaria que permita la intervención del Estado a favor del bienestar positivo; una iniciativa que abre el lento camino de la reformas frente a la revolución social (*Ibid.*, pp. 44 y ss.). Lo dice expresamente: "no creemos en los milagros y por esto preferimos la lenta para más segura vía de las reformas, persuadidos de que es el único medio de reforma moral, el único camino que conducirá el espíritu social a la victoria" (*Ibid.*, p. 46). Son casi las misma palabras utilizadas por los krausistas institucionistas y positivistas de nuestros país (Azcaráte; Salmerón; Posada; Buylla; Sales y Ferré, etcétera), en la línea de la reformista. De ahí su defensa, siguiendo entre otros a Lujo Brentano, de la idea de "pacificación social" (*Ibid.*, capítulo III, pp. 83 y ss.). Ahora, con Schmoller ("*La naturaleza de los contratos relativos al trabajo y la ruptura de las convenciones"*), ve en las convenciones o convenios colectivos un instrumento de paz, "donde patronos y obreros se unen en un mismo sentimiento de justicia y están igualmente satisfechos unos de otros, se establecerán, aparte todo contrato, relaciones duraderas, y reemplazará a la inestabilidad actual el advenimiento de una raza nueva de obreros adictos y consagrados a la empresa… La única solución práctica consiste en crear entre nosotros el espíritu social, en someter las dos partes, patronos y obreros, a esa disciplina moral, en obrar sobre ellos por la palabra y por el hecho, empleando al efecto todos los medios" (*Ibid.*, p. 140).

De nuevo es de destacar su transparencia: "El problema que se ha de resolver es este: hacer desaparecer el peligro social y organizar las masas populares" (*Ibid.*, p. 84). Se debe afirmar el "sentimiento de solidaridad".

[107] Legaz Lacambra, L.: "El pensamiento social de Gumersindo de Azcárate", en *Estudios de Historia Social en España,* vol. I, Madrid, CSIC, 1960, p. 28.

fundamentales de la persona[108]. El liberalismo orgánico pudo desembocar en una democracia orgánica, pero no como un mecanismo sustitutivo de la democracia parlamentaria dentro del sistema de partidos, sino como un mecanismo complementario que permitiera la integración de los conflictos sociales en la dinámica político-institución del régimen democrático. La idea de una doble representación (corporativa o de intereses y representativa de partidos) era defendida no sólo por el liberalismo sino también por ciertas tradiciones del socialismo democrático (socialismo fabiano y gremial –donde destacan autores tan destacados como los esposos Web, Laski, Cole y entre nosotros Fernando de los Ríos[109] y Julián Besteiro–), el solidarismo (como ya originariamente Durkheim; y después Bouglé, que transita del solidarismo socio-jurídico estricto al socialismo democrático reformista[110]) y las corrientes publicistas e institucionalistas –con Duguit[111] o, incluso, Hauriou–. En todas estas corrientes la representación política corporativa se enmarcaba –más allá del acierto de su propuesta– precisamente en un intento de democratización interna del régimen democrático. El exponente entre nosotros más significativo en la defensa de ese equilibrio democrático y político institucional entre ambos tipos de representación se refleja en la concepción organicista del Estado y del Derecho de Adolfo Posada, concepción orgánica que le conduce a afirmar en vista de la situación crítica del liberalismo individualista y mecanicista de su tiempo su una "democracia funcional orgánica"[112]. Afirmación que debe ser comprendida en su contexto más amplio. Adolfo Posada, con base precisamente al

[108] Véase la *reacción* de Posada, A.: *Hacia un nuevo Derecho Público,* págss.108-109.

[109] Véase De los Ríos, F.: *El sentido humanista del socialismo,* Madrid, Javier Morata Editor, 1926, pp. 198-199; y en otros ensayos y propuestas parlamentarias de corporativismo democrático del régimen republicano.

[110] En la estela de maestro Durkheim Célestin Bouglé había defendido una suerte de "federalismo económico" de carácter solidario, basado en la cooperación activa e institucionalizada de las asociaciones de intereses económicos y profesionales autónomas, desde los ámbitos sectoriales y regionales hasta el plano nacional ("Consejos Económicos Nacionales" y "Parlamentos económicos"). En las instancias corporativistas las representaciones funcionales de intereses entrarían en contacto, lo que permitiría resolver dinámicamente la oposición de intereses a través de compromisos, y encontrar zonas de interés común. En particular, el "Parlamento económico" (complementario del Parlamento elegido a través de sufragio universal general), estaría compuesto por representes elegidos por los miembros de las corporaciones profesionales. No obstante, reconocida la legitimidad democrática de la influencia decisoria de las asociaciones o corporaciones de intereses económicos y sociales sobre las decisiones públicas, el "bien común" debe prevalecer sobre el interés específico de los grupos particulares. Pero lo defendido es un corporativismo liberal-social por contraposición al corporativismo autoritario de inspiración totalitaria o autoritaria. De nuevo aparece el intento de solución intermedia, una tercera vía (en términos de solidaridad orgánica o de socialismo reformista), entre el individualismo capitalista y el socialismo estatalista o colectivista. Cfr. Bouglé, C.: *Socialismes français. Du "socialisme utopique" à la "democratie industrielle",* París, A.Colin, 1932; Bouglé, C.: *Syndicalisme et démocratie. Impressions et réflexions,* París, Cornély, 1908; Bouglé, C. y otros.: *Du sage antique au citoyen moderne. Études sur la culture morale,* París, A.Colin, 1921. Puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: "Cuestión social y reforma moral: las 'corporaciones profesionales' en Durkheim", Estudio preliminar a Durkheim, E.: *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y del Derecho,* trad. Estela Canto, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006; "Razones para actuar: solidaridad orgánica, anomia y cohesión social en el pensamiento de Durkheim", Estudio preliminar a Durkheim, E.: *Sociología y filosofía,* versión castellana de José María Bolaño (hijo) y revisión y edición a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006.

[111] De modo explícito y reiterado, Leon Duguit había defendido un sistema de doble representación política: la basada en el sistema de partidos y la basada en una representación funcional o de intereses profesionales (segunda cámara profesional o industrial). Véase Duguit, L.: *Soberanía y libertad,* trad. José G. Acuña, Madrid, Francisco Beltrán, 1924; Duguit, L.: *Manual de Derecho constitucional,* Edición y Estudio preliminar, de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005. La propuesta de Duguit y de otros autores partidarios del sistema democrático se inscribe en premisas diferentes a las perseguidas por los regímenes autoritarios de entreguerras consistentes, en lo principal, en sustituir la representación política propia de la democracia liberal por un tipo de representación "integral" de intereses organizados en el marco de un proceso de absorción en la estructuras del Estado autoritario. Véase Lanchester, F.: *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni,* Milano, Giuffrè Editore, 2006, espec., pp. 107 y ss.

[112] Posada, A.: *Teoría social y jurídica del Estado. El sindicalismo* (1922), edición y estudio preliminar, "Sindicalismo reformista integrado y Estado democrático en el republicanismo social de Adolfo Posada" (pp. IX-LXIV.), al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2018; Posada, A.: *Hacia un nuevo Derecho político,* Madrid, Editorial Paez, 1931; Monereo Pérez, J.L.: "Teoría socio-jurídica del estado constitucional y

pensamiento de Giner, afirma la concepción pluralista de la soberanía; la complejidad social de los Estados, su naturaleza orgánica pero no biológicamente orgánica, la subordinación del Poder al Derecho fundamento real del reinado de la ley, y supuesto necesario del Estado jurídico, que aspira a realizar el constitucionalismo-. Y realza, esa idea fecunda –sin duda incompatible con la noción de Estado *totalitario*– según el cual el Derecho, mejor, la elaboración de un derecho o régimen jurídico, no es obra exclusiva –monopolio– del Estado (político) (*v.gr.*, de la Nación-Estado)[113]. De ahí que alabe la elaboración de una teoría orgánica y jurídica general del Estado que ha tenido en España como principal inspirador a Francisco Giner; y subraya que éste nunca fue un organicista en sentido biológico, sino ético-espiritual[114]. Para Giner "el concepto organismo no pertenece a la biología, sino a todos los órdenes, o sea a la metafísica"[115]. El *organismo social* de Giner, tiene más íntimo parentesco con el *cuerpo místico* de Suárez, que con cualquiera de las concepciones de cuantos modernamente equiparan, o se inclinan a equiparar, el organismo social con un organismo animal y "que proceden al hacerlo bajo la preocupación sensualista que no concibe otra realidad, ni otro ser el que tiene al alcance de la mano. Conviene no olvidar que, como recuerda el profesor Gurvitch la noción central de la filosofía del derecho de *Gierke* mantiene con Krause la idea de organismo ético y espiritual (*geistig-sittlicher Organismus*) que difiere y se opone absolutamente al organismo biológico: tal organismo se afirma como una totalidad inmanente y no transcendente en sus partes, como un sistema concreto de generación recíproca y funcional entre la unidad del todo y la multiplicidad de sus miembros que son fines en sí[116]. Hace notar Posada la *posición organicista de Giner,* entre otras razones, porque la idea de organismo, organicismo social, juega hoy un importante papel en la crisis de los Estados, que rompen con la tradición del constitucionalismo liberal y aun social. Así, por ejemplo, el fascismo acude a la noción de organismo, para afirmar sus bases científicas[117]. E incluso cuando se importa el pensamiento de Spencer[118] –marcadamente organicista (y con cierto vencimiento hacia un organicismo biológico que rechazaría los krausistas españoles)– se hace ante todo con miras a positivizar el organicismo espiritualista del krausismo, en la dirección de conformar lo que Adolfo Posada denominaría "krausopositivismo". Para Posada, con Ahrens, el Estado es la unión social para el Derecho. Por lo demás, la socialización del Estado se intensifica de modo positivo, mediante la elaboración de la *política social,* resultado del reconocimiento de las funciones sociales del Estado. El derecho político reconoce y afirma estas tres realidades –tres fenómenos de existencia positiva, que se han de recoger en el orden jurídico, o sea en el Estado: 1º. El *individuo* –más exacto– y más jurídico, la persona física individual; 2º. La *sociedad,* conjunto más o menos complejo de núcleos, formaciones o grupos colectivos, constituidos por hombres, y medio en que éstos viven, y 3º. El Estado, integrado por hombres formando la comunidad jurídica, y llamado a condicionar mediante el derecho la vida individual y social de los hombres. En todo caso el *hombre* es la esencia del Estado y su causa, su razón. *Nada más opuesto a la significación de los postulados y de las tendencias de este derecho político "socializado", que la concepción fascista y de cuantos afirman el absolutismo del Estado*

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.

Posada, A.: *La crisis del Estado y el Derecho político,* Madrid, C. Bermejo,Impresor, 1934; 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

[113] Véase Posada, A.: *La crisis del Estado y el Derecho político,* Madrid, C. Bermejo,Impresor, 1934, pp. 13-14.

[114] Véase Posada, A.: *La crisis del Estado y el Derecho político,* cit., p.19 y 27.

[115] Véase Giner de los Ríos, F.: *La persona social,* I, pp. 246 y ss.; *Filosofía y Sociología,* edición *Obras Completas*, vols., VIII y IX.

[116] Gurvitch, G.: *L'Idée Sociale du Droit* (1932), p.536. Traducida al castellano y Estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004. Monereo Pérez, J.L.: "El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke", en Lex Social, vol. 10, núm. 2 (2020), pp. 662-735. https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5080/4445

[117] Véase Posada, A.: *La crisis del Estado y el Derecho político,* Madrid, C. Bermejo,Impresor, 1934, pp. 27-28.

[118] Su filosofía educativa puede apreciarse en Spencer, H.: *La educación física, intelectual y moral* (1861), Valencia, Prometeo, 1861, obra que, por cierto, tuvo numerosas ediciones posteriores, avanzado incluso en siglo veinte.

totalitario"[119], que pretende reconducir y absorber en el Estado a los individuos y grupos, anulando su autonomía, su esfera privada. Se observa que para Krause, el Estado, como la forma exterior de la justicia, debe asegurar a los ciudadanos las condiciones para cumplir libremente su destino… Para Krause y su escuela, el Estado es una institución legítima y esencial, pero sólo en la medida en que se afirma como una asociación particular, entre otras, integradas todas en una totalidad más vasta. Es la idea misma que *Giner* sostiene. Giner entiende el Estado como el orden del Derecho mismo en la vida, o en otros términos, como la persona misma individual o social, en tanto que cumple el Derecho como fin esencial de su actividad, entre otros. Así, dondequiera que existe un ser capaz de obligación jurídica, allí existe un Estado; lejos de constituir la nación el único digno de tal nombre. El Estado es un verdadero *organismo,* un sistema de Estados –*systema civitatum*–, no ciertamente fundado en la voluntad arbitraria de sus individuos, de sus familias, de sus pueblos, es teleológico-finalista por atracción real de la vida, y obra de un proceso complejo. Pero la sociedad toda, no sólo el Estado, es también un organismo cuyas funciones se condicionan y necesitan recíprocamente; es la forma más amplia de la solidaridad y de la interdependencia, de que un día hablara Duguit. La doctrina ético-jurídica (y social) del Estado que ha de latir en el nuevo Derecho político, procura recoger íntegramente la compleja realidad social, tal como ésta se afirma positivamente, no reduciéndola, en ningún caso, a una expresión gregaria, cual si la sociedad fuera una mera suma, por agrupación de individuos; muy por el contrario, se define la sociedad como una realización orgánica de base múltiple, como múltiples son los fines racionales humanos, que suscitan o imponen las más diversas formas de unión de esfuerzos en asociaciones, con proyección espacial unas, sin limitación de espacio, otras. Lo conduce a defender una concepción pluralista de la sociedad y del Estado, y bajo este prisma –con Duguit y Laski–[120] a apreciar la transformación de la noción absoluta de soberanía[121]. La doctrina jurídica y social del Estado interpreta y concibe la realidad social como un *todo orgánico*, y no define la sociedad concreción nuclear de lo social, a partir del hecho del individuo que entra a componerla como en suma numérica de uno más uno, sino a partir del hombre social –el real– que forma la sociedad, pero que a su vez es formado por ella, siendo su personalidad resultado de su naturaleza social, perfectamente compatible con su substantividad. El hombre –como destaca Gierke, pero también Giner– no puede tener conciencia de sí mismo sin tener conciencia de sí como individualidad y *como parte de un todo.*

Es así que se debe reconocer al ser social y a cada individuo en él, una misma realidad completa y un mismo carácter esencial. La sociedad no alcanza una expresión suficiente en el Estado, sino que *se manifiesta* en una gran variedad de órdenes distintos con estructuras y fines específicos: la familia, la Iglesia, el Municipio, la asociación, la comunidad internacional. El ser social –con Gierke– no se concentra en modo alguno en una única forma de existencia igual en todas partes, sino que se expresa en una pluralidad de órdenes diferenciados, cuya riqueza aumenta con el progreso y la civilización. Pero la indicación más interesante de Gierke, latente su idea en todo el proceso del nuevo Derecho político, y esencial en la teoría jurídica y social del Estado, se contiene en la afirmación del *carácter real de las personas sociales*, supuesto de que no puede prescindirse hoy, al elaborar el concepto jurídico del Estado político. Posada reclama a Gierke y Gurvitch para señalar que la realidad de las personas colectivas se afirma en tres direcciones diversas: a) En cuanto las personas representan y se oponen al Estado como *cuerpos espontáneos, que éste encuentra ya constituidos. Lejos de crearlos*[122]. Para

[119] Véase Posada, A.: *La crisis del Estado y el Derecho político,* cit., pp. 31-32.

[120] Laski, H.: *Gramática de la Política. El Estado Moderno*, traducción de Teodoro González García, edición y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, "La filosofía política de Harold J. Laski", Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002, CXVIII+674 pp. Monereo Pérez, J.L.: *La democracia en crisis: Harold J. Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004; Monereo Pérez, J.L.: "Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *11*(1), 2021, pp. 298–377. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426

[121] Véase Posada, A.: *La crisis del Estado y el Derecho político,* cit., pp. 45-46.

[122] Véase Posada, A.: *La crisis del Estado y el Derecho político,* cit., pp. 54-55. Según Posada: "El reconocimiento del gran valor político del factor social, en íntima compenetración con la masa de individuos que lo integran, no se opone al régimen democrático; obligará, sí, a rectificar radicalmente la ide ay el hecho de la democracia gregaria e

Posada, "la democracia gregaria de composición aritmética, y sin existencia real, como consecuencia de una más penetrante interpretación de la realidad social, se transforma en la *democracia orgánica*, de contextura compleja, resultado del proceso mismo de las sociedades actuales. Considerados directa, objetivamente, los hechos, debe reconocerse, que no existe incompatibilidad entre el carácter naturalmente orgánico de la vida social, sistema de funciones distintas bajo una ley de unidad –división social del trabajo humano–, y las esencias que definen la democracia. No se opone a la realización de esas esencias democráticas, igualdad en la libertad, la diferenciación funcional de las masas, que, notoriamente, se produce por la concurrencia de varios movimientos. Matiza que cuando habla "de jerarquizar la democracia", no se refiere a una determinación autoritaria (posición de Mussolini) del valor de las funciones sociales, y menos aun, a una imposición coactiva –dictatorial– de los grados jerárquicos en cada formación social. No –realza–; jerarquización en la democracia –no demagógica, ni dictatorial– entraña la labor espontánea y continuada de la interna diferenciación funcional, con el proceso natural de la formación de las *élites* representativas y directoras, y el de la determinación social de la escala de valores en cada momento. El medio social democrático, formación coherente de individuos y de grupos de individuos, será tanto más intensamente democrático, cuanto más capaz resulte para permitir en una atmósfera de libertad y, en definitiva, realizar, la *selección de los mejores,* tan necesaria en una democracia organizada. No hay contradicción entre la concepción democrática del Estado y la explicación orgánica del mismo, como parece desprenderse de la *crítica de Kelsen*, en oposición con las opiniones en cierto sentido organicistas, de Triepel[123]. La idea de éste de fundar el Estado sobre las organizaciones profesionales no la conceptúo en modo alguno incompatible con la existencia y adecuado funcionamiento de partidos estrictamente políticos, que Kelsen considera esencial en una democracia. En efecto, según Kelsen, la democracia moderna descansa totalmente sobre los partidos políticos. Pero no se debe rechazar como incompatible con los partidos, y por ende, con la democracia, la consagración política y jurídica en el Estado, de la diferenciación social de los intereses generadores de los grupos humanos funcionales. Desde una perspectiva orgánica Posada observa que un *pueblo orgánicamente construido como nación*, con propia personalidad histórica, cultural, económica, industrial, no tiene como elementos componentes tan sólo los individuos que actualmente lo formen, y que, en una democracia, se diferencian en razón de la diversidad de opiniones, constituyendo esas agrupaciones sociales, la mayoría de las veces aun de carácter amorfo, denominadas partidos políticos. En una nación hay, además, los grupos representativos de los intereses, que son una realidad, según se ha dicho. Y si los partidos son los "órganos" de opinión del cuerpo político, del Estado, los grupos sociales (sindicatos, asociaciones, núcleos locales), son los órganos del cuerpo social"[124]. Esto pone de relieve que para el krausismo institucionista de Giner, y a su estela en esto Adolfo Posada, debe articularse un doble sistema de representación político y social en las estructuras de la democracia parlamentaria redefinida en función de la complejidad social. Posada defendería, todavía en 1934, su idea de "Reforma constitucional" (pp. 108-109 de la obra de este título), al razonar que el Parlamento que debería surgir en España, destruida la dictadura, "estimaba, y sigo estimando hoy con mayor convencimiento", que el "problema de la representación *política y social en el Estado* se impone ahora al político de acción con verdadero apremio, por obra de las palpitaciones mismas de la vida nacional, sobre las que debe actuar el arte del gobernante. La revisión indicada debe, además, hacerse con este doble propósito: a) Incorporar a la estructura

igualitaria, comenzando por transformar el significado y valor del sufragio popular, de base puramente individual y expresión numérica de la soberanía. Ya que en la sociedad hay más que individuos y en el Estado hay más que electores. Una acción eficaz del que llamamos factor social, síntesis de fuerzas organizadas y representativas de intereses colectivos, concertada con la acción de un Cuerpo electoral, todo lo amplio que se quiera y adaptado a la geografía del Estado, provocará, venciendo fuertes obstáculos y prejuicios muy arraigados, la transformación de la democracia gregaria e igualitaria, del concepto vulgar, en *democracia orgánica, y no sólo orgánica, sino jerárquica"*. (*Ibid.*, p. 142-143).

[123] Kelsen, H.: *Esencial y valor de la democracia,* trad. por L. Legaz Lacambra y Luengo Tapia, edición y Estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000.

[124] Véase Posada, A.: *La crisis del Estado y el Derecho político,* cit., pp. 156-157.

constitucional, o sea a las instituciones más específicamente representativas –verbigracia, las *Cámaras* de las Cortes (los Parlamentos)–, los elementos individuales y "sociales" –sindicales, corporativos, de agrupaciones–, a fin de que tengan voz y el influjo debido, al lado del interés general, los intereses de carácter colectivo que hayan logrado una organización específica, formando la espontánea estructura nacional; intereses que a menudo funcionan oficialmente, o bien subrepticiamente, engendrando las corruptelas que tanto han contribuido a la crisis del prestigio del régimen parlamentario y no parlamentario. b) Impedir que los intereses organizados –los profesionales, los de la producción–, con el desate de egoísmos que supone su creciente influjo, ahogue la voz del interés general, que no es una abstracción, sino la realidad misma de la vida nacional, la que afecta al hombre como tal –económicamente consumidor y políticamente ciudadano–, interés general que en una democracia organizada tendrá su órgano específico más inmediato en el ciudadano-elector. Por ello, se lamenta de que las Constituyentes españolas de la segunda República, no hayan querido considerar la realidad nacional sobre la que debía asentarse el Estado oficial del nuevo régimen creando al lado de la cámara "popular", representativa del conjunto numérico, y de asiento geográfico de los ciudadanos, una *Cámara sindical*, representativa de aquellos intereses[125]; Cámara que se echa de menos, incluso por aquellos que impidieron que la Constitución de 1931 fuera "*argumento vivo que oponer a una crítica fascista*"[126].

Esto refleja que Posada estaba más próximo de lo que parece a las teorías pluralistas de la sociedad y del Estado (que desde distintas direcciones de pensamiento democrático, y con predominio de las concepciones organicistas, defendían un sistema de representación de doble cámara), y totalmente alejado de los regímenes totalitarios que florecían en su tiempo histórico)[127]. El coronamiento de esta organización social sería una Cámara o Senado en una buena parte de base sindical, representativa de los intereses sociales organizados, y que no actuaría como Consejo de funciones consultivas o de asesoramiento *técnicos* del legislativo. Tal Cámara no sería, en rigor, técnica, sino representativa de la Política de los intereses. La Cámara habría de ser un Cuerpo Colegislador de carácter permanente, es decir, no sometido, como la Cámara *popular*, órgano de opinión, a la prerrogativa de disolución del jefe del Estado, por lo que, *en caso de conflicto en la labor legislativa entre las dos Cámaras, la de los "intereses" debería ceder a las decisiones reiteradas de la "popular"*. Mediante la organización de la *doble representación,* que hoy reclama la misma composición de la *realidad social* de las Naciones, se podría lograr en las mejores condiciones lo que se persigue con el establecimiento del *doble sufragio individual y social*[128]. Lo que importa es realizar la armonía entre el interés general y los privados, y entre la función política del ciudadano, "consumidor nato de los servicios públicos", y

[125] Véase el "Anteproyecto de Constitución de la Comisión jurídica asesora"; Posada, A.: *La Nouvelle Constitution espagnole*, París, 1932.

[126] Véase Posada, A.: *La crisis del Estado y el Derecho político,* cit., pp. 165-166.

[127] Véase al respecto, Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

[128] Sobre la propuesta de un sistema bicameral (representación política y representación de intereses) por el krausismo institucionista (Giner, Posada, y en la conversión hacia el socialismo democrático, Julián Besteiro y Fernando de los Ríos) y des el organicismo social, véase Monereo Pérez, J.L.: "El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada", Estudio preliminar a Posada, A.: *Tratado de Derecho Político,* edición especial íntegra en un solo volumen, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003, espec., pp. CXLIX y ss. Se vía en esta reorganización del sistema de representación un camino pacífico para la superación del liberalismo individualista y mecánico mediante la instauración de una "democracia fundamentalmente orgánica", que era perfectamente compatible con la democracia liberal y que nada tenía que ver con el enfoque sustitutivo de ésta por parte de los regímenes totalitarios de corte corporativo o fascista. En el caso de Posada, se desarrolló una suerte de corporativismo social-liberal, para interrelacionar el Estado y la sociedad fragmentada. Queda reflejada aquí –en el núcleo de su pensamiento– la influencia del solidarismo jurídico-social francés (especialmente Léon Duguit) y del liberalismo anglosajón, pero más interiormente el organicismo social que siempre estuvo presente en el krausismo español, especialmente en Giner (señaladamente en su obra, *La persona social. Estudios y fragmentos,* Madrid, Lib. Gral. de Victoriano Suárez, 1899). El mismo Melquíades Álvarez había pedido que se creara junto a la Cámara legislativa parlamentario se creara una segunda cámara. Véase García Canales, M.: *La teoría de la representación en la España del siglo XX,* Murcia, Universidad de Murcia, 1977, p. 262.

la del productor, recogiendo así dos aspectos del hombre: ser social y miembro del Estado. Todo ello con independencia del valor que para el Estado revestiría la incorporación a la Constitución política de la representación de la sociedad "estructurada" por obra de la diferenciación y de la solidaridad de los intereses[129].

La propuesta de inserción de las representaciones de intereses en las estructuras del sistema político no supone, según Posada, implicar por necesidad la instauración de un régimen dictatorial que se traduciría en la negación del carácter representativo del Parlamento, organizada entonces –si se la mantiene– sobre la base de la supresión de la libertad política y del imperio del querer exclusivo de un partido, llámese bolchevista, fascista o hitleriano. Precisamente es eso lo que precisamente se quiere impedir al reformar el régimen de Parlamentos. En realidad, el tipo de reformas que permitiría una cierta renovación del régimen parlamentario, revitalizando sus instituciones y adaptando su funcionamiento a las nuevas exigencias de la vida social, de la técnica política y de la eficacia en la acción, residen en las que podrían concretarse en la ordenación más idónea de la *doble representación parlamentaria*, y de otra, en la transformación radical del funcionamiento y de los métodos tradicionales del Parlamento mismo. El mismo Posada situaba reiteradamente su posición dentro de las fórmulas del liberalismo social –"nuevo liberalismo"– de raíz democrática, intervencionista, pero no autoritario. Ya antes de la gran guerra, reclamaba este *nuevo* liberalismo, una readaptación del régimen constitucional a los requerimientos y a la estructura muy compleja de la sociedad contemporánea[130]. No se olvide, de nuevo, la posición de Hobhouse, uno de los artífices del liberalismo social contemporáneo, a favor de una concepción decididamente organicista del Estado[131]. Se trataba de superar el viejo y agotado liberalismo abstracto de las concepciones gregarias de las sociedad, y sustituir por un "liberalismo constructivo y generoso" de carácter "orgánico" (liberalismo orgánico). Se realza la existencia de "diversas concepciones organicistas", y se coloca, en el marco de los enfoques organicistas, al "krausismo frente al fascismo"[132]. Posada llegó a interrogarse –haciéndose eco de una inquietud presente en muchos de los demócratas de la época– sobre si "¿Habremos hecho fascismo sin saber los llamados krausistas?", su respuesta no admite dudas, existen distintas concepciones organicistas de la sociedad, donde la sociedad es un organismo verdadero y se explica "orgánicamente" el Estado –como "organismo social del Derecho"–. El Krausismo ha sido mantenedor del Estado de Derecho (Krause, Ahrens, Giner…). Krause definió el Estado como la institución para la realización del Derecho, y el Derecho "el conjunto –el sistema– de las condiciones temporales dependientes de la libertad, necesarias para el cumplimiento del destino racional". No se puede compaginar la idea esencial en Krause y en Giner del Derecho inmanente, obra de la Persona –del ser libre– de cada Persona: desde el individuo hacia arriba– con el absolutismo negativo, absorbente y violento de Mussolini. Lo mismo cabría decir del "gran organicista" y evolucionistas Spencer[133].

El krausismo afirma la unidad orgánica a la cual deben subordinarse los individuos, pero perciben dicha unidad en la sociedad humana más amplia. El liberalismo constructivo y el intervencionismo social no se oponen al carácter orgánico de la sociedad (la sociedad humana es un organismo). Nos advierte de la diferencia entre el organicismo biológico y el organicismo "ético", indicando que la concepción orgánica de la sociología nacionalista y fascista es de un carácter más marcadamente "naturalista" que "ético". El gran peligro del organicismo puede residir en precipitarse, por las fáciles "analogías biológicas" del integrado social, continuando en cierto modo la tradición schellingniana, para caer finalmente en las endebles construcciones de un Lilienfeld o de un Works. El mismo Spencer, gran "analogista" y partidario del *"organicismo social",* vencía o procuraba evitar

[129] Véase Posada, A.: *La crisis del Estado y el Derecho político,* cit., pp. 167-168.

[130] Posada, A.: *La crisis del Estado y el Derecho político,*cit., pp. 169 y ss.

[131] Véase Hobhouse, L.T.: *Teoría metafísica del Estado,* trad., introducción y notas de Dalmacio Negro Pavón, Madrid, Aguilar, 1981. Véase Monereo Pérez, J.L.: "Los fundamentos del 'liberalismo social' y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse", Est.preliminar a Hobhouse, L.T.: *Liberalismo,* Granada, Ed.Comares, 2007.

[132] Véase Posada, A.: *Hacia un nuevo Derecho político,* cit., espec., pp. 108 y ss.

[133] Véase Spencer, H.: *El organicismo social,* trad. de Miguel de Unamuno, Madrid, La España Modernas, 1900.

los peligros políticos del organicismo biológico, poniendo de relieve las fuertes diferencias existentes entre el organicismo individual (obra de la evolución orgánica) y el organicismo social (obra de la evolución superorgánica). La sociedad puede ser un organismo, pero nunca igual al organicismo fisiológico. No se puede ignorar las objeciones de Huxley frente a Spencer, y que recuerda mismo Giner de los Ríos, el cual consideraba necesario mantener cierta reserva en la proyección de la Historia Natural a la estructura y vida de las sociedades humanas. A juicio de Posada, "el nacionalismo fascista podría estimarse como una expresión política de ese organicismo 'naturalista'". Existe una manera de considerar y explicar el carácter orgánico de las sociedades que tienen su fundamento en el concepto mismo de organismo. Es lo cierto que la idea del organicismo no tiene sólo un valor fisiológico, ni una pura significación naturalista, pues, como hiciera notar Giner (*La persona social*), el concepto de organismo *no comporta la idea de organismo "material" fisiológico, ni pertenece primeramente a la ciencia de la Naturaleza, a la biología* en el sentido inexacto que desde Treviramus ha adquirido esta palabra, *sino a la metafísica" (en Krause, de modo harto significativo)*. El organicismo social supone no la subordinación del hombre al Estado, sino unidad de la vida en el ser, en razón del fin común; es unidad en el ser social; pero supone también pluralidad de funciones para el fin y sobre todo *solidaridad*, interdependencia, condicionalidad recíproca. El organismo social humano exige, como elemento de cohesión propio, diferencial, el "fluido ético" que emana de lo seres de conciencia. Dicho *organismo social es, pues, compatible con los "derechos del hombre", condición de la dignidad humana*[134]. Es compatible con la diversidad y espontaneidad del espíritu humano. El organicismo social del krausismo-institucionista no se opone al pluralismo, más bien lo supone y defiende. De nuevo Posada, con apoyo en Ahrens y Giner, puede explicitar ese presupuesto pluralista cuando reflexiona que la concepción orgánica de Ahrens[135], Krause, H.Spencer, Schaffle, Giner, que genera, *combinada* con el punto de vista anterior, la del "pluralismo" –Gierke, Figgis, Laski, Cole, Hobson–, rectifica de un modo esencial la doctrina absoluta y exclusivista del poder soberano del Estado. Interpreta tal concepción orgánica la realidad social y jurídica, como un complejo de elementos vivos: los grupos, las asociaciones, los núcleos locales, las naciones, las formaciones ultranacionales, cada cual con su esfera propia, determinada por su fin o fines, y dotado con poder suficiente, soberano, si sabe producirse dentro del respectivo régimen jurídico". Hace suyas las argumentaciones de Giner, cuando este afirmaba que "la soberanía no es sino el poder supremo y fundamental del Estado mismo. Obrar como soberano equivale a decidir en última instancia sin ulterior ni superior recurso, en cuyo concepto no es la soberanía atributo sólo de aquella institución (del Estado), sin que se da en todos los círculos de vida, en el individuo, en la sociedad doméstica, en la religiosa, en la científica, en la económica, bajo el sentido de que siendo enteramente independientes en la esfera de su respectiva competencia, no reconocen superior para cuanto dentro de ella les está confiado"[136].

Se ha afirmado, en esta dirección, que "el organicismo krausista es una trivialización de Schelling, llevada a cabo por el mismo Krause y aplicada a la explicación de la sociedad mediante la obra de Ahrens. Para el Krausismo, la sociedad es un complejo orgánico de sociedades, cada una dotada de personalidad, en virtud de su principio configurador: la moralidad, el derecho, el amor, la religión. Ahora bien, este organicismo krausista no es lineal. Externamente se va a producir en él una inflexión a raíz de la recepción superficial del positivismo en España, centrada en torno a 1870 en los debates del Ateneo de Madrid. Internamente, además la aplicación de la noción de "organismo" en la filosofía social ha dado casi siempre por resultado una interpretación más o menos biológica de la misma y,

[134] Posada, A.: *Hacia un nuevo Derecho político,* cit.,espec., pp. 114 y ss.

[135] Para Ahrens el ideal político es la democracia orgánica, siendo necesario que la unidad social más elevada esté constituida en el cuadro del Estado, por una representación de la cual participen igualmente todos los órdenes. Con ese enfoque Ahrens llega al bicameralismo, que es la fórmula constitucional adecuada a una representación dual, la de los intereses territoriales, y la de los intereses profesionales y específicos. Véase Fernández De La Mora, G.: *Los teóricos izquierdistas de la democracia orgánica,* Madrid, Plaza & Janes, 1985.

[136] Posada, A.: *Hacia un nuevo Derecho político,* cit., pp. 180-182. Posada, por cierto, califica el realismo de Giner de "realismo idealista", en contraposición al realismo jurídico positivo, no positivista y conservador de León Duguit (*Ibid.*, p. 209).

por eso, más o menos sometida al naturalismo, bien que, por supuesto, no de carácter mecánico. La *ambigüedad del organicismo* es, así, manifiesta, toda vez que oscila entre una interpretación literal y una interpretación analógica del concepto de organismo. Dada la equivocidad de la filosofía de Krause[137], se verá siempre en él un precursor de todas las nuevas corrientes organicistas de base biológica o naturalista. Incluso se establecerá una relación entre la sustantividad del organismo y la caracterización de la sociedad como un "*corpus mysticum"* a la manera como, entre los escolásticos, lo hico Francisco Suárez[138]. Con todo, Giner había tratado de introducir un sentido moral al liberalismo individualista y doctrinario, como motor de su política nueva. Lo que se pretendía era una reforma del liberalismo, tomando como punto de partida un criterio de pedagogía nacional[139]. La disociación entre sociedad y Estado, supone la concatenación de la *cuestión social* y de la cuestión política; ambas, mutuamente implicadas, podrían ser resueltas a través de soluciones intermedias que permitieran regenerar en organismo social. De lo que se trataba es de impulsar la "evolución" no la "revolución"; una evolución moral, presidida por la razón de la sociedad[140].

Es significativo que para Giner, el Derecho adquiere la conformación de un organismo dotado de principio efectivo o histórico de actividad. Se comprende así que haya que contar con una "biología jurídica", en el sentido de que el Derecho conforma los hechos y circunstancias de la vida[141]. Se manifiesta en ello la *inflexión positivista* que se estaba produciendo. En su *Resumen de Filosofía del Derecho* (1898)[142], Giner es consciente de que en su obra se ha producido rectificación de la idea del Derecho, el principio, antes exclusivo, de la propia intuición de la conciencia se pone ahora en relación con la *experiencia*, en un intento de síntesis. Su organicismo social –donde la función crea al órgano– es refractario a la idea de lucha social (incluida la "lucha por el derecho"), pues afirma que el orden jurídico no es expresión sino de las relaciones que existen entre sus distintas esferas inmanentes, las cuales forman un *organismo solidario*[143]. Por eso *repudia la concepción jurídica coetánea, más vinculada al positivismo naturalista: la consideración del Derecho como "lucha", que había formulado Ihering* en su conferencia de 1872 ("*La lucha por el Derecho*")[144]. Partiendo del

[137] Es de gran interés la exposición de la filosofía de Krause realizada por Tiberghien, G.: *Ensayo teórico e histórico sobre la generación de los conocimientos humanos,* traducción de A. García Moreno, con Prólogo, notas y comentarios de Nicolás Salmerón y Alonso y Urbano González Serrano, 4 tomos, Madrid, Francisco de Góngora, Editor-Nueva Biblioteca Universal, s/f. (1875), Tomo 4, Capítulo III ("Filosofía de Krause"), pp. 102-318. Incluye una "Biografía de Krause" elaborada por Sanz del Río (pp. 319-349) y un "Apéndice" escrito por Nicolás Salmerón y Urbano González Serrano (pp. 353-376).

[138] (105, vol. II, pp. 341 y ss.; Posada, A.: "Filosofía y Sociología en la obra de Giner", en *Principios de sociología* (1929), 2ª ed., Vol.I, Madrid, Jorro Editor, pp. 223 a 231.

[139] Se trataba de revisión ciertamente un liberalismo individualista y excluyente de gran parte de la población. Una análisis muy crítico y poco complaciente puede obtenerse en Losurdo, D.: *Contrahistoria del liberalismo,* Barcelona, El Viejo Topo, 2007, obra en la que se realiza un estudio sobre las contradicciones internas del discurso liberal individualista, poniendo de relieve la aceptación por los liberales más eminentes de límites a la libertad, especialmente la admisión y justificación de la esclavitud (en la reconstrucción histórica de los inicios del liberalismo se aprecia la paradoja de un entrecruzamiento de libertad proclamada y opresión) y la defensa de la exclusión de las masas desposeídas de los derechos políticos (negativa al reconocimiento del sufragio universal) y de los derechos sociales necesarios para la liberación de la miseria de amplias capas de la población (liberalismo individualista que pudo derivar hacia un liberalismo socialdarwinista). éase Monereo Pérez, J.L.: "La ideología del «darwinismo social»: la política social de Herbert Spencer (I y II), núm. 87-90 (2009-2010), pp. 11-80, y 14-57, respectivamente.

[140] Gil Cremades, J.J.: "Francisco Giner de los Ríos, entre liberalismo y democracia", en *Krausistas y Liberales,* Madrid, Seminarios y Ediciones, 1975, pp. 26 a 29. El cual pone de manifiesto, por otra parte, que en Krause "la ciencia constituye un organismo, que reposa, como Fichte, en una instancia subjetiva, pero de carácter absoluto. Giner, siguiendo esa orientación ha sido, dentro de los krausistas españoles, el más preocupado por explicitar esa reminiscencia fichteana del concepto de «ciencia»…"(*Ibid.*, p. 30).

[141] *Principios de Derecho natural sumariamente expuestos* (en colaboración con Alfredo Calderón), Madrid, Imprenta de la Biblioteca de Instrucción y Recreo, s.f.(1873), pp. 61 y ss.

[142] *Resumen de Filosofía del derecho,* t. I (en colaboración con Alfredo Calderón), Madrid, V. Suárez, (1898), p. 215.

[143] *Resumen de filosofía del derecho,* cit., p.49.

[144] Véase Ihering, R.V.: *La lucha por el derecho,* traducción de Adolfo Posada y Prólogo de Leopoldo Alas "Clarín", Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1881. Redición, Ihering, R.V.: *La lucha por el derecho,* traducción de

organicismo social armonicista el krausismo ginerista rechaza la "lucha por el derecho" a favor de la armonía jurídica y social[145]. Sin embargo, el organicismo social de Giner no es reconducible a nada parecido a un organicismo biológico, que confunde la naturaleza con la sociedad y que es proclive a ser utilizado por las ideologías totalitarias y por las teorías racistas[146].

"Lo social" es apreciado por Giner también desde un punto de vista esencialmente organicista ("organicismo social"). Giner considera que la sociedad es un particular organismo con entidad propia, esto es, una "persona" producto espontáneo de la vida del hombre. Pero la sociedad se encuentra orgánicamente estructurada a través de la coexistencia en su interior de personas sociales intermedias (nación, corporaciones profesionales y familia). La sociedad se constituye en Estado social, el cual no es una entidad aislada de la estructura social en que se inserta. Su propuesta de reforma política y social parte de la necesidad de equilibrar el *self-govermment* -autogobierno de corporaciones creadas desde abajo-, con una necesaria intervención estatal. La reforma social no es sólo obra del Estado social, que tiene un papel esencial en la legislación social y educativa y de impulso a las iniciativas de los grupos, sino también a través de la acción de los grupos sociales, que son portadores de la solidaridad y la interdependencia social. La reforma moral[147] y educativa es obra de todas las fuerzas relevantes en la sociedad organizada: el "problema social" en sentido amplio era soluble a través del ejercicio de la solidaridad social y de la puesta en práctica del deber del Estado de tutelar el bienestar los individuos que integran en cuerpo social.

Ahora bien, los límites de la filosofía social reformista de Giner son intrínsecos. Partiría de un armonicismo organicista que pretendía absorber todas las grandes contradicciones y antagonismos de la época. Esta simplificación de la realidad era insuficiente no sólo para captar la índole de los problemas sino también para aportar las soluciones que en Giner se residenciarían ante todo en un programa de educación política, aunque otros krauso-institucionistas (como Azcárate, Posada y Buylla, y después desde el krauso-socialismo, con Fernando de los Ríos y Julián Besteiro), se trataría de apostar por reformas estructurales en la línea de la superación del Estado liberal individualista en el Estado social solidario. Giner, no solo miraba con desconfianza a la revolución de 1868 (típica "revolución de la burguesía" reformista), sino que ponía fuertes reserves al régimen democrático con su crítica del sufragio universal, al que consideraba un error más del liberalismo individualista y atomístico. Para él el sufragio universal presuponía una educación política previa de la persona, y en tal sentido su implantación debería ser gradual, al mismo tiempo en que se incrementaba la capacidad de reflexión propia de los individuos. Mientras tanto debería tender a restringirse a las élites intelectuales y a aquellas personas con la adecuada preparación para decidir con conocimiento

Adolfo Posada y Prólogo de Leopoldo Alas "Clarín", revisión, edición y estudio preliminar, "Ihering y la lucha por el derecho" (pp. VII-XXXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008.

[145] Gil Cremades, J.J.: "Francisco Giner de los Ríos, entre liberalismo y democracia", en *Krausistas y Liberales,* Madrid, Seminarios y Ediciones, 1975, pp. 39-40.

[146] La filosofía de Krause y de sus discípulos más relevantes defendía un organicismo social de base eminentemente pluralista, en el que el Estado no debería absorber a la sociedad civil vertebrada en asociaciones autónomas, aunque el Estado tiene que garantizar un orden basado en la *justicia social también en las relaciones de trabajo, en la empresa*. En este sentido, véase Tiberghien, G.: *Ensayo teórico e histórico sobre la generación de los conocimientos humanos,* traducción de A. García Moreno, con Prólogo, notas y comentarios de Nicolás Salmerón y Alonso y Urbano González Serrano, 4 tomos, Madrid, Francisco de Góngora, Editor-Nueva Biblioteca Universal, s/f. (1875), Tomo 4, Capítulo III ("Filosofía de Krause"), pp. 102-318, en particular pp. 262-295 . Esta edición histórica incluye una "Biografía de Krause" elaborada por Sanz del Río (pp. 319-349) y un "Apéndice" escrito por Nicolás Salmerón y Urbano González Serrano (pp. 353-376).

[147] Desde una perspectiva también organicista, muy ligada al organicismo del socialismo de cátedra, se vio en la cuestión social una "cuestión moral". Cfr. Ziegler,Th.: *La cuestión social es una cuestión moral,* 2 tomos, versión española de la última edición alemana por Rafael Montestruc, Barcelona, Editores Henrich y Cía, 1904.

de causa[148]. La Iª República supuso una mayor implicación del krausismo en la actividad política[149]: Los fue desde luego con Salmerón –que alcanzaría a ser Presidente de la República–, pero antes había asumido la cartera del Ministerio de Gracia y Justicia, y ofrece a Giner la Subsecretaría del Ministerio, el cual no la acepta. Él nunca se encontró llamado para la actividad política oficial. Con el fracaso de la República –acabo el sueño republicano reformista– y la imposición del régimen de la Restauración el krausismo se replegó; repliegue que en el caso de Giner se tradujo en una apuesta por la reforma social a través de la pedagogía y por cauces privados independientes del sistema de enseñanza oficial. Era el reclamo de la pedagogía como base el reformismo social y el cambio de las mentalidades: la pieza clave es la transformación del "hombre interior" en el proceso de evolución progresiva de la sociedad. No obstante, conviene anotar que muchos krausistas si aceptaron la lógica krausistizada de la "lucha por el derecho" de Ihering. El caso más significativo lo ofrece el mismo Leopoldo Alas "Clarín" y su conocido a la *Lucha por el derecho* de donde apuesta por un reformismo social posibilista, positivo y de corte moderado, en sintonía con la autocalificación de su filosofía social como "racionalismo armónico" de inspiración organicista, contrario al atomismo social (que se imputa al individualismo radical)[150]. Es un reformismo social que pretende "corregir" las desviaciones del liberalismo individualista, sobre la base de un liberalismo social organicista[151]. El nuevo liberalismo orgánico se opondría al liberalismo individualista, siendo el arma ideológica principal de la crítica krausista al régimen "liberal" autoritario de la Restauración. Pero todavía al final de sus días apoyaría (como lo hicieron gran parte de los intelectuales que venía colaborando en la Institución Libre de Enseñanza) la creación del Partido Reformista por obra de Gumersindo de Azcárate y Melquíades Álvarez (1864-1936).

En definitiva, una defensa del liberalismo político orgánico (que no todos los liberales aceptaron; un caso significativo es el de Kelsen y su crítica la sociedad orgánica y a la representación orgánica como ilusión metafísica[152]). Posada (como Giner y Azcárate) puso de manifiesto el

[148] Cfr. Giner, F.: *Principios de Derecho natural sumariamente expuestos,* Madrid, Imprenta de la Biblioteca de Educación y Recreo, s/f. (1873), pp. 232 y ss.

[149] Por lo pronto es de señalar que Giner es la persona que inspira las reformas republicanas de la enseñanza una vez proclamada la República el 11 de febrero de 1973. Véase Cacho Viú, V.: *La Institución Libre de Enseñanza. I. Orígenes y Etapa Universitaria (1860-1881),* Madrid, Ediciones Rialp, 1962, pp. 262 y ss.

[150] Véase, aunque desde distintas perspectivas reflexivas y críticas, Posada, A.: *Leopoldo Alas "Clarín",* Oviedo, Imprenta La Cruz-Publicaciones de la Universidad, 1946; Lissorgues, Y.: *El pensamiento filosófico y religioso de Leopoldo Alas Clarín,* Oviedo, Grupo Editorial Asturiano, 1996; ID.: *Leopoldo Alas, Clarín, en sus palabras (1852-1901),* Oviedo, Ediciones Nobel, 2007; Maresca, M.: *Hipótesis sobre Clarín,* Granada, Diputación Provincial de Granada, 1985.

[151] La base organicista del liberalismo krausista adquiere el punto o eje de inflexión en el Prólogo de Clarín a su traducción de la obra de Ihering, R.V.: *La lucha por el derecho,* traducción de Adolfo Posada y Prólogo de Leopoldo Alas "Clarín", Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1881, y en Posada en distintos momentos, entre ellos: Prólogo a su traducción del libro de Menger, A.: *El derecho civil y los pobres,* Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1898; Prólogo a su traducción del libro de Ihering, R.V.: "*Prehistoria de los indoeuropeos,* Librería de Victoriano Suárez, 1896; que publicaría después como ensayo, "Sobre las ideas jurídicas y el método realista de Ihering", en *BILE,* núm.20 (1896), pp. 246 a 256. Se trataba de krausistizar a Ihering desde ese punto de vista del liberalismo organicista. Puede consultarse, aparte de la obra de Gil Cremades, Monereo Pérez, J.L.: "Estudio preliminar", al *Espíritu del derecho romano,*Granada, Ed.Comares, 1998.

[152] Kelsen, H.: *Esencia y valor de la democracia,* trad. Rafael Luengo Tapia y Luís Legaz Lacambra, edición y estudio preliminar, "La democracia en el pensamiento de Kelsen", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2002., cap. V ("La representación profesional"), con una crítica severa a aquellos que postulan la representación profesional, "de tal modo que el pueblo no se articule de manera "mecánica", sino "orgánica", y la formación de la voluntad estatal no responda al azar de la mayoría, sino que todo grupo del pueblo –organizado por profesiones– tenga en ella la participación que le corresponda según el papel que desempeñe en el conjunto nacional" (*Ibid.*, p. 57). También la crítica de Leibholz, G.: *La rappresentazione nella democracia,* Milán, Giuffrè, 1989, cap. VIII ("Representación y representación corporativa de los intereses), pp. 265 y ss. El ataque tenía ante todo por centro de interés no sólo las propuestas de sustitución de los mecanismos de representación parlamentaria por la representación corporativa, sino también la propuesta de instauración de un sistema de doble cámara, una representación política y otra de representación de intereses específicos. Sobre los distintos sistemas de representación de intereses y sus

agotamiento del liberalismo abstracto e individualista[153]. La solución corporativa permitiría ampliar las bases del consenso y los resortes de la integración social, y con ello contribuirían a la preservación del orden existente[154]. Por el contrario afirman un liberalismo orgánico basado en un organicismo ético y jurídico[155]. Es, pues, el organicismo de Adolfo Posada de estricta *genealogía liberal-social*[156], en cuyo marco –como afirmara Giner en su libro *La persona social*[157]– la sociedad no es un simple agregado de individuos, sino un organismo social. Es un liberalismo social que tenía una cierta base organicista (de carácter ético-espiritualista y no biológico), como era el caso de muchos liberales que asistieron críticamente al declive, al fracaso, del liberalismo individualista como modelo de organización pacífica de la sociedad de mercado; fue el caso de Posada –y su liberalismo superorgánico o superlibealismo–[158] y de Hobhouse (1864-1929), que defendieron un liberalismo social orgánico en el marco de una concepción organicista del la sociedad y del Estado. Dentro del liberalismo inglés Hobhouse refleja la transición desde el liberalismo individualista al liberalismo social, un nuevo liberalismo socializante que realza el principio de igualdad de oportunidades y no

cristalizaciones, puede consultarse Esteban, J.De.: "La representación de intereses y su institucionalización: los diferentes modelos existentes", en *Revista de Estudios Políticos,* núm.155 (1966).

[153] Giner puso de relieve el agotamiento del liberalismo abstracto y el descrédito del doctrinarismo. Cfr. Giner, F.: "Política antigua y política nueva", en *Estudios jurídico y políticos,* en *Obras completas de Francisco Giner de los Ríos,* t. V, Madrid, Espasa-Calpe, 1921, p.69, con apoyo en la obra de Ahrens, *Doctrina orgánica del Estado,* Parte especial, capítulo I. Realza también la condición del "Estado como el orden del derecho mismo en la vida, o en otros términos: como la persona misma, individual o social, en tanto que cumple el derecho como fin esencial de su actividad, entre otros" (*Ibid.*, p. 175). Todo ello desde una perspectiva organicista: "Pero la sociedad toda –afirma–, no sólo el Estado, es también un organismo, cuyas funciones se condicionan y necesitan recíprocamente, trascendiendo a cada una de ellas el bien y el mal, el progreso y el retroceso, la energía y la postración de las restantes"(*Ibid.*, p. 176). Entiende, pues, que "la sociedad es, no ya un ser, sino una verdadera persona" (*Ibid.*, p. 181). Giner contraponía la vieja política del "doctrinarismo individualista", con la política nueva, que remite a una organización de la sociedad entendida como un organismo vivo. Ello suponía una crítica al liberalismo doctrinario, desde un republicanismo moderado como el mantenido por su amigo Salmerón (y cada vez más dedicado a la actividad política directa), aunque consideró más útil, y adecuado a sus cualidades personales, el dedicarse a la educación de la juventud como base de un verdadero proceso de reforma social y política (véase su ensayo *La juventud y el movimiento social*). *Vid.* Giner de los Ríos, F.: *Estudios jurídicos y políticos,* en *Obras Completas,* t. V. , cit., p. 85. Véase Monereo Pérez, J.L.: "El republicanismo español: los supuestos básicos del pensamiento político y social de Nicolás Salmerón", Estudio Preliminar a Salmerón Y Alonso, N.: *Trabajos filosóficos, políticos y discursos parlamentarios,* Granada, Ed. Comares, 2007.

[154] Véase Maier,Ch.S.: *La refundación de la Europa burguesa,* Madrid, MTSS, 1988. También Cabrera, M., Juliá, S., y Martín Aceña, P.: *Europa en crisis 1919-1939,* Madrid, 1991. La solución corporativa está presente en todo el primer tercio del siglo veinte y es mantenida desde posiciones favorables tanto a un corporativismo democrático como al corporativismo autoritario (que en nuestro país cristalizaría en la Dictadura de Primo de Rivera). Para Monoïlesco el siglo XX estaría llamado a ser el "siglo del corporativismo", lo que refleja la visión que se tenía del fenómeno corporativista en el periodo de entreguerras. Véase Manoilesco: *Le siécle du corporatisme (Doctrine du corporatisme intégral et pur),* París, 1936. Para Manoïlesco el corporativismo y la inserción de las organizaciones de intereses en el sistema político institucional se sustenta en una "concepción orgánica de la sociedad". Véase el completo estudio de Fernández Riquelme, S.: *Corporativismo y política social en el siglo XX. Un ensayo sobre Mijail Manoilescu,* Murcia, Ediciones Isabor, 2005. Sobre la emergencia del corporativismo y de las representaciones de intereses en el sistema político puede consultarse Parrot, J.Ph.: *La représentation des intérêts dans le mouvement des idées politiques,* París, PUF-Les Éditions G. Grès et Cie, 1974.

[155] Se ha subrayado la concepción ético-organicista de Ahrens. Siguiendo a Krause, contrapone el organicismo moral y libre, de esencia espiritual, al organicismo biológico, sometido a leyes fatales. Cfr. Gurvitch, G.: *La idea del Derecho social* (1932), trad. y Estudio Preliminar, "La 'Idea del Derecho Social", en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch", de J.L. Monereo Pérez y A. Álvarez Montero, Granada, Ed. Comares, 2005, p.550. Realza también la concepción organicista del krausismo (*Ibid.*, pp. 549 y ss.).

[156] Posada, A.: *Hacia un nuevo Derecho Político,* Madrid, 1931, p.113. Ver ampliamente Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, MTAS, 2003, y Fernández De La Peña, L.F.: "Adolfo Posada y el liberalismo español", en *Arbor,* núm.361, Madrid, enero, 1976.

[157] Giner de los Ríos, F.: *La persona social,* Madrid, Librería General de Victoriano Suárez,1899, p.195.

[158] Sus "Memorias" ponen de relieve la inequívoca adscripción liberal democrática, pero sobre todo lo pone de manifiesto su biografía. Cfr. Posada, A.: *Fragmentos de mis memorias,* Oviedo, Universidad de Oviedo, 1983.

sólo la igualdad de condiciones. Hobhouse considera necesario ir más allá del principio de justicia legal para atender, ante todo, al principio de justicia social. Mantenía una visión organicista del Estado en el cuadro de una teoría evolucionista influenciada por H. Spencer, por el positivismo de Comte y básicamente por la filosofía social de Stuart Mill y de T.H.Green. La sociedad organizada es más que los individuos que la componen. El Estado es la expresión organizada de la sociedad; la teoría metafísica de la sociedad y del Estado es rechazable. El Estado no absorbe al individuo, pero debe garantizar activamente el bienestar de la sociedad: ha de realizar una política de reforma social[159]. Para él la verdadera teoría orgánica afirma que el conjunto social es lo que se ha constituido por la cooperación de las partes, ni más ni menos, ni más real ni menos real, ni de valor superior o inferior[160]. En la concepción democrática o humanitaria el Estado es un medio, mientras que en la concepción metafísica un fin en sí. En la concepción democrática es el servicio de la Humanidad, en el doble sentido de que se le deba juzgar por lo que hace a favor de las vidas de sus miembros y por el papel que desempeña en la sociedad de la especie humana. En la concepción metafísica es él mismo el único guardián del valor moral. La concepción democrática se opone al autoritarismo[161]. La proximidad de este modo de pensar del liberalismo social inglés con el liberalismo social del organicismo krausista es patente. Ambas formas de liberalismo social habían bebido *críticamente* del pensamiento evolucionista-organicista de Spencer[162] y del pensamiento de John Stuart Mill[163].

El liberalismo orgánico krausista será un soporte para defender un doble principio: el principio de intervención estatal en las cuestiones socio-económicas y el principio de autonomía social de los grupos y organizaciones sociales. En todo caso, aunque no se puede hablar de antiestatalismo (pues la crítica se dirigía ante todo al Estado liberal individualista y al Estado de la Restauración), presidía en el liberalismo orgánico krausista la defensa de un intervencionismo estatal pero con vocación de subsidiariedad respecto a la acción autorreguladora de asociaciones y otros organismos sociales intermedios. Hay que tener en cuenta aquí los presupuestos de partida de una especie de republicanismo cívico que subyacía ese liberalismo orgánico. Liberalismo social orgánico. La idea de una república orgánica estaba presente en los krausistas especialmente en Salmerón[164]. Giner de los Ríos sí se había adscrito al Republicanismo moderado, y había defendido (fue su única actuación política pública directa) la candidatura de Salmerón a la I República. Pero Giner fue en realidad un miembro discrepante de la generación revolucionaria, centrando su quehacer en ámbito de la enseñanza, especialmente a través de la Institución Libre de Enseñanza que pretendió ser una Universidad libre (1876), con la aplicación de las ideas educativas krausofroebelianas. Su origen estuvo en una coyuntura política presidida por políticas gubernamentales autoritarias, limitativas de la libertad de enseñanza[165]. Aunque su actividad docente abarcase tanto la Universidad como la enseñanza primera y secundaría y, al tiempo, los cursos universitarios fracasarían por insuficiencia

[159] Véase Hobhouse, Lt.: *Teoría metafísica del Estado,* trad., introducción y notas de D. Negro Pavón, Madrid, Aguilar, 1981, a la que opone la concepción orgánica del Estado desde el enfoque de un liberalismo social orgánico.

[160] Hobhouse, Lt.: *Teoría metafísica del Estado,* cit., p.154. Pero esa realidad de los conjuntos sociales no es de carácter orgánico; en esencia forman unidades mentales. Una sociedad es orgánica como conjunto constituido por la interconexión de las partes. Hobhouse opone a la concepción positivista mecanicista una visión organicista de origen comteano (*Ibid.*, pp. .154 a 159).

[161] Hobhouse, Lt.: *Teoría metafísica del Estado,* cit., p.165.

[162] Véase Spencer, H.: *El organismo social,* trad. de Miguel de Unamuno, 9ª ed., Madrid, La España Moderna,s/f. La sociedad es un organismo sujeto a evolución orgánica (*Ibid.*, pp. 63 y ss.). Véase también Posada, A.: *Tratado de derecho político,* Estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares, 2002.

[163] Véase Mill, J.S.: *Principios de economía política con algunas de sus aplicaciones a la filosofía social,* edición e introducción de Sir W.J. Ashley, México, FCE, 1996.

[164] Véase Salmeron, N.: *Trabajos filosóficos, políticos y discursos parlamentarios,* edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007.

[165] Véase Cacho Viú: *La Institución Libre de Enseñanza,* cit., p. 247, con base al ensayo de Giner, F.: "La juventud y el movimiento social" (1870), en *Obras completas,* t. VII, pp. 101 a 126.

de medios económicos. Su visión de la filosofía del Derecho[166] y de la función de la pedagogía pone de relieve su orientación político-ideológica de carácter republicano y laico. Es el suyo también un republicanismo social. Su concepción orgánica del Derecho y del Estado refleja la asunción de un liberalismo social de carácter orgánico. Para él el Derecho mantiene una conexión necesaria con la ética, la cual se corresponde con una tendencia orgánica, por contraposición a la corriente formalista que entiende el Derecho esencialmente caracterizado por la mera coacción social. Para él el espíritu ético es la esencia del Derecho[167]. La Política, la Ciencia del Estado, es una rama sustantiva, pero subordinada, de la ciencia general del Derecho[168]. Atendiendo al sentido orgánico de la política y del Estado afirma que el fin del Estado, su razón de ser, es la realización del principio de la justicia: es el *"órgano social de la justicia"*[169].

El Estado como elemento central del organismo social[170]. Esto les separa de los "socialistas de cátedra" (más estatalistas, como Gustav Schmoller; Adolf Wagner, Lujo Brentano, Schäffle[171]; todos ellos defensores de un llamado "socialismo de Estado" e influenciados en cierta medida por la filosofía social del krause) con los cuales coincidían en numerosas cuestiones (crítica al liberalismo individualista; intervención moderada del Estado, organicismo social, etc.), y les aproxima más a los "solidaristas" franceses (partidarios del intervencionismo público pero también de la intervención activa de los cuerpos sociales intermedios). Esto les llevó a impulsar la creación de la Comisión de Reformas Sociales y, después, el Instituto de Reformas Sociales. La deriva hacia el krausopositivismo[172] (Sales y Ferré, Dorado Montero y Adolfo Posada, y su afirmación, próxima al positivismo sociológico, de la facticidad de lo jurídico como conjunto de hechos dotados de realidad social)[173] y hacia el institucionalismo socialista (el socialismo democrático Julián Besteiro, Fernando de los Ríos) no les alejaría del presupuesto organicista de partida ("organicismo social") y de la defensa de un reformismo social y político comprometido con la democracia y los derechos fundamentales de la persona. El compromiso del Krausismo con los derechos de la persona es originario y constitutivo desde el propio Krause[174].

El organicismo social afirma la existencia de un cierto orden orgánico preexistente a toda representación política, agregados sociales donde el individuo no tiene que perder su propia individualidad, su propia personalidad, sino que también, adicionalmente, se encuentra inmerso y

[166] Para Giner en la Filosofía del Derecho "encontramos la razón de las instituciones jurídica, las cuales así dejan de aparecernos como meras creaciones arbitrarias. Ella nos da el criterio, a cuya luz nos es dado juzgar el orden actual, discerniendo lo que hay en él de justo e injusto, y reconociendo, al par que sus actuales limitaciones, *el camino de sus posibles mejoramientos".* Cfr. Giner, F.: en *Obras completas,* t. XIII, cit., pp. 20-21. No puede ser otra cosa porque el mismo Derecho es un orden para la vida y "el organismo de las condiciones que, dependiendo de la actividad libre de cada ser racional, son menester para el fin esencial de todos". Cfr. Giner, F.: *Obras completas,* t. XIII, cit., p. 43 y p.168; y t. I, cit., pp. 19-20.

[167] Giner, F.: *Obras completas,* t. V, cit., p. 163. Sobre el pensamiento iusfilosófico de Giner, véase Villalobos, J.: *El pensamiento filosófico de Giner,* Sevilla, Anales de la Universidad Hispalense, núm.2, 1969.

[168] Giner, F.: *Obras completas,* t. V, cit., p.186.

[169] Giner, F.: *Obras completas,* t. IX, cit., p.33.

[170] Posada, A.: *Principios de sociología,* 2ª edición en 2 vols., Madrid, Daniel Jorro,1929, pp. 222 a 231 ("Filosofía y sociología en la obra de Giner").

[171] Véase Schäffle, A.E.: *La quinta esencia del socialismo,* trad y notas de Adolfo Buylla y Adolfo Posada, Madrid, Gutenberg, 1885.

[172] Respecto al avance de la mentalidad positivista en España y su acogimiento-penetración en los intelectuales krausistas (krausoinstitucionismo) es muy expresiva la exposición de síntesis de Abellán, J.L.: *La crisis contemporánea (1875-1936),* en *Historia crítica del pensamiento español,* t. V (I), Madrid, Espasa-Calpe, 1989, pp. 74 y ss.; y pp. 108 y ss. Un estudio más detenido, Nuñez Ruiz, D.: *La mentalidad positiva en España: desarrollo y crisis,* Madrid, Túcar Ediciones, 1975.

[173] Recuérdese que la expresión "krauso-positivismo" fue por primera vez utilizada por Posada, A.: "Los fundamentos psicológicos de la educación, según el señor González Serrano", en *BILE,* núms. 358, 15 de enero de 1892, p. 4.

[174] Ureña, E.M.: *Krause, educador de la humanidad. Una biografía,* Madrid, Unión Editorial-Publicaciones Universidad Pontificia Comillas, 1991.

partícipe en el interés común del grupo o estructura colectiva[175], y puede encontrarse representado en calidad de miembro del cuerpo social de pertenencia. El individuo es parte, miembro, de los cuerpos intermedios que existen en la sociedad. El organicismo refiere a la tendencia a concebir la sociedad como instrumentalmente análoga a un organismo de base natural. De este modo la sociedad aparece dotada de una vida orgánica que se articula en partes diferenciadas. El organicismo corporativista retiene la relevancia del fenómeno asociativo, que es capaz de aglutinar intereses económicos o profesionales percibidos como comunes los sujetos que se agrupan. Una de las expresiones del organicismo social, que no fue en absoluto ajena al pensamiento krausista, es la de vinculación con el corporativismo, el tradicional y las nuevas formas de expresión (señaladamente, lo que se ha dado en llamar actualmente "neocorporativismo" democrático[176]). El krausismo político-social evolucionado

[175] Algunos autores contemporáneos como Carl Schmitt hablarían de un "Nomos", en el marco de su deriva hacia el institucionalismo político y jurídico. Véase Schmitt, C.: *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del "Ius publicum europaeum",* Edición y Estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2002; *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica,* Estudio preliminar de Montserrat Herrero, 1996.

[176] Como ha sido advertido, la doctrina sigue "manteniendo desacuerdos sustanciales sobre el corporativismo, desacuerdos que aparecen igualmente en la considerable literatura que se ha producido sobre este tema en la pasada década. Pizzorno y Schmitter, por ejemplo, desarrollan teorías sobre el corporativismo muy diferentes de las de Offe. Consideran que los orígenes del corporativismo en los países demoliberales se derivan de los cambios registrados en la sociedad o de transformaciones internas del sistema de representación (corporativismo desde abajo). Así, Schmitter se refiere al "corporativismo social" como una realidad "surgida en gran medida pero no exclusivamente como resultado de demandas interasociativas y procesos intraorganizativos; desde bajo, por decirlo así, más que de un esfuerzo consciente por parte de los que ocupen el poder para configurar el tipo de sistema de mediación entre los intereses, ver cap. X del libro). Por el contrario, Offe sostiene que la iniciativa y los incentivos para el establecimiento del corporativismo se localizan en el propio Estado. Pero Schmitter y Pizzorno admiten también la importancia del reconocimiento legal y de la delegación de funciones públicas a los grupos de interés y señalan la importancia del Estado en la promoción de este *tipo de sistema representativo,* si bien no le atribuyen el papel más importante. Cfr. Berger, S.: "Introducción" a la obra Berger, S. (Coord.).: *La organización de los grupos de interés en Europa occidental,* Madrid, MTSS, 1988, pp. 31-32. Debe advertirse, no obstante, que la realidad política del corporativismo democrático es más compleja, porque remite a un proceso que se sitúa en dos planos distintos pero interdependientes: las fuerzas del orden vertical (corporativismo estatal o corporativismo desde arriba; corporativismo de Estado) y las fuerzas del orden horizontal (corporativismo social o corporativismo desde abajo). Obedecen a impulsos de exigencias de vertebración e influencia social en la formación de las políticas públicas, pero obedecen también a iniciativas de los poderes públicos (nacionales y comunitarios) para propiciar los procesos de integración en las sociedades complejas del capitalismo avanzado. Este tipo de sociedades requieren cada vez más, como *exigencia de gobernabilidad,* de una simplificación del pluralismo político realmente existente a través de la institucionalización corporativa de los intereses. El corporativismo democrático está actuando funcionalmente como un sistema de representación compatible con y corrector –al mismo tiempo- del pluralismo político. Su racionalidad política específica reside en articular un sistema de representación de los intereses y los modos de resolución de los conflictos basada en la intervención directa de las organizaciones de intereses en la elaboración de las políticas públicas. Para ello se inviste a los intereses organizados del capital y del trabajo (y de otros grupos) con la autoridad de adoptar decisiones que son inequívocamente públicas. Véase, al respecto, Monereo Pérez, J.L.: *Concertación y diálogo social,* Valladolid, Lex Nova, 1999. En este orden de ideas se ha advertido que el término "corporativismo" "ha sido utilizado como un *concepto analítico* para describir los cambios globales que se han producido en la estructura política de las sociedades capitalistas avanzadas. El "corporativismo" es un concepto que no describe una situación sino un "eje" de desarrollo. En otras palabras, lo sistemas políticos pueden ser más o menos corporativistas, estar más o menos avanzados en el proceso de corporativización, según la medida en que se atribuya un estatutos público a los grupos de interés organizados. Puede decirse que ese proceso se halla relativamente avanzado cuando son muchos los grupos de interés que gozan de un estatus públicamente atribuido en todas o en la mayoría de las dimensiones más relevantes del ámbito abierto a la institucionalización, y que, por el contrario se encuentra relativamente subdesarrollado cuando son muy pocos, o ninguno, de los grupos que están definidos institucionalmente, y en sólo escasos campos". Cfr. Offe, Cl.: "La atribución de un estatutos público a los grupos de interés", en Berger, S. (Coord.).: *La organización de los grupos de interés en Europa occidental,* Madrid, MTSS, 1988, pp. 171-172. Como observa Schmitter "la distinción entre un corporativismo que viene predominantemente de abajo (social) y el que se impone desde arriba (Estado) fue ya establecida en el periodo de entreguerras (por Manoilesco). Cfr. Manoilesco, *Le Siècle du corporativisme,* ed. rev., (París, Félix Alcan, 1934; 2ª edición en 1936) y Jean Malherbe, *Le Corporativisme d'Association en Suisse* (Lausana, Jordan fils, 1940). Más recientemente, Gerhard Lehmbruch ha defendido el término "corporativismo liberal", en sustitución de

había considerado insuficiente –aunque necesaria– la representación política inorgánica a través del sistema de partidos[177]. La defensa del dualismo de la representación política (general y de intereses sectoriales) se realizaba desde la afirmación del carácter pluralista de la sociedad y de la consideración de que la persona presenta una multiplicidad de formas de expresión en el tejido social[178]. Esta representación orgánica se articularía como una representación mediatizada a través de un cuerpo social intermedio (corporación, gremio, sindicato, etcétera); esto es, como representación funcional de intereses encauzada mediante cuerpos sociales intermedios. De este modo, para el krausismo político el sistema de partidos no debería conducir al monopolio de la intermediación política anulando completamente la mediación política ejercida por otros cuerpos sociales intermedios. En la democracia liberal, la representación política constituye una ficción necesaria que permite hacer presente a todo el cuerpo electoral (el cual no puede ejercer el gobierno a través de la democracia directa sino mediante democracia representativa)[179]. El corporativismo de base organicista (que postula la organización de la colectividad sobre la base de asociaciones u organizaciones representativas de los intereses y de las actividades profesionales; corporaciones que institucionalizan la solidaridad orgánica de los intereses específicos) históricamente ha podido adquirir formas decididamente autoritarias (de ahí un cierto corporativismo de corte fascista, caracterizado por el dirigismo autoritario y su monismo en contraposición al pluralismo del corporativismo democrático, el cual tiende a difundir el poder)[180] o presentar una forma democrática (de ahí ciertas formas de democracia

"corporativismo social" para acentuar el carácter voluntario de estos nuevos dispositivos y la presencia simultánea de un sistema partidista abierto y competitivo en el que tienen cabida los problemas no resueltos por la política concertada". Cfr. Schmitter, Ph.C.: "La mediación entre los intereses y la gobernabilidad de los regímenes", en Berger, S. (Coord.).: *La organización de los grupos de interés en Europa occidental,* Madrid, MTSS, 1988, p.362-363.

[177] Véase Dahl, R.A.: *La democracia y sus críticos,* Barcelona, Ediciones Paidós, 1992; Sartori, G.: *¿Qué es la democracia?,* Madrid, Taurus, 2003.

[178] Véase al respecto Durkheim, E.: *Lecciones de sociología, física de las costumbres y del Derecho,* trad. Estela Canto, Estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares, 2006; Monereo Pérez, J.L.: "La filosofía social y jurídica de Durkheim: trabajo, solidaridad y cuestión social", en *REDT. Civitas,* núm.131 (2006), pp. 587 y ss.

[179] Véase Pitkin, H.F.: *El concepto de representación,* Madrid, CEC, 1985. Para el corporativismo autoritario, véase Monereo Pérez, J.L.: "El fascismo y la crisis política de Europa", Estudio Preliminar a Heller, H.: *Europa y el fascismo,* Granada, Ed.Comares, 2006.

[180] Incluso se ha podido observar que en la práctica el corporativismo es una política y una técnica. Es una filosofía de acción política que bajo el pretexto de establecer un orden social nuevo permite la instauración de un Estado autoritario o de un Estado totalitario. Es asimismo una técnica de organización de las profesiones y de reglamentación económica. El contenido del corporativismo varía según las épocas y los hombres. Por otra parte, la originalidad y especificidad de la idea corporativista de representación profesional de intereses, radica en el hecho de que tiende a asegurar la representación de las corporaciones profesionales y de los grupos sociales. En esta hipótesis la cualificación corporativa se aplica a instituciones de derecho público a las que se confieren tareas económicas, administrativas, jurisdiccionales y políticas. La corporación es pues concebida en un sentido estricto y jurídico. Ahora bien, se pueden apreciar dos tipos históricos de corporativismo, a saber: el corporativismo de Estado y el corporativismo de asociación, siendo de señalar que la historia muestra que hay un deslizamiento del corporativismo de asociación al corporativismo de Estado. Y apunta que, en su opinión, la lógica y la experiencia nos hace ver que sólo un Estado fuerte puede implantar un verdadero régimen corporativo. Cfr. Parrot, J.Ph.: *La représentation des intérêts dans le mouvement des idées politiques,* París, PUF-Les Éditions G. Grès et Cie, 1974, pp. 34 a 37. La deriva autoritaria hacia un Estado fuerte, de corte fascista, se refleja en Mihail Manoilesco. Véase Manoilesco, M.: *El partido único. Institución política de los nuevos regímenes,* Prólogo de Raimundo Fernandez Cuesta y traducción de Luís Jordana de Pozas, Zaragoza, Biblioteca de Estudios Sociales, 1938; *Le siècle du corporativisme,* París, 1934; Vallauri, C.: *La radici del corporativismo,* Roma, Bulzoni, cop., 1971; Ornaghi, L.: *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema político contemporáneo,* Milano, Giuffre Editore, 1984; Panunzio, S.: *Teoria generale dello Stato fascista,*Padova, Cedam, 1939; Olivier-Martin, F.: *L´organisation corporative de la France d´ancien régime,* París, Libraire du Recueil Sirey, 1938. El corporativismo dirigista y autoritario encontró un desarrollo típico en la época fascista, con la pretensión de constituir la solución organizativamente eficiente y políticamente adecuada para integrar unitariamente (monista) la cuestión social, el conflicto entre capital y trabajo. Las corporaciones se conciben como órganos vinculados al Estado, que incorpora así –publificándolos– a los grupos económico-sociales, al servicio preferente de los fines estatales. En el corporativismo autoritario se trataba de estructurar una representación política "integral", eliminando el momento electivo

orgánica y pluralista). El krausismo político-social parece situarse entre las direcciones democrática, no autoritarias, del corporativismo. Es una versión no autoritaria o totalitaria del organicismo social y del corporativismo de inspiración krausista (desde su formulación originaria en Krause y en sus discípulos, especialmente Ahrens[181]). Pero también se refleja en las direcciones democráticas del krausismo español, con figuras tan representativas como Julián Sanz del Río, Francisco Giner de los Ríos, Nicolás Salmerón Alonso y Eduardo Pérez Pujol. En el caso particular de Giner cabe decir que estructura su pensamiento social con inspiración directa en el organicismo de Ahrens. Es el de Giner un *organicismo personalista,* siendo así que las distintas unidades sociales que coexisten dentro de la sociedad tienen su propia fisonomía e identidad. Esas diversas unidades sociales deberían tener también representación específica en el Estado. De ahí su defensa –como lo hiciera Pérez Pujol– de un tipo pluralista de representación corporativa, que contrarrestaría la representación inorgánica postulada por el liberalismo individualista[182]. Cada corporación, cada cuerpo intermedio, todas las sociedades especiales, deben ser autónoma, esto es, tener una vida propia, sin intromisión del Estado; han de tener un espacio propio de soberanía para la persecución de sus fines e intereses. Los cuerpos o sociedades intermedias tienen una base natural, orgánico-social, no son reflejo de un simple acuerdo artificial y atomístico; ni tampoco el resultado (como la misma sociedad estatal) de un contrato social. De ahí su oposición a la teoría contractualista de Rousseau.

En su crítica al liberalismo individualista "clásico" defenderá una suerte de liberalismo orgánico-social que afirma ante todo el carácter social del hombre: su cualidad y su condición de persona social. En contraposición a algunas lectoras sesgadas de su pensamiento socio-jurídico, Giner no contrapuso sin más organicismo social y liberalismo, sino organicismo social y un tipo específico de liberalismo, a saber: el liberalismo individualista, que él encontraba abstracto y atomístico, porque ignoraba el ser social multidimensional del hombre en su vida en sociedad. Su *sociedad orgánica*[183] conduce a defender una democracia orgánica que no se opone al ideario del liberalismo social, con la defensa de los cuerpos intermedios y la intervención limitada del Estado para afrontar la cuestión social de su tiempo. Hobhouse –una de las personalidades claves y determinantes del lento caminar del liberalismo individualista al liberalismo social- había construido precisamente su liberalismo social sobre la base de una teoría organicista de la sociedad y del Estado. Ambos, Giner[184] y Hobhouse, ven

sustituyéndolo por la representación institucional de intereses organizados. Se inscribe en todo un proceso de *"totalización"* del régimen estatal autoritario (vale decir, todo para el Estado y dentro de la dinámica de funcionamiento estatal).

[181] La dirección organicista y corporativista quedó perfectamente perfilada en la obra de Ahrens, H.: *Curso completo de derecho natural o filosofía del derecho con arreglo al estado actual de esta ciencia en Alemania,* trad.de la 5ª ed., francesa de 1859 por Manuel María Flamant, Madrid, Imprenta de Bailly-Bailliere, 1864, oportunamente traducida en nuestro país.

[182] No se olvide la influencia krausista de la idea de representación corporativa en la Constitución de 1876. Lo relata Giner de los Ríos: "después de salir a la luz la primera edición de esta obra, preparóse la Constitución vigente (la Constitución de 1876) y como el entonces subsecretario de Gracia y Justicia, D. Víctor Aznar, catedrático de Derecho de la Central, consultase a D. Francisco Giner sobre la estructura del Senado, éste hizo ver la necesidad de que estuviesen representados en él los grupos que se proponen realizar los diversos fines sociales. Y acogida por Cánovas esta idea que le expusiera el Sr. Arnau, publicóse nuestra Constitución, síntesis doctrinaria en la que de un modo incipiente y fragmentario se hallaba reconocida por lo que al Senado respecta aquella novedad constitucional". Cfr. De los Ríos, F.: "Prólogo" a Giner de los Ríos, F.: *Estudios jurídicos y políticos,* en *Obras completas,* t. V, Madrid, Espasa-Calpe, 1921, pp. VII-VIII.

[183] Sobre la "sociedad corporativa", véase Vallauri, C.: *La radici del corporativismo,* Roma, 1970. También, Maraffi, M. (ed.).: *La società neo-corporativa. Introduzione,* Bolonia, Il Mulino, 1981; Giner, S. y Pérez Yruela, M.: *La sociedad corporativa,* Madrid, CIS, 1979; Pérez Yruela, M. y Giner, S. (eds.).: *El corporatismo en España,* Barcelona, Ed.Ariel, 1988.

[184] Conviene puntualizar que aunque Giner había expresado muchas reticencias a la democracia formal (y a la idea de sufragio universal) atendiendo a las condiciones históricas de su tiempo (ignorancia y adulteración del sistema democrático por el régimen caciquil de la Restauración, ante todo), no puede entenderse que Giner mantuviese una concepción simplista del tipo "liberalismo, más no democracia", como modo harto discutible –y no exento de paradoja– afirmó y argumentó Fernando de los Ríos, pues, en efecto, para él, en Giner se contraponía "liberalismo"

en el Estado su condición de ser una persona social, la suprema y responsable último de la cohesión social.

Giner de los Ríos defenderá la constitución de dos cámaras de representación: una designada por sufragio universal y otra de carácter corporativo, designada por los cuerpos y corporaciones intermedias[185]. La defensa de la instauración de dos cámaras de representación había sido reiterada desde las distintas direcciones del organicismo social[186] (incluido el krausismo), pero también desde otras direcciones de pensamiento reformista (solidarismo de Duguit; socialismo fabiano; socialismo democrático, etc.). Su crítica a la democracia de partidos sólo se puede comprender atendiendo a la experiencia *desestructuradora del tejido social* operada por la puesta en práctica del liberalismo individualista en general, y, muy especialmente, tomando en consideración la desvirtuación de los principios democráticos llevada a cabo durante el período de la Restauración, con el dominio de una oligarquía caciquil (reténgase la denuncia de Costa y su encuesta…)[187]. Señala Posada que la idea krausiana de la *sociedad orgánica* que ha marcado su huella en la Constitución de 1876 –estructura

y "democracia", anotando que "Sin embargo, induciría a error el que se generalizase una de las afirmaciones que acabamos de hacer, pues nada más contrario a la concepción del maestro que la aplicación del punto de vista democrático a la totalidad de la vida política (sic.)". Es así que "lo que se llama hoy democracia es a sus ojos la organización reflexiva de un instrumento de gobierno: el cuero electoral, el ceso para el jurado, etc., y, a fuer de órganos, no pueden abarcar jamás al pueblo en su unidad, ni hay por qué apetecerlo, porque existen funciones de la vida del Estado estrictamente técnicas que sólo los técnicos pueden y deben desempeñar. Cuando liberalismo y democracia se unían en la ciencia, de tal modo que parecía indisoluble la suerte de ambos principios en la historia, fue la voz del maestro español una de las contadísimas que resonaron en el mundo, haciendo ver que esa conjunción era improcedente, y que lo que se llamaba democracia, no era un modo de hacer participar al pueblo en la vida de Gobierno, sino a un grupo, mayor o menor, y que no el pueblo, ni el hombre culto, sino sólo el técnico, el científico, era el llamado , en ocasiones, a elaborar la fórmula necesaria. He ahí el punto de partida contra el criterio de las actuales democracias, criterio consistente en la apelación a las mayorías (sic.). El principio mayoritario tiene en ocasiones, sin duda, su justificación, pero carece de sentido cuando a quién corresponde decidir es la ciencia, cuando su función le toca ser suprema, cuando de ella procede la autoridad de los acuerdos. Hay actualmente una protesta honda en los espíritus anhelantes y objetivos de nuestro tiempo contra la democracia parlamentaria, por ser un régimen de incompetencia; y tan intachablemente liberal es la protesta aludida, que ha nacido en los medios anarquistas y es lo que caracteriza al sindicalismo actual. Planteado dentro del sindicato particular mismo, llegan a decir representantes de la más extrema izquierda (por ejemplo, Pouget), que es a la minoría capacitada a quien compete el poder decisorio. Dos observaciones haría a esta doctrina don Francisco Giner: una, que es imposible construir un cuerpo social sin atender más que a las funciones profesionales; otra, que la dirección jurídica disciplinaria, que es algo que propenden los sindicalistas, ha de ser obra de convencimiento, de educación". Ahora bien, señala Fernando de los Ríos, "Más el sindicalismo lleva consigo afirmaciones, que el maestro compartía en alma y vida: 1ª. , todo hombre ha de tener una profesión, un trabajo. 2ª., las funciones de gobierno –bien entendido, las intencionales, reflexivas, o, como decía don Francisco Giner, artísticas –necesitan de una preparación cultural adecuada; de aquí que fuese enemigo del jurado, por ejemplo, y que fuese para él una esperanza el que llegase a realizarse en Portugal lo que algunos elementos intentaron en las últimas cortes constituyentes: sustraer algunos ministerios a la acción política (¿?) y convertirlos en técnicos y permanentes". Entiende Fernando de los Ríos que "la idea capital de don Francisco Giner en torno a este problema hay que buscarla en su doctrina de los fines especiales de la vida, fines cuya realización exigen sociedades asimismo especiales, aptas para el cumplimiento de tales fines". Cfr. Giner de los Ríos Urruti, F.: *La filosofía del Derecho en Don Francisco Giner y su relación con el pensamiento contemporáneo,* Madrid, Imp. Clásica Española-Biblioteca Corona, 1916, pp. 212 a 214. Este modo de pensar cristalizaría, a su vez, en la propuesta de Fernando de los Ríos de tecnificar la política institucional con los llamados consejos técnicos. Me he ocupado de ello en mi ponencia "El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos y de su generación", en Cámara Villar, G. (Dir.).: *Fernando de los Ríos y su Tiempo,* Congreso celebrado en Granada, 12-16 de abril de 1999, Granada, Universidad de Granada, 2000.

185 Cfr. Giner de los Ríos, F.: "Un nuevo libro de Schäffle", en *Obras completas,* vol. IX, pp. 101-102., cit., por F. Mora,164.

186 En las corrientes organicistas, Reus Y Bahamonde, E.: *Teoría orgánica del Estado,* Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1880, cap.II, pp. .257 y ss. Entiende que en toda sociedad hay dos clases de intereses, que merecen o deben merecer al legislado el más profundo respecto: unos generales, y otros particulares.

187 Véase Costa, J.: *Oligarquía y Caciquismo como la forma actual de Gobierno en España: Urgencia y modo de cambiarla.* Vol. I., *Memoria y Resumen de la Información,* Información en el Ateneo de Madrid (1901)*,* Estudio introductoria de Afonso Orti, Vol. II., *Informes o testimonios,* Madrid, Ediciones de la Revista de Trabajo, 1975.

del Senado– viene directamente de los *Principios*" de Giner[188]. Pero esa institucionalización débil de la representación orgánica no estaría llamada a contraponerse a la representación inorgánica. Es la posición del "liberalismo organicista" que permitiría completar los límites de la democracia liberal clásica.

Estas personalidades encarnaban el ala republicana de izquierdas del krausismo en nuestro país. La última gran generación del krausismo democrático en España mantendrá esa constante organicista y corporativista: Adolfo Posada, Julián Besteiro, Fernando de los Ríos y Salvador de Madariaga. Todos ellos defendieron tempranamente (Giner desde 1917) la idea de una "democrática orgánica"[189]. Defendieron, con reiteración y distintas fases de su vida, la implantación de un sistema de

[188] Cfr. Posada, A.: Prólogo "Este libro del maestro", en *Obras completas de Giner,* Vol.I, 1916, p. IX; De los Ríos Urruti, F.: "Prólogo " a Giner de los Ríos, F.: *Obras completas,* vol. V, Madrid, 1921, pp. VII-VIII. Schäffle había defendido también la creación de las cámaras industriales y comerciales, constituidas de forma paritaria por representantes de patronos y asalariados. Dichas cámaras debería recibir atribuciones muy amplias y muy variadas. Por un lado, deben funcionar como órganos de la Sociedad económica, independientes del Estado. Por otro, atribuye a las cámaras industriales competencias administrativas que les son delegadas por el Estado; y, junto a otras organizaciones corporativas (tales como los cuerpos científicos, pedagógicos, de artes, de la iglesia), él los llama a participar en la elección de la cámara profesional, es decir, a constituir el órgano electoral del Estado. Estas cámaras serían construidas de una forma muy ambigua, afirmándose al mismo tiempo como cuerpos independientes y como servicios públicos del Estado. Véase Gurvitch, G.: *La idea del Derecho social* (1932), trad. y Estudio Preliminar, "La 'Idea del Derecho Social", en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch", de J.L. Monereo Pérez y A. Álvarez Montero, Granada, Ed. Comares, 2005, pp. 568-569. Subraya también esa defensa de cámaras profesionales, desde el organicismo social, en R.v.Mohl, Lorenz von Stein (*Ibid.*, pp. 569 y ss.) y Otto von Gierke (*Ibid.*, pp. 591 y ss.). Gurvitch, observó que para dar a Alemania una constitción democrática, "el discípulo de Gierke, Hugo Preuss, es el único que se muestra preparado para esta tarea. Hugo Preuss, habiéndose convertido en el autor de la Constitución de Weimar, ha puesto en evidencia, a través de esta obra histórica, el *republicanismo* y el carácter democrático latente que contenía la teoría del derecho social de Gierke. A través de la Constitución de Weimar, impregnada del espíritu de Gierke, *la corriente fichte-krausista,* que hasta entonces había permanecido casi desapercibida, ha triunfado sobre la tradición de Hegel y se ha mostrado a plena luz" (*Ibid.*, pp. 623-624). La concepción abre el camino a la escuela francesa del solidarismo (*Ibid.*, pp. 625 y ss.) y a la escuela del objetivismo jurídico (Duguit, Saleilles, Hauriou (*Ibid.*, pp. 649 y ss.). Esta última, especialmente Duguit, hace resurgir las virtualidades del pluralismo jurídico desde el punto de vista de la libertad individual, y desde una dirección de carácter organicista-social acaba defendiendo también los creados de un sistema de doble cámara. Puede consultarse al respecto Monereo Pérez, J. y Calvo González, J.: "La teoría jurídica de Leon Duguit", Estudio Preliminar Duguit, L.: *Manual de Derecho Constitucional,* Granada, Ed. Comares, 2005; ID.: Estudio preliminar a Duguit, L.: *Las transformaciones del Derecho Público y Privado,* Granada, Ed. Comares, 2007.

[189] Fernando de los Ríos era esencialmente un socialista liberal que estaba muy próximo a las corrientes del socialismo fabiano y al socialismo jurídico-político (e influido por los socialistas de cátedra, aunque sus posiciones son innegablemente más inclinadas al socialismo democrático reformista). Fernando de los Ríos había defendido, desde ese enfoque la "democracia orgánica". Cfr. Ríos, F. De Los.: *La filosofía del Derecho de don Francisco Giner,* Madrid, 1916, p.43. Para Fernando de los Ríos hay que tomar en consideración no sólo al "hombre como hombre, sino el hombre como profesional el que va a servir de base al organizar el Poder. *El hombre como hombre tiene su Parlamento en los que se llaman Congresos; el hombre profesional va a tener su Parlamento de tipo profesional en los llamados Consejos económicos"*. Cfr. "Por la libertad y por la democracia", Conferencia pronunciada en Madrid (25-VI-1925), recogida en *Escritos sobre democracia y socialismo,* Madrid, Taurus, 1974, p. 275; "Reflexiones sobre una posible reforma constitucional", Conferencia pronunciada en Madrid (1-VII-1927), en *Escritos sobre democracia y socialismo,* cit., pp. 289 y 295, donde afirma que resulta "necesario el Parlamento profesional en que todo hombre encuentra su representación como profesional, envía su representación como profesional. Pero, a mi vez, tengo que recordar que el hombre es algo más que profesional, es hombre, y justamente con un Parlamento que le represente como hombre. En el uno estará representado el aspecto concreto, el hombre como sujeto productor, en el otro estará representado el aspecto genérico y universal". De los Ríos defendió una representación política a través de una doble cámara. Cfr. "Discurso inaugural del Curso 1917-18", en *Escritos sobre Democracia y Socialismo,* edición de Virgilio Zapatero, Madrid, Taurus, 1974, pp. 249-250.
Pero es evidente que no todos los defensores de la "democracia orgánica" partían de los mismos postulados (Fernando de los Ríos, lo hacia desde el socialismo liberal, con la exigencia de participación activa de los grupos sociales organizados y Posada, lo afrontaba desde el liberalismo social orgánica; pero ambos estuvieron comprometidos directa y activamente en la defensa de la *democracia representativa*). Con ello Fernando de los Ríos busca la complementariedad entre la democracia parlamentaria y la democracia funcional, que no estaría llamada a sustituir

doble canal de representación política: la cámara de representación inorgánica a través de los partidos y la cámara de representación orgánico-corporativa a través de agregados sociales intermedios. Todos los elementos sociales deberían estar representados en el Estado. Siguiendo a Ahrens así lo había defendido Giner y, de modo más radical Pérez Pujol, abogando por la creación de un sistema bicameral[190], fundamentándolo en el organicismo social. Apostaron por la vía parlamentaria, desde un reformismo moderado que cristalizaría en la fundación del Partido Reformista en 1912, liderado por Melquíades Álvarez. El sistema bicameral *estaría funcionalizado a institucionalizar la armonía social y la neutralización de las contradicciones (y las luchas sociales) a través de la conciliación pacífica de los contrarios*. Sería una proyección coherente con la *dialéctica armónica* propia de la filosofía krausista y con su concepción organicista de la sociedad. Ambas instancias de representación tenían para ello un carácter complementario[191], sin defender la sustitución de la representación política general por la representación corporativa sectorial o fragmentada; y, además, ese modelo de doble cámara[192] se opone al corporativismo autoritario. Giner (como Salmerón) venía a recoger explícitamente la propuesta de Ahrens de reorganización de la "representación en el Derecho público". Dicha representación ha de ser plural, con distintos modos y grados, teniendo en cuenta que "la representación debe también aplicarse a todas las *clases o profesiones* socialmente organizadas

aquélla. Se inserta así, desde postulados del organicismo social que había inspirado a las corrientes del pluralismo político y jurídico de ideario socialista (señaladamente los esposos Webb y Laski), aunque con harta frecuencia se ha pensado lo contrario. Véase al respecto, Monereo Pérez, J.L.: *El pensamiento jurídico-social de Fernando Giner de los Ríos y su generación,* cit.; Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999; Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, MTAS, 2003; Laski, H.J.: *La Gramática de la política. El Estado moderno,* edición y estudio preliminar, "La filosofía política de Harold. J. Laski, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, (Col. Crítica del Derecho), 2002; Monereo Pérez, J.L.: "Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *11*(1) (2021), pp. 298-377. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426; Webb, S. y B.: *La democracia industrial,* estudio preliminar de J.J. y S. Castillo, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004. En todo caso, en la IIª República Fernando de los Ríos transitaría desde la defensa de la representación orgánica al establecimiento de los Consejos Técnicos y los Consejos económicos. Adolfo Posada se lamentable del rechazo a introducir "en la Constitución política la representación específica de los intereses sociales organizados, creando al lado de la Cámara popular, representativa del conjunto numérico y de asiento geográfico de los ciudadanos, una Cámara sindical representativa de aquellos intereses. Cámara que ya echan de menos algunas gentes, incluso los que impidieron que la Constitución de 1931 fuera hoy argumento vivo que oponer a la crítica fascista". Cfr. Posada, A.: *La crisis del Estado en el Derecho Político,* Madrid, Bermejo editor, 1934, p.166.

190 Pero también Azcárate, G.: *La representación corporativa, Conferencia explicada por el Sr.D. Gumersindo de Azcárate, la noche del 30 de marzo de 1898 en el Círculo de la Unión Mercantil e Industrial de Madrid*, Madrid, Avrial Impresor, 1900, espec., p.8 y ss. Es obvio que para él también se trataba de una representación complementaria y no sustitutiva de la representación parlamentaria general. Azcárate, como Giner, profesaban un liberalismo democrático –un republicanismo moderado– y sus críticas al régimen de la Restauración tenían como centro de atención precisamente el falseamiento de la democracia por parte de dicho régimen político.

191 Se ha afirmado la complementariadad de las representaciones de intereses sectoriales con las otras instituciones democráticas. Schmitter,Ph.C.: *Intereses, asociaciones e intermediación en una democracia postliberal reformada, Textos de Sociología,* núm. 2, Mayo, Madrid, Edita Departamento de Sociología II de la UNED, 1996, p.6.

192 La defensa de esa representación dual, a través de un sistema de doble cámara, de carácter general y de carácter funcional de intereses, era postulada desde las distintas corrientes pluralistas y también desde las diversas direcciones del solidarismo jurídico-social. Así, por ejemplo, Duguit, sobre la base de una visión armonicista del fenómeno sindical, aprecia que se está produciendo una transformación profunda en la organización de la representación política. Constata la tenencia cada vez más acusada a crear una representación, no de la mayoría, sino de la nación misma, de sus elementos constitutivos, lo que se llama representación proporcional de los partidos, y la representación de los grupos sociales, o *representación profesional* , hecho que encuentra una relación con el movimiento sindicalista, siendo dos tipos de representación paralelos y complementarios: de manera que una cámara sería elegida por sufragio directo y universal, con representación proporcional de los partidos políticos, y la otra elegidas también por sufragio directo y universal con representación de los grupos profesionales en el sentido general (cfr. Duguit, L.: *Soberanía y libertad,* trad. José G. Acuña, Madrid, Francisco Beltrán, 1924, pp. 287 y ss., en relación con pp. 271 y ss.; ID.: *Las transformaciones del Derecho público y privado,* estudio preliminar, "'Objetivismo jurídico' y teoría de los 'derechos' en León Duguit", a cargo J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Ed. Comares, 2007).

para los fines capitales de la vida, siguiendo asimismo análoga graduación". Es así que respecto de la "composición", la representación "debe formar una asamblea doble (no varias asambleas), conforme al llamado *sistema bicameral*". La "división en dos cámaras" se funda en la distinción entre el orden *general* público del derecho y el Estado, y los diversos órdenes *especiales* y profesionales o de clase, aunque públicos también, y que si, ante todo, en sus respectivos círculos y para sus propios fines sociales obran con independencia, reciben también del Estado auxilio, según el principio del derecho. La primera, general, representa a la Nación como persona moral, en su *unidad,* según los diversos grados de la personalidad; la segunda, especial (profesional o de clase), en el organismo interior de sus clases. Pero toda ley, "requiere de la conformidad de ambas cámaras, para que los intereses se compensen y armonicen entre sí y mediante el principio general del derecho. La formación de ambos cuerpos por medio de la elección tiene que ser también distinta. La primera procede de electores que, sin tener en cuenta la organización de las clases sociales, desempeñan su función en determinados centros locales de los círculos de la personalidad, con tal de que reúnan sólo condiciones generales, así físicas como intelectuales y morales, únicamente relativas a su persona individual y que se establecen para el ejercicio del derecho electoral y para la elegibilidad. La cámara por Estados es, al contrario, nombrada por los electores de cada clase. En esta cámara, y a favor de condiciones que pueden beneficiar, el sistema del sufragio, tendrán cabida las individualidades eminentes de cada orden". De manera que "será *verdaderamente orgánica la representación en que hallen lugar, tanto la unidad de la Nación y del orden jurídico, cuanto la diversidad y especialidad de las clases y sus intereses, apoyando de esta suerte el poder gubernamental, que, enlazando y conduciendo supremamente a todos los demás poderes, de una manera orgánica, ha de ordenar y dirigir la vida del Estado según la superior concepción total de sus relaciones internas y externas.* La representación es en la esfera política y social el *vínculo propiamente orgánico también de los e instituciones particulares, tanto entre sí, cuanto con el todo, sosteniendo en ellos el proceso normal y regular de la vida;…* Esta representación tiene lugar supremamente en el poder legislativo del Estado". Ello permite mantener, extender y difundir el *"espíritu social"*[193]. En Giner esa idea de un Estado de representación plural era coherente con la defensa del "principio de armonía", tanto dentro del orden particular del Derecho cuanto en el total de la vida, inherente a la naturaleza orgánica de la civilizada toda, que conlleva las relaciones íntimas de solidaridad. De ahí también su oposición primigenia a la idea de "lucha por el Derecho" en el sentido de Ihering[194] (Idea que sería desde luego matizada por Posada y Leopoldo Alas "Clarín" en la versión castellana de la obra de Ihering)[195].

El pensamiento krausista era, por otra parte, proclive a un tipo de corporativismo social emergente desde la propia sociedad civil y de carácter pluralista en contraposición a las formas de corporativismo estatalista, donde las representaciones corporativas se insertas en las estructura del Estado perdiendo su autonomía funcional y decisoria preordenada a la defensa de los intereses singulares, sectoriales y parciales. La "cámara corporativa" o "parlamento industrial" se insertaba en una estrategia encaminada a la ruptura del individualismo social y sustitución por un sistema orgánico de ordenación de la sociedad.

[193] "Estado presente de la ciencia política y bases para su reforma por E.Ahrens", en *Estudios jurídicos y políticos, Obras Completas de Francisco Giner de los Ríos,* t. V, Madrid, Espasa-Calpe, 1921, espec., pp. 254 y ss. *Repárese* en el hecho de que este ensayo publicado de modo independiente constituye la trascripción idéntica de la Sección Primera del Libro IV ("El Derecho Público") de la *Enciclopedia Jurídica de Ahrens,* 3 vols., traducida y anotada por Francisco Giner de los Ríos, Gumersindo de Azcárate y Linares, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1878-1880, pp. 297 y ss. El propio Ahrens, dejó también constancia de que su teoría organicista del Estado y de las formas de representación se desarrolla en su libro, *Doctrina orgánica del Estado,* con la que coincidió Mohl (*Estudios jurídicos y políticos,* cit., p. 264).

[194] Giner, F. y Calderón, A.: *Resumen de Filosofía del Derecho,* t. I, en *Obras completas de Francisco Giner de los Ríos,* Madrid, Espasa-Calpe, 1926, pp. 238 a 240..

[195] Ihering, R.V.: *La lucha por el derecho,* traducción de Adolfo Posada y Prólogo de Leopoldo Alas "Clarín", Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1881 Ihering, R.V.: *La lucha por el derecho,* traducción de Adolfo Posada y Prólogo de Leopoldo Alas "Clarín", Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1881.

Esa compatibilidad de estructuras de representación política general y de representación de intereses está datada históricamente con la coexistencia dentro del régimen de democracia de partidos de distintas fórmulas de "consejos" económicos y sociales con presencia de organizaciones profesionales representativas de intereses funcionales. Por otra parte, la experiencia de la postguerra mundial ofrece una prueba histórica de la combinación en la práctica política entre "lo orgánico" y lo "no orgánico" en la articulación de las formas políticas de las sociedades de las sociedades modernas. La expresión *persistente* del neocorporativismo social-democrático y su cristalización en las diversas formas de intervención de las organizaciones de intereses en los procesos de decisión política, evidencia que no estamos ante un proceso coyuntural sino ante un fenómeno de carácter estructural vinculado a la necesidad de fórmulas de gobernabilidad política incorporando a los agentes sociales en la dinámica político-institucional del Estado o Poder público. En gran medida la misma idea actual de "gobernanza" implica una profundización y una cierta redefinición del neocorporativismo democrático-social que se ha venido imponiendo en el Estado de pluralidad de clases (Estado social por contraposición al Estado de clase única o Estado liberal)[196]. El corporativismo social-democrático permite una gran integración a distintos niveles entre las clases y grupos sociales, entre sí y con el Poder público, y se muestra como directivamente funcional y adecuada a las sociedades complejas del capitalismo avanzado y a los imperativos de eficiencia económica y de pacificación social. El corporativismo democrático ha permitido la institucionalización jurídica de los conflictos inherentes a la sociedad moderna, a través de la formación consensuada de las decisiones de relevancia política y económico-social. La procedimentalización de los conflictos sirve a un principio no sólo de neutralización y encauzamiento de los conflictos, sino también a un sistema de racionalización y gobierno más flexible de los dilemas propios de sociedades complejas, hoy devenidas en "sociedades de riego" e incertidumbre permanente (Beck; Luhmann)[197]; permiten establecer reglas jurídicas flexibles "ad hoc" que atienden a las peculiaridades del problema a resolver. Por otra parte, el reconocimiento de la figura del sindicato más representativo (y de las organizaciones empresariales más representativas) supone el reconocimiento de un estatus simi-público (que incorpora el ejercicio efectivo de funciones políticas) a las organizaciones profesionales (cfr. arts. 7 CE y 6-7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical); constituye en sí una cristalización institucional de un modelo de corporativismo democrático-social. La intensificación[198] de los procesos de concertación social (que es un fenómeno de intercambio político a tres bandas, es decir, entre el gobierno central o territorial y los agentes sociales en calidad de actores políticos) en los países europeos (y también a escala de la Unión Europea) parece confirmar el creciente proceso de neocorporativización del sistema de relaciones laborales. Se vino a confirmar que el pasado siglo veinte fue el "siglo del corporativismo" democrático o, excepcionalmente, autoritario[199].

[196] Para esa distinción de formas de Estado, puede consultarse Giannini, M.S.: *El poder público. Estados y Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 1991, espec., capítulos segundo y tercero.

[197] Giddens, A., Bauman, Z., Luhmann, N. y Beck, U.:, *Las consecuencias perversas de la modernidad,* Barcelona, Editorial Anthropos, 1996; BECK, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad,* Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1998.

[198] Véase Mishra, R.: *El Estado de bienestar en la sociedad capitalista,* Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1993. Las oscilaciones de los procesos de neocorporativismo democrático o de concertación social lejos de reflejar su decadencia parecen mostrar más bien su persistencia bajo fórmulas siempre renovadas y más flexibles (la concertación social a nivel estatal y comunitario por objetivos; la concertación social descentralizada, de ámbito comunitario o local, etc.). Todo ello muestra su vitalidad, que ha llevada a la institucionalización en el Tratado fundacional de europeo del diálogo y la concertación sociales.

[199] Se ha designado como "corporativismo" tres fenómenos distintos analíticamente: a) el desarrollo y consolidación de las organizaciones de intereses centralizados –o asociaciones "punta"– que poseen el monopolio representativo; b) la concesión a estas asociaciones de un acceso privilegiado al gobierno y el desarrollo de conexiones –más o menos institucionalizadas– entre las administración pública y estas organizaciones de intereses; y c) la "participación social del trabajo organizado y de los empresarios dirigida a regular los conflictos entre ambos grupos, en coordinación con la política gubernamental (normalmente en forma tripartita). Estos fenómenos están interrelacionados y deben integrarse en un concepto pluridimensional de corporativismo. En una perspectiva histórica el significado y la aceptación del "corporativismo" han estado, evidentemente, sujeto a cambio; esto se percibe por el creciente

Por lo demás, dos expresiones de la concertación social ponen de relieve ese carácter intrínsecamente corporativo: la celebración de acuerdos político-sociales tripartitos entre los agentes sociales y el Poder público, encaminados usualmente a precondicionar la iniciativa legislativa de gubernamental, y la procedimentalización (y estabilización) de los procesos de toma de decisiones públicas con trámites de audiencia y consulta previa de los actores sociales. Ello refleja el grado tan avanzado de representación de los intereses profesionales a través de cauces típicamente corporativos (de corporativismo democrático-social). Ello supone el reconocimiento de una representatividad política pública de dichas organizaciones. Supone una cierta publificación de las funciones (no de la organización en sí, que continua siendo jurídicamente privada) de las organizaciones profesionales que sobrepasan la esfera de poder concedida a instituciones privadas. La concertación social, en sus distintas expresiones, trasluce la gestación de formas de democracia participativa o de democracia corporativa. La concertación social en sí se ha mostrado dinámica, abierta y flexible en sus modelos de realización (hoy se habla de "macro", "meso" y "micro" concertación)[200]. El diálogo social permanente se ha institucionalizado en los Consejos Económicos Sociales (nacionales –art.131 CE– y de Comunidad Autónoma). La institucionalización del neocorporativismo democrático ha permitido una gobernabilidad más eficiente de la economía de mercado y de las protecciones sociales (políticas sociales); ha aportado un "plus de legitimidad" a decisiones políticas difíciles y controvertidas vinculadas actualmente al replanteamiento del modelo de Estado social de la postguerra. De este modo las formas de neocorporativismo democrático –que tienen un cierto soporte organicista– han reafirmado que en el Estado social de las sociedades complejas (con pluralidad de clases y grupos sociales intermedios) es útil conjugar y acompañar a las formas de democracia parlamentaria formas complementarias *adicionales* de representación funcional de intereses organizados.

Hay que tener en cuenta que en un sistema corporativista avanzado, se añade un segundo circuito a la maquinaria del sistema político democrático representativo. El sistema institucional que tiene sus principales elementos en las elecciones periódicas, los partidos políticos[201] y el gobierno parlamentario se ve *complementado* por un mecanismo político que abarca a los grupos de intereses

uso del prefijo "neo" y en la distinción entre "autoritario" y "liberal" o democrático. Cfr. Lehmbruch, G.: "La concertación y la estructura de las redes corporatistas", en Goldthorpe, J.H. (Comp.).: *Orden y conflicto en el capitalismo contemporáneo. Estudios sobre economía política en los países de Europa occidental,* Madrid, MTSS, 1991, pp. 95 y ss. Apunta Lehmbruch que desde una perspectiva histórica, el nuevo corporativismo europeo desde finales del siglo veinte hasta nuestros días se relaciona más provechosamente con los acontecimientos del siglo XIX que eran anteriores a los experimentos del corporativismo "estatal" de los años de entreguerras (cfr. Maier, 1981; Nocken, 1981). Tales fenómenos se pueden captar con la ayuda de una distinción tipológica distinta; es decir, la de "corporativismo sectorial" (una representación corporativista de intereses que se limita a sectores específicos de la economía. Las organizaciones sectoriales están centralizadas y disfrutan del monopolio representativo. Por otra parte, el que tales organizaciones tengan un acceso privilegiado al gobierno puede derivar en vínculos institucionales sólidos con éste. En este sentido el corporativismo sectorial es un fenómeno relativamente viejo. Puede ser rastreado en muchas partes de Europa, por lo menos hasta la restauración de las "cámaras" y los "gremios" en las últimas décadas del siglo XIX, tras los primeros intervalos liberales de libertad de asociación, y llegó, junto con un terno al proteccionismo y al neomercantilismo), por un lado, y "concertación corporativista" por otra (una pluralidad de organizaciones que representan intereses antagónicos solucionan sus conflictos y coordinan su acción con la del gobierno no expresamente en relación con las necesidades sistemáticas de la economía nacional); fenómeno típicamente de cooperación tripartita, pues el típico modelo de concertación corporativista implica al gobierno junto con el trabajo y las empresas organizadas). También se distingue en los sistemas corporativistas contemporáneos, entre corporativismo débil, corporativismo medio y el corporativismo fuerte.

Para el agotamiento del modelo de concertación centralizada y la implantación de formas de neocorporativismo democrático más descentralizados, pueden consultarse los estudios de Streeck, W.: "Relaciones industriales neocorporatistas y la crisis económica en Alemania occidental", en *op.cit.*, pp. 397 y ss., y Goldthorpe, J.H.: "El final de la convergencia: tendencias corporatistas y dualistas en las sociedades modernas occidentales", *op.cit.*, pp. 429 y ss. Sobre la experiencia corporativista en España, Pérez Yruela, M. y Giner, S. (Eds.).: *El corporatismo en España,* Barcelona, Ed. Ariel, 1988, y, en una valoración crítica de conjunto, en Monereo Pérez, J.L.: *Concertación y diálogo social,* Valladolid, Lex Nova, 1999.

[200] Véase Monereo Pérez, J.L.: *Concertación y diálogo social,* Valladolid, Lex Nova, 1999.

[201] Sartori, G.: *Partidos y sistemas de partidos: marco para un análisis,* Madrid, Alianza editorial, 2000.

organizados más poderosos, sus respectivos estatus de procedimiento y cuerpos de consulta y conciliación. El sistema de representación de intereses a través de organizaciones especializadas encuentra operatividad como un canal paralelo al de la representación parlamentaria. *El rasgo característico del corporativismo moderno, en contraste con los modos anteriores de corporativismo* (cfr. Mayer-Tash, 1971) *es la coexistencia de esos dos circuitos con una sustitución limitada de la representación territorial por la funcional.* Se suele aducir como ventaja de los modos corporativistas de representación de los intereses sobre los modos democráticos (discutible, porque da a entender que por definición los modos corporativista no son democráticos, lo cual no se corresponde con las prácticas neocorporativistas, más o menos institucionalizadas, llevadas a cabo en los países europeos) reside en su potencial para *despolitizar el conflicto,* es decir, para restringir tanto el ámbito de los que participan en el conflicto como el ámbito de las tácticas y estrategias permitidas para la defensa de los intereses conflictivos. La explicación de un cambio de esta índole podría encontrarse en el hecho de que los mecanismos más tradicionales generan más conflictos de los que pueden ser procesados. Los canales tradicionales de la política democrática conducen a la "sobreparticipación" o a la "sobrecarga" de problemas no resueltos. El factor determinante más relevante del atractivo que ejerce la reordenación corporativista del proceso de adopción de las decisiones política se halla presumiblemente en su mayor capacidad para hacer frente al conflicto[202]. Seguramente no se trata de despolitizar el conflicto como de institucionalizar su solución.

Una característica de los nuevos modelos de corporativismo en los países europeos es su creciente orientación hacia la institucionalización y estabilidad (corporativismo estable), de manera que ese corporativismo relativamente estable acabaría superando fórmulas de corporativismo inestable y menos institucionalizado. Esta tendencia es operativa incluso en los sistemas políticos mediterráneos, tradicionalmente más abocados al conflicto abierto y de débil institucionalización. Es necesario reparar en que "el corporativismo estable es una situación en la que las estructuras políticas corporativistas logran producir un consenso en los grupos de interés, que no se ve puesto a prueba por demandas "inmoderadas" o radicales o por tácticas basadas en el conflicto. Con todo, el corporativismo siempre va a mantener su naturaleza internamente contradictoria: se puede utilizar formas de representación funcional de intereses para ampliar el poder de las organizaciones ("democracia funcional") o se puede utilizar el corporativismo como un sistema representativo encaminado a integrar a los trabajadores y a facilitar la adhesión a las políticas gubernamentales (función de contención del poder social). El cambio significativo reside en los procesos de mediación política mediante los cuales se capta y se fija el volumen potencial de las demandas sociales, se valoran y tamizan los posibles modelos políticos[203]. En la concertación o neocorporativismo democrático, el modelo de "Estado neorcorporativo" débil implantado se propone como portador de un proyecto concordado de gobernabilidad, teniendo en cuenta que la función del Estado en la concertación social será siempre dinámica y no estática, pues ha de adaptarse a las nuevas circunstancias. Por tanto, los modelos necorporativistas o la concertación social no parece que vayan a desaparecer, más allá de las dificultades coyunturales para mantenerse, y tendrán que adaptarse dinámica a las nuevas circunstancias y realidades sociales[204].

Estas experiencias muestran que "a noción de "corporativismo social" no hace referencia a ninguna ideología histórica ni a una concepción del mundo ni a una cultura política, ni siquiera a un conjunto de aspiraciones colectivas. El corporativismo social es compatible con una amplia gama de instituciones sociales, y no es una "alternativa" al sistema capitalista sino, al menos en algunos a países, una parte integrante de ella. El corporativismo puede aparecer bajo dos perspectivas no necesariamente concurrente en la práctica: el corporativismo, en tanto que forma de mediación

[202] Offe,Cl.: "La atribución de un estatutos público a los grupos de interés", en Berger, S. (Coord.).: *La organización de los grupos de interés en Europa occidental,* Madrid, MTSS, 1988, p.177.

[203] Schmitter, Ph. C.: "La mediación entre los intereses y la gobernabilidad de los regímenes", en Berger, S. (Coord.).: *La organización de los grupos de interés en Europa occidental,* Madrid, MTSS, 1988, p.356.

[204] Véase Schmitter, Ph. C.: "La concertación social en la perspectiva comparada", en Espina, A. (Comp.).: *Concertación social, neocorporatismo y democracia,* Madrid, MTSS, 1991, pp. 67 y ss.

entre los intereses, y al corporativismo, considerado como procedimiento para la elaboración de la política. Sin embargo, es evidente que existen considerables afinidades electivas, si no un fuerte elemento de causalidad histórica, entre la corporativización de la mediación entre los intereses y la aparición de "formas concertadas de elaboración de la política"[205]. Bajo el corporativismo social contemporáneo estas dos dimensiones del corporativismo (o, mejor, de la corporativización de las sociedades complejas del capitalismo avanzado) han concurrido. El "corporativismo social" ha tenido una gran proyección en países europeos como Suecia y Austria (y muchas de sus aportaciones han sido extendidas a otros muchos países europeos y a la misma Unión Europea). Las distintas políticas de corporativismo democrático (especialmente en su expresión más elevada, la "concertación social", según expresión más al uso en la disciplina iuslaboral, o corporativismo al máximo nivel, europeo, nacional, autonómico o local, conforme a la teoría o ciencia política) realizadas a distinto nivel han permitido introducir elementos de planificación dentro de la economía y de las políticas sociales que toma en consideración un proyecto de estabilidad, de control y de justicia social (políticas de bienestar social). Se piensa que el corporativismo social ha mantenido con éxito el Estado del Bienestar posbélico y las políticas de bienestar sociales[206]. Las aporías planteadas por ciertas formas de corporativismo fuerte (se afirma que el proceso político de las democracias liberales se ha visto sobrecargado con intereses bien organizados cuyos bienes iniciales en propiedad y riqueza debiesen capacitarlos para valerse por sí mismos, mientras los grupos grandes y difusos más necesitados de ayuda, compensación y protección política son menos capaces de organizarse para obtener los bienes públicos que tanto necesitan) ha llevado a defender una reforma de las formas de representación de intereses. El núcleo de la propuesta planteada por Schmitter consiste en tres reformas generales estrechamente relacionadas que crearían un sistema de sociabilidad postliberal: 1) el establecimiento de un status semi-público para las asociaciones de interés; 2) financiación de tales asociaciones mediante contribuciones obligatorias; y 3) distribución de estos fondos mediante bonos de ciudadanía[207]. Es lo cierto, que, confirmando ese status semi-público, las asociaciones de interés

[205] Schmitter, Ph. C.: "La mediación entre los intereses y la gobernabilidad de los regímenes", cit., pp. 366-367. Véase Offe, CL.: "¿El corporativismo como un sistema de estructuración global, no político, de la sociedad?", en Offe, CL.: *La gestión política,* Madrid, MTSS, 1992, pp. 359 y ss.

[206] Se ha subrayado que el corporativismo social-democrático ha supuesto un planteamiento socialmente responsable de la dirección del capitalismo del bienestar. El corporativismo social, a través de la institucionalización de los intereses, ha procurado armonizar producción y distribución. Véase Mishra, R.: *El Estado de bienestar en la sociedad capitalista,* Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales-Centro de Publicaciones, 1993, p.73. Mishra centra estrictamente su idea de corporativismo en la existencia de un acuerdo tripartito a nivel "social", que busca lograr transacciones entre diversos objetivos económicos y sociales en aras de una situación nacional de conjunto. Por ello no participa de la visión del corporativismo simplemente como una forma de representación de los intereses de los productores, pues, a su entender, desatiende el factor de clase en la racionalidad interna del corporativismo. Se basa en la relación de acuerdos institucionales para dirigir la economía mixta del capitalismo del bienestar. Su "potencialidad" reside en la combinación de crecimiento económico y justicia social. Actualmente se está ante una etapa de reformulación del Estado del Bienestar y de las políticas corporativas subyacentes que le sirven de apoyo y legitimación social. El mismo debate sobre ciertas formas de "gobernanza" en Europa se traduce en una revalorización del diálogo y de la concertación social. Un exponente ello, harto significativo, es la Comunicación de la Comisión Europea sobre *La Gobernanza Europea. Un libro Blanco,*Bruselas, 25.7.2001 COM (2001) 428 final, donde se parte de que la "gobernanza" designa las normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, especialmente desde el punto de vista de la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia, y se considera necesario garantizar una mayor participación de los actores sociales en todos los ámbitos. El mismo Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, otorga un papel central a los interlocutores sociales (Capítulo I del Título XI). El nuevo art.136 bis del TCE (introducido por el "Tratado de Lisboa" por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Unión Europea; 2007/C 306/01. Diario Oficial de la Unión Europea, 17.12.2007. C 306/1). Aparte de ello interesa recordar la institucionalización de los agentes sociales en el Comité Económico y Social en el sistema del Tratado. Puede consultarse, aunque considerando tan sólo una proyección limitada de la gobernanza, la obra de Aguilar Villanueva, L.F.: *Gobernanza y gestión pública,* México, FCE, 2006.

[207] Schmitter, Ph.C.: *Intereses, asociaciones e intermediación en una democracia postliberal reformada, Textos de Sociología,* núm. 2, Mayo, Madrid, Edita Departamento de Sociología II de la UNED, 1996, p. 5.

modernas realizan ya una variedad de funciones públicas en el doble sentido de que sus acciones afectan a lo público y de que llevan a cabo políticas dirigidas (y en algunas ocasiones, subsidiadas) por autoridades públicas, pero raramente se requiere que operen de acuerdo con una carta pública definida que especifique sus derechos y obligaciones. Pero los sistemas corporativistas estatales han llegado al extremo de que las categorías de clase o los intereses sectoriales están preestablecidos por estas autoridades públicas que luego permiten sólo a una (o a pocas de ellas) organización ocupar este espacio[208]. Los procesos de cambio son complejos: La fragmentación de intereses, la aparición de nuevas "pasiones" políticas, la decadencia del poder de los símbolos tradicionales, la debilidad de las "clientelas centrales", el eclipse de las clases sociales con una "misión histórica", el creciente desinterés por la política y la falta de confianza en las soluciones políticas, han conspirado para que sea mucho más difícil especificar de modo anticipado quién es probable que se beneficie realmente de las propuestas de reforma de los actuales regímenes democráticos –y menos aún de una propuesta que afectaría indirecta e indiscriminadamente a los atributos de las organizaciones y no ofrecería ventajas directas y selectivas a individuos, compañías o lugares determinados.

El paradigma corporativista democrático incorpora un tipo especial de participación mediante grandes grupos sociales organizados en la política pública, sobre todo económica. La consulta y la cooperación entre las administraciones públicas y los intereses organizados son comunes a prácticamente todas las democracias constitucionales con una economía de base capitalista desarrollada. No obstante, la *característica más significativa del corporativismo liberal es el alto grado de cooperación entre estos mismos grupos organizados en la configuración y definición de las políticas públicas*[209]. La concertación social supone una atracción de los agentes sociales hacia el ámbito propio de la elaboración de la política pública (los agentes sociales influyen en ella, pero también la legitiman adicionalmente), y al propio tiempo un mecanismo que permite a los poderes públicos influir y condicionar la práctica sindical y la estrategia de negociación colectiva. De ahí que en el plano de la teoría política las formas más evolucionadas de concertación social han dado lugar al llamado "necorporativismo democrático", como forma específica de gobierno sociopolítico de las sociedades complejas y altamente desarrolladas como son las propias del capitalismo avanzado. La experiencia europea de los grandes acuerdos sociales refleja que su desarrollo y fases son esencialmente diacrónicos, porque dependen, en suma, de la correlación de fuerzas entre los actores sociales y políticos implicados y, asimismo, de la coyuntura política y económico-social de cada momento histórico. De ahí que carácter oscilante de los procesos de concertación y de sus modelos operativos. Se puede afirmar, no obstante constatar ese carácter contingente de los modelos, que la concertación en sus distintas manifestaciones parece haberse mostrado necesaria para la gobernabilidad del sistema de relaciones laborales en su conjunto y como mecanismo de "contención" de la conflictividad socio-laboral. Lo que ha cambiado en la coyuntura actual ha sido el modelo de concertación social, que lejos de hacer prevalecer la concertación social "en la cumbre" y con carácter general (en relación a un conjunto amplio de materias), hoy se tiende a una concertación social más monográfica (sobre materias concretas o específicas) y descentralizada (es apreciable la persistencia, en todo momento, de un ámbito de concertación social en el marco de las unidades políticas territoriales, regiones y comunidades autónomas). Se puede decir, con todo, que la concertación social de los últimos años en los países europeos se ha convertido en un instrumento político-social más flexible de organización del sistemas de relaciones laborales (incluido, evidentemente, el ámbito del sector público) y de las exigencias de consenso social adicional indispensables para su buen gobierno y funcionamiento, democrático y pacífico.

El corporativismo realza la relevancia pública de los grupos sociales y el establecimiento de procedimientos de armonización de intereses contrapuestos a través de negociaciones socio-políticas

[208] Schmitter,Ph.C.: *Intereses, asociaciones…",* cit., p. 7.

[209] Lehmbruch, G.: "Democracia consociacional, lucha de clases y nuevo corporalismo", en *Papeles de Economía Española,* núm. 22 (1985), p. 445.

efectuadas a menudo fuera del mercado. Permite articular los conflictos y concertar las políticas sociales y económicas. En el Estado keynesiano del bienestar se llevó a cabo un sistema de acuerdos o pactos sociales (que fue llamado "relación salarial fordista")[210]. La intervención estatal en la económica y en las relaciones sociales se realizó, pues, sobre la base de una responsabilidad compartida entre los agentes sociales y los poderes públicos, a través de una cooperación negociada. El Estado social resultante gestionaba un "capital social" de transferencia que permitía la integración de los individuos a través de un sistemas de derechos sociales de desmercantilización. El neocoporativismo o corporativismo democrático constituía un proceso esencialmente político en el cual los agentes sociales aceptaban incluir en sus cálculos los intereses de otros interlocutores, incluso de los que estaba ausentes del proceso de negociación[211]. Con la crisis y agotamiento institucional del paradigma de Estado del bienestar keynesiano cambia paulatinamente el modelo de concertación socio-política, pero, desde luego, lejos de desaparecer se reformula bajo nuevas formas más flexibles y descentralizadas. A partir de la década de los ochenta, emerge el paradigma "neofordista" o "postforidista", con la nueva empresa flexible y las formas flexibles de regulación jurídica de los procesos socio-económicos. El Estado social actual, a nivel central y descentralizado, es una instancia de reorganización y dirección de los procesos económicos, buscando un equilibrio entre el primado de la eficiencia económica sobre las protecciones sociales. En este contexto su papel como instancia redistributiva se hace más problemático, con un más limitado juego para las "negociaciones corporativistas". De este modo, el neocorporativismo se articula interna y funcionalmente entre un nivel marco (de decisiones sobre objetivos generales a perseguir, ante todo) y niveles micro (de adopción territorializada, descentralizada, de decisiones en ámbitos más específicos y "tratables" "ad hoc"). Desde el punto de vista de la "técnica" de la negociación sociopolítica se opera un cambio del modelo de concertación social centralizada por un modelo de concertación más dinámico que combina y articula los ámbitos marco y micro del encuentro e intercambio político-social entre el poder gubernamental y los agentes sociales. Frente al nitidez del modelo de concertación social "en la cúspide" ahora se asiste a un modelo o, mejor, paradigma "difuso" de concertación, en el cual la representación de los intereses se institucionalizada no sólo frente a la instancia estatal centralizada sino, sobre todo, a través de instancias políticas intermedias o locales, rama o sector de actividad (mesoconcertación), es decir, fragmentadas, y no siempre articuladas entre sí. Han decaído los grandes pactos macrocorporativistas de orientación keynesiana (fordista), siendo sustituidas o desplazadas en sus espacios funcionales operativos por fórmulas corporativistas de ámbito inferior, más descentralizadas, más flexibles y donde el poder de negociación de los agentes sociales es también más diferenciado, inestable y selectivo. El paradigma flexible de concertación social (neocorporativismo fragmentario) refleja y se proyecta –interactúa– con una sociedad cada vez más fragmentada. La legitimidad consensuada del Estado social tiende a disgregarse en formas de legitimidad negociadas más particularistas y apegadas a la regulación de intereses más concretos, menos generales. El fenómeno va unido a las nuevas formas de "gobernabilidad" y modos de intervención del Estado, donde hoy se tiende a implantar la filosofía del nuevo liberalismo social del *workfare* y las políticas de "flexiseguridad". De los grandes acuerdos corporativistas (en los cuales al mismo tiempo se que operaba con una lógica de racionalidad instrumental sobre la eficiencia económica, se pactaban mínimos generalizados en las condiciones de trabajo y en las protecciones sociales) se pasa a los acuerdos corporativistas más sectoriales y descentralizados (que operan con la misma lógica de racionalidad instrumental, pero que tienen una proyección regulativa más particularista y menos homogeneizadora; con el declinar de las regulaciones protectoras más generales). Con todo, las organizaciones profesionales más representativas no han perdido su condición de *sujeto político,* pero emerge la realidad de que ya no pueden aspirar a una

[210] Véase Boyer, R.: *La teoría de la regulación,* Valencia, Edicions Alfons el Magnànim, 1992; Boyer, R.y Durand, J.P.: *L' après-fordisme,* París, Syros, 1993; Aglietta, M.: *Regulación y crisis del capitalismo,* Madrid, Siglo XXI, 1979.

[211] Schmitter,Ph.C.: "La concertación social en perspectiva comparada", en Espina, A. (Comp.).: *concertación social, neocoporativismo y democracia,* Madrid, MTSS, 1991, p. 79.

representación global y a una unión simbólica de los intereses heterogéneos que pretenden representar y defender en el espacio político[212].

3. BIBLIOGRAFÍA

3.1. De Francisco Giner de los Ríos

Giner de los Ríos, F.: *Obras Completas de Francisco Giner de los Ríos,* veintiún tomos, Madrid, Espasa-Calpe, 1922-1965. Las Obras Completas quedaron, paradójicamente, incompletas, pues no se encuentran en ellas los artículos dispersos en la Revista Meridional, La Ilustración, el Boletín Revista de la Universidad de Madrid, la Ilustración Artística, etc. Tampoco se incorporaron los manuscritos, cartas y notas guardados en el archivo de la Institución y otros archivos particulares. Nunca se llegó a preparar el epistolario. Está en curso la digitalización de las *Obras Completas* de Francisco Giner de los Ríos, lo cual supone el primer paso de un proyecto de reedición y difusión de la producción intelectual de Giner, actualmente de difícil acceso. En la pantalla de la Fundación Francisco Giner de los Ríos [Institución Libre de Enseñanza] se ofrecen los índices de cada uno de los tomos y la reproducción de sus portadas. https://www.fundacionginer.org/obras_comp.htm#1

Giner de los Ríos, F.: *Pedagogía Universitaria. Problemas y noticias,* Barcelona, Manuales-Soler-Sucesoras de Manuel Soler-Editores, s/f. (entre 1903 y 1910?) (se ha constar que Francisco Giner de los Ríos ostenta la condición de Profesor en la Universidad de Madrid y en la Institución Libre de Enseñanza. El libro está dedicado "A la Memoria de Agusto González Linares").

Giner de los Ríos, F.: *Ensayos menores sobre educación y enseñanza,* 3 Tomos, *Obras Completas de Francisco Giner de los Ríos,* Madrid, Espasa-Calpe, 1927.

Giner de los Ríos, F.: *Educación y Enseñanza, Obras Completas de Francisco Giner de los Ríos,* Madrid, Espasa-Calpe, 1933.

Giner de los Ríos, F.: *La Universidad Española,* en *Obras Completas de Francisco Giner de los Ríos,* t. II., Madrid, Espasa-Calpe, 1916. (Reeditada por Civitas, Madrid, 2001).

Giner de los Ríos, F.: *Ensayos y Cartas,* edición homenaje en el cincuentenario de su muerte, México, FCE, 1965.

Giner de los Ríos, F.: *Resumen de Filosofía del Derecho* (en coautoría con Alfredo Calderón), 2 tomos, en *Obras Completas de Francisco Giner de los Ríos,* t. XIII, Madrid, Espasa-Calpe, 1926.

Giner de los Ríos, F.: *Ensayos,* Madrid, Alianza Editorial, 1969.

Giner de los Ríos, F.: *Antología pedagógica de Francisco Giner de los Ríos,* Selección y Estudio preliminar de F.J.Laporta, Madrid, Santillana Ediciones, 1977.

Giner de los Ríos, F. y Azcárate, G.De.: *Notas a la Enciclopedia Jurídica de Ahrens,* con una nota sobre Arrendamientos rurales y pecuarios de Joaquín Costa, Prólogo de Pablo de Azcárate, *Obras completas de Francisco Giner de los Ríos,* t. XXI, Madrid, Ed. Tecnos, 1965.

[212] Sobre el cambio del modelo de concertación social, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *Concertación y diálogo social,* Madrid, Lex Nova, 1999.

3.2. Sobre Francisco Giner de los Ríos, su época y recepción actual

Abellán, J.L.: *Historia crítica del pensamiento español,* t.IV., *Liberalismo y Romanticismo (1808-1874),* Madrid, Espasa-Calpe, 1984.

Ahrens, H.J.: *Curso completo de derecho natural o filosofía del derecho con arreglo al estado actual de esta ciencia en Alemania,* trad.de la 5ª ed., francesa de 1859 por Manuel María Flamant, Madrid, Imprenta de Bailly-Bailliere, 1864.

Ahrens, H.J.: *Curso de Derecho natural o de filosofía del derecho formado con arreglo al estado de esta ciencia en Alemania, por H. Ahrens,* 2 vols., trad. Ruperto Navarro Zamorano, Madrid, Boix Editor, 1841; 2ª edición, trad. de P. Rodríguez Hortelano y M.Ricardo de Asensi, De Baillo-Bailliere e Hijos, Madrid, 1893.

Ahrens, H.J.: *Curso de psicología y Curso de Filosofía,* 2 vols., trad. G. Lizárraga, Madrid, Victoriano Suárez, 1873.

Ahrens, H.J.: *Enciclopedia jurídica o exposición orgánica de la ciencia del derecho y el Estado,* versión directa del alemán (1855) con Notas críticas por Giner, Azcárate y Linares), Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1878-1880.

Altamira, R.: *Giner de los Ríos, educador,* Valencia, Editorial Prometo, 1915.

Altamira, R.: *La enseñanza de la historia,* Madrid, Fortanet, 1891.

Álvarez Lázaro, P.: "La Institución Libre de Enseñanza y el liberalismo masónico europeo", en *Revista de Occidente,* núm.101 (1989), pp. 88 a 106.

Araquistáin, L.: *El pensamiento español contemporáneo,* Prólogo de Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Losada, 1962.

Azcárate, G. De.: *El concepto de sociología, discurso leído en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas,* el 7 de mayo de 1891 (reeditado en la "Revista Española de Investigaciones Sociológicas", núm.56, 1991, pp. 245 a 273).

Azcárate, G. De.: *El problema social. Discurso leído en el Ateneo Científico y Literario de Madrid, el 10 de noviembre de 1893,* Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1893.

Azcárate, G. De.: *El régimen parlamentario en la práctica* (1885), Edición de E.Tierno Galván, Madrid, Tecnos, 1978.

Azcárate, G. De.: *Estudios económicos y sociales,* Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1876.

Azcárate, G. De.: *Estudios filosóficos y políticos,* Madrid, Imp. de Manuel de los Ríos, 1877.

Azcárate, G. De.: *Estudios políticos y filosóficos,* Madrid, Librería de Alejandro de San Martín, 1877.

Azcárate, G. De.: *Minuta de un testamento (Ideario del krausismo liberal),* Estudio preliminar y "Addenda-2004" a cargo de Elías Díaz, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004.

Azcárate, P. De.: *Gumersindo de Azcárate. Estudio biográfico y documental. Semblanza. Epistolario, Escritos,* Madrid, Tecnos, 1969.

Azcárate, P. De.: *La cuestión universitaria. Epistolario de G.Azcárate, F.Giner de los Ríos y N.Salmerón,* Madrid, Tecnos, 1967.

Bury, J.: *La idea del progreso,* Madrid, Alianza Editorial, 1971.

Cacho Viu, V.: *La Institución Libre de Enseñanza. Orígenes y etapa universitaria (1860-1881),* Madrid, Rialp, 1962.

Calvo González, J.: "Clemente Fernández y Fernández Elías (1828-1897): Pensamiento jurídico y aportación a la enseñanza del Derecho", en *La Filosofía y la enseñanza del Derecho,* Monográfico 5 de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* 1982.

Calvo González, J.: "Fernando Belmonte y el paradigma de evolución interna del krausismo en Andalucía", en *Revista de Fiestas, Ayuntamiento de Trigueros de Huelva* (1992).

Castillejo Gorráiz, M.: *El fundador del krausismo. Etapa andaluza,* Córdoba, Publicaciones del Banco Occidental, 1980.

Castillejo, J.: *Guerra de ideas en España,* Prólogo de Julio Caro Baroja, Madrid, Biblioteca de la Revista de Occidente, 1976.

Costa, J.: *Ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre,* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.

Costa, J.: *Teoría del hecho jurídico individual y social,* Prólogo de Nicolás María López Calera, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000.

Crespon Carbonero, J.A.: *Democratización y reforma social en Adolfo Álvarez Buylla. Economía, Derecho, Pedagogía, Ética e Historia Social,* Oviedo, Universidad de Oviedo, 1998.

De los Ríos Urruti, F.: *La filosofía del Derecho en Don Francisco Giner y su relación con el pensamiento contemporáneo,* Madrid, Imp. Clásica Española-Biblioteca Corona, 1916

Díaz, E.: *La filosofía social del krausismo español,* Madrid, Editorial Debate, 1989; ID.: "Filosofía jurídico-política del krauso-institucionismo español", en *Derechos y Libertades,* núm.12 (2003).

Díez Del Corral, L.: *El liberalismo doctrinario,* 4ª ed., Madrid, CEC, 1984 (Reeditada, Edición e Introducción de Mª. Carmen Iglesias, *Obras Completas,* t.I, Madrid, CEPC, 1998).

Esteban, J. De.: "La representación de intereses y su institucionalización: los diferentes modelos existentes", en *Revista de Estudios Políticos,* núm.155 (1966).

Fernández Clemente, E.: *Educación y revolución en Joaquín Costa,* Madrid, Edicusa, 1969.

Fernández De La Mora, G.: "El organicismo krausista", en *Revista de Estudios Políticos,* núm.22 (1981), pp. 99 a 184.

Fernández De La Mora, G.: "Neocorporativismo y representación política", Separata facticia de la Revista *Razón Española,* Madrid, 1986.

Fernández De La Mora, G.: *Los teóricos izquierdistas de la democracia orgánica,* Madrid, Plaza & Janes, 1985.

Ferrera, C.: *La frontera democrática del liberalismo: Segismundo Moret (1838-1913),* Madrid, Biblioteca Nueva-Eds. Universidad Autónoma de Madrid, 2002.

Gamero, C.: *Un modelo europeo de renovación pedagógica: José Castillejo,* Madrid, CSIC, 1988.

García Casanova, F.: "Del racionalismo armónico al pragmático: Clave hermenéutica del poder real del institucionismo krausismo", Madrid, CEC, 1993.

García-Velasco, J. y Morales Moya, A. (eds.): *La Institución Libre de Enseñanza y Francisco Giner de los Ríos: nuevas perspectivas. 2. La Institución Libre de Enseñanza y la cultura española*. Madrid: Fundación Francisco Giner de los Ríos [Institución Libre de Enseñanza] / Acción Cultural Española, 2012, 848 pp. Capellán De Miguel, G. y Otero Urtaza, E. (eds.): *La Institución Libre de Enseñanza y Francisco Giner de los Ríos: nuevas perspectivas. 3. Antología de textos*. Madrid: Fundación Francisco Giner de los Ríos [Institución Libre de Enseñanza] / Acción Cultural Española, 2012, 680 pp.

Garrido, F.: *Francisco Giner de los Ríos, creador de la Institución Libre de Enseñanza,* Granada, Comares, 2001.

Gauchet, M.: *La Révolution des droits de l'homme,* París, Gallimard, 1989.

Gil Cremades, J.J.: "El pensamiento jurídico español del siglo XIX: Francisco Giner de los Ríos", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez: El pensamiento jurídico español del siglo XIX,* Universidad de Granada, núm.11/2 (1972).

Gil Cremades, J.J.: *El reformismo español,* Barcelona, Ariel, 1969.

Gil Cremades, J.J.: *Krausistas y liberales,* Madrid, Seminarios y Ediciones, 1975.

Gómez Molleda, Mª.D.: *Los reformadores de la España contemporánea,* Madrid, CSIC, 1966.

Guerrero Salom, E., Quintan De Uña, D. y Seage, J.: *Una pedagogía de la libertad. La Institución Libre de Enseñanza,* Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1977.

Gurvitch, G.: *La idea del Derecho Social. Noción y sistema del Derecho social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX,* edición y traducción de directa del francés de la edición original y estudio preliminar, "La idea del Derecho social en la teoría general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch", a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005, LV+782 pp.

Heredia Soriano, A.: "El krausismo español (Apunte histórico-bibliográfico)", en *Cuatro ensayos de historia de España,* Madrid, Edicusa, 1975.

Heredia Soriano, A.: *Política docente y política oficial en la España del siglo XIX,* Salamanca, Ed. de la Universidad, 1982.

Jimenez Fraud, A.: *La Institución Libre de Enseñanza,* Madrid, Taurus, 1973.

Jimenez García, A.: "Apuntes sobre el sistema filosófico de Krause (1781-1832)", en *Reivindicación de Krause,* Madrid, Fundación F. Ebert-Int. Fe y Secularizad, 1982, pp. 117 a 139.

Jimenez García, A.: *El krausismo y la Institución Libre de Enseñanza,* Madrid, Cincel, 1986.

Jimenez Landi, A.: *Breve historia de la Institución Libre de Enseñanza (1896-1939),* Madrid, Tebar, 2010.

Jimenez Landi, A.: *La Institución Libre de Enseñanza y su ambiente.* Tomo I*.,* Madrid, Taurus, 1975; Tomo II, 1º y 2ª parte, Madrid, Taurus, 1987 (Reeditado en 4 tomos,, Madrid, Ministerio de Educación y Cultura, Universidad Complutense-Universidad de Barcelona, Universidad de Castilla La Mancha, 1996).

Jobit, Abate P.: *Les éducateurs de l'Espagne contemporaine. I: Les krausistes. II. Letres inédites de D. Julián Sanz del Río publiées par Manuel de la Revilla,* París, E. de Boccard, ed., Bibliothèque de l' Ecole des Hautes Etudes Hispaniques, 1936.

Kelsen, H.: *Esencia y valor de la democracia,* trad. Rafael Luengo Tapia y Luís Legaz Lacambra, edición y estudio preliminar, "La democracia en el pensamiento de Kelsen", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002.

Krause.K.CH.F.: *Ciencia universal pura de la razón o iniciación a la parte principal analítica de la estructura orgánica de la ciencia,* trad. J.M.Artola y M.F.Pérez López, Madrid, CSIC, 1986.

Krause.K.CH.F.: *Ideal de la Humanidad para la vida,* con introducción y comentarios por D.Julián Sanz del Río, Madrid, Imprenta de Manuel Galiano, 1860.

Krause/Sanz Del Río, J.: *Ideal de la Humanidad para la vida,* Barcelona, Ediciones Orbis,1985.

Lanchester, F.: *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni,* Milano, Giuffrè Editore, 2006.

Laporta "Estudio preliminar" a Giner de los Ríos, F.: *Antología pedagógica de Francisco Giner de los Ríos,* Madrid, Santillana Ediciones, 1977.

Laporta "Francisco Giner de los Ríos en la modernización de España", en *BILE,* núm.18. Segunda Época, Diciembre 1993.

Laporta *Adolfo Posada, Política y sociología en la crisis del liberalismo español,* Madrid, Edicusa, 1974.

Latreille, A., Haoriou, A., y otros.: *La laicidad,* Madrid, Taurus Ediciones, 1963.

Lehmbruch, G.: *Patterns of corporatist policy-making,* Londres, 1982.

Lerena, C.: *Escuela, ideología y clases sociales en España,* Barcelona, Ariel, 1976.

Llorens, V.: *Liberales y románticos,* 2ª ed., Barcelona, Castalia,1968.

López Morillas, J.: *El krausismo español,* México, FCE, 1956, 2ª ed., 1980.

López Morillas, J.: *Racionalismo pragmático. El pensamiento de Francisco Giner de los Ríos,* Madrid, Alianza Universidad, 1988.

López Sánchez, J.Mª.: *Heterodoxos españoles. El Centro de Estudios Históricos (1910-1936),* Madrid, Marcial Pons, 2006.

Lorca Navarrete, J.F.: *Autonomía y libertad de cátedra en Adolfo Posada,* Málaga, Universidad de Málaga, 1980.

Lorca Navarrete, J.F.: *El derecho en Adolfo Posada,* Granada, Universidad de Granada-Departamento de Filosofía del Derecho, Cátedra de Fco. Suárez, 1971.

Lowith, K.: *El sentido de la historia,* Madrid, Aguilar, 1968.

Luzuriaga, L.: *La Institución Libre de Enseñanza y la educación en España,* Buenos Aires, Departamento Editorial de la Universidad de Buenos Aires, 1957;

Luzuriaga, L.: *La preparación de los maestros,* Madrid, M.P.N.,1918; *La Escuela Unificada,* Madrid, J.Cosano, 1922; *La escuela única,* Madrid, Revista de Pedagogía, 1931;

Luzuriaga, L.: *Pedagogía,* Buenos Aires, Losada, 1950; *La pedagogía contemporánea,* Buenos Aires, Universidad Nacional de Tucumán, 1942.

Malo De Molina, J.L.: "El krausismo en las ciencias sociales", en Herrero Y Rodríguez De Miñon, M. y Scholz, J.M. (Coords.): *Las ciencias sociales y la modernización. La función de las Academias,* Madrid, Real Academia de Ciencias Moreales y Políticas, 2003.

Manzanero, D.: *El legado jurídico y social de Giner,* Madrid, publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 2016.

Maraffi, M.: *La società neo-corporativa,* Bolonia, 1982.

Marco, J.Mª.: *Francisco Giner de los Ríos. Pedagogía y poder,* Barcelona, Península, 2002.

Maresca, M.: "Aportación a una bibliografía del krausismo español", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm.11 (1971), pp. 281 a 336.

Maresca, M.: *Hipótesis sobre "Clarín". El pensamiento crítico del reformismo español,* Granada, Diputación Provincial, 1985.

Marichal, J.: *El secreto de España,* Madrid, Taurus, 1995.

Marín Eced, T.: *La renovación pedagógica en España, 1907-1936,* Madrid, CSIC, 1990.

Martín Buezas, F.: *El krausismo español desde dentro. Sanz del Río, autobiografía de intimidad,* Madrid, Tecnos, 1978.

Menéndez Pelayo, M.: *Historia de los heterodoxos españoles,* Madrid, Imp. de F.Martos, 1881.

Menéndez Ureña, E.: "El Ideal de la Humanidad de Krause 175 años después: contexto y génesis de una obra desconocida", en *Pensamiento,* num.168, vol.42 (1986), pp. 413 a 431.

Menéndez Ureña, E.: "La actualidad del krausismo", en *Revista de Occidente,* núm.101 (1989), pp. 76 a 87.

Monereo Atienza, C.: *Ideologías jurídicas y cuestión social: los orígenes de los derechos sociales en España,* Granada, Comares, 2006.

Monereo Pérez, J.L.: "Antonio Alcalá Galiano y los dilemas del liberalismo originario en la España del siglo XIX", Est. Preliminar a Alcalá Galiano, A.: *Máximas y principios de legislación y jurisprudencia,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho) , 2006.

Monereo Pérez, J.L.: "Cuestión social y reforma moral: las 'corporaciones profesionales' en Durkheim", Estudio preliminar a Durkheim, E.: *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y del Derecho,* trad. Estela Canto, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006.

Monereo Pérez, J.L.: "De las declaraciones a la garantía multinivel de los derechos sociales fundamentales: la aportación de Georges Gurvitch", en *Lex Social, Revista De Derechos Sociales* 12(1), (2022), pp. 166-273. https://doi.org/10.46661/lexsocial.

Monereo Pérez, J.L.: "El fascismo y la crisis política de Europa", Estudio preliminar a Heller, H.: *Europa y el fascismo,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006.

Monereo Pérez, J.L.: "El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Rïos y su generación", en Cámara, G.(ed.).: *Fernando de los Ríos y su Tiempo*, Granada, Universidad de Granada, 2000.

Monereo Pérez, J.L.: "El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos (I y II)", en *Revista de derecho constitucional europeo,* números 15-16 (2011), pp. 543-632.

Monereo Pérez, J.L.: "El reformismo socio-liberal de Giner de los Rios; organicismo y corporativismo social", en *Civistas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 142 (2009), pp. 279-338; Monereo Pérez, J.L.:"La reforma educativa como proyecto político-jurídico de transformación democrática: legado y actualidad del institucionismo de Giner de los Ríos", *Ábaco*, no. 90, 2016, pp. 14–36. *JSTOR*, https://www.jstor.org/stable/26561960. Accessed 1 Oct. 2022

Monereo Pérez, J.L.: "El republicanismo español: los supuestos básicos del pensamiento político y social de Nicolás Salmerón", Estudio Preliminar a Salmerón Y Alonso, N.: *Trabajos filosóficos, políticos y discursos parlamentarios,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007.

Monereo Pérez, J.L.: "Filosofía política de Donoso Cortés: Teología política y crisis del sistema liberal", Estudio preliminar a Donoso Cortés, J.: *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006.

Monereo Pérez, J.L.: "Razones para actuar: solidaridad orgánica, anomia y cohesión social en el pensamiento de Durkheim", Estudio preliminar a Durkheim, E.: *Sociología y filosofía,* versión castellana de José María Bolaño (hijo) y revisión de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006.

Monereo Pérez, J.L.: *Concertación y diálogo social,* Valladolid, Lex Nova, 1999.

Monereo Pérez, J.L.: *Democracia pluralista y derecho social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999.

Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Muluquer y Salvador,* Granada, Comares, 2007.

Montoya Melgar, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978),* Madrid, Ed.Civitas, 1992.

Moreno Luzón, J. y Martínez López, F. (eds.): *La Institución Libre de Enseñanza y Francisco Giner de los Ríos: nuevas perspectivas. 1. Reformismo liberal. La Institución Libre de Enseñanza y la política española*. Madrid: Fundación Francisco Giner de los Ríos [Institución Libre de Enseñanza] / Acción Cultural Española, 2012, 452 pp.

Nuñez Encabo, D.: *El darwinismo en España. Antología de textos,* Madrid, Castalia, 1977.

Nuñez Encabo, D.: *La mentalidad positiva en España: desarrollo y crisis,* Madrid, Túcar, 1975.

Ollero Y Tassara, A.: *Universidad y política. Tradición y secularización en el siglo XIX,* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1972.

Otero Urtaza, E.: "La ideas pedagógicas de Francisco Giner en su contexto europeo", en *Revista de Occidente,* núm. 408 (2015). (Ejemplar dedicado a: Francisco Giner de los Ríos cien años después).

Otero Urtaza, E.: *Manual Bartolomé Cossío. Trayectoria vital de un educador,* Madrid, Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, 1994.

París, C.: "Las ideas pedagógicos de don Francisco Giner", en *En el centenario de la Institución Libre de Enseñanza,* Madrid, Tecnos, 1977.

Parrot, J.PH.: *La représentation des intérêts dans le mouvement des idées politiques,* París, PUF-Les Éditions G. Grès et Cie, 1974.

Pérez-Prendes, J.M.: "Ein Urbarium" Algunas consideraciones sobre la relación entre la ciencia jurídica alemana y la española hasta mediados del siglo XX", en Herrero Y Rodríguez De Miñon, M.y Scholz, J.M. (Coords.): *Las ciencias sociales y la modernización. La función de las Academias,* Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2003.

Pérez-Prendes, J.M.: "El influjo del krausismo en el pensamiento jurídico español", en Ureña, E.M.y Álvarez Lázaro, P.(eds.).: *La actualidad del krausismo en su contexto europeo,* Madrid, Parteluz-Universidad Pontificia de Comillas, 1999.

Peset, M.: "La ideología en las facultades de Derecho durante la Restauración", en Bergalli, R.y Mari, E.E.(Coords.): *Historia ideológica del control social,* Barcelona, PPU, 1989, pp. 127 y ss.

Peset, M.y J.L.: *La Universidad española (Siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal,* Madrid, 1974.

Pijoan, J.: *Mi don Francisco Giner (1906-1810),* 2ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1932.

Piqueras, J.A.y Chust, M.(comps.): *Republicanos y repúblicas en España,* Madrid, Siglo veintiuno de España Editores, 1996.

Posada, A.: "La doctrina orgánica de las sociedades", en *La España Moderna,* año 16, t.187 (jul 1904).

Posada, A.: *Breve historia del krausismo español,* Oviedo, Universidad de Oviedo, 1981.

Posada, A.: *Ideas pedagógicas modernas,* con Prólogo de Leopoldo Alas (Clarín), Madrid, Victoriano Suárez, 1892.

Posada, A.: *La crisis del Estado y el Derecho político,* Madrid, Bermejo, 1934.

Posada, A.: *La reforma constitucional,* Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1931.

Posada, A.: *Tratado de Derecho político,* edición especial íntegra en un solo volumen y Estudio preliminar "El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada" (pp. VII-CLXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003.

Prellezo García, J.M.: *Francisco Giner de los Ríos y la Institución Libre de Enseñanza. Bibliografía (1876-1976),* Roma, Librería Ateneo Salesiano, 1976.

Puelles, M.: *Educación e ideología en la España contemporánea, 1767-1975,* Barcelona, Labor, 1980.

Querol Fernández, F.: *La filosofía del Derecho de K. Ch. F. Krause,* Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2000.

Rios Urruti, F.de los.: *La filosofía del derecho de don Francisco Giner y su relación con el pensamiento contemporáneo,* Madrid, Biblioteca Corona, 1916.

Rivacoba Y Rivacoba, M.: *Krausismo y Derecho,* Santa Fe (Argentina), Lib. y Ed.Castellví, 1963.

Rodríguez De Lecea, T. y Koniecki, D.(eds.).: *El krausismo y su influencia en América Latina,* Madrid, Fundación Friedrich Ebert, 1989.

Rodríguez De Lecea, T.: *Antropología y filosofía de la historia en Julián Sanz del Río,* Madrid, CEC, 1991.

Salmerón Y Alonso, N.: *Trabajos filosóficos, políticos y discursos parlamentarios,* edición y estudio preliminar, "El republicanismo español: Los supuestos básicos del pensamiento político y social de Nicolás Salmerón", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares, 2007.

Sánchez Cuervo, A.C.: *El pensamiento krausista de G. Tiberguien,* Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2004.

Sánchez Ron, J.M.(Coord.): *La Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones. Ochenta años después (1907-1989),* 2 vols., Madrid, CSIC, 1988.

Schäffe, A.: *La Quinta esencial del Socialismo,* Madrid, Librería N.E., 1885.

Schmitter, F.C.: *Thends toward corporatist intermediatio,* Londres, 1979.

Scholz, J.M.: "La función sociopolítica del krausismo", en *Reivindicación de Krause,* Madrid, Fundación F. Ebert-Instituto Fe y Secularizad, 1983, pp. 87 a 98.

Skinner, Q.: *Democracia: el viaje inacabado,* Barcelona, Tusquets,1995.

Strauss, L.: *Liberalismo antiguo y moderno*, Buenos Aires-Madrid, Katz Editores, 2007.

Suárez Cortina, M. (ed.): *El gorro frigio. Liberalismo, democracia y republicanismo en la Restauración,* Madrid, Biblioteca Nueva, 2000.

Terrón, E.: *Sociedad e ideología en los orígenes de la España contemporánea,* Madrid, Península, 1969.

Tiberghien, G.: *Ensayo teórico e histórico sobre la generación de los conocimientos humanos,* traducción de A. García Moreno, con Prólogo, notas y comentarios de Nicolás Salmerón y Alonso y Urbano González Serrano, 4 tomos, Madrid, Francisco de Góngora, Editor-Nueva Biblioteca Universal, s/f. (1875), Tomo 4, Capítulo III ("Filosofía de Krause"), pp. 102-318. Esta edición histórica incluye una "Biografía de Krause" elaborada por Sanz del Río (pp. 319-349) y un "Apéndice" escrito por Nicolás Salmerón y Urbano González Serrano (pp. 353-376).

Tiberghien, G.: *Krause y Spencer,* trad. y Prólogo de Hermenegildo Giner de los Ríos, Madrid, Lib. Fernando Fe, 1883.

Tiberghien, G.: *La enseñanza obligatoria,* Madrid, Librería de Aulló y Rodríguez,1874.

Tuñon De Lara, M.: *Medio siglo de cultura española (1885-1936),* 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1984.

Turin, Y.: *La educación y la escuela en España, 1874-1902. Liberalismo y tradición* (1959)*,* Madrid, Ed.Aguilar, 1967.

Urales, F.: *La evolución de la filosofía en España* (1934)*,* Estudio preliminar de Rafael Pérez de la Dehesa, Barcelona, Eds. de Cultura Popular, 1968.

Ureña, E.: "Fundamentos filosóficos-políticos y realizaciones educativas de la Institución Libre de Enseñanza", en *Cien años de educación en España,* Pedro Álvarez Lázaro (dir.)., Madrid, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2001.

Ureña, E.: *Krause, educador de la Humanidad,* Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1991.

Ureña, E.M.: "La "Escuela de Krause" y su influjo en el enfoque de la ciencia económica de Albert Schäffle", en Herrero Y Rodríguez De Miñon, M.y Scholz, J.M. (Coords.).: *Las ciencias sociales y la modernización. La función de las Academias,* Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2002.

Ureña, E.M.: *Krause, educador de la humanidad. Una biografía,* Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas-Unión Editorial, 1991.

Ureña, E.M. y Álvafez Lázaro, P. (eds.).: *La actualidad del krausismo en su contexto europeo,* Madrid, Parteluz/Fundación Duques de Soria-Universidad Pontificia de Comillas, 1999.

Ureña, E.y Fernández Fernandez,J.L. y Seidel, J.: *El "Ideal de la Humanidad" de Sanz del Río y su original alemán. Textos comparados con una introducción,* Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1997.

Uría, J.: "La Universidad de Oviedo en el 98. Nacionalismo y regeneracionismo en la crisis finisecular española", en Uría González, J.: *Asturias y Cuba en torno al 98. Sociedad, economía, política y cultura en la crisis de entresiglos,* Editorial Labor-Universidad de Oviedo, 1994, pp. 169 y ss.

Villalobos, J.: *El pensamiento filosófico de Giner,* Sevilla, Universidad de Sevilla, 1969.

VV.AA.: *Reivindicación de Krause,* Madrid, Fundación F. Ebert-Instituto Fe y Secularizad, 1983.

Xirau, J.: *Manuel B.Cossío y la educación en España,* Barcelona, Eds. Ariel, 1969.

Zapatero, V.: *Fernando de los Ríos. Biografía intelectual,* Valencia, Pre-Textos-Diputación de Granada, 1999.

Zapatero, V.: *Fernando de los Ríos: los problemas del socialismo democrático,* Madrid, Edicusa, 1974.

Ziegler,TH.: *La cuestión social es una cuestión moral,* 2 tomos, versión española de la última edición alemana por Rafael Montestruc, Barcelona, Editores Henrich y Cía, 1904.

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
32 >
9 772387 037009